

# ZH\_OBERGERICHT LA200039 vom 9. November 2021

ZH Obergericht, 2021-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA200039](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA200039)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA200039 du 9 novembre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT LA200039 del 9 novembre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid über eine vermögensrechtliche Streitigkeit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 132/1 und 133). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung

- 8 - (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO). 2.1 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 5.2; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 37 ff.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Sodann ist (auch) der Berufungskläger grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 m.w.H.). Die Beanstandungen sind in der Berufungsschrift resp. innert der Berufungsfrist vollständig vorzutragen und zu dokumentieren; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des aus Art. 6 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten allgemeinen Replikrechts (vgl. dazu BGer 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3; BGE 144 III 117 E. 2.1, je m.w.H.) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). Eine nachträgliche Ergänzung der Berufung im Rahmen einer spontanen Replik ist mithin unzulässig. Die formellen Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.H.).

- 9 - Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle

sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung oder -antwort gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Abgesehen von dieser Relativierung gilt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) aber auch im Berufungsverfahren. Die Berufungsinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Berufung auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22; s.a. Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz 1507 und Rz 1513). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.; 141 III 28 E. 3.2.4). 2.2 Soweit der Kläger in Rz 3 seiner Berufungsbegründung (Urk. 133) global auf die bei der Vorinstanz eingereichten Eingaben einschliesslich Beilagen verweist, vermag dies den dargelegten Begründungsanforderungen nicht zu genügen. Die vom Kläger unaufgefordert eingereichte Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 142) enthält überwiegend Wiederholungen oder Vervollständigungen der bisherigen Kritik. Insoweit ist nicht weiter darauf einzugehen.

### **E. 3**

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt

- 10 - nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A\_86/2016 vom

#### **E. 3.1**

Nach Durchführung eines Beweisverfahrens kam die Vorinstanz zum Schluss, der Hauptbeweis des Klägers, wonach - abweichend von der Regelung im Vertrag bzw. in den allgemeinen Anstellungsbedingungen, auf welche der Arbeitsvertrag verweise - die Probezeit gemäss einer mündlichen Vereinbarung mit C.\_\_\_\_\_ wegbedungen worden sei, sei nicht gelungen (Urk. 134 S. 23 ff., insb. S. 26 ff.). Es sei dementsprechend davon auszugehen, dass zwischen den Parteien entsprechend den allgemeinen Anstellungsbedingungen, auf welche der Arbeitsvertrag verweise, eine Probezeit von drei Monaten mit einer siebentägigen Kündigungsfrist vereinbart worden sei (Urk. 134 S. 28 unter Hinweis auf Urk. 17/5 Ziff. 2.2. und 2.3.2.).

- 20 -

#### **E. 3.2**

Der Kläger ist der Ansicht, die Vorinstanz habe die Beweislast falsch verteilt. Sie sei davon ausgegangen, dass der Kläger den Beweis erbringen müsse, dass die Probezeit wegbedungen worden sei. Diese Beweislastverteilung sei grundlegend falsch, zumal die Vorinstanz den erforderlichen Zwischenschritt - nämlich ob eine Verlängerung der

Probezeit vereinbart worden sei - nicht vor- nehme. Nach Art. 335b Abs. 1 OR gelte von Gesetzes wegen eine Probezeit von einem Monat. Die von der Beklagten geltend gemachte Verlängerung der Probezeit auf drei Monate gemäss Art. 335 (recte: 335b) Abs. 2 OR hätte mithin die Beklagte zu beweisen gehabt. Das Arbeitsgericht hätte diesbezüglich zuerst den wirklichen Willen der Parteien gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmen müssen. Die angebliche Verlängerung der gesetzlich normalerweise geltenden Probezeit sei einzig in den allgemeinen Anstellungsbedingungen der Beklagten in Ziff. 2.2 (Urk. 17/5) zu finden. Diese seien dem Kläger bei Vertragsschluss nicht übergeben worden, womit diese gar nicht hätten Vertragsbestandteil werden können. Diese hätten dem Kläger vor Unterzeichnung des Arbeitsvertrages ausgehändigt werden müssen. Jeder zum Thema befragte Zeuge sei zudem davon ausgegangen, dass die Beklagte den Kläger unbedingt haben wollen. Aus diesem Grund habe C.\_\_\_\_\_ auch festgehalten, dass der Kläger "sicher bis Ende 2015" ange stellt bleibe. In so einer Situation sei es offensichtlich, dass der Beklagten der geforderte Beweis einer zusätzlichen Verlängerung nicht gelingen könne. Der angefochtene Entscheid verletzte damit die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 335 (recte: 335b) Abs. 2 OR (Urk. 133 Rz 35 ff.).

### **E. 3.3**

Die Argumentation des Klägers geht fehl. Die Verlängerung der Probezeit auf drei Monate gemäss Art. 335b Abs. 2 OR wurde von den Parteien vertraglich vereinbart. Der Anstellungsvertrag der Parteien verweist auf die Geltung der Allgemeinen Anstellungsbedingungen der Beklagten, welche ausdrücklich eine Probezeit von drei Monaten mit einer siebentägigen Kündigungsfrist vorsehen (Urk. 5/6 S. 2 i.V.m. Urk. 17/5 Ziff. 2.2 und 2.3.2). Mit der Unterzeichnung des Anstellungsvertrages hat der Kläger ausdrücklich bestätigt, "die erwähnten Unterlagen zur Kenntnis genommen" zu haben und "sich mit diesen einverstanden" erklärt (Urk. 5/6 S. 2). Ferner wurde darauf hingewiesen, dass die Anstellungsbedingungen unter [www.B.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/willkommen](http://www.B._____.ch/willkommen) abrufbar sind. Davon ist die Vo-

- 21 - rinstanz zutreffend ausgegangen (Urk. 134 S. 26 und 28, E. 2.3.2.5.). Vor Vorinstanz hat der Kläger einzig behauptet, die Probezeit sei aufgrund der mündlichen Vereinbarung zwischen ihm und C.\_\_\_\_\_ vertraglich wegbedungen worden (Urk. 134 S. 23 E. 2.3.1 unter Hinweis auf Urk. 25 Rz 75, 78 und 80 bzw. Urk. 1 Rz 17). Hingegen hat er, wie die Beklagte zutreffend vorbringt (Urk. 140 Rz 32 f.), nie bestritten, dass sich die schriftliche Probezeitvereinbarung auf eine Dauer von drei Monaten bezog, und nie geltend gemacht, die allgemeinen Anstellungsbedingungen seien ihm bei Vertragsschluss nicht übergeben worden. Jedenfalls ist nicht ersichtlich und tut der Kläger auch nicht dar, wo vor Vorinstanz er solches vortragen haben will. Die Behauptungen sind daher neu und unbeachtlich (vgl. vorn Erw. III./3.). Ein Beweisverfahren über nicht bestrittene Punkte hatte die Vorinstanz nicht zu führen. Gemäss der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB trägt der Kläger die Beweislast für das Zustandekommen der behaupteten mündlichen Vereinbarung bezüglich Wegbedingung der Probezeit. Eine Verletzung der Beweislastverteilung liegt nicht vor. Mit den Erwägungen der Vorinstanz zum Scheitern des ihm diesbezüglich auferlegten Hauptbeweises setzt sich der Kläger nicht auseinander, sondern übt bloss allgemein gehaltene Kritik (Urk. 134 S. 26 ff.; Urk. 133 Rz 40). Der zutreffende Schluss der Vorinstanz, wonach die Parteien eine Probezeit von drei Monaten mit einer siebentägigen Kündigungsfrist vereinbart haben, ist daher nicht zu beanstanden. 4. Fehlende Einsprache innert der siebentägigen Kündigungsfrist 4.1 Die Vorinstanz erwog,

der Kläger habe seine Stelle bei der Beklagten am 1. September 2015 angetreten und sich deshalb bei gültig vereinbarter Probezeit im Kündigungszeitpunkt (16. November 2015) immer noch in der Probezeit befunden. Eine schriftliche Einsprache hätte unter diesen Prämissen bis am 23. November 2015 bei der Beklagten eingehen müssen (Urk. 134 S. 28). Der Kläger mache geltend, die Beklagte habe ihn dazu veranlasst, von einer Einsprache abzusehen. Er habe sich am Tag der Kündigung an L. \_\_\_\_\_ (damaliger Leiter Legal & Compliance) gewandt und mit diesem über das Fehlverhalten von C. \_\_\_\_\_, die

