

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
D. H.A. Müller und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 22. März 2018

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung,
vom 24. Juli 2017 (AH140106-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 30'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zusätzlich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Anlässlich der Hauptverhandlung reduziertes Rechtsbegehren:

(Urk. 8 S. 1 i.V.m. Prot. I S. 4)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 28'503.00 brutto nebst Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zusätzlich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Verfügung und Urteil des Einzelgerichts der 4. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. Juli 2017:

(Urk. 92 S. 34)

Es wird verfügt:

- "1. Der Prozess wird im Umfang von CHF 1'497.– (brutto) als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil."

und sodann wird erkannt:

- "1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger CHF 11'253.– netto (CHF 12'000.– brutto abzüglich CHF 747.– AHV, IV, ALV, EO) nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2014 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'000.– zu bezahlen.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Berufung]"

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 91 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung vom 24. Juli 2017 (Prozess Nr. AH140106-L/U) sei aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventuell sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung vom 24. Juli 2017 (Prozess Nr. AH140106-L/U) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten, sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 97 S. 2):

- "1. Die Berufung der Beklagten vom 14. September 2017 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nebst Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

A. Sachverhalt

Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist eine Personalvermittlungs- und Personalverleihfirma. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war bei der Beklagten seit dem 2. März 2009 zuerst als Personalberater und später als Filialleiter der Niederlassung C._____ und dann D._____ tätig. Sein Lohn bestand in einem monatlichen Fixum von zunächst Fr. 1'200.– brutto und später Fr. 2'200.– brutto sowie einem Provisionsvorschuss von zunächst Fr. 9'500.– und hernach Fr. 11'500.–. Weiter bestand unter gewissen im Arbeitsvertrag geregelten Voraussetzungen Anspruch auf eine Zusatzprovision. Im Arbeitsvertrag vom 25. Februar 2009 wurde in Ziffer 11 auch ein Konkurrenz- und

Abwerbeverbot mit allfälliger Konventionalstrafe im Falle der Zuwiderhandlung in der Höhe des während der letzten zwölf Monate ausbezahlten Bruttolohnes vereinbart (Urk. 5/3 S. 6 f.). Mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen zweimonatigen Kündigungsfrist per 31. Dezember 2013 (Urk. 5/3; Urk. 5/4; Urk. 5/8; Urk. 30/2; Urk. 13/16; Prot. I S. 35). Mit seiner Klage fordert der Kläger von der Beklagten ausstehende Provisionen im Umfang von zuletzt (vgl. teilweiser Klagerückzug: Urk. 92 S. 5 m.H.) Fr. 28'503.– brutto (Urk. 8 S. 1, 9 f.). Dabei errechnete er einen Gesamtprovisionsanspruch in der Höhe von Fr. 122'903.–, wovon er Fr. 20'000.– Darlehensschulden gegenüber der Beklagten und insgesamt von dieser bereits vergütete Provisionszahlungen in der Höhe von Fr. 74'400.– in Abzug brachte (Urk. 8 S. 9 f.). Die Beklagte erklärt für den Fall, dass das Gericht von ausstehenden Provisionsansprüchen des Klägers ausgehe, die Verrechnung mit ihrer Forderung aus Konventionalstrafe zufolge Verletzung des Konkurrenz- und Abwerbverbots durch den Kläger (Urk. 11 S. 6 ff.).

