Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LB190040-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 29. April 2020

in Sachen

A._____ GmbH,
Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. Juni 2019; Proz. CG150005

Rechtsbegehren:
(act. 2 S. 2)

"1. Die Beklagte habe dem Kläger CHF 144'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 16. August 2010 zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:
(act. 82)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 64'846.45 nebst Zins zu 5% seit 17. August 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	10'500.00;	die Barauslagen betragen:
Fr.	84.00	Zeugengeld

3. Die Gerichtskosten werden den Parteien hälftig auferlegt und teilweise mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagte hat dem Kläger die Hälfte der von ihm bevorschussten Gerichtskosten, d.h. Fr. 5'250.00 sowie Fr. 475.00 für das Schlichtungsverfahren, zu ersetzen.

4. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.

[5./6. Mitteilungen / Rechtsmittel]

Berufungsanträge:
(act. 79 S. 2)

"1. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 5. Juni 2019 sei aufzuheben und die Klage des Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 5. Juni 2019 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan: Berufungsbeklagter) organisierte ab 2005 Fussball-Trainingslager für seinen damaligen Arbeitgeber und machte sich ab Frühling 2007 mit einer Einzelfirma selbständig, um Trainingslager zu organisieren. Von Januar 2008 bis Juni 2010 unterstützte er die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan: Berufungsklägerin) bei der Organisation von Trainingslagern für Profi- und Amateurfussballmannschaften, indem er – in welchem Umfang gehen die Meinungen auseinander – Tätigkeiten wie Katalogerstellen, Vertragsverhandlungen mit Hotels, Kundenakquise, Materialbeschaffung, Betreuung der Trainingslager vor Ort, Überarbeitung der Website etc. erledigte. Die Berufungsklägerin ist eine juristische Person, welche gemäss Eintrag im Handelsregister den Betrieb einer Sportmanagement-Agentur bezweckt. Ihr einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist C._____. Strittig ist, welche Vergütung dem Berufungsbeklagten für seine Tätigkeiten für die Berufungsklägerin zusteht.

2. Am 9. März 2015 machte der Berufungsbeklagte die vorliegende Forderungsklage bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1 und 2). Nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels erging am 8. September 2017 der Beweisbeschluss (act. 38), ohne dass der Versuch einer gütlichen Einigung unternommen worden wäre. Am 22. November 2017 erfolgte eine Beweisverhandlung mit Parteibefragungen und Beweisaussagen (Prot. Vi S. 16 ff.), am 15. Juni 2018 eine weitere Beweisverhandlung mit Zeugeneinvernahme (Prot. Vi S. 33 ff.). Nachdem die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet hatten, reichte der Berufungsbeklagte am 26. Februar 2019 seinen Schlussvortrag mit Stellungnahme zum Beweisergebnis ein (act. 67), die Berufungsklägerin verzichtete nach Erhalt dieser Eingabe auf die Einreichung eines Schlussvortrags (act. 72). Am 5. Juli 2019 erging das Urteil der Vorinstanz (act. 76 = act. 81 = act. 82 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 82).

Am 4. September 2019 erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (act. 77b i.V.m. act. 79) Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Die vorinstanz-

lichen Akten wurden beigezogen (act. 1-78). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Formelles

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 17. September 2019 auferlegte Kostenvorschuss (act. 83) wurde geleistet. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosse Verweise auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfpro-

gramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

III. Materielles

1. Ein schriftlicher Vertrag über die Zusammenarbeit der Parteien wurde unstreitig nie abgeschlossen. Unstreitig ist auch, dass die Parteien Ende 2009 einen Vertrag entwerfen liessen, welcher die Übernahme resp. Abtretung der Hälfte der Stammanteile der Berufungsklägerin an den Berufungsbeklagten vorsah (act. 17/6); dieser Vertrag wurde jedoch nicht unterzeichnet. Unangefochten geblieben ist im Weiteren die Feststellung der Vorinstanz, dass es aufgrund unterschiedlicher Vorstellungen betreffend die Zusammenarbeit im Sommer 2010 zum Zerwürfnis zwischen dem Berufungsbeklagten und C._____ kam.

