

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA130008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Beschluss und Urteil vom 6. Mai 2014

in Sachen

A._____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B.____ AG (vormals B1.____ AG),

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Negative Feststellungsklage / Forderung aus Arbeitsrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, vom 25. Januar 2013
(CG060037-I)**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass der Kläger den Betrag von CHF 111'200.00 nebst Zins der Beklagten nicht schuldet;
 2. es sei festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Volketswil vom 28. Februar 2005 ohne Schuldgrund zustellen liess;
 3. es sei die von der Beklagten gegen den Kläger eingeleitete Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Volketswil vom 28. Februar 2005 aufzuheben;
 4. es sei das Betreibungsamt Volketswil anzuweisen, die Betreuung Nr. ... gegen den Kläger vom 28. Februar 2005 im Betreibungsregister zu löschen;
 5. es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 24'357.00 zuzüglich Zins zu 5% p.a. auf CHF 8'700.00 seit dem 30. November 2004 und auf CHF 15'657.00 seit dem 31. Dezember 2004 zu bezahlen;
 6. es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis gemäss Art. 330a Abs. 1 OR (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Widerklagerechtsbegehren:

(act. 10 S. 2)

"Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 111'200.- nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2005 zu bezahlen;

unter Vorbehalt der Nachklage und der Klageerhöhung; und

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Widerbeklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Uster:

1. Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 61'657.10 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. März 2005 auf Fr. 22'317.30 und seit 1. Mai 2005 auf Fr. 39'339.80 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

2. Es wird festgestellt, dass der Kläger und Widerbeklagte der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von Fr. 49'542.90 zuzüglich Zins zu 5% nicht schuldet und dass die Beklagte und Widerklägerin den Kläger und Widerbeklagten in diesem Umfang ohne Schuldgrund betrieben hat.
3. Die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Volketswil (Zahlungsbefehl vom 28. Februar 2005) wird im Umfang von Fr. 49'542.90 aufgehoben.
4. Das Betreibungsamt Volketswil wird angewiesen, die in der in Dispositivziffer 3 genannten Betreuung erfolgten Einträge im Betreibungsregister im Umfang von Fr. 49'542.90 als aufgehoben zu kennzeichnen und bei der Erstellung allfälliger Registerauszüge in diesem Umfang nicht mehr aufzuführen.
5. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten Fr. 6'957.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2005 zu bezahlen.
6. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten ein vom Präsident des Verwaltungsrates und Geschäftsführer (mit Einzelunterschrift) der Beklagten und Widerklägerin unterzeichnetes Arbeitszeugnis folgenden Inhalts aus- und zuzustellen:

"C._____ 15. Januar 2005

Arbeitszeugnis

Herr A._____, geb. am tt Dezember 1962, begann seine Tätigkeit am 1. Juni 1996 als Verkaufsleiter bei der B1._____ AG. Im Juli 1997 wurde er zum Geschäftsführer unseres Unternehmens ernannt. Gleichzeitig wurde ihm Kollektivunterschrift zu zweien erteilt.

Sein Verantwortungsbereich und seine Leistungen erstreckten sich insbesondere auf folgende Gebiete:

- Akquisition von neuen Produkten, Lieferanten und Neukunden
- Betreuung von Kunden und Lieferanten
- Bearbeiten von Kundenreklamationen
- Planung und Durchführung von Marketing- und Verkaufsaktivitäten
- Beobachten von Marktveränderungen sowie der Mitbewerber (Konkurrenz)
- Erstellen von jährlichen Budgets
- Liquiditätsplanung
- Lagerbewirtschaftung
- Festsetzen der Sortiments- und Preisgestaltung
- Zusammenarbeit mit fachtechnischem Leiter betr. Qualitätssicherung
- Vorbereitung des jährlichen Geschäftsberichtes
- Berichterstattung an den Verwaltungsrat
- Pflege der EDV
- Anstellung, Beförderung und Entlassung von Personal unterhalb Stufe Geschäftsleitung
- Antragstellung betreffend Zeichnungsberechtigung an den Verwaltungsrat
- Schulung Kunden / Mitarbeiter betr. Produkthanwendung
- Organisation Messen und Kongresse

Herr A._____ pflegte einen unterstützenden, motivierenden Führungsstil, der auch bei seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern überdurchschnittliche Leistungen ermöglichte. In der Erledigung seiner Aufgaben zeigte er eine hohe Leistungsbereitschaft, gepaart mit einem grossen zeitlichen Einsatz. So ist es ihm gelungen, das Unternehmen nach einem grossen Brandschaden mit viel Geschick durch eine schwierige Zeit zu führen. Er hat in all den Jahren ein breites Fachwissen in den ihm übertragenen Tätigkeitsgebieten erworben.

Wir bescheinigen Herrn A._____ gerne seine guten Umgangsformen und sein natürliches und freies Auftreten. Sein Verhalten gegenüber Kunden, Lieferanten und Mitarbeitern war stets einwandfrei und korrekt.

Wirtschaftliche Gründe zwangen unser Unternehmen zu Restrukturierungsmassnahmen. Aus diesen Gründen sahen wir uns leider veranlasst, das Arbeitsverhältnis mit Herrn A._____ auf den 31. Dezember 2004 zu beenden. Wir danken ihm für die geleisteten Dienste und wünschen ihm für die Zukunft alles Gute und viel Erfolg.

B1._____ AG

D._____

Geschäftsführer"

7. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 24'000.- ; die Barauslagen betragen:
Fr. 200.- Zeugenentschädigung
9. Die Kosten werden zu 55% dem Kläger und Widerbeklagten und zu 45% der Beklagten und Widerklägerin auferlegt.
10. Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 3'469.50 (Fr. 3'600.- Anwaltskosten abzüglich Fr. 130.50 Weisungskosten) zu bezahlen.
11. (Mitteilung.)
12. (Berufung.)

Berufungsanträge:

des Klägers und Widerbeklagten (Urk. 178 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides insoweit aufzuheben, als der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet wird, der Beklagten und Widerklägerin CHF 61'657.10 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. März 2005 auf CHF 22'317.30 und seit 1. Mai 2005 auf CHF 39'339.80 zu bezahlen;
2. es sei festzustellen, dass der Kläger und Widerbeklagte der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von 61'657.10 zuzüglich Zins zu 5% nicht schuldet und, dass die Beklagte und Widerklägerin den Kläger und Widerbeklagten in diesem Umfang ohne Schuldgrund betrieben hat;
3. es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Volketswil (Zahlungsbefehl vom 28. Februar 2005) im Umfang von CHF 61'657.10 aufzuheben;
4. es sei das Betreibungsamt Volketswil anzuweisen, die in der im Antrag 3 hiervor genannten Betreuung erfolgten Einträge im Betreibungsregister im Umfang von CHF 61'657.10 als aufgehoben zu kennzeichnen und bei der Erstellung allfälliger Registerauszüge in diesem Umfang nicht mehr aufzuführen;

5. es sei Ziffer 7 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides aufzuheben und es sei die Beklagte und Widerklägerin zu verpflichten, dem Kläger und Widerbeklagten den Betrag von CHF 17'400.– zuzüglich Zins von 5% p.a. seit dem 1. Dezember 2004 auf dem Novemberlohn von CHF 8'700.– und seit dem 1. Januar 2005 auf dem Dezemberlohn von CHF 8'700.00 zu bezahlen;
6. es sei Ziffer 9 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides insoweit aufzuheben, als dem Kläger und Widerbeklagten 55% der Gerichtskosten gemäss der Dispositivziffer 8 auferlegt werden;
7. es sei Ziffer 10 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides vollumfänglich aufzuheben;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag) zu Lasten der Beklagten und Widerklägerin."

der Beklagten und Widerklägerin (Urk. 185 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des BG Uster vom 25. Januar 2013 sei zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Vorgeschichte

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit dem Zweck der Fabrikation und des Handels mit pharmazeutischen, chemischen und kosmetischen Produkten. Sie vertrieb u.a. das Nahrungsergänzungsmittel "E._____" (nachfolgend: E._____), welches sie von der F.____ GmbH bezog (nachfolgend: F.____; Urk. 10 S. 4).