B. Prozessgeschichte

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

2. Mittels Eingabe vom 14. September 2017 erhob die Beklagte dagegen rechtzeitig (vgl. Urk. 90/2 i.V.m. Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) Berufung, wobei sie die eingangs wiedergegebenen Anträge stellen liess (Urk. 91 S. 2). Mit Schreiben vom 19. September 2017 wurde dem Kläger der Eingang der Berufung angezeigt (Urk. 95). Mittels Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2017 wurde dem Kläger

alsdann Frist zur Berufungsbeantwortung anberaumt (Urk. 96). Mittels Zuschrift vom 13. November 2017 liess der Kläger fristgerecht seine Berufungsantwort mit den eingangs erwähnten Anträgen erstatten (Urk. 97). Die Berufungsantwortsschrift wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 21. November 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 98). Mit Eingabe vom 4. Dezember 2017 beanspruchte die Beklagte innert zehn Tagen ihr sog. Replikrecht (Urk. 98 Anhang und Urk. 99). Diese Eingabe wurde wiederum dem Kläger am 18. Dezember 2017 zur Kenntnisnahme zugesandt (Urk. 99 S. 1). Das Verfahren erweist sich nunmehr als spruchreif.

C. Prozessuales

1. Die Berufungsvoraussetzungen 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. 90/1). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26.4.2013 E. 3.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie - im Gegensatz zur Klageschrift - nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36).

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

lung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). Wenn die Beklagte im Rahmen der Ausübung des Replikrechts mit ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2017 weitergehende Kritik am vorinstanzlichen Entscheid anbringen will, als sie es bereits im Rahmen der Berufungsschrift getan hat, indem sie sich zu den weiteren Gründen für einen vom Kläger zu vertretenden begründeten Anlass für die Kündigung äussert, so namentlich betreffend das zu späte oder Nicht-Erscheinen am Arbeitsplatz oder dass sich die Anzeichen, wonach der Kläger seinen Übertritt zu einem Konkurrenten vorbereitet habe, insbesondere ab Anfang Oktober 2013 gemehrt hätten etc. (Urk. 99 S. 3 ff.), ist sie damit im Berufungsverfahren nicht mehr zu hören.

4. Nicht angefochten ist die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz im Fr. 12'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Januar 2014 übersteigenden Betrag (Urk. 92 S. 34, Dispositivziffer 1 Absatz 2). Diesbezüglich ist die Teilrechtskraft des angefochtenen Entscheides vorzumerken.

D. Materielles

1. Die Vorinstanz kam im Wesentlichen zum Schluss, dass der Kläger Anspruch auf insgesamt Fr. 121'400.– Zusatzprovisionen (Fr. 77'400.– für die Zusatzprovision 2013 + Fr. 44'000.– für die Provision auf den Konzern- und Filialbruttomargen) habe. Diesen Betrag verrechnete sie mit Gegenforderungen der Beklagten in der Höhe von total Fr. 109'400.– (Fr. 20'000.– Darlehen + Fr. 89'400.– Provisionsvorbezüge), womit die Klage im Umfang von Fr. 12'000.– brutto gutgeheissen wurde. Dabei habe die Beklagte nicht beweisen können, dass der Kläger auf Provisionen an den Gesamtumsätzen verzichtet habe. Ausserdem sei nach durchgeführtem Beweisverfahren davon auszugehen, dass ein begründeter Anlass für die Kündigung nicht vorgelegen habe, weshalb das nachvertragliche Konkurrenzverbot somit durch die arbeitgeberseitige Kündigung dahingefal-

len sei. Folglich könne seitens der Beklagte keine Verrechnung mit der verlangten Konventionalstrafe von Fr. 154'897.15 geltend gemacht werden (vgl. Urk. 92 S. 6 ff., 32).

2. Mit ihrer Berufung verlangt die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage (Urk. 91 S. 29). Nicht kritisiert werden dabei die (Zusatz-)Provisionsberechnungen der Vorinstanz mit dem Ergebnis, dass dem Kläger noch eine Restforderung von Fr. 12'000.– brutto zustehe. Die Berufung beschränkt sich einzig auf die Frage, ob die Beklagte einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gehabt habe, als sie dem Kläger mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 gekündigt habe. In diesem Fall wäre das vertragliche Konkurrenzverbot nicht weggefallen und es hätten die Voraussetzungen eines gültigen Konkurrenzverbots geprüft und gegebenenfalls die Höhe der Konventionalstrafe festgelegt werden müssen. Im Falle der Bejahung einer Konventionalstrafe wäre die im Urteil festgestellte Restforderung des Klägers infolge der von der Beklagten geltend gemachten Verrechnung untergegangen und die Klage hätte vollumfänglich abgewiesen werden müssen (Urk. 91 S. 4).