Nach Ansicht des Berufungsbeklagten war für seine Tätigkeit für die Berufungsklägerin ursprünglich vereinbart worden, dass er für seine Dienstleistungen im Jahr 2008 3% vom Umsatz der Berufungsklägerin im Geschäftsjahr 2009 erhalte (act. 2 Rz 9 S. 5, Rz 22 S. 17). Da das Auftragsvolumen stets zugenommen habe, hätten die Parteien im März/April 2009 vereinbart, dass er rückwirkend per 1. Januar 2009 zu 50% an der Berufungsklägerin beteiligt werde und das hälftige Stammkapital entschädigungslos erhalte. Am 29. Juni 2010 habe die Berufungsklägerin in einer E-Mail anerkannt, ihm für seinen Einsatz ab 2009 Fr. 112'534.46 zu schulden, was der Hälfte des Kontoguthabens der Berufungsklägerin zzgl. der Hälfte des Netto-Garantiefonds entsprochen habe (act. 82 S. 5 mit Nachweisen). Die Berufungsklägerin machte vor Vorinstanz geltend, sie habe dem Berufungsbeklagten nie irgendwelche Aufträge erteilt. Dieser habe sämtliche Tätigkeiten freiwillig, auf seine eigene Initiative und im eigenen Interesse ausgeführt (um später allenfalls bei der Berufungsklägerin einzusteigen oder für seine parallel laufende, die Berufungsklägerin konkurrierende Selbständigkeit), ohne Verpflichtung oder Anweisung der Berufungsklägerin und unentgeltlich, resp. gegen eine Provision von 3% des Gewinns der Berufungsklägerin (act. 15 S. 5 ff.; act. 31 S. 7 f.). Eine entschädigungslose Übernahme der Hälfte des Stammkapitals sei nie vereinbart worden. Ein allfälliges Angebot sei an ein Konkurrenzverbot gekoppelt gewesen. Abgesehen davon, dass sämtliche Kommissionen beglichen worden seien, habe der Berufungsbeklagte am 6. Juli 2010 anlässlich eines Treffens oh-

nehin auf sämtliche Ansprüche gegenüber der Berufungsklägerin definitiv verzichtet (act. 82 S. 5 f. mit Nachweisen).

2. Die Vorinstanz hat in ihrer Erwägung 3.3.2. festgehalten, es gehe klar aus den Aussagen der Parteien (genauer eigentlich: aus den Aussagen des Berufungsbeklagten sowie von C._____) hervor, dass die Berufungsklägerin über sämtliche Tätigkeiten des Berufungsbeklagten informiert gewesen sei und diese mit ihr abgesprochen gewesen seien. Weiter habe der Berufungsbeklagte über eine E-Mail-Adresse sowie eine Kreditkarte und eine Visitenkarte der Berufungsklägerin verfügt. Auch wenn er aus seinem eigenen Antrieb tätig geworden sei, so habe die Berufungsklägerin seine Unterstützung dankend angenommen und nie dagegen opponiert. Dass der Berufungsbeklagte keine eigentliche Pflicht zum Tätigwerden gehabt habe und weitgehend selbständig habe handeln können, stehe einem Auftragsverhältnis ebenso wenig entgegen, werde doch das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses mit Unterordnungsfunktion nicht geltend gemacht. Zudem gehe auch die Berufungsklägerin nicht von einer reinen Gefälligkeit aus, sondern bringe vor, man habe eine 3%ige Gewinnbeteiligung vereinbart, was klar für einen Rechtsbindungswillen spreche. Damit sei vom Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses gemäss Art. 394 OR auszugehen und eine Vergütung grundsätzlich geschuldet (act. 82 E. 3.3.2. S. 6 f.).