- 22 - Unrechtmässigkeit der Kündigung und damit auch über eine allfällige Weiterführung seines Arbeitsverhältnisses gesprochen. L. \_\_\_\_\_ habe ihm in Aussicht gestellt, die Sache in einem Gespräch (besonders mit C. \_\_\_\_\_) zu klären. Am 26. Januar 2016 habe er dann eine Kündigungsbegründung verlangt. Er habe darauf vertraut, dass sich L. \_\_\_\_\_ für eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses einsetzen werde, weshalb er keine schriftliche Einsprache mehr erhoben habe. Das Bundesgericht habe in einem vergleichbaren Fall festgehalten, dass in solchen Fällen die Einsprache bejaht würde. Darüber hinaus habe er bereits am Kündigungsgespräch ausdrücklich erklärt, dass er mit der Kündigung nicht einverstanden sei. Er habe jegliche Unterschrift verweigert und damit gewissermassen eine negative schriftliche Einsprache noch am Tag der Kündigung erhoben. Er habe folglich die Einsprache im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR rechtzeitig erhoben (Urk. 134 S. 28 f.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, das Beweisverfahren habe nicht ergeben, dass der Kläger in rechtsmissbräuchlicher Weise von einer Einsprache abgehalten worden wäre (Urk. 134 S. 33 ff.). 4.2 Der Kläger beanstandet im Berufungsverfahren die Nichtabnahme von Beweismitteln bezüglich der Rechtzeitigkeit der Einsprache (Urk. 133 Rz 42 f.). 4.2.1 Er macht zum einen geltend, die Anerkennung des umgehenden Widerstands des Klägers gegen die Änderungskündigung ersetze das Erfordernis einer schriftlichen Einsprache. Zumindest hätte die Vorinstanz über die Frage des Vorliegens einer Änderungskündigung Beweis abnehmen oder allerwenigstens eine Begründung dafür liefern müssen, weshalb keine Änderungskündigung vorliege. Pauschal wische die Vorinstanz darüber hinweg, dass die Beklagte ja anerkannt habe, dass der Kläger mit der Änderungskündigung nicht einverstanden gewesen sei. Damit erübrige sich ein Festhalten am Erfordernis einer schriftlichen Einsprache. Das Anerkenntnis ersetze die schriftliche Einsprache. Werde trotz Anerkennung der Einsprache durch die Gegenpartei verlangt, dass die Einsprache schriftlich erfolgen müsse, würden überspitzt formalistische Anforderungen an Art. 336b Abs. 1 OR aufgestellt (Urk. 133 Rz 44 ff.). Der Argumentation des Klägers kann nicht gefolgt werden. Vorab ist festzuhalten, dass es nicht zutrifft, dass die Vorinstanz ausgeführt hat, "dass die Beklag-

- 23 - te anerkenne, dass sich der Kläger gegen die Degradierung und damit gegen die Änderungskündigung gewehrt und mithin Einsprache erhoben habe, weshalb eine rechtsgültige Einsprache während der Probezeit vorliege" (so der Kläger in Urk. 133 Rz 44 mit Verweis auf Urk. 131 S. 34 [= Urk. 134 S. 34]). Vielmehr legt die Vorinstanz an der besagten Stelle zusammengefasst den klägerischen Standpunkt dar. Die Vorinstanz hat sich sodann sehr wohl zu den Behauptungen des Klägers hinsichtlich einer Änderungskündigung geäußert. Sie hat festgehalten, zunächst lasse sich die Umstrukturierung der CR-Abteilung nicht als Änderungskündigung umdeuten, selbst wenn sie allenfalls (gegen den Willen des Klägers) nur mit einer Änderungskündigung umsetzbar gewesen sein sollte. Die Anerkennung des Protests des Klägers gegen diese Umstrukturierung seitens der Beklagten lasse sich damit auch nicht als Anerkennung einer

Einsprache gegen die (nicht erfolgte Änderungs-)Kündigung umdeuten. Die Fiktion einer (sinngemä- sen) Änderungskündigung sowie ein Protest dagegen (mündlich und per E-Mail) würde sodann den Mangel der fehlenden formgültigen Einsprache nicht heilen (Urk. 134 S. 34 f.). Die Frage, ob eine Änderungskündigung vorliegt, ist eine Rechtsfrage, über die kein Beweisverfahren durchzuführen ist. Es werden drei Arten von Änderungskündigungen unterschieden: Die durch die Annahme geänderter Arbeitsbe- dingungen bedingte Kündigung und die unbedingte Kündigung unter gleichzeitiger Anbietung eines neuen, geänderten Arbeitsvertrages, welche beide als eigentli- che Änderungskündigung oder Änderungskündigung im engeren Sinn bezeichnet werden, sowie die Kündigung, welche aufgrund der Ablehnung neuer Arbeitsbe- dingungen ausgesprochen wird (sog. uneigentliche Änderungskündigung oder Änderungskündigung im weiteren Sinn; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N 3 zu Art. 335 OR; Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP 1999, S. 60 ff., 61; BGE 123 III 246 E. 3). Mit der eigentlichen Änderungs- kündigung wird in erster Linie nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses be- zweckt, sondern dessen Weiterführung mit veränderten Rechten und Pflichten. Eine solche fällt vorliegend ausser Betracht, weil weder eine Kündigung ausge- sprochen wurde, die mit einer Offerte zu einem neuen Vertragsschluss mit geän- - 24 - derten Bedingungen verbunden war, noch eine bedingte Kündigung ausgespro- chen wurde. Bei der uneigentlichen Änderungskündigung liegt hingegen vorerst noch gar keine Kündigung vor. Es wird mit einer Kündigung nur gedroht für den Fall, dass eine Änderungs- offerte nicht angenommen wird bzw. die Partei zu einer einverständlichen Änderung der Arbeitsbedingungen nicht bereit ist. Das Arbeits- verhältnis gilt mit den bisherigen Arbeitsbedingungen weiter, bis eine Kündigung erfolgt ist bzw. aufgrund der erfolgten Kündigung die Kündigungsfrist verstrichen ist (Thomas Geiser, a.a.O., S. 67). Dass die Beklagte die organisatorische Um- gliederung der CR-Abteilung in Aussicht gestellt und sich für den Fall der Nichtak- zeptanz durch den Kläger die Kündigung vorbehalten hätte, hat der Kläger nicht geltend gemacht. Überdies hat das Beweisverfahren zur Frage der Zusicherung der Positionierung der CR-Abteilung ergeben, dass ein eigentliches Versprechen, dass die CR-Abteilung immer so eingestuft bleibe wie zu Beginn des Arbeitsver- hältnisses, unbewiesen geblieben ist (Urk. 134 S. 51-59; vgl. vorn Erw. IV./1.2.2), weshalb auch nicht von geänderten Arbeitsbedingungen gesprochen werden kann. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz festgehalten hat, die Umstrukturierung der CR-Abteilung lasse sich nicht als Änderungskündigung umdeuten und die Anerkennung des Protests des Klägers gegen diese Umstruk- turierung seitens der Beklagten lasse sich damit auch nicht als Anerkennung einer Einsprache gegen die (nicht erfolgte Änderungs-)Kündigung umdeuten. Es kann dementsprechend auch keine Rede davon sein, dass das Festhalten an einer form- und fristgerechten Einsprache überspitzt formalistisch sei. 4.2.2 Zum anderen macht der Kläger geltend, die Vorinstanz beachte die unmittelbar auf dem Kündigungsschreiben schriftlich protokollierte Einsprache nicht. Sie führe nur aus, dass "eine Verweigerung der Unterschrift nicht ausrei- che". Damit schreibe die Vorinstanz am Thema vorbei. An die Formulierung der Einsprache dürften keine hohen Anforderungen gestellt werden. Es reiche, wenn schriftlich zum Ausdruck gebracht werde, dass der Arbeitnehmer mit der Kündi- gung nicht einverstanden sei (unter Hinweis auf "BGE III 96, Erw. 2"). Anlässlich des Kündigungsgesprächs am 16. November 2015 habe er sich gegen die Kündi- gung gewehrt und diese zurückgewiesen. Diese Zurückweisung sei dementspre-