3. Die Vorinstanz erwog, gesamtwürdigend könne als erstellt gelten, dass sich der Kläger von verschiedenen Mitarbeitern der Beklagten habe herumchauffieren lassen. Dass dies jedoch zu privaten Zecken geschehen sei, gehe aus dem Beweisverfahren nicht hervor. Nach den Befragungen sei jedoch nicht erwiesen, dass eine Weisung bei der Beklagten bestanden habe, den Kläger nicht zu Kundenterminen zu chauffieren. Den Zeugen sei nicht bekannt gewesen, dass E._____ (damals einziger Verwaltungsrat der Beklagten; Urk. 92 S. 5) das Herumchauffieren zu Kundenterminen verboten hätte. Auch aus der E-Mail vom 2. September 2013 von E._____ an den Kläger ergebe sich diesbezüglich nichts. Konkrete Beweise dafür, dass das Herumchauffieren weisungswidrig geschehen sei, habe die Beklagte nicht offeriert. Der Beklagten sei somit zwar der Beweis geglückt, dass der Kläger sich von anderen Mitarbeitern habe herumchauffieren lassen, nicht aber, dass dies weisungswidrig geschehen sei. Dass der Kläger ab August 2013 immer wieder verspätet oder gar nicht zur Arbeit erschienen sei, sei nach Durchführung des Beweisverfahrens auch nicht bewiesen. Ebenso wenig sei

der Beklagten der Nachweis gelungen, dass die Arbeitsleistungen des Klägers nachgelassen hätten und er seine Kunden ab ungefähr Oktober 2013 immer weniger telefonisch kontaktiert hätte. Konkrete Beweise für die Behauptung, dass der Kläger in qualifiziertem Ausmass seine Kunden vernachlässigt hätte, lägen auch nach dem umfangreichen Beweisverfahren nicht vor, zumal es der herkömmlichen Lebenserfahrung entspreche, dass das Engagement eines Arbeitnehmers gegen Ende des Arbeitsverhältnisses etwas nachlasse und es notorisch sei, dass in der Personalvermittlungsbranche die Einsätze der Temporärarbeitenden über die Wintermonate abnehmen würden. Es sei zwar durchaus so, dass einem der besten Mitarbeitenden eines Personalvermittlungsbüros nicht ohne Weiteres gekündigt werde. Damit sei jedoch nicht nachgewiesen, dass ein begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR vorliege. "Nicht grundlos" bedeute noch lange nicht "aus begründetem Anlass". Weiter könne insgesamt nicht als erstellt gelten, dass die Beklagte dem Kläger gekündigt habe, weil dieser vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen für eine konkurrenzierende Tätigkeit vorgenommen habe. E._____ habe erst auf Ergänzungsfrage des beklagischen Rechtsvertreters angegeben, dass auch Kundenrückmeldungen, die auf eine geplante Selbstständigkeit hingedeutet hätten, mitunter ausschlaggebend gewesen seien für die Kündigung. Die Beklagte habe es jedoch unterlassen, Konkretes bezüglich Vorbereitungshandlungen des Klägers vorzubringen, weshalb ein allfälliger, diesbezüglicher Kausalzusammenhang nicht zu prüfen gewesen sei. Ein begründeter Anlass habe nach dem Gesagten somit nicht vorgelegen. Das nachvertragliche Konkurrenzverbot sei somit durch die arbeitgeberseitige Kündigung entfallen. Weil bezüglich der behaupteten Abwerbbehandlungen im Jahr 2013 eine konkrete Schadenersatzforderung nicht substantiiert behauptet worden sei, brauche im Übrigen auch nicht abgeklärt zu werden, ob der Kläger bereits 2013 während noch laufendem Arbeitsverhältnis Abwerbbehandlungen vorgenommen und damit die arbeitsvertragliche Treuepflicht verletzt habe. Ab 2014 seien ihm Abwerbbehandlungen angesichts des Wegfalls des Konkurrenzverbots erlaubt gewesen (Urk. 92 S. 28 ff.).