Mit Arbeitsvertrag vom 1. Juni 1996 trat der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend: Kläger) eine Stelle als Verkaufsleiter bei der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) an (Urk. 179 S. 108). Gemäss dem von der Vorinstanz ausgefertigten Arbeitszeugnis, das von keiner Seite angefochten wird, wurde der Kläger im Juli 1997 der Geschäftsführer der Beklagten mit Kollektivunterschrift zu zweien (Urk. 179 S. 108).

Am 6. März 1998 reichte der Kläger im Namen der Beklagten ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung zum Vertrieb von E._____ beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) ein (vgl. Urk. 12/4), welches er mit Schreiben vom 28. Juli 1998 namens der Beklagten wieder zurückzog, wobei er gleichzeitig darauf hinwies, ein neuer Gesuchsteller werde eine geänderte Anmeldung einreichen (Urk. 12/5). Mit einem weiteren Schreiben vom 28. Juli 1998 stellte er ein Zulassungsgesuch in eigenem Namen (Urk. 12/6).

Am 2. Oktober 1998 schloss der Kläger in eigenem Namen mit der F._____ einen Alleinvertriebsvertrag betreffend E._____ (Urk. 2 S. 15, Urk. 35 S. 8, Urk. 4/14), was jedoch zunächst keinen Einfluss auf die Lieferungen an die Beklagte hatte.

Im Jahre 2002 gründete der Kläger die G._____ GmbH, welche denselben Zweck wie die Beklagte verfolgt (Urk. 12/2).

Das BAG wurde mit Schreiben des Klägers vom 5. Oktober 2004 (auf Briefpapier der G._____ GmbH) darauf hingewiesen, sämtliche Korrespondenz betreffend E._____ sei nur noch an die Adresse seiner Gesellschaft zu richten (Urk. 12/9).

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 protestierte die Beklagte beim BAG und machte geltend, sie sei als einzige am Bewilligungsverfahren beteiligt (vgl. Urk. 12/10). Sie kündigte dem Kläger mit separatem Schreiben gleichen Datums per 31. Dezember 2004, wobei sie ihn sofort freistellte (Urk. 4/10). Der Kläger informierte die F._____ gleichentags, die Beklagte habe ihm gekündigt, weil sie seit mehreren Jahren nicht mehr rentabel sei und enorme Verluste anfallen würden (Urk. 2 S. 12), worauf die F._____ die Zusammenarbeit mit der Beklagten mit Fax des Folgetages auflöste (vgl. Urk. 12/22, Urk. 12/23). Die Beklagte teilte der F._____ in der Folge mit, sie sei nicht zahlungsunfähig, doch die F._____ führte die Bestellung der Beklagten vom 22. Dezember 2004 (Urk. 12/29) gleichwohl nicht mehr aus.

Der Kläger wurde nach seiner Kündigung sofort für die G._____ GmbH tätig (Urk. 2 S. 25).

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs erteilte das BAG der Beklagten am 17. Februar 2005 und dem Kläger am 7. März 2005 die Bewilligung zum Vertrieb von E._____ (vgl. Urk. 12/10 ff., Urk. 2 S. 19).

2. Betreibung und erstinstanzliches Verfahren

Am 28. Februar 2005 betrieb die Beklagte den Kläger über Fr. 111'200.– nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2005 für "Schadenersatz 1. Quartal 2005 aus Verkauf E._____" (Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamts Volketswil vom 28. Februar 2005), wogegen der Kläger am 2. März 2005 Rechtsvorschlag erhob (Urk. 4/4).

Nachdem anlässlich der Sühnverhandlung vom 16. August 2006 keine Einigung erzielt worden war, erging am 30. August 2006 die Weisung (Urk. 1), worauf der Kläger am 4. September 2006 die Klage mit den eingangs genannten Anträgen am Bezirksgericht Uster anhängig machte (Urk. 2).

Mit der Klageantwort vom 27. November 2006 beantragte die Beklagte das Nicht-eintreten auf die negative Feststellungsklage, eventualiter deren Abweisung, weiter die Abweisung der übrigen Anträge und widerklageweise, der Kläger sei zur Bezahlung der in Betreuung gesetzten Forderung zu verpflichten (Fr. 111'200.- nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2005; Urk. 10 S. 2).

Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels wurden im Rahmen des Beweisverfahrens diverse Zeugen zum Teil rechtshilfweise einvernommen und diverse Unterlagen ediert (vgl. Urk. 52 ff.). Mit Eingaben vom 17. April 2012 reichten die Parteien ihre Stellungnahmen zum Beweisergebnis innert gesetzter Frist ein (Urk. 169 f.), worauf der Kläger zur entsprechenden Eingabe der Beklagten spontan Stellung nahm (Urk. 173).

Am 25. Januar 2013 fällte die Vorinstanz eingangs wiedergegebenes Urteil (Urk. 179 S. 107 f.)

3. Berufungsverfahren

Am 1. März 2013 erhob der Kläger gegen das vorinstanzliche Urteil fristgerecht Berufung (Urk. 178) und leistete in der Folge den einverlangten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 6'500.– innert gesetzter Frist (Urk. 181 und 183).

Die Berufungsantwort vom 22. Mai 2013 ging innert Frist hierorts ein. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei, bzw. die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 185 S. 2). Die Berufungsantwort wurde dem Kläger mit Verfügung vom 29. Mai 2013 zur Kenntnisnahme zugesandt (Urk. 186).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 316 Abs.1 ZPO). Auf die Vorbringen der Parteien ist, soweit für die Entscheidungsfindung notwendig, in nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Die Beklagte hat per 11. Januar 2013 die Firma und den Firmensitz geändert (vgl. den Handelsregisterauszug Urk. 188). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen.

II.

1. Anwendbares Recht

Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 25. Januar 2013 (Urk. 150). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

2. Umfang der Berufung

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

Mit der Berufung beantragt der Kläger im Wesentlichen die Aufhebung sämtlicher Dispositivziffern, soweit damit seine Anträge durch die Vorinstanz abgewiesen wurden (vgl. Urk. 178 S. 2). Unangefochten blieben demnach die Dispositivziffern 6 (Arbeitszeugnis) und 8 (Kostenfestsetzung), wogegen auch die Beklagte keine Berufung erhob (vgl. Urk. 185 S. 2). Demnach ist vorzumerken, dass das angefochtene Urteil in den Dispositivziffern 6 und 8 in Rechtskraft erwachsen ist.