- 25 - chend schriftlich auf dem Kündigungsschreiben von C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ wie folgt protokolliert worden (Urk. 5/9 S. 2): "Die Kündigung wurde durch C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ordnungsgemäss ausgesprochen. A.\_\_\_\_\_ hat (mindestens im jetzigen Zeitpunkt) jegliche Unterschrift ausgeschlossen. Zürich, 16.11.2015 [Unterschriften C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_]" Die schriftliche Protokollierung des Nichteinverständnisses des Klägers mit der formellen Kündigung genüge den Formerfordernissen. Ein schriftliches Protokoll ersetze offenkundig eine schriftliche Einsprache. Zumindest dürfe dieses von der Beklagten selbst schriftlich protokollierte Gespräch dem Kläger für die angebliche Nichterfüllung des Formerfordernisses nicht entgegengehalten werden. Ein derartiges Verhalten wäre treuwidrig. Die Vorinstanz stelle daher überzogene Anforderungen an das Schriftlichkeitserfordernis nach Art. 336b Abs. 1 OR, weshalb von einer fristgerecht erfolgten Kündigungseinsprache auszugehen sei. Zumindest hätte die Vorinstanz aber darüber Beweis abnehmen müssen, wie dieses Protokoll des Kündigungsgesprächs zu verstehen gewesen sei (Urk. 133 Rz 48 ff.). Der Anspruch auf Entschädigung nach Art. 336a OR setzt voraus, dass die Partei, der gekündigt wurde, spätestens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erhebt (Art. 336b Abs. 1 OR). Die form- und fristgerechte Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung ist unabdingbar (absolut zwingend ausgestaltete Vorschrift, Art. 361 Abs. 1 OR, vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 336b OR). Vor Vorinstanz hat der Kläger den Standpunkt vertreten, seine Verweigerung der Unterschrift auf dem Kündigungsschreiben stelle gewissermassen eine "negative schriftliche Einsprache" dar (Urk. 1 Rz 61). Die Vorinstanz erwog, die Verweigerung einer Unterschrift auf dem Kündigungsschreiben und die (mündliche) Erklärung am Kündigungsgespräch vom 16. November 2015, er sei mit der Kündigung nicht einverstanden, vermöchten die schriftliche Einsprache nicht zu ersetzen. Dies ist nicht zu beanstanden. Nicht behauptet hat der Kläger vor Vorinstanz, dass die Notiz auf dem Kündigungsschreiben, deren Gegenstand die Verweigerung der Unterschrift durch den Kläger war, die Einsprache darstelle. Die entsprechende Darstellung im Berufungsverfahren stellt daher eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung

- 26 - dar, die unberücksichtigt zu bleiben hat. Entsprechend war auch kein Beweisverfahren darüber durchzuführen, wie "dieses Protokoll des Kündigungsgesprächs" zu verstehen war; es fehlte diesbezüglich an Beweisofferten. Selbst wenn die neue Behauptung zulässig wäre, vermöchte dies im Ergebnis aber nichts zu ändern, wie die Beklagte zutreffend festhält (Urk. 140 Rz 39). Das Kündigungsschreiben sah folgende Bestätigung vor (Urk. 5/9 S. 2): "A.\_\_\_\_\_ bestätigt, den Inhalt dieses Schreibens zur Kenntnis genommen zu haben". Aus der Verweigerung der Unterschrift in Bezug auf die Kenntnisnahme der Kündigung kann keine Einsprache gegen die Kündigung konstruiert werden, dies umso mehr, als die Verweigerung der Unterschrift resolutiv bedingt war ("mindestens im jetzigen Zeitpunkt"). Gegenstand der schriftlichen Notiz auf dem Kündigungsschreiben war nicht die Protokollierung einer mündlich erfolgten Kündigungseinsprache, und sie erfolgte nicht durch den Kläger und war von ihm nicht unterzeichnet. Selbst wenn an die Formulierung der Einsprache keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, genügt die blossе Verweigerung der Unterschrift in Bezug auf die Kenntnisnahme der Kündigung ebenso wie die mündliche Erklärung, mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein, den Anforderungen an eine formgerechte Einsprache nicht. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als treuwidrig erscheinen liessen, sind nicht auszumachen. 4.3 Die zentralen Erwägungen der Vorinstanz zur Behauptung des Klägers, er sei rechtsmissbräuchlich von einer Einsprache

abgehalten worden, blieben unangefochten.

## **E. 5**

Fazit Zusammenfassend vermag der Kläger mit seiner Berufung hinsichtlich der Ansprüche aus missbräuchlicher Kündigung nicht durchzudringen. Es bleibt damit beim Ergebnis der Vorinstanz (Urk. 134 S. 35), wonach der Anspruch auf Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung mangels schriftlicher Einsprache noch vor Ablauf der Kündigungsfrist gemäss Art. 336b Abs. 1 OR verwirkt und die Klage auf Zuspreehung einer Entschädigung dementsprechend abzuweisen ist.

- 27 -

## **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 288'890.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 9. November 2021 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. D. Scherrer Dr. Chr. Arnold versandt am: Im

### **E. 6.1**

Eventualiter beantragte der Kläger, es sei die Missbräuchlichkeit der Kündigung der Beklagten vom 16. November 2015 festzustellen. Die Vorinstanz ist auf diese Feststellungsklage mangels rechtsgenügenden Feststellungsinteresses nicht eingetreten. Soweit sich der Kläger in diesem Zusammenhang auf den Inhalt des Arbeitszeugnisses berufe, ziehe das an der Sache vorbei. Insoweit habe der Kläger eine Zeugnisänderungsklage erhoben. Hinsichtlich der Vorbringen mit Bezug auf den geltend gemachten Genugtuungsaspekt habe der Kläger auch eine Leistungsklage erhoben. Ein weiteres Feststellungsinteresse nebst dem erwähnten, bereits mit seiner Leistungsklage geltend gemachten Genugtuungsaspekt sei nicht fassbar. Das gelte namentlich mit Bezug auf das wirtschaftliche Fortkommen (Urk. 134 S. 35 ff.).