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

habe, wonach das sich Herumchauffieren lassen durch andere Mitarbeiter der Beklagten zu Kundenterminen dem Kläger untersagt worden sei. Vielmehr sei eine solche Weisung gestützt auf die diesbezüglich klare und deutliche E-Mail von E._____ an den Kläger vom 2. September 2013 (Urk. 13/23), entgegen der willkürlichen Verneinung der Vorinstanz, erstellt. Dem Kläger sei diese Weisung aufgrund der erwähnten E-Mail sowie der am Folgetag erfolgten Besprechung mit E._____ zweifelsfrei bewusst gewesen. Gleichwohl habe er sich erwiesenermassen weisungswidrig mehrfach auch nach dem 2. September 2013, so beispielsweise um die Weihnachtszeit, von Mitarbeitern der Beklagten zu Kundenterminen chauffieren lassen. Dieses mehrfache weisungswidrige sich Herumchauffieren lassen habe einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR für eine Kündigung gesetzt. Die Vorinstanz habe zudem klare Indizien, die für einen begründeten Anlass bei der Kündigung sprächen, entweder unbeachtet gelassen oder falsch gewichtet. So sei im Kündigungsschreiben vom 29. Oktober 2013 (Urk. 5/4) die einleitende Formulierung gewählt worden, wonach die Beklagte sich "leider veranlasst" sehe, dem Kläger zu kündigen. Zudem enthalte dieses Schreiben keine Dankesworte. Ein weiteres Indiz bilde schliesslich auch der Erfahrungssatz, dass einem der besten (und umsatzstärksten) Mitarbeitern nicht ohne weiteres gekündigt werde. Es sei schlichtweg absurd, dass die Beklagte ihrem besten Mitarbeiter ohne ganz erhebliche Gründe gekündigt hätte. Die Vorinstanz übersehe, dass es sich bei diesem Erfahrungssatz nicht um einen selbstständigen Beweis handle. Aus all diesen Gründen hätte die Vorinstanz zum Schluss gelangen müssen, dass die Beklagte einen begründeten Anlass gehabt habe, dem Kläger zu kündigen (Urk. 91 S. 5 ff.; vgl. auch Urk. 11 S. 19 ff.).

b) Der Kläger hält entgegen, selbst wenn tatsächlich eine entsprechende Weisung der Beklagten bestanden hätte, was nicht der Fall sei, hätte das sich Herumchauffieren lassen des Klägers keinen begründeten Anlass für eine Kündigung gesetzt, da dieser singuläre Aspekt von der Beklagten gezielt aus dem Kontext gerissen worden sei. Insbesondere blende die Beklagte die Zeitachse völlig aus. Er habe E._____ bereits im Oktober 2013 mitgeteilt, dass er eine neue Herausforderung suche und beabsichtige, sich selbstständig zu machen. E._____ habe in Anwesenheit von mehreren Mitarbeitern geäussert, dass dies kein Problem sei