Die Berufungsklägerin hält diesen Schluss für willkürlich und falsch, habe sie doch stets vorgebracht, die Tätigkeit des Berufungsbeklagten sei darauf ausgerichtet gewesen, sich dadurch eine Beteiligung an der Berufungsklägerin zu "verdienen", was von diesem nie bestritten worden sei (act. 79 Rz 9). Soweit die Berufungsklägerin damit ausdrücken will, ihr diesbezüglicher Vortrag sei anerkannt, so übersieht sie, dass der Berufungsbeklagte (im vorinstanzlichen Verfahren Kläger) in seinen Rechtsschriften den inhaltlich entgegengesetzten Standpunkt eines Auftragsverhältnisses einnahm – was eine Anerkennung ausschliessen würde –, den die Beklagte und Berufungsklägerin mit ihrem Vortrag bestritt, und nicht umgekehrt. Das ist der Vorinstanz keineswegs entgangen, und sie hat die strittige Frage des Zustandekommens eines Auftragsverhältnisses sowie die (ebenso strittige) Höhe der geschuldeten Vergütung mit Beweisbeschluss vom 8. September

2017 zum Beweis verstellt (act. 36, Beweissatz 1). Das ist ebenso wenig zu bemängeln wie die soeben wiedergegebene Schlussfolgerung aus dem Beweisverfahren, wonach das Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses unter den vorliegenden Umständen zu bejahen sei. Mit der Berufung nicht in Frage gestellt wird die vorinstanzliche Feststellung, wonach der Berufungsbeklagte seine Tätigkeiten für die Berufungsklägerin von Januar 2008 bis Juni 2010 ausgeführt habe. Damit ist mangels anderslautender Behauptungen festzuhalten, dass das von der Vorinstanz zu Recht bejahte Auftragsverhältnis zwischen den Parteien von Januar 2008 bis Juni 2010 dauerte.

3. Gemäss Art. 394 Abs. 3 OR ist im Rahmen eines Auftragsverhältnisses eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

3.1 Die Vorinstanz hat zum Entscheid der Frage, ob zwischen den Parteien eine 3%-ige Beteiligung am Umsatz vereinbart worden sei, wie das vom (diesbezüglich behauptungs- und beweisbelasteten) Berufungsbeklagten vorgebracht worden war, massgeblich auf die Aussagen des Berufungsbeklagten sowie auf diejenigen von C._____ abgestellt. Sie kam in Würdigung dieser Aussagen zum Schluss, der Beweis sei erbracht, dass die Parteien vereinbart hätten, den Berufungsbeklagten mit 3% am Umsatz der Berufungsklägerin im Jahr 2009 zu beteiligen (act. 82 E. 3.3.3. S. 7 ff.).

Die Berufungsklägerin bringt in der Berufung unter dem Titel "Konsens" (gemeint: Konsens über die Höhe des Entschädigung) vor, die Parteien (genauer: der Berufungsbeklagte sowie C._____ für die Berufungsklägerin gemäss Art. 159 ZPO) hätten sich in diesem Punkt unter Strafandrohung diametral widersprochen und der Berufungsbeklagte habe keinen einzigen Beweis für seine Behauptungen vorgelegt. Die Vorinstanz komme zu ihrem Schluss, weil sie die Ausführungen des Berufungsbeklagten als nachvollziehbar und glaubhaft, jene der Berufungsklägerin (C._____) in vielerlei Hinsicht als widersprüchlich und wenig überzeugend befunden habe, was eine "krass willkürliche" Einschätzung des Bezirksgerichts sei (act. 79 Rz 10). Dem Berufungsbeklagten seien geschlossene Fragen gestellt worden, die dieser bequem mit "Ja" oder "Nein" habe beantworten können, während C._____ offene Fragen gestellt worden seien, welche teilweise lan-

ge Ausführungen notwendig gemacht hätten, wobei dieser verständlicher- und nachvollziehbarerweise mehrmals erklärt habe, sich aufgrund der verstrichenen Zeit nicht mehr an alles zu erinnern. Der Berufungsbeklagte habe zur angeblichen Umsatzbeteiligung nicht mehr als seine eigene Aussage liefern können (act. 79 Rz 11). Darüber hinaus habe sich die Berufungsklägerin (wiederum: C._____) gar nicht widersprochen (act. 79 Rz 12 f.; dazu sogleich unter Ziff. 3.2.2.1 ff).