Rechtskräftig geworden ist auch:

- die Abweisung der Widerklage im Fr. 61'657.10 (nebst Verzugszinsen) übersteigenden Betrag
- Dispositivziffern 2 - 5

und zwar im Zeitpunkt des Eingangs der Berufungsantwort, d.h. am 23. Mai 2013.

III.

1. Rechtliches

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

2. Negative Feststellungsklage / Widerklage

2.1. Standpunkte der Parteien

Die Beklagte macht im Wesentlichen (widerklageweise) einen Schaden aus entgangenem Gewinn geltend, weil der Kläger es zu vertreten habe, dass sie von der F. _____ ab Dezember 2004 nicht mehr mit E. _____ beliefert worden sei und da-

her von Januar bis April 2005 das Produkt nicht habe verkaufen können. Sie hätte in jenem Zeitraum einen Bruttogewinn von Fr. 139'000.– erzielt, von welchem 20% als Aufwandkosten abzuziehen seien, was einem entgangenen Nettogewinn von Fr. 111'200.– entspreche (vgl. Urk. 10 S. 19). Demgegenüber verlangt der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens der Forderung über Fr. 111'200.– aus entgangenem Gewinn sowie die Aufhebung der unter diesem Titel eingeleiteten Betreuung (Urk. 2 S. 2).

2.2. Bestand des Schadens

Die Vorinstanz kam nach Durchführung eines Beweisverfahrens im Wesentlichen zum Schluss, es fehle an der nötigen Überzeugungskraft der Beweismittel, um auf das hypothetische Erreichen der von der Beklagten behaupteten Verkaufszahlen zu schliessen. Letztere beruhten auf der Einschätzung eines Geschäftsführers, der zwar erfahren sei, sich jedoch hinsichtlich der zukünftigen starken Verkaufsteigerungen nicht auf früher gemachte Verkaufserfahrungen hinsichtlich E. _____ habe stützen können und daher Mutmassungen vorgebracht habe. Die sich aus dem Beweisverfahren ergebenden Umstände machten es aber mehr als bloss wahrscheinlich, dass im Vergleich zu den Vorjahren zumindest kein Einbruch der Verkaufszahlen resultiert wäre bzw. dass der erfahrene neue Geschäftsführer mindestens die Vorjahreszahlen erreicht hätte (Urk. 179 S. 92 f.). Unter Berücksichtigung des Durchschnitts der Verkaufszahlen der Jahre 2003 und 2004 sei von einem Bruttogewinn in Höhe von insgesamt Fr. 77'071.35 auszugehen, was nach Abzug von 20% Aufwandkosten Fr. 61'657.10 ergebe (Urk. 179 S. 95, S. 98).

Mit der Berufung macht der Kläger wie vor Vorinstanz geltend, der Schaden sei nicht nachgewiesen. Der Jahresbestellung der Beklagten vom 22. Dezember 2004 komme keine Beweiskraft zu. Die blosser Bestellung einer bestimmten Menge des Produkts sei weder Beweis noch genüge sie als tragfähige Schätzungsgrundlage dafür, dass die Beklagte die bestellte Menge verkauft hätte (Urk. 178 S. 29). Insofern setzt sich der Kläger in keiner Weise mit der vorinstanzlichen Urteilsbegründung auseinander, sondern wiederholt lediglich seinen vor Vorinstanz geltend gemachten Standpunkt. Weil der anwaltlich vertretene Kläger damit sei-

ner Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO) nicht nachkommt, ist auf die entsprechenden Ausführungen nicht näher einzugehen. Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass Ersatz für entgangenen Gewinn jedenfalls geschuldet ist, soweit es sich um einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt (BGE 82 II 397 E. 6 m.w.H.). Nachdem die Beklagte unbestrittenermassen in der Vergangenheit E._____ verkauft hat, ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Beklagte auch im Jahre 2005 E._____ verkauft hätte, wenn sie damit von der F._____ beliefert worden wäre. Das grundsätzliche Bestehen eines entgangenen (Brutto-)Gewinns bejahte die Vorinstanz daher zu Recht.

2.3. Hypothetische Höhe des Bruttogewinns

Entgegen der oben angeführten Rüge des Klägers erachtete die Vorinstanz die von der Beklagten bestellte Menge E._____ und die damit behauptete Absatzmenge für das Jahr 2005 nicht als massgeblich für die Höhe des entgangenen (Brutto-)Gewinns im Jahr 2005. Sie folgte damit der Auffassung des Klägers, würdigte jedoch das Beweisergebnis dahingehend, dass vom Durchschnitt der Verkäufe der Jahre 2003 und 2004 auszugehen sei, weshalb in den ersten vier Monaten des Jahres 2004 [recte: 2005] 2'354 Packungen à 60 Gramm und 245 Schachteln à 300 Gramm verkauft worden wären (vgl. Urk. 179 S. 95).

Entgegen der Ansicht des Klägers ging die Vorinstanz somit nicht von einem bestrittenen Sachverhalt aus, sondern schloss aus den Verkäufen der Jahre 2003 und 2004 auf die mutmasslich abgesetzte Menge in den ersten Monaten des Jahres 2005 (vgl. Urk. 179 S. 89). Ihre Erwägungen basieren damit auf einer tatsächlichen Grundlage, über die Beweis geführt wurde, und erscheinen sachgerecht.

Die von der Vorinstanz angenommenen Einstands- und Verkaufspreise zur Berechnung des Bruttogewinns werden vom Kläger einzig dahingehend gerügt, dass diese Positionen ihm zu Unrecht zum Beweis auferlegt worden seien (vgl. Urk. 178 S. 31). Diese Behauptung ist aktenwidrig. Mit Beschluss der Vorinstanz vom 20. Mai 2009 wurde der Beklagten der Hauptbeweis für die Einstands- und Verkaufspreise auferlegt (Urk. 52 S. 2). Nachdem sich der Kläger mit

den Erwägungen der Vorinstanz zu den Einstands- und Verkaufspreisen (Urk. 179 S. 88 f.) nicht weiter auseinandersetzt (vgl. Urk. 178 S. 31), ist von den - im Übrigen überzeugenden - vorinstanzlichen Erwägungen auszugehen und mit dieser ein hypothetischer Bruttogewinn von Fr. 77'071.35 anzunehmen (vgl. Urk. 179 S. 95).

2.4. Hypothetische Kosten

Zur Höhe der Personal-, Miet-, und Administrativkosten erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, hierfür seien 20% vom Bruttogewinn abzuziehen (vgl. Urk. 179 S. 18, S. 95). Sie führte aus, der Kläger habe den von der Beklagten geltend gemachten Abzug von 20% als Mindestaufwand anerkannt. Betreffend Abzüge vom errechneten Schaden sei der Kläger als Arbeitnehmer beweisbelastet. Weil er nicht substantiiert habe, weshalb ein Abzug mehr als die anerkannten 20% betragen solle, wie hoch er genau sei und aus welchen Kosten er bestehen würde, sei davon auszugehen, dass der Abzug 20% des Gewinns und nicht mehr betrage (Urk. 179 S. 43 f., S. 96).

Der Kläger macht mit der Berufung geltend, er habe in der Stellungnahme zum Beweisergebnis begründet, dass und weshalb die von der Beklagten behaupteten 20% für die Personal-, Miet- und Administrativkosten nicht stimmen würden bzw. höher seien. Indem die Vorinstanz dem Kläger die Beweislast für die Betriebskosten auferlegt und die Vorbringen in der Stellungnahme zum Beweisergebnis als unzulässige Noven aus dem Recht gewiesen habe, habe sie Art. 8 ZGB verletzt. Beweispflichtig für den Schaden aus angeblich entgangenem Gewinn sei ausschliesslich der Geschädigte, dessen Sachvorbringen vom Beklagten nicht zu widerlegen seien (Urk. 178 S. 31).