und er den Kläger ziehen lasse. Eine Kündigung sei damals - im Oktober 2013 - aber noch nicht ausgesprochen worden. E._____ habe gegen Ende November 2013 selbst vorgeschlagen, das Arbeitsverhältnis durch die Beklagte zu kündigen, damit das Konkurrenzverbot entfalle. Im Gegenzug sollte der Kläger auf die Auszahlung von zwei Monatslöhnen, nämlich die Löhne für Januar und Februar 2014, verzichten. Die Parteien hätten sich dann anfangs Dezember 2013 darauf verständigt, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis rückwirkend am 29. Oktober 2013 per 31. Dezember 2013 kündige. Damit sei das nachvertragliche Konkurrenzverbot entfallen. Das angeblich weisungswidrige sich Herumchauffieren lassen habe mit dieser Kündigung rein gar nichts zu tun gehabt und habe sie auch nicht veranlasst. Eine Personalvermittlungsfirma, welche mit finanziellen Problemen zu kämpfen habe, kündige ihrem besten und umsatzstärksten Mitarbeiter nicht deshalb, weil dieser sich angeblich habe herumchauffieren lassen. Im Übrigen habe kein einziger Zeuge bestätigt, dass sich der Kläger zu privaten Terminen habe herumchauffieren lassen. Die Beklagte versuche nunmehr aus der E-Mail von E._____ vom 2. September 2013 eine Weisung an den Kläger abzuleiten, sich nicht zu Kundenterminen fahren lassen zu dürfen. Eine solche Weisung lasse sich allerdings, entgegen den Interpretationsversuchen der Beklagten, aus dieser E-Mail beim besten Willen nicht ableiten, zumal E._____ den Kläger darin lediglich aufgefordert habe, sich Gedanken zu machen und mit ihm am folgenden Tag darüber sprechen zu wollen. Dass am folgenden Tag eine entsprechende Weisung ausgesprochen worden sei, habe die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren jedoch nicht geltend gemacht. Aus der Befragung von E._____ gehe überdies hervor, dass ihn nicht die Fahrten zu den Kunden, sondern die angeblichen, aber durch das Beweisverfahren nicht erstellten privaten Besorgungen des Klägers gestört hätten. Die Kundenfahrten hätten somit nicht den Anlass zur Kündigung gegeben. Wie sollten sodann Kundenfahrten um die Weihnachtszeit für die angeblich am 29. Oktober 2013 ausgesprochene Kündigung Anlass gegeben haben. Das weisungswidrige Herumchauffieren lassen sei nie als singulärer Anlass zum Aussprechen der Kündigung genannt worden. Vielmehr habe es laut E._____ mehrere Gründe (zu spätes, alkoholisiertes oder nicht Erscheinen am Arbeitsplatz, sich herumchauffieren lassen von Mitarbeitern, private Besorgungen

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

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

lass aber innert einer gewissen kurzen Zeit reagieren. Betrachtet der Arbeitgeber einen Vorfall zunächst nicht als begründeten Anlass, kann er sich später nicht mehr darauf berufen. Der Kausalzusammenhang kann auch unterbrochen werden, z.B. wenn ein anderer Kündigungsgrund hinzutritt und stark überwiegt. Richtig ist die Tendenz, vorgeschobene Gründe nicht gelten zu lassen (Streiff/von Kanel, Rudolph; Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage 2012, Art. 340c N 3; OFK OR-Milani, Art. 340c N 6). Wie bereits die Vorinstanz darlegt, ist die Frage, ob im konkreten Fall das Konkurrenzverbot wegfällt, eine solche des gerichtlichen Ermessens, die im Einzelfall nach Recht und Billigkeit unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen entschieden werden muss (Art. 4 ZGB; Urk. 92 S. 25).