3.2.1 Was die als Erstes gerügte ungleiche Behandlung der Parteien in der Befragung betrifft, so wurden in der vorinstanzlichen Befragung entgegen der Berufungsklägerin beiden Seiten grundsätzlich dieselben Fragen gestellt. Es fällt indes auf, dass der Berufungsbeklagte diese meist recht knapp (mit Antworten wie: "Ja, das ist korrekt") beantwortete, während C._____ für die Berufungsklägerin selten mit den spiegelbildlich knappen Antworten (etwa: "Nein, das trifft nicht zu") antwortete, sondern längere Erklärungen abgab, die teils Anschlussfragen zur Folge hatten. Es trifft zu, dass er mehrmals zu Protokoll gab, sich nicht mehr erinnern zu können, doch war dies ausnahmslos der Fall bei Fragen, welche gleich schon der Gegenseite gestellt worden waren (Prot. Vi S. 24 [C._____] = S. 18 f. [Berufungsbeklagter]; S. 25 [C._____] = S. 19 [Berufungsbeklagter]; S. 28 [C._____] = 20 [Berufungsbeklagter]; S. 29 [C._____] = S. 21 [Berufungsbeklagter]). Die entsprechende Kritik am vorinstanzlichen Urteil zielt ins Leere.

3.2.2.1 Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, C._____ habe sich entgegen der Vorinstanz, die sich diesbezüglich von einem Irrtum habe leiten lassen, gar nicht widersprochen. Sie bringt in der Berufung vorab wörtlich vor: "In der Angabe der Berufungsklägerin, wonach der Berufungsbeklagte *unentgeltlich* tätig gewesen sei, wobei in der Folge und aus Goodwill *eine Gewinnbeteiligung von 3% vereinbart* worden sei (…), ist entgegen der Behauptung der Vorinstanz kein Widerspruch zu erblicken" (act. 79 Rz 12, Hervorhebung hinzugefügt), dies offensichtlich ohne den – erneuten – Widerspruch wahrzunehmen.

3.2.2.2 Die Vorinstanz hat sodann das Aussageverhalten von C._____ im Zusammenhang mit einem Schreiben seines Rechtsanwalts an den Berufungsbeklagten vom 23. August 2010 (act. 4/69) gewürdigt. Dieses Schreiben war vom Berufungsbeklagten mit der Klagebegründung als Beweismittel für die Vereinba-

rung einer 3%-igen Umsatzbeteiligung eingereicht worden. Es hat im einschlägigen Abschnitt folgenden Wortlaut (act. 4/69 S. 1):

> "Bekanntlich ist eine gemeinsame Zusammenarbeit zwischen Ihnen und der A._____ gmbh sowie eine 50%-ige Beteiligung Ihrerseits nunmehr definitiv gescheitert. Dass Sie am 6. Juli 2010 auf Ansprüche gegenüber der A._____ gmbh definitiv verzichtet haben wurde vermerkt und kann von Zeugen jederzeit bestätigt werden. Damit haben Sie auf die bis dato gültige 3%-ige Umsatzbeteiligung, welche zwischen Ihnen und der A._____ gmbh vereinbart worden war, definitiv verzichtet. (…) Aufgrund Ihres vorgenannten Verzichts ist die ursprüngliche Vereinbarung über 3% Umsatzbeteiligung sowie die nachfolgenden, unpräjudiziellen und nicht zum Abschluss gelangten Gespräche jedoch ohnehin irrelevant."