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz der Beklagten mit Beschluss vom 20. Mai 2009 den Hauptbeweis auferlegte, dass die Personal-, Miet- und Administrativkosten maximal 20% des Bruttogewinns betragen hätten (Urk. 52 S. 3). Die Beklagte offerierte in ihrer Beweisantretungsschrift vom 28. September 2009 in der Folge ihren Mietvertrag mit der H._____ Immobilien-Dienstleistungen (recte: I._____ Immobilien AG, Urk. 62/2) als Beweismittel sowie die Zeugen

D._____, B1._____, J._____ und K._____ (Urk. 61 S. 3). Weiter reichte sie zum entsprechenden Beweissatz - welcher auch den Beweis für ihre Einstandspreise und die voraussichtlich verkaufte Menge umfasste - ihre Bestellungen bei der F._____ von 1999 bis Oktober 2004, die Bestellung bei der F._____ vom 22. Dezember 2004 sowie ihre Debitorenrechnungen aus den Jahren 2003 und 2004 als Beweismittel ins Recht (Urk. 12/29+34, Urk. 62/1+2). Der Kläger offerierte seinerseits seine Befragung als Partei, das Schreiben der F._____ an die Beklagte vom 25. Oktober 2004 sowie die Geschäftsbuchhaltung der Beklagten (inkl. sämtliche Kontoblätter) betreffend die Geschäftsjahre 2004 und 2005 sowie die Offenlegung der Gewinnkalkulation der Beklagten für die von ihr in den Jahren 2004 und 2005 vertriebenen Produkte als Gegenbeweismittel (Urk. 59 S. 4).

Die Vorinstanz nahm die Beweismittel mit Beschluss vom 2. Dezember 2009 ab (Urk. 63), wobei folgende von den Parteien offerierten Dokumente keinen erkennbaren Zusammenhang mit den Kosten der Beklagten aufweisen und offenkundig den weiteren Teil des Beweissatzes 1a gemäss Beschluss der Vorinstanz vom 20. Mai 2009 betreffen:

- die Bestellungen bei der F._____ von 1999 bis Oktober 2004
- die Bestellung bei der F._____ vom 22. Dezember 2004
- die Debitorenbuchhaltung (vgl. Urk. 62/1 und 2)
- das Schreiben F._____ an die Beklagte vom 25. Oktober 2004 (act. 60/1.1)

Die übrigen, grundsätzlich relevanten Beweismittel würdigte die Vorinstanz jedoch im angefochtenen Urteil unter dem Aspekt der hypothetischen Kosten nicht weiter und beschränkte sich auf den Standpunkt, für Abzüge vom errechneten Schaden sei der Kläger als Arbeitnehmer beweisbelastet (vgl. Urk. 63, Urk. 179 S. 43). Diese Betrachtungsweise wird vom Kläger zu Recht als Verletzung von Art. 8 ZGB beanstandet. Wer Schadenersatz beansprucht, hat nach Art. 42 Abs. 1 OR, der gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch für die Haftung aus Vertrag gilt, den Schaden zu beweisen. Es genügt, wenn die Bestreitung ihrem Zweck entsprechend konkretisiert wird, um den Behauptenden zu der ihm obliegenden Beweisführung zu veranlassen. Beweispflichtig für entgangenen Gewinn ist ausschliesslich der Geschädigte, dessen Sachvorbringen vom Belangten nicht zu widerlegen sind, liefe

dies doch auf eine Umkehr der Beweislast hinaus und damit Art. 8 ZGB zuwider. Dem Belangten kann gerade dort, wo es um das Mass und die Berechnung von Schadenersatz geht, nicht verwehrt werden, vom Geschädigten den rechtsgenügenden Nachweis zu verlangen, sich folglich mit blossem Bestreiten zu begnügen (vgl. [BGE 115 II 1](#), E. 4 m.w.H.).

Dass der Kläger die behauptete Pauschale der Personal-, Miet- und Administrativkosten nicht substantiiert bestritt, schadet ihm daher nicht. Eine Rückweisung dieser Frage zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz kann jedoch unterbleiben, da es sich bei dieser Frage nicht um einen wesentlichen Teil der Klage handelt und der Sachverhalt nicht zu vervollständigen ist (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Schliesslich nahm die Vorinstanz die von den Parteien vorgebrachten Beweismittel zur Frage der Personal-, Miet- und Administrativkosten ab:

Am 21. April 2011 wurde D._____ als Zeuge einvernommen (Urk. 109). Als Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär der Beklagten seit 2004 hatte er dem Kläger gekündigt. Er kannte den Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens und hatte ihn immer wieder zusammen mit dem Vertreter der Beklagten besprochen. Er erstellte die von der Beklagten eingereichte Abrechnung über den entgangenen Gewinn und machte geltend, maximal 20% des Bruttogewinns seien im 1. Quartal 2005 auf Personal-, Miet- und Administrativkosten entfallen (Urk. 109 S. 3 f. ,S. 7 f.).

Der Zeuge D._____ besitzt als Mehrheitsaktionär und Geschäftsführer der Beklagten ein massgebliches Interesse am Prozessausgang. Die von der Beklagten eingereichten Berechnungen stammen von ihm und er stand mit dem Rechtsvertreter der Beklagten im Rahmen des Prozesses mehrfach in Kontakt. Unter diesen Umständen kann seiner Aussage - trotz der strengen Strafandrohung des falschen Zeugnisses von Art. 307 StGB - kein derartiges Gewicht beigemessen werden, dass sie für die Erbringung des auferlegten Beweises genügen könnte.

Dasselbe muss für den Zeugen B1._____ gelten, welcher als vormaliger Namensgeber der Beklagten ihr früherer Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat war. Er wurde am 21. April 2011 als Zeuge einvernommen und erklärte, im Befra-

gungszeitpunkt nur noch Aktionär der Beklagten zu sein. Weil er indes keine Aussagen zur Frage der Vertriebskosten machte, gelingt der Beklagten mit seiner Aussage der Beweis für die Höhe der Personal-, Miet- und Administrationskosten nicht (vgl. Urk. 108 S. 3 f., S. 7).

Auf eine persönliche Befragung des Klägers wurde durch die Vorinstanz in Antizipation der Beweiswürdigung verzichtet (Urk. 179 S. 81), was nachvollziehbar erscheint, zumal auch die Aussage des Zeugen D._____ als neuer Geschäftsführer für das aktuelle Beweisergebnis nicht als zureichend befunden werden kann.

Der Zeuge J._____ wurde rechtshilfweise in Graz einvernommen, machte zur Frage der entstandenen Kosten jedoch keine Angaben (vgl. Urk. 156 S. 2).

Mit Schreiben vom 19. April 2011 verzichtete die Beklagte auf die Einvernahme der Zeugin K._____ und beantragte statt dessen die Einvernahme der Zeugin L._____ (Urk. 105). In der Folge wurde die Zeugin K._____ nicht einvernommen (Urk. 106); die Befragung der Zeugin L._____ unterblieb indessen zufolge verspätet gestellter Beweisofferte (vgl. Urk. 179 S. 104).

