

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA190032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin MLaw V. Stübi

Urteil vom 1. September 2020

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,
1. Abteilung, vom 26. Juli 2019 (AH180180-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, über sämtliche arbeitsrechtlichen Ansprüche, wie Provisionsansprüche, weitere allfällige Lohnansprüche wie Bonus sowie allfällige Ferienabgeltungs- und Mehrarbeitsansprüche des Klägers per Ende des Arbeitsverhältnisses abzurechnen;
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die nach Erhalt der unter Ziffer 1 geforderten Abrechnungen, insbesondere Provisionsabrechnung, bezifferbare ausstehende Provision sowie weitere Lohn- oder Ferienabgeltungsansprüche zu bezahlen, maximal jedoch bis zu einem Betrag von CHF 20'000.00 zzgl. Verzugszins von 5% seit Fälligkeit;
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein wohlwollendes Arbeitszeugnis seiner damaligen Stellung als Branchmanager entsprechend, auszustellen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. April 2015

modifiziertes Rechtsbegehren:

(Urk. 8 S. 2 und Prot. I S. 9 sinngemäss)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, über die Provisions- und Beteiligungsansprüche des Klägers und die damit verbundenen gesetzlich geschuldeten Lohnabzüge, insb. Pensionskasse, per Ende des Arbeitsverhältnisses (31. Januar 2014) abzurechnen;
Eventualiter sei für die Berechnung des Provisions- und Beteiligungsanspruchs auf die eigene Berechnung des Klägers abzustellen;
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die erst nach Erhalt der unter Ziffer 1 geforderten Abrechnungen konkret bezifferbaren ausstehenden Provisions- und Beteiligungsansprüche unter Berücksichtigung der damit verbundenen gesetzlich geschuldeten Lohnabzüge, insb. Pensionskasse, zu bezahlen, teilklageweise einstweilen maximal ein Betrag von CHF 30'000.00 zzgl. Verzugszins von 5% seit Fälligkeit;
eventualiter teilklageweise einstweilen maximal ein Betrag von CHF 20'000.00 zzgl. Verzugszins von 5% seit Fälligkeit.
3. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 24. September 2013 in der Höhe von CHF 30'000.00 zzgl. Verzugszins von 5% zu beseitigen und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Kosten für die Betreuung in Höhe von CHF 203.30 zu bezahlen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

Verfügung des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 26. Juli 2019:

(Urk. 122 S. 49 = Urk. 125 S. 49)

1. Rechtsbegehren Ziffer 1 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. [Schriftliche Mitteilung]

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 26. Juli 2019:

(Urk. 122 S. 49 f. = Urk. 125 S. 49 f.)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 10'000.– brutto bzw. Fr. 9'113.– netto nebst Zins zu 5 % seit 30. Juni 2014 sowie Fr. 103.30 Betreuungskosten zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 24. September 2014 aufgehoben.

Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das arbeitsgerichtliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'600.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren werden wettgeschlagen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge zur Hauptberufung:

der Beklagten, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 124 S. 2):

- " 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 26. Juli 2019, 1. Abteilung (Prozess Nr. AH180180), sei aufzuheben und es sei die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 26. Juli 2019, 1. Abteilung (Prozess Nr. AH180180) 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, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (Urk. 130 S. 2):

- " 1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 26. Juli 2019 (Geschäfts-Nr.: AH180180-L), unter Vorbehalt der Änderungen gemäss nachstehender Anschlussberufung vollumfänglich zu bestätigen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

Berufungsanträge zur Anschlussberufung:

des Klägers, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (Urk. 130 S. 2):

- " 3. Es sei Ziffer 1 des Dispositivs des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 26. Juli 2019 (Geschäfts-Nr. AH180180-L) aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger teilklageweise einstweilen einen Betrag von CHF 20'000.00 zzgl. Zins zu 5% seit 30. Juni 2014 sowie CHF 103.30 Betriebskosten zu bezahlen.

In diesem Umfang sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betriebsamtes Zürich 9 vom 24. September 2014 aufzuheben.

4. Es sei Ziffer 3 des Dispositivs des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 26. Juli 2019 (Geschäfts-Nr.: AH180180-L) aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

der Beklagten, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 133 S. 2):

- " 1. Die Anschlussberufung vom 15. November 2019 sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten sowie Anschlussberufungsklägers, sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

Erwägungen:

I.