Auf Vorhalt dieses Schreibens gab C._____, wie die Vorinstanz korrekt ausführt, zu Protokoll sich nicht zu erinnern, ob er dieses Schreiben als Entwurf (von dem Versand an die Gegenseite) gesehen habe und ergänzte sodann, er gehe davon aus, das Schreiben nach dem Versand als Kopie gesehen zu haben. Auf die konkrete Nachfrage, ob ihm aufgefallen sei, dass sein Rechtsvertreter schreibe, es sei eine Umsatzbeteiligung von 3% vereinbart gewesen, gab er an, er habe das nicht gemerkt. Schliesslich bestätigte er (auf Ergänzungsfrage seines Rechtsvertreters), er sei von seinem Rechtsvertreter informiert worden, dass es (gemeint: diese Formulierung) ein Fehler seinerseits gewesen sei (Prot. Vi S. 29). Dieser angebliche Fehler, so die Vorinstanz weiter, sei jedoch gegenüber dem Berufungsbeklagten nicht korrigiert worden, obwohl er offenbar von der Berufungsklägerin bemerkt worden sein soll, was widersprüchlich sei (act. 82 S. 8).

Die Berufungsklägerin vermag im ihr zurechenbaren (Aussage-)Verhalten von C._____ "weit und breit kein Widerspruch" zu erblicken (act. 79 Rz 13). Weiter kritisiert sie als unwahre Feststellung, dass der Fehler nicht korrigiert worden sei, obwohl dieser von der Berufungsklägerin angeblich bemerkt worden sei. Dies sei spätestens im Rahmen des Klageverfahrens erfolgt (a.a.O.). Diese Kritik am vorinstanzlichen Urteil erweist sich als missglückte Pirouette: Die Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt X._____ an seinen Mandanten in der vorinstanzlichen Befragung war (Hervorhebung hinzugefügt): "Ist es korrekt, dass ich Ihnen *damals* gesagt habe, dass es ein Fehler meinerseits war und ich gegenüber der Gegenpartei auch korrigiert habe, dass nicht der Umsatz, sondern der Gewinn gemeint

war?" (Prot. Vi S. 29). Dem ist offensichtlich nicht so, macht doch auch die Berufungsklägerin nicht geltend, vor dem aktuellen gerichtlichen Verfahren je gegenüber der Gegenseite den (angeblichen) Irrtum korrigiert zu haben. Es macht die Sache auch nicht besser, dass in der Berufung nunmehr vorgebracht wird, der Unterzeichnende habe C._____ "offensichtlich mit einiger Verzögerung" über seinen Verschrieb berichtet (act. 79 Rz 13). Augenscheinlich ist vielmehr, dass die Berufungsklägerin den angeblich damals entdeckten Fehler erstmals in der Klageantwort als solchen bezeichnete, nachdem sie der Berufungsbeklagte auf ihre eigene Aussage in jenem Schreiben aufmerksam gemacht hatte, auch wenn C._____ in der Befragung auf entsprechende (Suggestiv-)Frage des Rechtsvertreters eine andere Aussage machte.

3.2.2.3 Entgegen der Berufungsklägerin ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Aussagen von C._____ als widersprüchlich gewertet hat.

3.3 Die Berufungsklägerin zielt mit ihrer Kritik auf die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Wenn sie rügt, die Vorinstanz habe infolge der falschen Beweiswürdigung den Beweis (über die strittige Umsatzbeteiligung) zu Unrecht als erbracht erachtet, so ist daran zu erinnern, dass ein Berufungskläger zwar darlegen muss, dass und inwiefern die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, diese Begründung indes nicht zutreffen muss, um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken, wendet doch die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (oben, Ziff. II.2.). Wie soeben dargelegt ist die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat den dem Berufungsbeklagten obliegenden Beweis gestützt auf dessen Aussagen als erbracht erachtet, wobei die Berufungsklägerin mit keinem Wort dartut, dass die Aussagen des Berufungsbeklagten entgegen der Vorinstanz nicht überzeugend gewesen wären, geschweige denn inwiefern. Insofern könnte es damit sein Bewenden haben. Gleichwohl sei angemerkt, dass der Berufungsbeklagte das Schreiben des Rechtsanwalts der Gegenseite als Beweismittel angerufen hat und es als solches auch abgenommen wurde (act. 2 Rz 42; act. 36 S. 2). Entgegen der Berufungsklägerin (act. 79 Rz 13 in fine) kann das Schreiben mithin sehr wohl als Beweismittel herangezogen werden und das Beweisergebnis wäre wohl rich-

tigerweise ebenfalls auf dieses Schreiben zu stützen gewesen. Nachdem sich dadurch jedoch nichts am vorinstanzlichen Beweisergebnis ändert, erübrigen sich Weiterungen dazu.