Als objektive Beweismittel für den der Beklagten auferlegten Beweis zu den Personal-, Miet- und Administrativkosten liegen daher einzig der Mietvertrag der Beklagten sowie ihre Geschäftsbuchhaltung im Recht. Die Beklagte hatte mit Eingabe vom 27. Januar 2010 erklärt, sie sei nicht im Besitz der verlangten Gewinnkalkulation für die von ihr in den Jahren 2004 und 2005 vertriebenen Produkte (Urk. 77 S. 2).

Die Betriebskosten der Beklagten betragen laut ihren Buchhaltungsunterlagen in den Jahren 2003/2004 rund Fr. 469'000.– (Urk. 78/C). Diese Kosten lassen sich jedoch den einzelnen Produkten der Beklagten nicht zuordnen. Nachdem der Kläger der beklagtischen Behauptung von 20% Unternehmensaufwand in seinen Parteivorträgen keine eigene Zahl entgegenstellte, ist der Unternehmensaufwand der Beklagten für E._____ nach Ermessen (Art. 42 Abs. 2 OR) zu schätzen.

Auch wenn sich aus der Buchhaltung der Jahre 2003 ein Jahresergebnis von Fr. 9'704.21 ergibt, während im Jahre 2004 nur aufgrund eines Sanierungserfolgs

bzw. definitiven Forderungsverzichts kein Verlust erlitten wurde (vgl. Urk. 78/C), ist aus dem Verhalten der Parteien zu schliessen, dass aus dem Verkauf von E._____ ein massgeblicher Reingewinn erzielt wurde. So bemühten sich beide Parteien jahrelang um eine Zulassung beim BAG und der Kläger beabsichtigte nach seiner Entlassung durch die Beklagte, das Produkt weiter zu vertreiben, weshalb von einer nicht unerheblichen Marge auszugehen ist.

In diesem Zusammenhang erscheint der in der klägerischen Beweisantretungsschrift vom 28. September 2009 geltend gemachte **Unternehmensaufwand von 55% des Bruttogewinns** in den Vorjahren (Urk. 59 S. 4) als plausibel, macht der Kläger doch damit immer noch einen höheren Gewinn geltend, als er als Geschäftsführer der G._____ GmbH mit E._____ später erwirtschaftete (vgl. Urk. 135/2).

Es erscheint daher sachgerecht, vom hypothetischen Bruttogewinn von Fr. 77'071.35 den hypothetischen Aufwand von 55%, mithin Fr. 42'389.25 abzuziehen, wodurch ein hypothetisch entgangener Nettogewinn in Höhe von **Fr. 34'682.10** resultiert.

2.5. Schadenszinsen

Die Berechnung der Vorinstanz wird von den Parteien im Berufungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt, wonach ab dem 1. März 2005 Zinsen zu 5% auf der Summe von 1/3 des Schadens aus dem entgangenen Verkauf der 60 g-Packungen und 3/7 des Schadens aus dem entgangenen Verkauf von 300 g-Schachteln geschuldet ist. Dasselbe gilt für die Zusprechung von Zinsen zu 5% ab 1. Mai 2005 auf der Summe von 2/3 des Schadens aus dem entgangenen Verkauf von E._____ à 60 g und 4/7 des Schadens aus dem entgangenen Verkauf der 300 g-Packungen (vgl. Urk. 179 S. 59).

Mit der Vorinstanz ist somit von einem Bruttogewinn von Fr. 53'906.60 für die 60 g-Schachteln und von Fr. 23'164.75 für die Packungen à 300 g auszugehen (Urk. 179 S. 95). Davon sind nunmehr neu 55% für Miet-, Personal- und Administrationskosten abzuziehen. Es ergibt sich folgende Rechnung (gerundet):

| | 60 g Packung | | 300 g Packung | | |
|-------------------------------|--------------|------------------|---------------|------------------|--------------------------------|
| Bruttogewinn | CHF | 53'906.60 | CHF | 23'164.75 | |
| Abzügl. Aufwand in Prozent | 55 CHF | -29'648.65 | CHF | -12'740.60 | |
| Nettogewinn | CHF | 24'257.95 | CHF | 10'424.15 | Total CHF 34'682.10 |
| Anteil | | | | | |
| ab 1. März 2005 (1/3) | CHF | 8'086.00 | CHF | 4'467.50 | CHF 12'553.50 |
| ab 1. Mai 2005 (2/3) | CHF | 16'171.95 | CHF | 5'956.65 | CHF 22'128.60 |

Der Beklagten ist somit ein Schadenszins von 5% ab 1. März 2005 auf dem Betrag von Fr. 12'553.50 sowie 5% ab 1. Mai 2005 auf Fr. 22'128.60 zuzusprechen.

2.6. Treuepflichtverletzungen

Die Vorinstanz führte die rechtlichen Grundlagen der Treuepflicht eines Arbeitnehmers umfassend und korrekt auf, worauf vorab verwiesen werden kann (vgl. Urk. 179 S. 29 f.).

Sie erwog im Wesentlichen, den Kläger habe aufgrund seiner Stellung als Geschäftsführer spätestens ab 22. Januar 2001 eine erhöhte Treuepflicht getroffen, wobei ihn bereits ab Ende Juni 1997 eine hohe Treuepflicht getroffen habe, weil er ab diesem Zeitpunkt (dem Weggang des damaligen Geschäftsführers M._____) für das Hauptgeschäft der Beklagten zuständig gewesen sei (Urk. 179 S. 31). Sie kam im Wesentlichen zum Schluss, der Kläger habe seine Treuepflicht verletzt, indem er mit der F._____ am 2. Oktober 1998 einen Alleinvertriebsvertrag geschlossen und im Bewilligungsverfahren des BAG das Gesuch der Beklagten zurückgezogen habe (Urk. 179 S. 33, S. 36). Die Frage, ob der Kläger mit dem Stellen eines Bewilligungsgesuchs in eigenem Namen seine Treuepflicht verletzte, liess sie offen (Urk. 179 S. 36). Weitere von der Beklagten behauptete Verstösse des Klägers gegen seine Treuepflichten (Gründung und Konkurrenzierung durch die G._____ GmbH; Drängen der F._____ zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen zur Beklagten bzw. Falschinformation; Verletzung der Geheimhaltungspflichten) erachtete die Vorinstanz als im Kontext nicht relevant (Urk. 179 S. 36 ff.).

Mit der Berufung macht der Kläger im Wesentlichen geltend, der Abschluss des Alleinvertriebsvertrags mit der F._____ und allfällige Treuepflichtverletzungen seien für den Schaden nicht kausal (vgl. Urk. 178 S. 19 ff.).

2.7. Würdigung

Der Kläger schloss am 6. März 1998 mit der Lieferantin F._____ einen Alleinvertriebsvertrag, womit er sie noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses von der Beklagten grundsätzlich abwarb. Daran ändert nichts, dass die F._____ die Beklagte vorderhand - wohl im Einverständnis mit dem Kläger - weiter belieferte, bewirkte er doch damit ein Schädigungspotential zu ihren Lasten.