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

2. Am 12. Januar 2015 liess der Kläger unter Einreichung der Klagebewilligung vom 23. September 2014 (Urk. 3) bei der Vorinstanz eine Klage mit dem vorstehend zitierten Rechtsbegehren anhängig machen (Urk. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung und vollzogenem Beweisverfahren, unter anderem mit diversen Zeugeneinvernahmen, sowie nach Erstattung je zweier Schlussvorträge durch die Parteien erliess die Vorinstanz am 21. März 2018 eine Erledigungsverfügung, mit welcher auf die Klageänderung (Erhöhung der geldmässigen Forderung um Fr. 10'000.- anlässlich der Hauptverhandlung) sowie auf die Teilklagen betreffend Provisions- und Beteiligungsansprüche nicht eingetreten und das Verfahren betreffend Arbeitszeugnis als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen wurde (Urk. 117). Das Nichteintreten auf die Klageänderung und die Abschreibung betreffend Arbeitszeugnis blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen, wovon bereits im Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013-O Vormerk genommen wurde (vgl. Urk. 119 S. 6 und S. 10). Gegen

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

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

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-123). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu be-

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

2.1 Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10, mit weiteren Hinweisen). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, mit weiteren Hinweisen).

2.2 Die Vorbringen der Beklagten zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 340c Abs. 2 OR (vgl. Urk. 133 S. 4 ff.; siehe auch unten E. III/3.3.3) betreffen eine Rechtsfrage und stellen damit – entgegen der Ansicht des Klägers (vgl. Urk. 137 S. 2 ff.) – keine verspätet vorgebrachten unzulässigen Noven dar. Sie sind daher zu berücksichtigen (vgl. unten E. III/3.4.1 f.).

3. Das vorliegende Verfahren hat eine arbeitsrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand, deren Streitwert weniger als Fr. 30'000.– beträgt. Für derartige Streitigkeiten gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO), und das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2

ZPO). Die Ermittlung der für den Entscheid massgeblichen Tatsachen (Sachverhaltserstellung) unterliegt der sog. sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2; Brunner/Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 247 N 6 und N 10). Diese bezweckt die schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien zu garantieren und das Verfahren zu beschleunigen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; 125 III 231 E. 4a). Die Parteien sind jedoch auch unter der Herrschaft der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch in diesem Bereich die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat den Sachverhalt nicht von sich aus zu erforschen oder nicht vorgetragene Tatsachen nachzugehen; es stellt mithin keine eigenen Ermittlungen an (Brunner/Steininger, a.a.O., Art. 247 N 10; ZK ZPO-Hauck, Art. 247 N 33; BGer 4C.255/2005 vom 26. Oktober 2005, E. 3.4; 4A_475/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 2.2).

III.

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens

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

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

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

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

1.4 Mit ihrer Berufung wehrt sich die Beklagte einerseits gegen die vorinstanzliche Feststellung, wonach unter dem Titel Konkurrenzverbot keine verrechenbare Gegenforderung bestehe. Andererseits beanstandet sie, dass die Vor-

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

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

2. Schadenersatzpflicht betreffend Debitorenverlust

2.1 Ausgangslage

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

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

2.2 Vorinstanzlicher Entscheid

2.2.1 Die Vorinstanz prüfte, ob der Kläger gestützt auf Art. 321e OR für den aus dem Geschäft mit der D._____ GmbH resultierenden Debitorenverlust haftbar gemacht werden kann. Zu den Voraussetzungen der Haftung (Schaden, Vertragsverletzung, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden) erwog sie im Wesentlichen, was folgt (vgl. zum Ganzen Urk. 125 E. V/B/3.1-3.2.5 S. 28-32):

Die Parteien seien sich darüber einig, dass ein Schaden vorliege. In Bezug auf die Schadenshöhe stelle sich der Kläger auf den Standpunkt, dass gemäss Buchhaltung beim Geschäft mit der D._____ GmbH ein Verlust von Fr. 115'952.85 entstanden sei, sodass nach Abzug der Debitorenversicherung von Fr. 48'505.65 und der Mehrwertsteuer-Einsparung von Fr. 8'158.15 höchstens ein Verlust von Fr. 59'289.05 resultiere. Dem könne nicht gefolgt werden. Vielmehr ergebe sich aus den im Recht liegenden Urkunden – Urk. 12/21 und Urk. 16/44 –, dass der definitive Verlust resp. der eingetretene Schaden Fr. 107'363.75 betrage, wie die Beklagte vorbringe.

Der Kläger bestreite grundsätzlich nicht, dass er beim Geschäft mit der D._____ GmbH die Kreditlimite überschritten habe, mache aber geltend, diese sei ihm im Umfang von Fr. 100'000.– bewilligt worden. Aus den vorliegenden Unterlagen sei jedoch klar ersichtlich, dass die beantragte Limite von Fr. 100'000.– nicht bewilligt worden sei. Entsprechend bleibe es bei der Kreditlimite von Fr. 50'000.–, für welche die F._____ [Bank] der Beklagten aktenkundig und unbestrittenermassen eine Genehmigung erteilt habe. Da der Kläger diese Limite massiv überschritten habe, liege eine Vertragsverletzung vor.