### **E. 6.2**

Der Kläger hält dafür, die Ansicht der Vorinstanz, dass wegen der "praktisch identischen" Vorbringen des Klägers betreffend der eingeklagten Genugtuung kein eigenständiges Interesse an der Feststellung der Missbräuchlichkeit auszumachen sei, sei offenkundig falsch. Identische Vorbringen könnten selbstverständlich auch für mehrere, unterschiedliche Ansprüche als Begründung dienen, wobei die Anspruchsvoraussetzungen der unterschiedlichen Ansprüche geprüft werden müssten. Nur weil möglicherweise ein Genugtuungsanspruch nicht gegeben sei, heisse dies noch lange nicht, dass keine missbräuchliche Kündigung vorliege. Die Vorinstanz hätte zumindest darlegen müssen, "weshalb das angebliche Fehlen eines Genugtuungsanspruchs auch keine missbräuchliche Kündigung" darstelle. Derartige Ausführungen fehlten komplett. Noch stossender erweise sich die Mutmassung der Vorinstanz, wonach nicht nachvollzogen werden könne, dass der Kläger bei zukünftigen Anstellungen seine kurze Anstellungszeit bei der Beklagten

erklären müsse. Es sei notorisch, dass Arbeitgeber in Anstellungsprozessen besonders darauf achteten, wie lange jemand jeweils bei seinen Arbeitgebern geblieben sei und jeweils allfällige Lücken in einem Lebenslauf des Arbeitnehmers genau erklärt haben wollten. Diese beiden Punkte begründeten bereits ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellungsklage. Der Kläger habe bis heute mit Ausnahme eines Zwischenjobs vom 1. August 2018 bis

- 28 - 31. Juli 2019 keine Arbeit gefunden. Heute sei er arbeitslos und auf Stellensuche. Für den Kläger sei es daher für sein berufliches Fortkommen zwingend notwendig, einen derartigen Gerichtsentscheid vorlegen zu können. Ohne einen solchen sei eine effektive Stellensuche nicht möglich (Urk. 133 Rz 55 ff.).

### **E. 6.3**

Die Grundsätze für die Erhebung einer Feststellungsklage hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt. Darauf kann vorab verwiesen werden (Urk. 134 S. 36 f.). Wird die Frist zur Einsprache versäumt, so kann die betroffene Partei die Missbräuchlichkeit der Kündigung mittels Feststellungsklage gerichtlich feststellen lassen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336b N 1 a.E.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 336b OR; BGE 136 III 96 E. 2.2; KGer SZ JAR 2003, 290). Es ist dies eine Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO, die wie alle Klagen oder Rechtsmittelanträge ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO bzw. ein schützenswertes Feststellungsinteresse voraussetzt. Ein solches schutzwürdiges Interesse entfällt ohne weiteres, wenn dem Kläger für die Durchsetzung seiner Interessen eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht (BSK ZPO-Weber, Art. 88 N 9 und N 15 mit Hinweis auf BGE 135 III 378 E. 2.2; ZK-Besenich/Bopp, Art. 88 ZPO N 7; Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 88 N 12 f.). Die Feststellungsklage wird im Übrigen zugelassen, wenn der Kläger an der Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit; erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert (BSK ZPO-Weber, Art. 88 N 9 mit Hinweisen; BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 8; Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 88 N 7).

### **E. 6.4**

Diese Voraussetzungen sind hier - wie die Vorinstanz zutreffend erwo-gen hat (Urk. 134 S. 37 f.) - nicht gegeben. Soweit der Kläger dafür hält, die Vorinstanz hätte darlegen müssen, "wes- halb das angebliche Fehlen eines Genugtuungsanspruch auch keine missbräuch-

- 29 - liche Kündigung darstelle", kann ihm nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat das fehlende Feststellungsinteresse nicht mit dem Fehlen eines Genugtuungsan- spruchs begründet. Im Gegenteil hält die Vorinstanz zu Recht fest, hinsichtlich der Vorbringen mit Bezug auf den geltend gemachten Genugtuungsaspekt habe der Kläger auch eine Leistungsklage erhoben. Im Zusammenhang mit der behaupteten missbräuchlichen Kündigung verlangt der Kläger nämlich auch eine Genugtu- ung (Rechtsbegehren Ziff. 4, Berufungsantrag Ziff. 2 Abs. 4). Hinsichtlich des Ge- nugtuungsaspekts entfällt daher zufolge Erhebung einer Genugtuungsklage das Feststellungsinteresse. Zutreffend hat die Vorinstanz auch ein weiteres Feststellungsinteresse na- mentlich im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Fortkommen, insbesondere der Stellensuche, verneint. Sie hat

erwogen, es möge zutreffen, dass das ursprüngliche Arbeitszeugnis für die Stellensuche wenig hilfreich gewesen sei. Dass sich daraus ein Interesse auf Feststellung der Missbräuchlichkeit der vorangegangenen Kündigung ableiten liesse, sei indes nicht dargetan. Weshalb es diese kurze, unglücklich verlaufene Anstellung bzw. die nach Meinung des Klägers missbräuchliche Kündigung innerhalb der Probezeit verunmöglichen solle, eine neue Stelle oder ein neues Projekt zu finden, sei nicht substantiiert dargetan. Noch weniger fassbar sei in diesem Zusammenhang ein tatsächliches oder erhebliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung der Missbräuchlichkeit der Kündigung. Der Kläger habe hierzu in der Stellungnahme zum Beweisergebnis ausführen lassen, nur so werde er in seinem künftigen Berufsleben die (zu) kurze Anstellungszeit bei der Beklagten erklären können. Dies könne nicht nachvollzogen werden. Eine plausible Erklärung, weshalb das Arbeitsverhältnis (gerade angesichts der sehr kurzen Dauer) nicht funktioniert habe, sei gegenüber künftigen Arbeitgebern viel naheliegender als der Vorweis eines Gerichtsurteils zur Missbräuchlichkeit einer Kündigung noch innert Probezeit (Urk. 134 S. 38). Mit dieser Argumentation setzt sich der Kläger nicht auseinander. Dass es notorisch sei, dass Arbeitgeber in Anstellungsprozessen besonders darauf achteten, wie lange jemand jeweils bei seinen Arbeitgebern geblieben sei und jeweils allfällige Lücken in einem Lebenslauf des Arbeitnehmers genau erklärt haben wollten, steht der Argumentation der Vorinstanz nicht entgegen. Die kurze Dauer des Arbeitsver-

- 30 - hältnisses kann der Kläger, wie die Beklagte festhält (Urk. 140 Rz 43), neuen Arbeitgebern gegenüber sehr einfach mit unterschiedlichen Ansichten zur strategischen und organisatorischen Ausrichtung der CR-Abteilung innerhalb der Beklagten erklären. Soweit der Kläger aus seiner längeren Arbeitslosigkeit etwas für sich ableiten möchte, ist ihm entgegenzuhalten, dass nicht dargetan ist, dass sich die Chancen auf dem Arbeitsmarkt bei festgestellter Missbräuchlichkeit der Kündigung verbessern würden. Die Kündigungsmotive des ehemaligen Arbeitgebers dürften im Rahmen eines Bewerbungsprozesses regelmässig kaum thematisiert werden; sodann dürfte der Nachweis, dass der Stellenbewerber nach Abschluss dieses Arbeitsverhältnisses noch einen – wenn auch gewonnenen – Prozess gegen den ehemaligen Arbeitgeber geführt hat, den Chancen auf den Erhalt der neuen Stelle regelmässig nicht zuträglich sein.