Sodann versuchte der Kläger, die Zulassung des Produkts auf den Namen der Beklagten zu verhindern, wobei er gleichzeitig ein Zulassungsgesuch in eigenem Namen stellte. Mit diesem Vorgehen, das mit der Vorinstanz offensichtlich nicht im Interesse der Beklagten erfolgte und eine offenkundige Konkurrenzhandlung darstellt, verletzte der Kläger seine Treuepflichten während des laufenden Arbeitsverhältnisses in krasser Weise. Aus diesen Handlungen und dem Umstand der Gründung einer Konkurrenzfirma ist zu schliessen, dass der Kläger während seiner Anstellung bei der Beklagten über Jahre systematisch darauf hin arbeitete, die Beklagte aus dem Verkauf von E._____ auszuschliessen und das Produkt selbst bzw. über die von ihm gegründete Konkurrenzgesellschaft zu vertreiben.

Nach Erhalt der Kündigung verwirklichte der Kläger noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses das von ihm geschaffene Schädigungspotential. Zudem informierte er am Tag seiner Kündigung die F._____ über eine fehlende Rentabilität der Beklagten bzw. ihre Verluste, was einen weiteren Verstoss gegen seine Treue- bzw. Geheimhaltungspflicht darstellt. Die Begründung des Klägers im Berufungsverfahren, er habe die F._____ aus berechtigten eigenen Interessen informiert (Urk. 178 S. 25), überzeugt nicht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wenn die Interessen des Arbeitgebers an der Geheimhaltung mit den Interessen des Arbeitnehmers am beruflichen Fortkommen, an seiner wirtschaftlichen Entfaltung und am freien Wett-

bewerb kollidieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.69/2007 vom 21. Juni 2007, E. 3.3.3.). Der Kläger nennt indes keine konkreten Interessen, welche gegenüber dem offenkundigen Geheimhaltungsinteresse der Beklagten an ihrer finanziellen Situation abzuwägen wären. Der von ihm geltend gemachte Vergleich, bei einem Bewerbungsgespräch müssten die Kündigungsgründe genannt werden können (Urk. 178 S. 26), hinkt offenkundig, weil seine Aussagen nicht anlässlich eines Bewerbungsgesprächs, sondern ohne berechtigten Anlass erfolgten. Für die spontane Mitteilung der finanziellen Situation der Beklagten an die F._____ am Tag der Kündigung ist - nicht zuletzt aufgrund seiner früheren Verstösse gegen die Treuepflicht - kein anderer Grund erkennbar, als dass der Kläger die F._____ zur Einstellung der Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten bewegen wollte. In der Folge erklärte die F._____ gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 28. Dezember 2004, sie könne die Bestellung der Beklagten aufgrund des Alleinvertriebsvertrags mit dem Kläger nicht erfüllen (Urk. 12/28).

Soweit der Kläger mit der Berufung geltend macht, die F._____ habe in ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2004 die Einstellung der Lieferungen nicht mit dem Alleinvertriebsvertrag zwischen ihr und dem Kläger vom 2. Oktober 1998 begründet, sondern mit einem neuen Alleinvertriebsvertrag mit Wirkung ab 1. Januar 2005 (Urk. 178 S. 21), übersieht er, dass das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Mitteilung der F._____ noch bestand. Selbst der Abschluss eines weiteren Alleinvertriebsvertrags zwischen dem Kläger und der F._____ während des laufenden Arbeitsverhältnisses hätte denselben Schaden bewirkt und würde den Kläger nicht entlasten. Für den Schädigungszeitpunkt ist nicht massgeblich, wann der Beklagten der Gewinn hypothetisch entging, sondern wann das schädigende Ereignis stattfand. Der Versuch des Klägers, den Schadenszeitpunkt auf einen späteren Termin während seiner Anstellung zu setzen, ist mithin unbehelflich, würde der Kläger damit gleichwohl in Verletzung seiner Treuepflicht die F._____ abgeworben und den vorliegend zu beurteilenden, entgangenen Gewinn verursacht haben.

Zusammenfassend verletzte der Kläger seine Treuepflicht gegenüber der Beklagten mehrfach und in krasser Weise. Die einzelnen Verletzungen sind miteinander

verwoben und ergeben ein Bild, wonach die Treuepflichtverletzungen bewirkten, dass die Beklagte durch die F. _____ nicht weiter beliefert wurde. Hätte der Kläger namentlich mit der F. _____ während des Arbeitsverhältnisses keinen Alleinvertriebsvertrag geschlossen und sie nicht über finanzielle Schwierigkeiten der Beklagten informiert, wäre die Beklagte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung im Jahre 2005 beliefert worden und sie hätte das Produkt verkaufen können. Durch die Treuepflichtverletzungen des Klägers verursachte er den entgangenen Gewinn in adäquat kausaler Weise.

Soweit der Kläger mit der Berufung geltend macht, der neue Alleinvertriebsvertrag vom 1. Januar 2005 habe eine allfällige Kausalität unterbrochen (Urk. 178 S. 24), übersieht er, dass damit der bisherige Alleinvertriebsvertrag weitergeführt wurde und somit die Kausalität nicht unterbrochen, sondern im Gegenteil aufrecht erhalten bzw. erneuert worden wäre.

2.8. Fazit

Durch die Treuepflichtverletzungen des Klägers erlitt die Beklagte einen Schaden in Form eines entgangenen Gewinns in Höhe von netto Fr. 34'682.10.

In teilweiser Gutheissung der Berufung ist daher Ziffer 1 Abs. 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Kläger zu verpflichten, der Beklagten Fr. 34'682.10 zuzüglich Zins zu 5% ab 1. März 2005 auf dem Betrag von Fr. 12'553.50 sowie ein Zins von 5% ab 1. Mai 2005 auf Fr. 22'128.60 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Widerklage abzuweisen, soweit deren Abweisung nicht schon rechtskräftig ist.

Demnach schuldet der Kläger der Beklagten vom in Betreibung gesetzten Betrag in Höhe von Fr. 111'200.– zusätzlich Fr. 26'975.– nicht, was festzustellen ist. Entsprechend ist die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Volketswil (Zahlungsbefehl vom 28. Februar 2005) zusätzlich im genannten Umfang aufzuheben. Das Betreibungsamt Volketswil ist anzuweisen, die in dieser Betreibung erfolgten Einträge im Betreibungsregister als in diesem Umfang aufgehoben zu kennzeichnen

und bei der Erstellung allfälliger Registerauszüge im selben Umfang nicht mehr aufzuführen.

3. Lohnanspruch während Freistellung

Der Kläger machte im Verfahren der Vorinstanz einen ausstehenden Lohn von insgesamt Fr. 17'400.– (brutto) für die Monate November und Dezember 2004 zuzüglich Zins zu 5% ab dem jeweiligen Monatsende geltend (vgl. Urk. 2 S. 2). Die Beklagte hielt demgegenüber dafür, der Kläger habe während der Zeit der Freistellung einen anderweitigen Verdienst erzielt, weil er unmittelbar nach der Freistellung bei der von ihm gegründeten Konkurrenzfirma G._____ GmbH tätig geworden sei (Urk. 10 S. 36).