3.4 Entgegen der Berufungsklägerin ist damit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausgegangen ist, die Parteien hätten als Entgelt für die Tätigkeiten des Berufungsbeklagten eine 3%-ige Beteiligung am Umsatz der Berufungsklägerin vereinbart. Bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung ist nicht erforderlich – was die Berufungsklägerin offensichtlich übersieht (act. 79 Rz 18 f.) –, dass der Berufungsbeklagte die von ihm ausgeführten Arbeiten im Einzelnen beweismässig erhärten kann, um dem Gericht die Bemessung einer angemessenen Entschädigung nach Aufwand zu erlauben: denn die Parteien haben ja eben nicht eine Entschädigung nach Aufwand vereinbart. Es schadet dem Berufungsbeklagten daher nicht, dass in Anbetracht der sich diametral widersprechenden Aussagen die vom Berufungsbeklagten im Einzelnen ausgeführten Arbeiten in der Tat beweismässig nicht erhärtet sind, wie die Berufungsklägerin zu Recht geltend macht. Wenn die Berufungsklägerin der Vorinstanz vorwirft, sie habe anstatt die Klage vollumfänglich abzuweisen juristische Kapriolen vollzogen, wie die Annahme einer unbewiesenen Vereinbarung, die ohne ersichtlichen Grund ohne Konsens habe Bestand haben sollen, so liegt sie sowohl inhaltlich wie auch im Ton daneben. Dass die Vorinstanz im Quantitativ bei Vorliegen einer 3%-igen Umsatzbeteiligung etwas anderes hätte zusprechen müssen, wird mit der Berufung nicht geltend gemacht. Zwar bringt die Berufungsklägerin vor, die vorinstanzlichen Ausführungen hinsichtlich Verzinsung seien selbstredend ebenfalls falsch und würden hiermit als bestritten gelten (act. 79 Rz 20), ohne indes hierzu irgendwelche Vorbringen zu machen. Der anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin musste bekannt sein, dass sie mit diesem Vortrag weit davon entfernt war, das vorinstanzliche Urteil in zureichender Art und Weise anzufechten.

Zu prüfen bleibt, ob diese Vereinbarung nachträglich hinfällig geworden ist, wie das die Berufungsklägerin geltend macht.

4.1 Die Berufungsklägerin hatte in der Klageantwort geltend gemacht, der Berufungsbeklagte habe anlässlich einer Besprechung am 6. Juli 2010 mit C._____

und dessen Onkel D._____ auf sämtliche allfällige Ansprüche gegenüber der Berufungsklägerin verzichtet (act. 15 S. 36). Die Vorinstanz hat bezüglich dieses vom Berufungsbeklagten bestrittenen Vortrags vorab zutreffend festgehalten, dass es für einen Forderungsverzicht gemäss Art. 115 OR einer entsprechenden Übereinkunft, d.h. einer Zustimmung beider Parteien bedarf. Diese kann unter Umständen auch bloss konkludent erfolgen, doch ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht leichthin von einer Verzichtserklärung auszugehen. Vielmehr wird ein klar zum Ausdruck gebrachter Wille auf endgültigen Verzicht auf die Forderung durch den Gläubiger verlangt. Der Inhalt eines Vertrages – und damit auch eines Aufhebungsvertrages – bestimmt sich gemäss Art. 18. Abs. 1 OR nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht auszumachen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Willenserklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie der gesamten Umstände vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (vgl. anstelle vieler BGE 138 III 659). Die Vorinstanz hat diese Grundsätze der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zutreffend festgehalten (act. 82 E. 3.4.2. mit weiteren Hinweisen).