## **E. 6.5**

Zusammenfassend ist die Vorinstanz zu Recht mangels rechtsgenügenden Feststellungsinteresses auf die Feststellungsklage nicht eingetreten. VI. (Schadenersatz) 1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze von Schadenersatzansprüchen in Verbindung mit der missbräuchlichen Kündigung zutreffend dargestellt. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 134 S. 43 f.). Insbesondere hat sie erwogen, dass gemäss Art. 336a Abs. 2 ZGB wegen der missbräuchlichen Kündigung allein neben der Entschädigung keine zusätzlichen Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können. Vorbehalten bleibe Schadenersatz aus einem anderen Grund als der Missbräuchlichkeit der Kündigung (z.B. entgangene Stelle wegen fehlerhaften Angaben des Arbeitgebers über die Kündigung gegenüber Dritten). Unzutreffend ist dementsprechend die Behauptung des Klägers, dass die Vorinstanz festgehalten haben solle, neben der Pönale könne Schadenersatz z.B. wegen einer entgangenen Stelle infolge Verletzung der Aufklärungspflichten geltend gemacht werden (Urk. 133 Rz 65). 2. Hinsichtlich des vom Kläger geltend gemachten Schadenersatzanspruchs gemäss Art. 97 OR hielt die Vorinstanz vorab fest, dass auf das verspäte-

- 31 - te Vorbringen zu einem Schadenersatzanspruch als Folge der schlechten Qualifikation im ursprünglichen Zeugnis nicht weiter einzugehen sei (Urk. 134 S. 42). Klarzustellen sei sodann, dass der Kläger an keiner Stelle den Rücktritt vom Vertrag erklärt habe und sämtliche geltend gemachten Ansprüche aus dem Bestand des Vertrages ableite. Ansprüche, die sich auf den Rücktritt vom Vertrag stützten, stünden damit nicht im Streit. Die Geltendmachung eines Vertrauensschadens im Umfang des negativen Vertragsinteresses (wie wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre) wegen absichtlicher Täuschung falle ausser Betracht. Die vom Kläger zitierte Lehrmeinung zur Verletzung von Aufklärungspflichten von Ärzten oder Vermögensverwaltern sei vorliegend nicht einschlägig. Der vom Kläger geforderte hypothetische Einkommensverlust, der die vermögensrechtliche Situation wiederherstellen solle, wie wenn er – statt mit Anstellungsvertrag vom 15. Juli / 17. August 2015 für die Beklagte zu arbeiten – die M.\_\_\_\_\_ GmbH weitergeführt hätte, könne dem Kläger deshalb schon im Grundsatz nicht zugesprochen werden. Als möglicher Schaden stehe einzig das positive Vertragsinteresse zur Disposition. Dieses sei durchaus ermittelbar, wie der Kläger selbst mit seinen Behauptungen zum positiven Vertragsinteresse dartue (Urk. 134 S. 42 f.). Sodann erwog die Vorinstanz, eine schadenskausale Vertragsverletzung, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der (behaupteten) missbräuchlichen Kündigung stehe, sei vorliegend nicht auszumachen. Der Kläger mache als Folge der vorgeworfenen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten und vertraglicher Zusicherungen keinen Rücktritt vom Vertrag geltend. Weder die Degradierung noch die damit (allenfalls) einhergehende Vertragsverletzung hätten aber per se zu einem Schaden des Klägers geführt. Sein Lohn und die weiteren Anstellungsbedingungen – abgesehen von der hierarchischen Neueinstufung – seien unverändert geblieben. Kausal für seine Einkommenseinbusse sei erst, so auch der Kläger, die spätere Kündigung der Beklagten aufgrund seines Protestes gewesen. Hinzu komme, dass der Arbeitsvertrag des Klägers keinen Bestandesschutz genossen habe, sondern seitens der Beklagten frei kündbar gewesen sei, ohne dass irgendwelche Schadenersatzansprüche hätten geltend gemacht werden können. Der Umstand, dass vorliegend eine Missbrauchskündigung hätte vorliegen können,

- 32 - nen, wäre mit der Pönale sanktioniert worden. Entsprechend wies die Vorinstanz die (Teil-)klage auf Schadenersatz ab (Urk. 134 S. 45). 3. Der Kläger beanstandet, die Vorinstanz habe keine Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 97 OR vorgenommen und erachtet deren Begründungen als vorgeschoben und rechtsirrig. Es treffe ihn keine Pflicht, bei der Verletzung vorvertraglicher (oder vertraglicher) Aufklärungspflichten vom Vertrag zurückzutreten. Das Gericht könne sich daher nicht seiner Pflicht entledigen, den Schadenersatzanspruch des Klägers aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten zu prüfen. Ursächlich für die Geschäftsaufgabe sei offenkundig die Verletzung der Aufklärungspflichten gewesen, zumal er zwar den Entschluss der Geschäftsaufgabe im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen gefällt habe, die Umsetzung jedoch grossmehrheitlich erst nach Vertragsschluss im August / September 2015 erfolgt sei. Wäre er korrekt bis allerspätestens Mitte September 2015 über die bestehenden Unsicherheiten bezüglich der hierarchischen Einordnung der CR-Abteilung aufgeklärt worden, hätte er sein Geschäft nicht aufgegeben und hätte somit nach der Anstellung bei der Beklagten wieder ein Einkommen gehabt (Urk. 133 Rz 66 ff.). Die Kündigung selbst - welche zwingend aufgrund der Verletzung der Aufklärungs- und Fürsorgepflichten habe kommen müssen - sei nur Folge der bereits begangenen Vertragsverletzungen der Beklagten gewesen, welche bereits die Geschäftsaufgabe des

Klägers bewirkt hätten. Wenn die Vorinstanz ausführe, der Schaden sei ja erst mit der Kündigung entstanden, verkenne sie die tatsächliche Ursache. Die tatsächliche Ursache liege nicht im Protest gegen die Degradierung, sondern in der Verletzung der Zusicherung bzw. der von der Vorinstanz festgestellten Treuwidrigkeit im Umgang mit den Aufklärungs- und Fürsorgepflichten der Beklagten (Urk. 133 Rz 70 f.). Denke man die Argumentation der Vorinstanz zu Ende, wäre der Kläger ganz im Gegenteil zu den Diskussionen bei Vertragsabschluss verpflichtet gewesen, sein Leben lang in einer untergeordneten Stelle zu bleiben. Verträge seien aber ohne Vertragsverletzungen einzuhalten, ansonsten die Gegenpartei schadenersatzpflichtig werde. Im Ergebnis verletze die Ansicht des Arbeitsgerichts das Grundprinzip "pacta sunt servanda". Die Verletzungen der Aufklärungs- und Fürsorgepflichten könnten denn auch bereits denklogisch nicht von der Pönale erfasst sein (Urk. 133 Rz 72 f.). Keinen Sinn