Die Vorinstanz kam im Wesentlichen zum Schluss, der Beklagten sei der Beweis misslungen, wonach der Kläger mit der G._____ GmbH einen Gewinn erzielt oder einen Lohn für die Monate November und Dezember 2004 erhalten habe (Urk. 179 S. 99). Weil der Kläger jedoch ausgeführt habe, seine gesamte Zeit für den Aufbau seines Unternehmens und die Stellensuche aufgewendet zu haben und eine Stellensuche nicht nachgewiesen sei, sei davon auszugehen, dass er vollzeitlich für sein Unternehmen tätig geworden sei. Entsprechend sei ihm für die Monate November bis Dezember 2004 ein voller Lohn anzurechnen, weshalb die Beklagte ihm keinen Lohn mehr schulde (Urk. 179 S. 101). Im Übrigen stünden dem Kläger 16 Tage Ferien zu, welche ihm, da sie nicht als kompensiert gelten, in Höhe von Fr. 6'957.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2005 zu vergüten seien (Urk. 179 S. 101).

Mit der Berufung macht der Kläger im Wesentlichen geltend, allfällige Einkünfte oder Vorteile aus seiner Tätigkeit für die G._____ GmbH fielen nach dem Vertrauensprinzip nicht unter die angeordnete Ausgleichspflicht (Urk. 178 S. 5 f.). Zudem habe er keine Einkünfte oder anrechenbare Vorteile aus seiner Tätigkeit bei der G._____ GmbH erzielt. Ein allfälliger Gewinn in den auf das Arbeitsverhältnis folgenden Jahren sei nicht anrechenbar (Urk. 178 S. 7 f.). Sodann habe die Vorinstanz dem Kläger für die Behauptung seiner Stellensuche den Gegenbeweis, nicht aber den Hauptbeweis auferlegt, so dass bezüglich dieses Beweisthemas

nicht zu seinen Ungunsten entschieden werden könne (Urk. 178 S. 10). Weiter habe er in den massgeblichen Monaten nicht ausschliesslich für die G._____ GmbH gearbeitet, sondern Stellen gesucht (Urk. 178 S. 11). Die Arbeit für die G._____ GmbH sei nicht freiwillig aufgenommen worden (Urk. 178 S. 13). Im Übrigen sei die Anrechnung von zwei vollen Monatslöhnen unangemessen (Urk. 178 S. 16).

3.1. Rechtliches

Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung (Art. 324 Abs. 2 OR) oder infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337c Abs. 2 OR) erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

Gemäss Art. 361 Abs. 1 und 362 Abs. 1 OR darf zugunsten des Arbeitnehmers bei Annahmeverzug und bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer sich anderweitig verdienten Lohn nicht anrechnen lassen muss. Art. 324 Abs. 2 oder Art. 337c Abs. 2 OR kann somit betreffend die Anrechnungspflicht auf die Freistellung nur analog angewendet werden, wenn die Parteien nichts vereinbart haben und auch die Umstände des Falles den Schluss nicht zulassen, es sei auf die Anrechnung verzichtet worden. Das Bundesgericht bejaht eine analoge Anwendung von Art. 337c Abs. 2 OR auf den Fall der Freistellung, weil nicht einzusehen sei, wieso der freigestellte Arbeitnehmer bezüglich der Anrechnungspflicht bessergestellt sein sollte als derjenige, den die ungerechtfertigte fristlose Entlassung schon für sich allein in aller Regel hart treffe. Mit der Freistellung habe der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vom Risiko entbunden, einen Prozess über die Frage führen zu müssen, ob die fristlose Entlassung gegebenenfalls ungerechtfertigt gewesen wäre. Warum der Freigestellte bei diesem Vorteil noch zusätzlich gegenüber dem ungerechtfertigt Entlassenen dadurch begünstigt werden sollte, dass er sich den am neuen Arbeitsplatz verdienten Lohn nicht anrechnen lassen müsse, sei nicht ersichtlich. Daher dränge sich die analoge Anwendung von Art. 337c Abs. 2 OR auf (BGE 118 II 139 E. 1 a und 1 b m.w.H.).

Die Höhe des anzurechnenden Einkommens besteht grundsätzlich im Lohn ab neuem Stellenantritt bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beim alten Arbeitgeber (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl. 2012, N 5 zu Art. 337c OR m.w.H.).

Besonders heikel ist die Entscheidung, ob ein Arbeitnehmer es in Verletzung seiner Schadensminderungspflicht versäumt habe, durch anderweitige Stellenannahme den Schaden herabzusetzen. Es ist eine der Fragen, bei denen das Ermessen des Richters zur Festlegung eines hypothetischen Ersatzeinkommens besonders gross ist. Die Beweislast trifft dabei primär den Arbeitgeber. Dennoch hat der Arbeitnehmer den Nachweis zu erbringen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht hat, denn wenn der Arbeitgeber eine allgemein grosse Arbeitskräfte-nachfrage für den betreffenden Beruf oder mehrere freie, zumutbare Stellen nachweist, auf die sich der Arbeitnehmer nicht beworben hat, wird der Beweis als erbracht betrachtet. Bei kürzeren Kündigungsfristen muss der Arbeitnehmer auf Inserate reagieren und sich bei der Arbeitsvermittlung melden (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 337c OR m.w.H.).

3.2. Würdigung

Die Beklagte kündigte dem Kläger am 25. Oktober 2004 per Ende Dezember 2004 und stellte ihn per sofort frei. Sie ordnete in der Kündigung ausdrücklich an, im Falle eines Stellenantritts habe er sich das erzielte oder erzielbare Gehalt anrechnen zu lassen und er sei verpflichtet, die Arbeitgeberin unverzüglich über den Antritt einer neuen Stelle zu orientieren (vgl. Urk. 4/1 S. 1, Hervorhebung durch die Kammer).

Entgegen der Ansicht des Klägers ist aus der genannten Formulierung nach Treu und Glauben und aufgrund der konkreten Umstände nicht zu schliessen, die Anrechnungspflicht sei im Verhältnis zur anwendbaren analogen Regelung von Art. 337c Abs. 2 OR eingeschränkt worden, wurde der Kläger doch ausdrücklich auf seine Anrechnungspflicht hingewiesen. Grundsätzlich hat der Kläger sich daher ein erzieltes wie auch ein erzielbares Einkommen anrechnen zu lassen.

Der Kläger trat zwar unmittelbar nach seiner Freistellung die Anstellung in der G._____ GmbH an, erhielt jedoch keinen Lohn und seine neue Arbeitgeberin erzielte auch keinen Gewinn während der Kündigungsfrist und im Folgejahr (Urk. 135/2). Unter diesen Umständen misslang der Beklagten - wie die Vorinstanz zu Recht festhält (Urk. 179 S. 99) - der Beweis einer anrechenbaren Gewinnerzielung aus effektiv erzieltm Lohn.

Soweit die Vorinstanz dem Kläger die Tätigkeit für die G._____ GmbH als selbständigen Erwerb zurechnet (Urk. 179 S. 100), ist darauf hinzuweisen, dass Letztere eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, was grundsätzlich zu beachten ist. Zwar mag die G._____ GmbH wirtschaftlich identisch mit dem Kläger sein, doch beruft sich dieser im vorliegenden Fall nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise auf die Trennung zwischen juristischer Person und beherrschender Person. Zur Annahme von Rechtsmissbrauch müssen geradezu eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte Schädigung Dritter vorliegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008, E. 2.2.). Im vorliegenden Fall erübrigt sich die Berufung auf eine Trennung zwischen dem Kläger und der G._____ GmbH bereits dadurch, dass Letztere in den Jahren 2004/2005 keinen Gewinn auswies. Ein Durchgriff drängt sich damit vorliegend nicht auf, weshalb davon auszugehen ist, dass der Kläger unmittelbar nach seiner Freistellung eine unselbständige Anstellung antrat. Die gefundene Stelle vermochte ihn jedoch aufgrund der fehlenden Entlohnung nicht von der Pflicht entbinden, eine andere, bezahlte Stelle zu suchen.