Das Herumchauffieren lassen des Klägers durch verschiedene Mitarbeiter der Beklagten zwecks Kundenbesuchen ist aufgrund der Befragungen unbestrittenermassen erstellt (Urk. 92 S. 28). Das solches weisungswidrig erfolgt sein soll, ergibt sich weder aufgrund der Zeugenaussagen noch aufgrund der Parteibefragung von E.____ (Urk. 57). Ebenso wenig ergibt sich das aus den Aussagen des Zeugen F.____, wonach er und der Kläger im Jahr 2011 explizit das Verbot bekommen hätten, in der Weihnachtszeit zusammen Kundengeschenke zu verteilen (Urk. 59 S. 6 f; Urk. 91 S. 6). Dieses Verbot bezog sich offensichtlich nur auf dieses Duo und die Weihnachtszeit und war nicht genereller Natur, zumal sich der Kläger unbestrittenermassen (weiterhin) von weiteren Mitarbeitern herumchauffieren liess. Im Rahmen ihrer Berufung stützt sich die Beklagte betreffend das Bestehen einer solchen Weisung denn auch einzig auf die E-Mail des einzigen Verwaltungsrates der Beklagten, E.____, an den Kläger vom 2. September 2013 (Urk. 13/23; Urk. 91 S. 5-7).

Diese E-Mail hat folgenden Wortlaut (Urk. 13/23):

"Hoi B.____

Ich verstehe Dein Problem mit der Autoprüfung.

Aber langsam wird es mühsam, wenn du jedes Mal jemanden involvieren tust um die täglichen Probleme auf den Baustellen zu lösen.

Wie wollen wir das in den Griff bekommen? Bitte mach dir ernsthafte Gedanken.

Am besten du gehst eine halbe Stunde vorher zum Termin oder gehst am Feierabend. So kann es nicht weiter gehen. Es fehlt immer jemand wenn du nicht da bist.

Ich würde mich freuen mit dir Morgen darüber normal reden zu können. G. _____ fehlt, das genügt schon.

Ausserdem würde ich gerne eine kurze Bilanz mit dir ziehen seit du in D. _____ bist.

Also bis Morgen.

Lg

E. _____ "

Daraus ergibt sich jedoch nicht die Spur einer verbindlichen Weisung. Vielmehr wird dem Kläger das Gespräch zur Frage angeboten, wie man in Zukunft das Problem mit dem Herumchauffieren lassen lösen könnte. Damit wird jedoch die These, dass eine "klare Weisung" bestanden habe, geradezu widerlegt. Dass anlässlich einer Besprechung am Folgetag, dem 3. September 2013, ein solches Verbot alsdann tatsächlich ausgesprochen wurde, wurde seitens der Beklagten weder substantiiert behauptet noch ergibt sich solches aus dem Beweisverfahren (vgl. Urk. 91 S. 6 Rz. 10; Urk. 11 S. 19 ff.; Prot. I S. 4 ff., 31 ff., 40; Urk. 57 S. 2 ff.; Urk. 60 S. 8). Die Vorinstanz hat daher zu Recht den Schluss gezogen, dass keine solche Weisung bestand (Urk. 92 S. 29).

Dass der Kläger sich vor allem zwecks privater Erledigungen von anderen Mitarbeitern der Beklagten herumchauffieren liess, wie ihm dies E. _____ unterstellen will und was diesen denn auch besonders (wenn auch nicht ausschliesslich, vgl. zu Recht: Urk. 99 S. 3; Urk. 13/23) gestört habe (Urk. 57 S. 5 f.), wurde durch das Beweisverfahren nicht erhärtet (vgl. Urk. 92 S. 28 f. m.H.). Das bereits vor dem zweiten Halbjahr 2013 und weiterhin geduldete Herumchauffieren lassen zu beruflichen Zwecken, ohne dass eine Weisung bestand, wonach dem Kläger dies verboten war, kann bestenfalls als geringfügige Vertragsverletzung taxiert werden, welche (für sich allein) keinen begründeten Anlass für eine Kündigung darstellt, zumal es sich beim Kläger unbestrittenermassen um einen sehr umsatzstarken, wenn nicht gar den umsatzstärksten Mitarbeiter der Beklagten handelte (vgl. Urk. 92 S. 10 m.w.H.). Ausserdem war er Filialleiter (Urk. 92 S. 4 m.H.), welcher sich mehr herausnehmen konnte, als ein gewöhnlicher Mitarbeiter/Personalberater der Beklagten. Die Beklagte sieht ein "gewichtiges" Indiz für