- 33 - machten die Erwägungen der Vorinstanz, dass die generellen Aufklärungspflichten wie bei Ärzten oder Vermögensverwaltern nicht anwendbar seien. Logischerweise bestünden auch beim Abschluss des Arbeitsvertrages und während dessen Laufzeit generelle Aufklärungspflichten. Wiegand schliesse in BSK OR I, Art. 97 N 39a, denn auch die Geltendmachung eines positiven Vertragsinteresses nicht aus, halte jedoch fest, dass der Schaden bei Verletzung einer Aufklärungs- und Fürsorgepflicht oftmals nicht angemessen über das positive Vertragsinteresse erfasst werden könne, weshalb es sachgerechter sei, einen Anspruch auf das negative Interesse zu gewähren. Die Vorinstanz hätte damit die Möglichkeit gehabt, selbst zu entscheiden, ob es dem Kläger vorliegend das negative oder positive Vertragsinteresse zuspreche (Urk. 133 Rz 76 ff.). 4. Dem Kläger ist zuzustimmen, dass es keine Pflicht gibt, bei der Verletzung von vorvertraglichen oder vertraglichen Aufklärungspflichten von einem abgeschlossenen Vertrag zurücktreten zu müssen. Allerdings gilt der Vertrag dann als genehmigt, und eine Geltendmachung des negativen Vertragsinteresses bleibt ausgeschlossen. Die Klarstellung der Vorinstanz, wonach sich der Kläger explizit nicht auf Art. 28 OR berufe und die Gültigkeit des Arbeitsvertrages nicht in Frage stelle, sondern vielmehr bestätige, die Gültigkeit desselben sei unbestritten, beanstandet der Kläger nicht, wie auch die Feststellung, dass er sämtliche geltend gemachten Ansprüche aus dem Bestand des Vertrages ableite. Die Vorinstanz hat daher zutreffend festgestellt, dass der Kläger den Ersatz eines Schadens aus Vertragsverletzung verlangt und damit so gestellt werden will, wie wenn die Beklagte ihre Vertragspflichten gehörig erfüllt hätte. Es ist nicht dargetan und nicht erkennbar, auf welchen Titel sich unter diesen Umständen ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse stützen könnte. Auf die vom Kläger zitierte Lehrmeinung von Wiegand zur Verletzung von Aufklärungspflichten von Ärzten oder Vermögensverwaltern (BSK OR I, Art. 97 N 39a) braucht vorliegend schon deshalb nicht weiter eingegangen zu werden, weil die vermögensrechtlichen Folgen der geltend gemachten Pflichtverletzung selbst nach Ansicht des Klägers (Urk. 133 Rz 79) mit den Berechnungsmethoden des positiven Interesses angemessen erfasst werden können. Zu Recht hat die Vorinstanz daher festgehalten, dass die

- 34 - Geltendmachung eines Vertrauensschadens im Umfang des negativen Vertragsinteresses (wie wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre) wegen absichtlicher Täuschung ausser Betracht falle. Daran vermag nichts zu ändern, dass nach der Behauptung des Klägers im Berufungsverfahren ursächlich für die Geschäftsaufgabe offenkundig die Verletzung der Aufklärungspflichten gewesen sein soll, wobei auch nach seinem Dafürhalten die vertraglichen Aufklärungspflichten im Zentrum stehen. Unzutreffend ist

die Behauptung des Klägers, die Vorinstanz habe keine Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 97 OR vorgenommen. Die Vorinstanz hat eine Vertragsverletzung, die für den Schaden kausal sei und nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der missbräuchlichen Kündigung stehe, verneint. Es ist auch nicht auszumachen, inwiefern die Vorinstanz die tatsächliche Ursache verkennt, wenn sie ausführt, der Schaden sei erst mit der Kündigung entstanden. Der Kläger irrt, wenn er behauptet, die Kündigung selbst - welche zwingend aufgrund der Verletzung der Aufklärungs- und Fürsorgepflichten habe kommen müssen - sei nur Folge der begangenen Vertragsverletzungen der Beklagten gewesen, welche bereits die Geschäftsaufgabe des Klägers bewirkt hätten. Er übersieht, wie die Beklagte zu Recht geltend macht (Urk. 140 Rz 46), dass nicht er die Kündigung ausgesprochen hat, sondern die Beklagte. Der Kläger hat nach der Umgliederung der CR-Abteilung nicht gekündigt. Die Kündigung (und die damit verbundene Einkommenseinbusse) war somit nicht Folge der Verletzung der behaupteten (von der Vorinstanz verneinten; vgl. Urk. 134 S. 51 ff. und nachfolgend E. VII./4.) Zusicherung bzw. der von der Vorinstanz festgestellten Fürsorgepflichtverletzung. Es ist damit nicht erstellt, inwiefern die Einkommenseinbusse eine kausale Folge der geltend gemachten Pflichtverletzungen der Beklagten sein sollen. Auch inwiefern die Vorinstanz mit ihrer Ansicht im Ergebnis den Grundsatz verletzen sollte, dass Verträge einzuhalten sind, ist nicht ersichtlich, und ebenso wenig, inwiefern die Verletzung von Aufklärungs- und Fürsorgepflichten denklogisch nicht von der Pönale erfasst sein könnte. Zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass der Arbeitsvertrag des Klägers keinen Bestandesschutz genoss, sondern seitens der Beklagten frei kündbar war, und der Umstand, dass

- 35 - eine Missbrauchskündigung vorliegen könnte, mit der Pönale sanktioniert würde (vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336a N 7a). 5. Nach dem Gesagten vermag der Kläger mit seinen Beanstandungen gegen die Abweisung der (Teil-)klage auf Schadenersatz im Umfang von Fr. 30'000.- nicht durchzudringen. VII. (Negative Feststellungswiderklage) 1. Die Vorinstanz hat die in der Klageantwort erhobene Widerklage der Beklagten als zulässig erachtet. Sie erwog, dass - vom Kläger auch nicht bestrittene - Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch im Gesamtumfang von (mindestens) Fr. 236'890.45 nicht bestehe, sei mit Blick auf die andernfalls weiterbestehende Ungewissheit zu bejahen. Da die Geltendmachung eines Vertrauensschadens im Umfang des negativen Vertragsinteresses (wie wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre) bei Festhalten am Vertrag - wie ausgeführt - ausser Betracht falle und auch eine schadenskausale Vertragsverletzung, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der missbräuchlichen Kündigung stehe, nicht dargelegt worden sei, schulde die Beklagte dem Kläger keinen Schadenersatz. Entsprechend hiess die Vorinstanz die Widerklage gut (Urk. 134 S. 45 ff.). 2. Der Kläger moniert eine Ungleichbehandlung von Kläger und Beklagter bei der Beurteilung des Rechtsschutzinteresses und macht geltend, ohne Begründung werde behauptet, die (angeblich) weiterbestehende Ungewissheit sei unzumutbar. Werde die Teilklage des Klägers (in Höhe von Fr. 30'000.-), wie von der Vorinstanz getan, abgewiesen, dann bestehe aber offensichtlich rein gar kein Interesse der Beklagten mehr, den restlichen Teil des Schadenersatzanspruchs beurteilt zu bekommen. Ein Feststellungsinteresse sei im Fall der Abweisung der Teilklage nicht gegeben (Urk. 133 Rz 81 ff.). Ferner hätte die Vorinstanz bei Gutheissung der Widerklage prüfen müssen, ob es wirklich keinen Anspruch des Klägers gebe, mithin, ob nicht ein Schadenersatzanspruch infolge des

nichtausgestellten wohlwollenden Arbeitszeugnisses bestehe, dessen Geltendmachung sich

- 36 - der Kläger in der Klage vorbehalten und welchen er mit der Replik und Widerklageduplik sowie an der Hauptverhandlung geltend gemacht habe. Werde eine derartige wichtige Anspruchsgrundlage zur Abweisung des Widerklageanspruchs ganz bewusst nicht berücksichtigt, werde mit der Gutheissung der negativen Feststellungswiderklage jeglicher Anspruch des Klägers umfassend beurteilt ohne Auseinandersetzung mit der Sache. Damit wäre die Sache bereits abgeurteilt und hätte "res iudicata Wirkung" (Urk. 133 Rz 85 ff.). 3. Von einer Ungleichbehandlung der Parteien oder einer Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz kann keine Rede sein. Zum einen hat die Vorinstanz festgehalten, dass das Feststellungsinteresse der Beklagten an der negativen Feststellungsklage vom Kläger nicht bestritten worden ist. Das stellt der Kläger nicht in Abrede. Zum anderen hat sie - statt vieler unter Hinweis auf BK ZPO-Markus, Art. 88 N 45 - das Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch im Gesamtumfang von (mindestens) Fr. 236'890.45 nicht bestehe, mit Blick auf die andernfalls weiterbestehende Ungewissheit bejaht. Das Bundesgericht bejaht in konstanter Praxis das rechtliche Interesse der mit einer Teilklage konfrontierten beklagten Partei, durch Widerklage den Nichtbestand des behaupteten Anspruchs oder des Schuldverhältnisses feststellen zu lassen (BGer 4A\_299/2013 vom 6. November 2019, E. 7.2.2, nicht publ. in BGE 146 III 14; BGE 143 III 506 E. 4.3.1). Das beklagterische Feststellungsinteresse an der negativen Feststellungswiderklage bezüglich des vom Kläger nur teilweise eingeklagten Schadenersatzes ist angesichts der Praxis bei Vorliegen einer Teilklage, wie die Beklagte festhält (Urk. 140 Rz 51), daher offensichtlich. Nicht gefolgt werden kann der Argumentation des Klägers, wonach das Feststellungsinteresse der Beklagten fehle, wenn seine Teilklage abgewiesen werde. Zwar schliesst nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die rechtskräftige Abweisung der Teilklage grundsätzlich aus, dass die klagende Partei später einen weiteren Teilbetrag derselben Forderung einklagt, wenn die klagende Partei mit der Teilklage einzig einen betragsmässig beschränkten Teil einer Forderung geltend macht (d.h. bei sog. echter Teilklage; vgl. BGer

- 37 - 4A\_449/2020 vom 23. März 2021, E. 6.5, zur Publikation vorgesehen). Eine rechtskräftige Abweisung der Teilklage liegt aber im Beurteilungszeitpunkt der im gleichen Verfahren erhobenen negativen Feststellungswiderklage auf den Forderungsrest nicht vor. Die Prozessvoraussetzungen müssen jedenfalls im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegen (BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 3 und 6). Vorliegend wird die Ungewissheit für die Widerklägerin (Beklagte) erst nach der Urteilsfällung über die Teilklage bei Eintritt der Rechtskraft beseitigt. Im massgeblichen Zeitpunkt der Prüfung der Prozessvoraussetzung ist das Feststellungsinteresse daher noch zu bejahen. Die Kritik des Klägers, die Vorinstanz hätte auch prüfen müssen, ob nicht ein Schadenersatzanspruch infolge des nichtausgestellten wohlwollenden Arbeitszeugnisses bestehe, zielt ins Leere. Es wäre am Kläger gelegen, einen entsprechenden Schadenersatzanspruch im Rahmen der Feststellungswiderklage geltend zu machen und das entsprechende Tatsachenfundament beizubringen. Zwar hat sich der Kläger in der Klage vorbehalten, den durch das schlechte Arbeitszeugnis verursachten allfälligen Schaden ebenfalls geltend zu machen. In der Replik und Widerklageantwort wurden aus dem schlechten Arbeitszeugnis die Missbräuchlichkeit der Kündigung sowie ein Genugtuungsanspruch abgeleitet (Urk. 25 Rz 32, 201 und 204). Die Geltendmachung eines eigenständigen Schadenersatzanspruchs aus

dem dem Kläger ausgestellten Arbeitszeugnis erfolgte jedoch erst in der Stellungnahme vom 21. Januar 2019 (Urk. 54) und damit ver- spätet, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Urk. 134 S. 42) und was unbeanstandet geblieben ist. Die Geltendmachung eines entsprechenden konkre- ten Schadenersatzanspruchs lässt sich, entgegen der Behauptung des Klägers im Berufungsverfahren, auch der Widerklageduplik (Urk. 39 Rz 6, 21 und 40) und dem Plädoyer anlässlich der Hauptverhandlung (Urk. 52 Rz 31-32, Rz 50, Rz 52) nicht entnehmen. Einen nicht rechtzeitig erhobenen eigenständigen Schadener- satzanspruch hatte die Vorinstanz nicht zu prüfen. 4. Im Ergebnis hat es damit bei der Gutheissung der Widerklage durch die Vorinstanz sein Bewenden.

- 38 - VIII. (Genugtuung) 1. Die Grundsätze einer Genugtuung und die Parteibehauptungen hat die Vorinstanz zutreffend wiedergegeben (Urk. 134 S. 47 ff.). Darauf kann verwiesen werden. Zusammenfassend erwog die Vorinstanz - in Würdigung eines ausge- dehnten Beweisverfahrens - sodann, eine Treuwidrigkeit im Zusammenhang mit den vom Kläger ausdrücklich ausformulierten Erwartungen an die hierarchische Positionierung der CR-Abteilung sei erstellt. Eine – zu einer allfälligen miss- bräuchlichen Kündigung hinzutretende – schwerwiegende Fürsorge- bzw. Persön- lichkeitsverletzung, die einen Genugtuungsanspruch zu begründen vermöchte, sei indes nicht dargetan. Es sei nicht erstellt, dass der Vorgesetzte des Klägers die- sen in arglistiger Weise im Wissen um die baldige "Degradierung" zum Vertrags- schluss mit der Beklagten veranlasst hätte. Selbst wenn die Beklagte den Kläger zu spät über die geplante Umstrukturierung informiert habe und ihn dabei in der Luft habe hängen lassen, wie dies etwa der Zeuge N.\_\_\_\_\_ angetönt habe, würde dies nicht zur Zusprechung einer Genugtuung führen. Eine Genugtuung heis- schende Persönlichkeitsverletzung sei nicht auszumachen. Ob die effektiven Kündigungsgründe als missbräuchlich zu qualifizieren wären, oder ob letztlich ei- ne (überschiessende) Reaktion des Klägers und/oder andere zulässigen Gründe für die Kündigung ausschlaggebend gewesen seien, könne mangels rechtzeitiger Einsprache gegen die Kündigung offen gelassen werden. Feststehe, dass der Kläger nachvertraglich äusserst wehrhaft aufgetreten sei. Ob der Kläger von sei- nem neuen Vorgesetzten D.\_\_\_\_\_ angehalten worden sei, seine Arbeitszeit neu im Zeiterfassungstool der Beklagten zu erfassen, sei unbewiesen geblieben und mit Bezug auf den vom Kläger geltend gemachten Genugtuungsanspruch auch nicht entscheidend. Eine schikanöse Anordnung seitens D.\_\_\_\_\_, wie der Kläger dies interpretiere, könne aus den Zeugenaussagen auf jeden Fall nicht abgeleitet werden. Mit Bezug auf die Beurteilung des Gewichts der Fürsorgepflichtverlet- zung sei schliesslich vor Augen zu halten, dass die Parteien ein kündbares Ar- beitsverhältnis abgemacht hätten. Damit habe sich der Kläger, der die M.\_\_\_\_\_ GmbH in der Folge trotz anfänglichem 60%-Pensum umgehend stillgelegt habe, einem Risiko ausgesetzt. Das Arbeitsverhältnis habe nur zwei Monate gedauert

- 39 - und sei noch in der Probezeit gekündigt worden. Weshalb sich danach für den Kläger und die M.\_\_\_\_\_ GmbH alle Aussichten zerschlagen haben sollten, sei nicht bzw. einzig mit Bezug auf künftige Aufträge der Beklagten nachvollziehbar. Dementsprechend hat die Vorinstanz die Genugtuungsforderung des Klägers ab- gewiesen (Urk. 134 S. 49 ff.). 2. Der Kläger beanstandet vorab, die Vorinstanz stelle überzogene Anfor- derungen an den Genugtuungsanspruch, indem sie davon ausgehe, dass eine "schwerwiegende Fürsorge- bzw. Persönlichkeitsverletzung" gegeben sein müs- se, damit neben der missbräuchlichen Kündigung zusätzlich eine Genugtuung zugesprochen werden könne. Damit stelle sie einen falschen Massstab auf. Sie verkenne, dass der Genugtuungsanspruch vorliegend losgelöst

von einer allfälligen Kündigung bestehe. Die von ihr festgestellte Treuwidrigkeit sei bereits lange vor der Kündigung geschehen. Es handle sich mithin nicht um einen Fall, in welchem der Genugtuungsanspruch grundsätzlich von der Pönale für die missbräuchliche Kündigung abgedeckt wäre. Es seien daher die ganz normalen Anforderungen an einen Genugtuungsanspruch anzuwenden (Urk. 133 Rz 90 ff.). Nichts anderes hat die Vorinstanz getan. Genugtuung nach Art. 49 OR ist nur geschuldet, "sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt", und zwar sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht. Die Schwere der Verletzung hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab. Als Massstab hat zu gelten, wie der zu beurteilende Eingriff auf eine weder besonders sensible noch besonders widerstandsfähige Durchschnittsperson gewirkt hätte. Der Eingriff muss aussergewöhnlich schwer sein und in seinen Auswirkungen das Mass einer Aufregung oder einer alltäglichen Sorge klar übersteigen (BSK OR I-Kessler, Art. 49 N 11; HaftpflichtKomm-Fischer, Art. 49 OR N 26). Genau davon ist die Vorinstanz ausgegangen (Urk. 134 S. 48 f.), wobei ihr bei der Beurteilung, ob die Persönlichkeitsverletzung hinreichend schwer wog, ein weites Ermessen zustand (BSK OR I-Kessler, Art. 49 N 11; BGE 129 III 715 E. 4.4). Die Vorinstanz ist ebenso zutreffend davon ausgegangen, dass "eine Genugtuung unabhängig von Art. 336a OR zugesprochen werden" kann, wenn eine Persönlichkeitsverletzung aus anderen Umständen (denn der Missbräuchlichkeit der Kündigung) resultiere.

- 40 - Sie befasste sich alsdann auf zwanzig Seiten explizit mit der Frage, ob die Umstrukturierung und die damit verbundene Umgliederung der CR-Abteilung (unabhängig von der Kündigung) die Zusprechung einer Genugtuung rechtfertige (Urk. 134 S. 51 ff.). Die Vorinstanz hat daher nichts verkannt. Soweit der Kläger aus der Formulierung der Vorinstanz, wonach eine "zu einer allfälligen missbräuchlichen Kündigung hinzutretende - schwerwiegende Fürsorge- bzw. Persönlichkeitsverletzung, die einen Genugtuungsanspruch zu begründen vermöchte", nicht dargetan sei (Urk. 134 S. 69), etwas anderes ableiten will, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz bringt mit dieser Wendung einzig zum Ausdruck, dass ein Genugtuungsanspruch nur bestehen kann für Persönlichkeitsverletzungen, die ihren Grund nicht in der Missbräuchlichkeit der Kündigung haben. 3. Der Kläger bringt weiter vor, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehe ein Anspruch auf Genugtuung beispielsweise bei Degradierungen. Auch bei der Verletzung von Fürsorgepflichten durch den Arbeitgeber sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung regelmässig ein Genugtuungsanspruch gegeben. Die von der Vorinstanz festgestellte Treuwidrigkeit bei den Vertragsverhandlungen bzw. nach Vertragsunterzeichnung und nach Arbeitsbeginn rechtfertige daher bereits im Grundsatz eine Genugtuungszahlung (Urk. 133 Rz 94 ff.). Der Kläger verkennt, dass die Frage, ob eine Persönlichkeitsverletzung hinreichend schwer wiegt, um die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung zu rechtfertigen, weitgehend von den Umständen des Einzelfalles abhängt und dem Gericht bei der Beurteilung ein weites Ermessen zusteht (vgl. Urk. 134 S. 48). Nicht jede Degradierung oder Verletzung der Fürsorgepflicht vermag den erforderlichen Grad der Schwere der Verletzung zu erreichen. Inwiefern die vom Kläger zitierten Entscheide (BGer 4A\_665/2010 vom 1. März 2011, E. 6; TC NE in RJN 2003, S. 176; BGer 2A.312/2004 vom 22. April 2005) diesbezüglich einschlägig sein sollen, tut der Kläger nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. 4. Soweit der Kläger geltend macht, die Zusicherung der Stellung der CR-Abteilung rechtfertige eine zusätzliche Erhöhung der Genugtuungszahlung (Urk. 133 Rz 98 ff.), ist vorab festzuhalten, dass die Vorinstanz nach Durchführung eines Beweisverfahrens und Würdigung der Beweise zum Ergebnis kam,

- 41 - dass der Beweis eines tatsächlichen Konsenses zwischen den Parteien über die (nicht nach unten verrückbare) Positionierung der CR-Abteilung unbewiesen geblieben sei und sich ein diesbezüglicher Konsens auch nach dem Vertrauensprinzip nicht herleiten lasse (Urk. 134 S. 51 ff., insb. S. 58). Bezüglich der vom Kläger diesbezüglich erhobenen Rüge der falschen Sachverhaltsfeststellung kann auf die Ausführungen in Erw. IV./3. - 5. oben verwiesen werden. Danach hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass ein eigentliches Versprechen, dass die CR-Abteilung immer so eingestuft bleibe wie zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, unbewiesen geblieben und auch nicht ersichtlich ist, inwiefern der Sachverhalt in chronologischer Hinsicht zu berichtigen wäre. Die beanstandete Nichtberücksichtigung der Tatsache, dass es im Konzerninteresse der Beklagten gewesen sei, die CR-Abteilung auf Konzernleitungsstufe anzusiedeln, scheidet schon an einer entsprechenden konkreten Behauptung im erstinstanzlichen Verfahren. Gleiches gilt für die Behauptung des Klägers, mündliche Abmachungen seien bei der Beklagten üblich. Entsprechend waren diese Umstände bei der Würdigung eines Genugtuungsanspruchs durch die Vorinstanz auch nicht zu berücksichtigen. 5. Schliesslich hält der Kläger dafür, das krass unfaire Arbeitszeugnis sei ebenfalls als schwere Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren und rechtfertige eine Genugtuungszahlung (Urk. 133 Rz 105 ff.). Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgehalten, das erste Arbeitszeugnis über das knapp dreimonatige Arbeitsverhältnis (Urk. 5/25) sei nicht geeignet, einen Genugtuungsanspruch zu begründen. In diesem Zeugnis halte die Beklagte zwar einzig in wenig wohlwollender Weise fest, der Kläger habe die an ein Direktionsmitglied gestellten Erwartungen nicht zu ihrer Zufriedenheit erfüllt. Eine Genugtuung heischende Persönlichkeitsverletzung sei darin indes nicht auszumachen (Urk. 134 S. 50). Das erste Arbeitszeugnis ist kurz, aber sachlich abgefasst. Inwiefern es einzig dazu da gewesen sein soll, dass sich die Beklagte am Schicksal des arbeits- und zukunftslosen Klägers habe ergötzen oder zumindest Druck für einen Vergleich habe aufsetzen können (Urk. 133 Rz 109), erschliesst sich ebenso wenig wie ein "gezieltes nachvertragliches Mobbing gegenüber dem Kläger" (Urk. 133 Rz 110). Es ist denn auch nicht ersichtlich, dass und wo vor Vorinstanz der Kläger seine Lage, die Drucksituation und die (Pflicht zur) wohlwollende(n) Art und Weise der Ausstellung eines Ar-

- 42 - beitszeugnisses vorgebracht hätte und dies von der Vorinstanz unberücksichtigt geblieben wäre (Urk. 133 Rz 108).

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