Es traf den Kläger daher die Beweislast dafür, dass er sich aktiv und vergeblich um eine (bezahlte) Stelle bemühte, wofür ihm die Vorinstanz zu Recht mit Beschluss vom 20. Mai 2009 den Beweis auferlegte (Urk. 52 S. 3). Der Kläger verwies in der Beweisantrittungsschrift vom 28. September 2009 auf seine Ausführungen zu Beweissatz 2a) (Schadensbezifferung), wo er seine Parteibefragung, die Edition der Geschäftsbuchhaltung der Beklagten sowie ihre Offenlegung der Gewinnkalkulation beantragte (Urk. 59 S. 4, S. 8). Nachdem die Gewinnkalkulation sowie die Geschäftsbuchhaltung der Beklagten für die Frage der Stellensuche

offenkundig nicht von Relevanz ist, blieb als Beweismittel einzig die Befragung des Klägers. Die Vorinstanz sah indes von seiner Befragung im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung ab (vgl. Urk. 179 S. 103), zumal - trotz Beweisaufgabe (Urk. 52 S. 3) - keine weiteren Beweise für Suchbemühungen offeriert wurden.

Nachdem der Kläger mit der Berufung nicht rügt, die Vorinstanz habe ihn zu Unrecht nicht befragt, sondern geltend macht, aufgrund der Umstände sei davon auszugehen, er habe eine Stelle gesucht (vgl. Urk. 178 S. 11), ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass keine Stellensuche nachgewiesen ist. Entgegen der Ansicht des Klägers ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem üblichen Lauf der Dinge nach einer Stellenannahme bei der eigenen Firma nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass dessen ungeachtet eine weitere Stelle gesucht wird.

Zusammenfassend ist dem Kläger ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, welches er hätte erzielen können, wenn er statt der unbezahlten Stelle bei der G._____ GmbH eine bezahlte Stelle angenommen hätte. Dabei ist ihm eine Frist für die Stellensuche zuzubilligen, konnte er doch die Stelle bei der G._____ GmbH nur deshalb ohne Stellensuche annehmen, weil er ihr Hauptgesellschafter war. Es erscheint im vorliegenden Fall als angemessen, dem Kläger einen Stellenantritt erst ab Dezember 2004 anzurechnen, weshalb die Beklagte ihm den Monatslohn von November 2004 in Höhe von Fr. 8'700.- brutto bzw. nach Abzug von 6.05% AHV/ALV in Höhe von Fr. 8'173.65 netto, zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2004, schuldet. Wie mit der Klage beantragt, sind die entsprechenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge an die entsprechenden Sozialversicherer zu überweisen (vgl. Urk. 2 S. 25).

3.3. Fazit

In teilweiser Gutheissung der Berufung ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für den Monat November 2004 einen Nettolohn von Fr. 8'173.65, zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2004, zu bezahlen.

IV.

1. Vorinstanzliches Verfahren

Im Verfahren der Vorinstanz belief sich der Streitwert auf Fr. 144'257.– (Urk. 179 S. 105). Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 24'000.– blieb unangefochten und erwuchs in Rechtskraft.

Gemessen an den damaligen Anträgen der Parteien obsiegt der Kläger mit Fr. 100'348.55 bzw. zu ca. 70 % und unterliegt zu 30 %. Entsprechend sind die Kosten den Parteien aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Sodann ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger nach der Verrechnung der Entschädigungsansprüche eine auf 40 % reduzierte Parteientschädigung von Fr. 14'400.– zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer (Urk. 35 S. 2) und den Anteil der Weisungskosten von Fr. 116.– (= 40% von Fr. 290.–; Urk. 1) für das erstinstanzliche Verfahren zu bezahlen.

2. Berufungsverfahren

Im Berufungsverfahren verlangt der Kläger im Wesentlichen die Gutheissung der negativen Feststellungsklage im Umfang von Fr. 61'657.10 sowie die Zusprechung zweier Monatslöhne in Höhe von Fr. 17'400.–, was einem Streitwert in Höhe von Fr. 79'057.10 entspricht. Die Gerichtsgebühr ist entsprechend in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 7'800.– festzusetzen. Gemessen an den Berufungsanträgen obsiegt der Kläger zu 45%, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens zu 45 % und der Beklagten zu 55% aufzuerlegen sind. Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine auf 10% reduzierte Parteientschädigung von Fr. 320.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010).

Die Gerichtskosten sind mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 6'500.– teilweise zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO; Urk. 183), wodurch der Anteil des Klägers als voll geleistet gilt und der Kostenanteil der Be-

klagen nunmehr noch Fr. 1'300.– beträgt. Die Beklagte ist ferner zu verpflichten, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 6'500.– im Umfang von Fr. 2'990.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 Abs. 2 ("Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen."), 2 - 6 und 8 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 25. Januar 2013 am 23. Mai 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 34'682.10 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% ab 1. März 2005 auf dem Betrag von Fr. 12'553.50 sowie zuzüglich Zins von 5% ab 1. Mai 2005 auf Fr. 22'128.60.
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen, soweit deren Abweisung nicht schon rechtskräftig ist.
2. Es wird festgestellt, dass der Kläger und Widerbeklagte der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von Fr. 26'975.– zuzüglich Zins zu 5% ab 1. Februar 2005 nicht schuldet und dass die Beklagte und Widerklägerin den Kläger und Widerbeklagten in diesem Umfang ohne Schuldgrund betrieben hat.
3. Die mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Volketswil (Betreibung Nr. ...) betriebene Forderung von Fr. 111'200.– nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2005 sowie Fr. 200.– Betreuungskosten wird zusätzlich im Umfang von Fr. 26'975.– zuzüglich Zins zu 5% ab 1. Februar 2005 aufgehoben.
4. Das Betreibungsamt Volketswil wird angewiesen, die in der in Dispositivziffer 3 genannten Betreuung erfolgten Einträge im Betreibungsregister im Umfang von zusätzlich Fr. 26'975.– als aufgehoben zu kennzeichnen und

bei der Erstellung allfälliger Registerauszüge in diesem Umfang nicht mehr aufzuführen.

5. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten Fr. 8'173.65 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2004 zu bezahlen.

Ferner hat sie die entsprechenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge auf dem Bruttolohn von Fr. 8'700.– an die entsprechenden Sozialversicherer zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

6. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu 30% dem Kläger und zu 70% der Beklagten auferlegt.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 15'494.40 zuzüglich Anteil der Weisungskosten von Fr. 116.– zu bezahlen.
8. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'800.– festgesetzt.
9. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 45% und der Beklagten zu 55% auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss des Klägers teilweise verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 2'990.– zu ersetzen.
10. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 345.60 zu bezahlen.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Uster sowie Dispositivziffern 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Uster vom 25. Januar 2013 sowie Dispositivziffer 1 des vorliegenden Beschlusses und Dispositivziffern 3 und 4 des vorliegenden Urteils nach Ablauf der Rechtsmittelfrist im Dispositivauszug an das Betreibungsamt Volketswil, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

12. 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. 79'057.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Mai 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:

mc