einen begründeten Anlass in ihrem Kündigungsschreiben vom 29. Oktober 2013 (Urk. 5/4). Dort schrieb sie, dass sie sich zur Kündigung "leider veranlasst" sehe. So wird aber ein berechtigter Anlass für eine Kündigung weder begründet noch gar belegt. Eine solche Formulierung in einem Kündigungsschreiben seitens der Arbeitgeber ist durchaus üblich und sagt über das Motiv der Kündigung nichts aus. Auch aus dem Umstand, dass im Kündigungsschreiben keine Dankesworte enthalten sind (Urk. 91 S. 7), kann nicht auf das Vorliegen eines begründeten Anlasses geschlossen werden.

Was schliesslich den Erfahrungssatz anbelangt, wonach einem der besten (und umsatzstärksten) Mitarbeitern nicht ohne weiteres gekündigt werde, hat die Vorinstanz richtig erwogen, dass mit einer solchen Kündigung allein noch nicht nachgewiesen sei, dass ein vom Arbeitnehmer gesetzter begründeter Anlass zur Kündigung vorgelegen habe (Urk. 92 S. 30). Dieser Erfahrungssatz dient auch nicht als Indiz dafür, dass die Beklagte die diversen aufgeführten Gründe für die Kündigung des Klägers, insbesondere das mehrfache weisungswidrige Herumchauffierenlassen durch Mitarbeiter, tatsächlich als begründeten Anlass gesehen hat, dem Kläger zu kündigen (vgl. Urk. 91 S. 8). Entscheidend ist ohnehin, dass nicht erstellt ist, dass dem Kläger das sich Herumchauffierenlassen verboten wurde. Die weiteren seitens der Beklagten geltend gemachten Gründe für die Kündigung (vgl. Prot. I S. 40; Urk. 57 S. 5, 7) wurden durch das Beweisverfahren indes nicht erstellt, was die Beklagte im Rahmen ihrer Berufungsschrift denn auch nicht bestritt.

Zusammenfassend ist der Vorinstanz somit zuzustimmen, dass kein vom Kläger zu vertretender begründeter Anlass für die Kündigung der Arbeitgeberin vom 29. Oktober 2013 vorlag, weshalb das nachvertragliche Konkurrenzverbot durch die arbeitgeberseitige Kündigung entfallen ist (Art. 340c Abs. 2 OR) und entsprechend auch die Möglichkeit der Verrechnung mit der Konventionalstrafe (Urk. 92 S. 30 f) dahin fällt. Damit ist die Berufung der Beklagten als unbegründet abzuweisen und Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils zu bestätigen.

E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis sind bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Kosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO). Das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren sind daher kostenlos.

Entsprechend seines Unterliegens zu 60 % verpflichtete die Vorinstanz den Kläger zu Recht, der Beklagten eine auf 20 % reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– ohne Mehrwertsteuerzusatz zu bezahlen (vgl. Urk. 92 S. 33 m.H.).

Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 92 S. 34, Dispositivziffern 2 und 3) sind daher zu bestätigen.

Die Beklagte unterliegt mit ihrer Berufung vollumfänglich. Sie ist daher zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den anwaltlich vertretenen Kläger zu verpflichten (Art. 95 Abs. 1 und 3; Art. 106 Abs. 1 ZPO). Angesichts des Streitwerts von Fr. 12'000.– brutto ist die Parteientschädigung, antragsgemäss einschliesslich 8 % Mehrwertsteuern (vgl. Urk. 97 S. 2), auf rund Fr. 2'000.– festzulegen (§ 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das vorinstanzliche Urteil vom 24. Juli 2017 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Fr. 12'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Januar 2014 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 24. Juli 2017 wird bestätigt.

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Gerichtskosten gesprochen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 12'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. März 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
sf