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

E._____ vom 20. September 2013 während zwei Wochen keine Folge geleistet habe. Selbst wenn die Einsätze der beiden für die D._____ GmbH tätigen Mitarbeitenden am 20. September 2013 bereits angelaufen sein sollten, hätte der Kläger diese abziehen sollen. Indem er dies unterlassen habe, habe er die Kreditüberschreitung und damit den späteren Debitorenverlust "noch weiter" vergrößert.

Die Vertragsverletzung, die Überschreitung der Kreditlimite und die Missachtung der Warn-E-Mails seien ohne Zweifel ursächlich und gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung auch geeignet gewesen, den entstandenen Schaden im Sinne eines adäquaten Kausalzusammenhangs herbeizuführen. Der Kläger sei unbestrittenermassen derjenige gewesen, der die D._____ GmbH betreut und mit dieser Geschäfte getätigt habe. Ohne seine Vermittlung von Personal an dieselbe wäre kein Schaden entstanden.

Alles in allem seien die Voraussetzungen von Art. 321e OR damit erfüllt, weshalb der Kläger schadenersatzpflichtig werde.

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

sen, den Warn-E-Mails die gebührende Aufmerksamkeit zu widmen. Er könne sich nicht auf den Standpunkt stellen, diese seien nur zur Kenntnisnahme versandt worden, und er habe "das" wegen der vielen Kunden delegieren müssen. Mit dem Versäumnis der Geschäftsleitung, den Kreditlimitenüberschreitungen einer nicht vertrauenswürdigen Kundin die nötige Beachtung zu schenken, sei die Beklagte der ihr obliegenden Aufsichts- und Schadensminderungspflicht nicht in genügender Weise nachgekommen. Massiv ins Gewicht falle dabei ihre Passivität bis zum 20. September 2013. So sei die Beklagte während Monaten passiv geblieben und habe eine Überschreitung um das Dreifache geduldet, obwohl E._____ von Anfang an kein Vertrauen in die D._____ GmbH gehabt habe und zudem nur eine vergleichsweise tiefe bewilligte Kreditlimite von Fr. 50'000.– vorgelegen habe. Erst am 20. September 2013 habe die Beklagte dem Kläger die ausdrückliche Weisung zum Abzug der Mitarbeitenden erteilt. Zu diesem Zeitpunkt sei indessen der Grossteil des Schadens bereits entstanden gewesen, zumal nach dem 4. Oktober 2013 unbestrittenermassen nur noch zwei Einsätze – diejenigen von G._____ und H._____ – erfolgt seien. Wegen der Anweisung vom 20. September 2013 sei allerdings nicht von einer widerspruchlosen Duldung der Beklagten auszugehen (welche zu einem Wegfall der Haftung des Klägers geführt hätte). Vielmehr sei das weitere Anwachsen des Schadens nach Erteilung der ausdrücklichen Weisung vom 20. September 2013 alleine dem Kläger anzulasten. In Würdigung des Verhaltens der Parteien, ihres Verschuldens sowie unter Einbezug der zeitlichen Komponente rechtfertige es sich, dem Kläger eine Haftung im Umfang von ca. einem Zehntel des Schadens, d.h. im Betrag von Fr. 10'000.–, aufzuerlegen (Urk. 125 E. V/B/3.2.6 ff. S. 32 f.).

2.3 Berechnung des Schadens

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

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

2.3.2 Diese Beanstandungen des Klägers sind unbegründet. Die Vorinstanz hat sowohl auf den von der Beklagten eingereichten Kontoauszug (Urk. 12/21) wie auch auf das Schreiben der I._____ (Urk. 16/44) abgestellt: Im Kontoauszug ist unter dem Titel "Ausbuchung Konkurs Ford. D._____ GmbH" ein Betrag von Fr. 115'952.85 aufgeführt (Urk. 12/21); aus dem Schreiben der I._____ vom 6. Mai 2014 ergibt sich, dass ausgehend von einer "Grundforderung" von Fr. 164'468.50 die Versicherungsleistung Fr. 48'505.65 beträgt (Urk. 16/44). Wie die Beklagte zutreffend darlegte (vgl. Urk. 35 S. 18; siehe auch Urk. 133 S. 12), ist vom Debitorenverlust von Fr. 164'458.50 die Versicherungsleistung von Fr. 48'505.65 in Abzug zu bringen, woraus der im Kontoauszug aufgeführte Verlust von Fr. 115'952.85 resultiert. Hiervon ist im Weiteren die unbestritten gebliebene Mehrwertsteuer-Einsparung von Fr. 8'589.10 abzuziehen, was einen definitiven Verlust resp. Schaden von Fr. 107'363.75 ergibt.

2.4 Verschulden des Klägers / Umfang der Haftung

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

schulden der Beklagten und machen geltend, die Vorinstanz habe ihr Ermessen unrichtig ausgeübt resp. Art. 321e OR und die allgemeinen Grundsätze der Schadenersatzbemessung verletzt, indem sie die Haftungsquote des Klägers auf einen Zehntel festgelegt habe.

Die Beklagte macht dabei zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger als Filialleiter eine leitende Stellung bekleidet habe und somit selbst Mitglied der Geschäftsleitung gewesen sei. In dieser Funktion wäre es primär an ihm gelegen, die Debitorenverluste bei den von ihm akquirierten Kunden angemessen zu überwachen. Unrichtig sei auch die vorinstanzliche Annahme, wonach E._____ – als Verwaltungsrat der Beklagten – die laufenden Geschäfte des Klägers hätte überwachen müssen. Dem Verwaltungsrat obliege die Oberleitung der Gesellschaft; die Verantwortung für das Tagesgeschäft könne entsprechend nicht auf diesen abgeschoben werden. Bei der Beklagten habe es denn auch mehrere Filialen gegeben, welche je eine begrenzte Anzahl Kunden betreut hätten. Da E._____ nicht für die Überwachung der Kreditlimiten von Kunden der Filialleiter zuständig gewesen sei, habe er die Warn-E-Mails nicht lesen müssen, auch wenn dies theoretisch möglich gewesen wäre. Die Überwachungspflicht könne nicht einseitig auf den Verwaltungsrat der Beklagten abgeschoben werden. Vielmehr habe die Hauptverantwortung für die Einhaltung der Kreditlimiten beim Kläger gelegen. Entsprechend sei er auch für den eingetretenen Schaden hauptverantwortlich, weshalb seine Haftungsquote bei über 50% liegen müsse (Urk. 124 S. 14 f.; Urk. 133 S. 12 f.).

Der Kläger bringt demgegenüber im Wesentlichen vor, es sei sehr wohl E._____s Aufgabe gewesen, die laufenden Geschäfte zu überwachen. Die installierten Warn-E-Mails seien gerade deshalb an E._____ und die übrige Geschäftsleitung versandt worden, damit der Verwaltungsrat über Kreditlimitenüberschreitungen orientiert gewesen sei und entsprechend hätte handeln können. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei der Kläger auch zu keinem Zeitpunkt Mitglied der Geschäftsleitung, sondern bloss "Branch Manager" der Filiale C._____ gewesen. Die Vorinstanz habe daher zu Recht festgehalten, dass E._____ während Monaten passiv gewesen sei und Limitenüberschreitungen geduldet habe und dass die

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

2.4.2 Entgegen der Ansicht der Beklagten wurde im angefochtenen Urteil durchaus berücksichtigt, dass der Kläger bei der Beklagten nicht bloss als einfacher Mitarbeiter, sondern als Filialleiter in Führungsposition angestellt war (vgl. oben Ziff. 2.2.1). Mit dieser Funktion ging zweifellos eine gewisse Verantwortung für das Tagesgeschäft einher, was sich insbesondere in den erfolgsabhängigen Lohnbestandteilen (Zusatzprovisionen, Filialen- und Konzerngewinnbeteiligung) widerspiegelte. Als Filialleiter, welchem die Akquisition und Betreuung eigener Kunden oblag, musste dem Kläger im Weiteren – wie die Vorinstanz zu Recht erkannte – das bei einer Kreditüberschreitung drohende Risiko eines Debitorenverlusts bewusst sein und er musste grundsätzlich auch erkennen, wann die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten sind. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Kläger trotz seiner Führungsposition ein weisungsgebundener Mitarbeiter blieb und als solcher E._____ unterstellt war. Dies zeigt sich beispielhaft daran, dass E._____ ihm ca. am 20. September 2013 die Weisung erteilt hatte, die Temporärmitarbeitenden bei der D._____ GmbH abzuziehen. Dass der Kläger als

Filialleiter gleichzeitig der Geschäftsleitung angehört habe, bringt die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren vor. Mit diesem Vorbringen ist sie ausgeschlossen, zumal sie deren Zulässigkeit im Sinne von Art. 317 ZPO in keiner Weise darlegte (vgl. oben E. II/2.1). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass an der Parteibefragung vor Vorinstanz selbst E._____ zwischen Filialleitung und Geschäftsleitung unterschied (vgl. Urk. 89 S. 5). Wie die Vorinstanz an anderer Stelle zutreffend festhielt (vgl. Urk. 125 E. V/B/2.2 f S. 27 f.), war es der Beklagten nicht möglich, ihr Unternehmensrisiko – und damit auch das Risiko des Debitorenverlusts – vollumfänglich auf den Kläger als Arbeitnehmer abzuwälzen, zumal dies mit den Grundregeln des Arbeitsrechts nicht vereinbar wäre. Entsprechend konnte E._____ als Mitglied der Geschäftsleitung und Vorgesetzter des Klägers die Verantwortung für die Kreditlimitenüberschreitungen einer nicht vertrauenswürdigen Kundin auch nicht gänzlich an den Kläger delegieren und diesbezügliche Warn-E-Mails ohne Weiteres ignorieren. Selbst wenn bei der Beklagten – wie E._____ an der Parteibefragung ausführte (vgl. Urk. 89 S. 4) – Kreditlimitenüberschreitungen üblicherweise nur bei guten Kunden und während einer kurzen Zeit von zehn bis fünfzehn Tagen geduldet wurden, so wäre es doch Sache der Geschäftsleitung gewesen, früher auf die Warn-E-Mails im Zusammenhang mit der D._____ GmbH zu reagieren und dem Kläger entsprechende Weisungen zu erteilen, anstatt bis am 20. September 2013 zuzuwarten und ein kontinuierliches Anwachsen der Ausstände zuzulassen. Diese zeitliche Komponente, auf welche bereits die Vorinstanz zu Recht hinwies, lässt die Beklagte ausser Acht, wenn sie vorbringt, den Kläger treffe die Hauptverantwortung für den Debitorenverlust.

Allerdings ist – entgegen der Ansicht des Klägers – auch nicht von einer ausdrücklichen Zustimmung der Beklagten, geschweige denn von einer von E._____ ausgehenden Motivation des Klägers zur Organisation weiterer Einsätze bei der D._____ GmbH, sondern vielmehr von einer konkludenten Zustimmung im Sinne einer Duldung der vom Kläger initiierten Geschäfte mit dieser Kundin auszugehen, zumal die vom Kläger behauptete "Ermunterung" beweislos geblieben ist (vgl. Urk. 125 E. V/B/3.2.3 S. 31). Angesichts dessen, dass der Kläger die Kreditlimite unbestrittenermassen (vgl. Urk. 15 S. 11; Urk. 23 S. 17; siehe auch Urk. 133 S. 13 f.; Urk. 137 S. 8) über mehrere Monate hinweg kontinuierlich über-

schritt, dabei zahlreiche Warn-E-Mails ignorierte und die Ausstände auf insgesamt das Dreifache der Kreditlimite anwachsen liess, obwohl ihm das drohende Risiko eines Debitorenverlusts bewusst gewesen sein musste, und er alsdann der ausdrücklichen Weisung von E._____ zum Abzug der Temporärmitarbeiter während zwei Wochen keine Folge leistete, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass ihn ein Verschulden trifft. Das späte Eingreifen der Beklagten stellte denn auch lediglich eine Teilursache für den durch die Vertragsverletzung des Klägers herbeigeführten Schaden dar. Mit anderen Worten war das Mitverschulden der Beklagten zwar gross, wies aber nicht einen derart hohen Wirkungsgrad auf, um den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung des Klägers (Überschreitung der Kreditlimite, Missachtung der Warn-E-Mails und Nichtbefolgen der Weisung von E._____) und dem eingetretenen Schaden (Debitorenverlust) zu unterbrechen. Insbesondere für die Nichtbefolgung der Weisung vom 20. September 2013 trägt der Kläger die volle Verantwortung, zumal nicht nachvollziehbar ist und vom Kläger auch nicht näher begründet wird, weshalb die Temporärmitarbeitenden nach dieser Weisung nicht sofort hätten abgezogen werden können. Vor diesem Hintergrund kann der Ansicht des Klägers, wonach seine Haftung wegen des Selbstverschuldens der Beklagten ganz entfalle, nicht gefolgt werden. Indem die Vorinstanz dem Kläger eine mittelgradige Fahrlässigkeit anlastete, hat sie weder ihr Ermessen unrichtig ausgeübt noch Art. 321e OR verletzt.

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

2.5 Zwischenfazit Verrechnungsanspruch Schadenersatz

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

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

3. Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots

3.1 Ausgangslage

3.1.1 Im Arbeitsvertrag wurde unter dem Titel "Konkurrenzverbot" Folgendes vereinbart (Urk. 9/7 S. 6 f.):

" 11.1 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während der Dauer dieses Vertrages und noch ein Jahr nach Ablauf dieses Vertrages in der Schweiz ohne Einwilligung der Arbeitgeberin keine unmittelbare oder mittelbare Tätigkeit für ein oder in einem Unternehmen, welches mit der Arbeitgeberin direkt oder indirekt im Wettbewerb steht, auszuüben, sowie kein eigenes Unternehmen gleicher Art zu eröffnen oder sich an einem solchen direkt oder indirekt zu beteiligen. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich auch während einem Jahr nach Beendigung dieses Vertrages keine Arbeitnehmer oder Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben oder an Konkurrenten der Arbeitgeberin zu vermitteln.

11.2 Für den Fall der Zuwiderhandlung verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Zahlung einer Konventionalstrafe in der Höhe des während der letzten 12 Monate ausbezahlten Bruttolohnes für jeden Übertretungsfall. Die Bezahlung der Konventionalstrafe enthebt nicht von der Einhaltung des Verbots."

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

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

3.2 Vorinstanzlicher Entscheid

3.2.1 Die Vorinstanz erwog, der Kläger sei urteilsfähig und habe den Arbeitsvertrag mit dem darin enthaltenen Konkurrenzverbot unterschrieben. Entsprechend sei das Konkurrenzverbot gültig abgeschlossen worden. Die Parteien seien sich im Weiteren darüber einig, dass der Kläger persönlichen Kontakt zu sämtlichen Kunden der Beklagten – d.h. sowohl zu den Einsatzbetrieben als auch zu dem zu vermittelnden Personal – gehabt habe. Ein stabiler Kundenstamm sei das wesentliche Kapital eines Personalvermittlungsunternehmens, zumal dieses einerseits auf zahlungsfähige Einsatzbetriebe und andererseits auf leistungsfähige, verlässliche Leiharbeitnehmer angewiesen sei. Der Kläger habe in seiner Funktion unstrittig Einblick in diesen Kundenstamm und in sämtliche Preislisten

und Tarife für Kunden gehabt. Entsprechend seien die Voraussetzungen von Art. 340 Abs. 1 und Abs. 2 OR erfüllt.

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

Allerdings sei das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot sowohl in räumlicher wie auch in zeitlicher Hinsicht als übermassig zu qualifizieren, zumal es ohne Weiteres auf das Gebiet des Kantons Zürich und auf eine Dauer von sechs

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

3.2.2 Letztlich verneinte die Vorinstanz dann aber den verrechnungsweise geltend gemachten Anspruch der Beklagten auf eine Konventionalstrafe und schloss sich dabei den Argumentationen des Klägers betreffend Wegfall des Konkurrenzverbots und betreffend Verzicht der Beklagten auf Einhaltung desselben an.

Hinsichtlich des Wegfalls des Konkurrenzverbots erwog sie im Einzelnen, der Beklagten sei angesichts der Verfehlungen des Klägers beim Geschäft mit der D._____ GmbH zwar nicht zu verübeln, wenn sie den Kläger nicht mehr in der Funktion des Filialleiters habe arbeiten lassen wollen. Es hätte ihr unter diesen Umständen wohl freigestanden, dem Kläger zu kündigen. Dies habe sie aber nicht getan; vielmehr habe sie dem Kläger seine Führungsposition entzogen, was für diesen gleichzeitig den Wegfall der Provisionsansprüche und damit eine massive Lohnkürzung bedeutet habe. Eine Lohnminderung genüge grundsätzlich als begründeter Anlass zur Kündigung durch den Arbeitnehmer und führe entsprechend zum Wegfall des Konkurrenzverbots. In einem Entscheid vom 11. November 1996 habe das Arbeitsgericht Zürich entschieden, dass die mit einer Rückstufung verbundene Lohneinbusse und qualitative Minderung der Tätigkeit hinsichtlich Verantwortung sowie der damit verbundene Prestigeverlust als begründeter Anlass für eine Kündigung genüge, was vom Obergericht geschützt worden sei (mit Verweis auf ZR 97 Nr. 82 S. 195 ff.). Vorliegend habe die Beklagte dem Kläger durch einseitige Vertragsänderung die Führungsposition entzogen, was nicht zulässig sei. Vielmehr hätte dies in formeller Hinsicht mittels Änderungskündigung erfolgen sollen, sofern sich die Beklagte nicht mittels einer ordentlichen Kündigung definitiv vom Kläger habe trennen wollen. Zu diesem formell unkorrektem Verhalten der Beklagten komme hinzu, dass die Beklagte dem Kläger für das gesamte Jahr 2013 die Provisionsansprüche abgesprochen habe. Dies obwohl ihr ein massives Selbstverschulden am Debitorenverlust der D._____ GmbH anzu-

lasten sei und obwohl der Kläger während Jahren klaglos und erfolgreich für sie tätig gewesen sei und sich mit Bezug auf alle übrigen ihm zugewiesenen Kunden korrekt verhalten habe. Die in formeller Hinsicht fehlerhafte Überreaktion der Beklagten habe dem Kläger berechtigten Anlass dazu gegeben, sich nach einer neuen Arbeitsstelle umzusehen. Er habe angesichts der gesamten Umstände aus begründetem Anlass gekündigt, was zum Wegfall des Konkurrenzverbots führe (Urk. 125 E. V/C/3.5 S. 43-46).

Zum Verzicht der Beklagten auf Einhaltung des Konkurrenzverbots erwog die Vorinstanz zusammengefasst, E._____ habe mit seinem E-Mail vom 25. August 2009 unmissverständlich seine Entscheidung mitgeteilt, dass er jedem Mitarbeiter die Möglichkeit zur Kündigung gebe, wobei in diesem Fall das Konkurrenzverbot für den Betreffenden wegfallen solle. Damit habe E._____ beabsichtigt, diejenigen Arbeitnehmern, welche seinen Leistungsanforderungen nicht entsprochen hätten, die Trennung von der Beklagten zu erleichtern. Auch wenn E._____ – wie die Beklagte vorbringe – diesen Entscheid "aus der damaligen Situation heraus" spontan getroffen habe, habe er die "Vertragserleichterung" nie widerrufen. Ein weiteres E-Mail an die Mitarbeiter mit der Mitteilung, dass er es nicht ernst gemeint bzw. sich anders überlegt habe, sei nicht erfolgt. Entsprechend habe sich der Kläger auf die Mitteilung von E._____ verlassen dürfen, dies umso mehr, da sich die Situation Ende 2013 gleich präsentiert habe wie im August 2009: E._____ sei mit dem Kläger als Mitarbeiter so unzufrieden gewesen, dass Letzterer am 22. Oktober 2013 – unter rückwirkender Lohneinbusse für das ganze Jahr 2013 – von seiner Funktion als Filialleiter enthoben worden sei. Die Beklagte habe dem Kläger nicht gekündigt, ihn aber degradiert und am 1. November 2013 alsdann freigestellt. In dieser Situation sei es am Kläger gewesen sei, zu entscheiden, ob er das Arbeitsverhältnis seinerseits beenden wolle. Indem die Beklagte weder im Rückstufungs-Schreiben noch anlässlich der Freistellung das Konkurrenzverbot thematisiert habe, habe sich der Kläger darauf verlassen dürfen, dass die Mitteilung, das Konkurrenzverbot gelte im Falle einer Arbeitnehmerkündigung nicht, weiterhin Geltung gehabt habe (Urk. 125 E. V/C/3.6 S. 46 f.).

3.3 Standpunkte der Parteien im Berufungsverfahren

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

Im Weiteren beanstandet die Beklagte die Alternativbegründung der Vorinstanz betreffend Wegfall des Konkurrenzverbots durch Verzicht der Beklagten auf Einhaltung desselben. Dabei macht sie zunächst (d.h. im Rahmen ihrer Berufungsschrift) geltend, die vorinstanzliche Annahme, die Beklagte habe durch das

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

3.3.2 Der Kläger vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass einerseits das Konkurrenzverbot weggefallen sei und dass andererseits die Beklagte auf die Einhaltung desselben verzichtet habe. Unrichtig sei allerdings, dass die Vorinstanz angenommen habe, der Kläger sei konkurrenzierend tätig gewesen. Die Stelle bei der K._____ habe er erst per 1. Februar 2014 angetreten. Während laufendem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten sei er somit nicht für die K._____ tätig gewesen. Bereits am 21. Oktober 2013 – d.h. im Zeitpunkt, als die Beklagte ihm mitgeteilt habe, dass sie ihn per sofort vom Posten des "Branch Managers" enthebe und seine Provisionen rückwirkend streiche – habe er einen von der Beklagten zu verantwortenden Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gehabt. Entsprechend sei das Konkurrenzverbot spätestens zu diesem Zeitpunkt weggefallen, womit er auch nicht spätestens ab dem 19. November 2013 konkurrenzierend habe tätig sein können. Überdies sei es bei dem an die J._____ gerichteten E-Mail vom 19. November 2013 um einen Zusammenarbeitsvertrag für das Jahr 2014 gegangen. Er sei denn auch erst nach Ablauf der Kündigungsfrist in einem Arbeitsverhältnis mit der K._____ gestanden und davor nicht für diese tätig gewesen, was sich insbesondere daran zeige, dass er die J._____ nicht über eine Geschäfts-E-Mailadresse der K._____, sondern über seine private E-Mailadresse angeschrieben habe. Entgegen der Ansicht der Beklagten treffe ferner nicht zu, dass es für den Kläger bereits ab Mitte November 2013 beschlossene Sache gewesen sei, eine neue Anstellung bei der K._____ anzunehmen. Vielmehr habe er sich zur Kündigung gezwungen gesehen, nachdem die Beklagte ihrer Lohnzahlungspflicht auch mehr als einen Monat nach der Mitteilung vom 21. Oktober 2013 nicht nachgekommen sei. Insofern

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

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

3.4 Konkurrenzierende Tätigkeit während bestehendem Arbeitsverhältnis

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

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

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

er diese nicht von sich aus auf seinen künftigen Arbeitsort aufmerksam machen, wenn die Gefahr besteht, dass sie ihm an seinen neuen Arbeitsort nachfolgen (ZK-Stahelin, Art. 321a OR N 39). Durch abweichende Parteivereinbarungen können diese Pflichten, die dem Arbeitnehmer nach dispositivem Gesetzesrecht obliegen, erweitert oder beschränkt werden (ZK-Stahelin, Art. 321a OR N 9). Zulässig ist auch, das während des Arbeitsverhältnisses bestehende Konkurrenzverbot mit einer Konventionalstrafe abzusichern (Streff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O, Art. 321a OR N 10; BSK OR I-Portmann/Rudolph, a.a.O.).

Der Arbeitnehmer ist selbst dann, wenn eine Kündigung aus begründetem Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR zum Wegfall des *nachvertraglichen* Konkurrenzverbots geführt hat, während der Kündigungsfrist noch an das aus Art. 321a OR fliessende Konkurrenzverbot gebunden. Zwar ist es ihm erlaubt, während der Kündigungsfrist eine nachvertragliche konkurrenzierende Tätigkeit vorzubereiten (etwa durch Gründung einer Konkurrenzgesellschaft); er darf aber damit eine vertragliche Erweiterung des aus der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) fliessenden Konkurrenzverbots nicht verletzen (BGer 4A_595/2012 vom 21. Dezember 2012, E. 2, in: ARV 2013 S. 38; siehe auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340 N 7 S. 1229 und Art. 340c N 6 S. 1281).

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

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

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

3.5 Konventionalstrafe

3.5.1 Nach dem Gesagten schuldet der Kläger der Beklagten zufolge Verletzung der vertraglichen Erweiterung des aus der allgemeinen Treuepflicht fließenden Konkurrenzverbots (Ziffer 11 des Arbeitsvertrages) eine Konventionalstrafe.

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

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

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

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

3.6 Zwischenfazit Verrechnungsanspruch Konkurrenzverbot

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, hat die Vorinstanz den Verrechnungseinwand der Beklagten unter dem Titel Konkurrenzverbot zu Unrecht verworfen. Die entsprechenden Beanstandungen der Beklagten sind begründet, weshalb die Berufung gutzuheissen ist. Bei dieser Ausgangslage erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den übrigen Rügen der Beklagten. Insbesondere kann offenbleiben, ob die Vorinstanz zu Unrecht einen begründeten Anlass zur Kündigung seitens des Klägers angenommen hat.

4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Provisions- und Beteiligungsansprüchen des Klägers im teilklageweise geltend gemachten Umfang von Fr. 20'000.– verrechenbare Forderungen der Beklagten von gesamthaft Fr. 20'000.– (Fr. 10'000.– Schadenersatz und Fr. 10'000.– Konventionalstrafe) gegenüberstehen, womit die klägerischen Ansprüche durch Verrechnung erloschen sind. Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 der Klage (anlässlich der Hauptverhandlung modifizierte Rechtsbegehren gemäss Urk. 8 S. 2 und Prot. I S. 9) sind daher abzuweisen.

5. Kosten-/Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens und Entschädigungsfolgen des ersten Rechtsmittelverfahrens

5.1 Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

5.2 Die Vorinstanz erhob in Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO zu Recht keine Kosten (vgl. Urk. 125 E. VI/1 S. 48).

5.3 Hinsichtlich der Entschädigungsfolgen erwog die Vorinstanz, dass die Beklagte in der Sache (unter Mitberücksichtigung des Klagerückzugs betreffend Arbeitszeugnis) zu ca. zwei Dritteln obsiege. Die volle Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren sei angesichts des gesamten Aufwands sowie in Anwendung von § 4 und § 11 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 10'800.– (inkl. 8% MwSt.) festzusetzen. Ausgangsgemäss sei der Kläger demnach zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'600.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen. Für das Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013-O seien die Parteientschädigungen wettzuschlagen, zumal dort Fr. 20'000.– im Streit gestanden seien und damit unter Berücksichtigung des endgültigen Prozessausgangs (Zusprechung von Fr. 10'000.–) von einem je hälftigen Obsiegen der Parteien auszugehen sei (Urk. 125 E. VI/2 S. 48 f.).

5.4 Da die Klage abgewiesen wird, unterliegt der Kläger vollumfänglich. Entsprechend ist er zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung von Fr. 10'800.– (inkl. MwSt., wobei sich der Mehrwertsteuerzuschlag auf 8% beläuft, zumal sämtliche erstinstanzlichen Aufwendungen der Parteien vor dem 1. Januar 2018 angefallen sind, vgl. Urk. 125 E. I S. 4 ff.). Bei diesem Verfahrensausgang ist der Kläger zudem zu verpflichten, der Beklagten eine volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013 zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; zur Anwendbarkeit des Unterliegerprinzips siehe BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 4'200.– (inkl. 7.7% MwSt.) festzusetzen.

IV.

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

2. Ausgangsgemäss ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 4'200.– (inkl. 7.7% MwSt.) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 der Klage (modifizierte Rechtsbegehren) werden abgewiesen.
2. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erst- und die zweitinstanzlichen Verfahren (Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013-O sowie vorliegendes Berufungsverfahren) eine Parteientschädigung von Fr. 19'200.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. September 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

MLaw V. Stübi

versandt am:

lb