Die Vorinstanz hat sodann die Aussagen des beim fraglichen Treffen anwesenden Zeugen D._____ gewürdigt, welcher ausgesagt hatte, es sei an jenem Treffen zu einem "Clash" gekommen, wobei der Berufungsbeklagte wütend aufgestanden sei, erklärt habe auf sämtliche Forderungen zu verzichten und aus der Wohnung gestürmt sei "B._____ left the meeting upset and telling us, that he will not ask any money from C._____. The case between them is closed and then he slammed the door in my apartment" (act. 82 E. 3.4.3. unter Verweis auf Prot. Vi S. 41). Die Vorinstanz hat in Würdigung der Zeugenaussage festgehalten, es sei erwiesen, dass der Berufungsbeklagte an jenem Treffen eine dahingehende Äusserung gemacht habe (a.a.O.). Zutreffend hat die Vorinstanz im Weiteren festgehalten, es komme darauf an, wie die Berufungsklägerin (resp. C._____) die Äusserung des Berufungsbeklagten im Zeitpunkt von deren Abgabe und Kenntnisnahme in der konkreten Situation verstehen durfte. Angesichts der Umstände sei für die Berufungsklägerin klar ersichtlich gewesen, dass der Berufungsbeklag-

te nicht den Willen gehabt habe, definitiv und vorbehaltlos auf sämtliche Forderungen zu verzichten (act. 82 E. 3.4.3. in fine).

4.2 Die Berufungsklägerin hält die Beweiswürdigung der Vorinstanz für offensichtlich willkürlich und rechtswidrig resp. unhaltbar – dies, weil sie davon ausgeht, es stehe gemäss dem vorinstanzlichen Erkenntnis fest, dass der Berufungsbeklagte eine klare und unmissverständliche Willenserklärung auf endgültigen Verzicht abgegeben habe. Wo ein Wille klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werde, gebe es nichts zu würdigen (act. 79 Rz 23 f.).

Die Berufungsklägerin übersieht, dass die Vorinstanz – zu Recht – nicht davon ausgegangen ist, dass die Äusserung des Berufungsbeklagten (tatsächlich und vertrauenstheoretisch) eine Willenserklärung im Rechtssinn darstellte. Sie setzt sich mit den soeben wiedergegebenen Ausführungen der Vorinstanz nicht auseinander und macht mit keinem Wort geltend, dass und inwiefern der Berufungsbeklagte sehr wohl einen Geschäftswillen geäussert habe oder dass die Berufungsbeklagte die Äusserung jedenfalls so hätte verstehen dürfen – und solcherlei wäre auch nicht ersichtlich. Damit vermag die Berufungsklägerin auch in diesem Punkt nicht durchzudringen.

4.3 Soweit die Berufungsklägerin darüber hinaus ernstlich geltend machen möchte, die Vereinbarung einer 3%-igen Umsatzbeteiligung wäre objektiv unmöglich, da sich die Berufungsbeklagte resp. deren Organe wegen Misswirtschaft (Art. 165 StGB) strafbar machen würden und eine solche Vereinbarung im Konkurs überdies Art. 285 ff. SchKG widerspräche (act. 79 Rz 26), so ist sie darauf aufmerksam zu machen, dass sich die Berufungsklägerin weder im Konkurs befand noch befindet und ein Vertrag nicht dadurch objektiv unmöglich und strafbar wird, dass dessen Erfüllung möglicherweise an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit scheitern würde. Weiterungen hierzu erübrigen sich.

5. Die Berufung ist demnach vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Berufungsklägerin unterliegt mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenauflage (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 6'750.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. Juni 2019 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 79, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 64'846.45.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:	Der Leitende Gerichtsschreiber:
lic. iur. E. Lichti Aschwanden	lic. iur. T. Engler

versandt am: