

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE180004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Urteil vom 7. August 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG)**

**Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes für SchKG-Klagen des  
Bezirksgerichtes Zürich vom 25. April 2018; Proz. FO180001**

**Rechtsbegehren (act. 8/1 S. 2):**

- "1. Es sei festzustellen, dass die vom Beklagten gegen die Klägerin in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 592'933.58 zuzüglich Zins und Kosten (Zahlungsbefehl vom 2. August 2017, Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 2) nicht bzw. nicht mehr besteht.
2. Es sei die Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 2. August 2017, Betreibungsamt Zürich 2) aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Prozessuale Anträge (act. 8/1 S. 2):**

- " 1. Es sei die Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 2. August 2017, Betreibungsamt Zürich 2) vorläufig einzustellen.
2. Die in Ziff. 1 beantragte vorsorgliche Massnahme sei im Sinne von Art. 256 ZPO sofort und ohne vorgängige Anhörung des Beklagten anzuordnen."

**Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. April 2018:**

1. Das Gesuch um vorsorgliche Einstellung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 2 wird abgewiesen.
2. Die Rechtsvertreter des Beklagten werden zur Verschwiegenheit betreffend des Inhalts der act. 14/54-60 gegenüber sämtlichen Dritten – einschliesslich des Beklagten – verpflichtet.
3. Über die Prozesskosten dieses Gesuchs wird mit der Hauptsache entschieden.
4. [Schriftliche Mitteilung].
5. [Rechtsmittel].

**Berufungsanträge der Klägerin (act. 2 S. 2):**

- "1. Es sei Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 25. April 2018 (Geschäfts-Nr. FO180001) aufzuheben, und es sei die vom Beklag-

ten gegen die Klägerin eingeleitete Betreibung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 2. August 2017, Betreibungsamt Zürich 2) vorläufig einzustellen.

2. Die in Rechtsbegehren Ziffer 1 beantragte vorsorgliche Massnahme sei im Sinne von Art. 256 ZPO sofort und ohne vorgängige Anhörung des Beklagten anzuordnen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Klägerin) ist eine am tt.mm.2016 gegründete Gesellschaft, die den Betrieb einer Rückversicherung bezweckt. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagter) trat am 1. Juli 2016 die Stelle als CEO der Klägerin an. Vor seiner Tätigkeit bei der Klägerin war der Beklagte während Jahren in leitender Funktion bei einer anderen Rückversicherung – der C.\_\_\_\_\_ – angestellt.

1.2. Am 11. März 2016 leitete die Klägerin das für den Betrieb des Rückversicherungsgeschäfts notwendige Bewilligungsverfahren bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA ein. Im Verlauf des Bewilligungsverfahrens kam der Verdacht auf, dass der Beklagte Geschäftsdaten der C.\_\_\_\_\_ kopiert und diese im IT-System der Klägerin und/oder in eigenen privaten Geräten gespeichert haben könnte. Acht weitere ehemalige Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ standen ebenfalls im Verdacht, Geschäftsdaten der C.\_\_\_\_\_ im IT-System der Klägerin gespeichert zu haben. Aufgrund dieser Umstände soll es zu Verzögerungen im Bewilligungsverfahren vor der FINMA gekommen sein.

1.3. Aufgrund dieser Verzögerungen konnte die Klägerin vorerst ihre Geschäftstätigkeit nicht aufnehmen. Wegen fehlender Einnahmen geriet die Klägerin in Zahlungsschwierigkeiten. Nachdem die Klägerin die Löhne des Beklagten für die Monate Mai 2017 bis Juli 2017 nicht bezahlt hatte, kündigte dieser mit Schreiben vom 26. Juli 2017 das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos.

1.4. Mit Zahlungsbefehl vom 2. August 2017 – zugestellt am 4. August 2017 – betrieb der Beklagte die Klägerin für ausstehende Monatslöhne Mai 2017 bis Juli 2017 von je Fr. 60'470.55, Auslagenersatz gemäss Arbeitsvertrag vom 23. März 2016 von Fr. 47'888.63 und Lohn während sechsmonatiger Kündigungsfrist August 2017 bis Januar 2018 von Fr. 362'823.30; alles zuzüglich Verzugszins von 5% (act. 8/3/1).

1.5. Die Klägerin versäumte es, innert Frist Rechtsvorschlag zu erheben (act. 8/3/3). Eine Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls wies das Bezirksgericht Zürich als erstinstanzliche Aufsichtsbehörde über Betreibungssachen mit Zirkulationsbeschluss vom 22. November 2017 ab (act. 8/3/4). Am 3. Januar 2018 stellte das Betreibungsamt der Klägerin die Konkursandrohung zu (act. 8/3/5).

1.6. Am 4. Januar 2018 machte die Klägerin die Klage mit dem obgenannten Rechtsbegehren und prozessualen Anträgen betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtshängig (act. 1). Am 30. Januar 2018 wurden die Parteien auf den 23. Februar 2018 zu einer Verhandlung betreffend vorsorglicher Massnahmen vorgeladen (act. 8/10). Anlässlich der Verhandlung vom 28. Februar 2018 nahm der Beklagte Stellung zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen; alsdann äusserten sich beide Parteien zu Noven (Prot.-VI, S. 4 ff.).

1.7. Am 25. April 2018 fällte das Einzelgericht den obgenannten Entscheid und wies das Gesuch um vorsorgliche Einstellung der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 ab (act. 7).

1.8. Am 11. Mai 2018 erhob die Klägerin gegen den Entscheid des Einzelgerichtes Berufung und stellte die obgenannten Rechtsbegehren (act. 2 S. 2).

1.9. Mit Verfügung vom 16. Mai 2018 wies das Obergericht das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ab und setzte der Klägerin eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 12'000.00 an (act. 5). Der Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist ein (act. 9-11).

1.10. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG hört das Gericht die Parteien nach Eingang der Klage an und würdigt die Beweismittel; wenn ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheint, stellt es die Betreibung vorläufig ein. Gemäss Art. 8 ZGB hat in der Regel derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Bei einer negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG trägt der **Gläubiger** – obschon Beklagter – die Beweislast für den Bestand seiner Forderungen (KUKO-SchKG-Brönnimann, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 85a N 24). Die **Schuldnerin** - in ihrer Eigenschaft als Klägerin im Verfahren nach Art. 85a SchKG - kann im Sinn einer vorsorglichen Massnahme die vorläufige Einstellung der Betreibung verlangen. Dafür ist vorausgesetzt, dass ihr Standpunkt "sehr wahrscheinlich begründet" ist. Dazu müssen die Prozesschancen der Schuldnerin deutlich besser als jene des Gläubigers erscheinen (BGer 4D\_68/2008 vom 28. Juli 2008, E. 2). Mit dem Erfordernis der sehr wahrscheinlichen Begründetheit ging der Gesetzgeber über die im Rahmen vorsorglicher Massnahmen normalerweise erforderliche überwiegende Wahrscheinlichkeit [recte: wohl "Glaubhaftmachung"] hinaus (BGer 4A\_176/2010 vom 23. August 2010, E. 3.2).

2.2. Zunächst ist zu prüfen, ob die vom Beklagten in Betreibung gesetzte Forderung besteht. Gemäss Zahlungsbefehl vom 2. August 2017 liess der Beklagte die Klägerin für folgende Forderungen betreiben (vgl. act. 8/3/1):

1. Ausstehender Monatslohn (netto) Mai 2017, inkl. Zins  
Fr. 60'470.55, zuzügl. Zins von 5% seit 26.5.2017
2. Ausstehender Monatslohn (netto) Juni 2017, inkl. Zins  
Fr. 60'470.55, zuzügl. Zins von 5% seit 26.6.2017
3. Ausstehender Monatslohn (netto) Juli 2017, inkl. Zins  
Fr. 60'470.55, zuzügl. Zins von 5% seit 26.7.2017
4. Auslagenersatz gemäss Arbeitsvertrag vom 23.03.2016  
Fr. 47'888.63, zuzügl. Zins von 5% seit 05.07.2017
5. Lohn während sechsmonatiger Kündigungsfrist August 2017-Januar 2018  
Fr. 363'823.30, zuzügl. Zins von 5% seit 27.07.2017.

2.2.1. Vorab ist festzuhalten, dass der Bestand und die Höhe der Forderungen 1-4 im vorliegenden Berufungsverfahren unbestritten sind.

2.2.2. In Bezug auf die Forderung 5 macht die Klägerin geltend, dass sich der Beklagte entgegen der Angabe auf dem Zahlungsbefehl nicht auf eine Lohnforderung berufen könne, weil er den Arbeitsvertrag am 26. Juli 2017 fristlos gekündigt habe und ab diesem Zeitpunkt kein Lohnanspruch (Erfüllungsanspruch) mehr bestehe; er könne höchstens einen Schadenersatz nach Art. 337b Abs. 1 OR geltend machen (Schadenersatzanspruch). Da der Gläubiger im Betreibungsbegehren gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG die Forderungsurkunde und deren Datum – bzw. in Ermangelung einer solchen den Grund der Forderung – angeben müsse und kein Lohnanspruch, sondern höchstens Schadenersatzanspruch bestehe, sei nicht nur "sehr wahrscheinlich begründet", sondern erstellt, dass die vom Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung 5 ("Lohn während sechsmonatiger Kündigungsfrist August 2017-Januar 2018") über Fr. 362'823.30 nie bestanden habe, was die Vorinstanz gemäss Art. 85a SchKG hätte feststellen müssen (act. 2 Rz. 11-26).

Gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ist im Betreibungsbegehren die Forderungsurkunde und deren Datum bzw. in Ermangelung einer solchen der Grund der Forderung anzugeben. Die geforderte Angabe zielt darauf, dass sich der Schuldner über die Natur der Forderung und den Anlass der Betreuung im Klaren und damit zur Entscheidung befähigt ist, ob er Rechtsvorschlag erheben will. Mit anderen Worten soll sichergestellt werden, dass der Schuldner aufgrund der Angaben im Zahlungsbefehl aus dem Sachzusammenhang heraus erkennen kann, was für eine Forderung in Betreuung gesetzt worden ist (BGE 121 III 18, E. 2.a; KOFMEL EHRENZELLER in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 67 N 43).

Im vorliegenden Fall kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin am 26. Juli 2017 fristlos, weil er die Nichtbezahlung der Löhne für die Monate Mai 2017 bis Juli 2017 für vertragswidrig hielt. Gemäss Art. 337b Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber bei gerechtfertigter fristlo-

ser Auflösung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf vollen Schadenersatz. Wenn das Verschulden beim Arbeitgeber liegt, entspricht der Schadenersatz im Wesentlichen dem entgangen Lohn abzüglich Ersatzverdienst und Einsparungen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 337b N 5). Da im Arbeitsvertrag der Parteien eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vorgesehen war (act. 8/3/11 S. 14), hat der Beklagte grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz von Fr. 362'823.30, was dem Lohn entspricht, den er erhalten hätte, wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich, unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von sechs Monaten, aufgelöst worden wäre. Damit musste der Klägerin von vornherein die Natur der in Betreuung gesetzten Forderung und der Anlass der Betreuung klar sein, weshalb sie zur Entscheidung befähigt war, ob sie Rechtsvorschlag erheben wollte. Es wäre abwegig anzunehmen, die Klägerin habe den Rechtsvorschlag gegen die Forderung 5 wegen Unklarheit über den Grund der in Betreuung gesetzten Forderung nicht erhoben (so act. 2 Rz. 20); naheliegender ist vielmehr, dass die Klägerin den Rechtsvorschlag gegen die Forderungen 1-5 schlicht versäumt hat.

2.2.3. In Bezug auf den Einwand der Klägerin, der Beklagte habe in Verletzung der Schadenminderungspflicht Angaben zu einem möglichen Ersatzverdienst und zu Einsparungen unterlassen (act. 2 Rz. 27), gilt es anzumerken, dass die diesbezügliche Behauptungs- und Beweislast primär den Arbeitgeber – das heisst im vorliegenden Fall die Klägerin – trifft. Zwar hat der Arbeitnehmer den Beweis zu erbringen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht hat. Dafür muss der Arbeitgeber aber mehrere freie zumutbare Stellen, auf die sich der Arbeitnehmer nicht beworben hat, oder zumindest eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage für den betreffenden Beruf nachweisen (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 337c N 7). Die blosser Behauptung, der Arbeitnehmer habe sich nicht redlich um eine neue Stelle bemüht, reicht dafür nicht aus.

2.2.4. Zusammenfassend ist in Bezug auf die in Betreuung gesetzten Forderungen 1-5 festzuhalten, dass die Forderungen 1-4 unbestritten sind. Die Forderung 5 wurde vom Beklagten im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zumin-

dest glaubhaft gemacht, während die Einwände der Klägerin dagegen aus den erwähnten Gründen nicht "sehr wahrscheinlich begründet" sind.

2.3. Unabhängig von ihren Einwänden gegen die Forderung 5 macht die Klägerin geltend, dass ihr gegenüber dem Beklagten verschiedene Verrechnungsforderungen zustehen würden, mit welchen sie die Forderungen 1-5 tilgen könne. Im Einzelnen bezieht sie sich auf Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit den Untersuchungen "D.\_\_\_\_\_" (nachfolgend E. 2.3.1.) und "E.\_\_\_\_\_" (nachfolgend E. 2.3.2.) sowie auf Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit Vergleichszahlungen (nachfolgend E. 2.3.3.), mit Gerichts- (nachfolgend E. 2.3.4.) und mit Anwaltskosten (nachfolgend E. 2.3.5.). Vorab ist an dieser Stelle nochmals in Erinnerung zu rufen, dass das Gericht die Betreuung gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG nur dann vorsorglich einstellt, wenn die Klage – das heisst im konkreten Fall die verrechnungsweise geltend gemachten Ansprüche – als *"sehr wahrscheinlich begründet"* erscheinen.

2.3.1. Zunächst beruft sich die Klägerin auf einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beklagten im Zusammenhang mit den Kosten der **Untersuchung "D.\_\_\_\_\_"**. Diese Untersuchung, die von F.\_\_\_\_\_ LLP London (nachfolgend F.\_\_\_\_\_ London) geführt worden war, betraf die privaten Geräte des Beklagten, auf denen dieser nach seinem Wechsel von der C.\_\_\_\_\_ zur Klägerin unrechtmässig Geschäftsdaten der C.\_\_\_\_\_ gespeichert haben soll (act. 1 Rz. 63). Nach der Darstellung der Klägerin soll F.\_\_\_\_\_ London für diese Untersuchung £ 150'221.00 bzw. umgerechnet Fr. 185'655.00 in Rechnung gestellt haben.

Die Vorinstanz führte dazu aus, dass der genannte Schadenersatzanspruch nicht "sehr wahrscheinlich begründet" sei, weil die Kosten der Untersuchung überhöht erschienen und weil die Notwendigkeit des Beizugs der F.\_\_\_\_\_ London nicht ersichtlich sei, da auch ein günstigerer lokaler IT-Spezialist hätte mandatiert werden können; für eine abschliessende Beurteilung, ob die geltend gemachten Kosten tatsächlich überhöht seien, sei die Einholung eines Gutachtens erforderlich (act. 7 S. 21 f.).

Die Einwände der Klägerin gegen diese Begründung der Vorinstanz sind nicht überzeugend. Soweit sie geltend macht, der Beklagte als damaliger CEO der Klägerin hätte es in der Hand gehabt, einen anderen (günstigeren) IT-Provider anstatt der F.\_\_\_\_\_ London zu wählen, ist ihr entgegen zu halten, dass sie nicht behauptet, der Beklagte habe F.\_\_\_\_\_ London mit der Untersuchung "D.\_\_\_\_\_" *beauftragt*, sondern nur angibt, dieser habe F.\_\_\_\_\_ London *instruiert* (act. 2 Rz. 31 f.), so dass der Beklagte im vorliegenden Verfahren geltend machen kann, dass anstelle der angeblich teuren F.\_\_\_\_\_ London ein günstigerer lokaler forensischer IT-Spezialisten hätte beauftragt werden können. Nicht überzeugend ist auch der Einwand der Klägerin, die Vorinstanz habe die Kosten für die Untersuchung "D.\_\_\_\_\_" zu Unrecht als übersetzt bezeichnet (act. 2 Rz. 33 ff.); entgegen der Darstellung der Klägerin äusserte sich die Vorinstanz nicht abschliessend zur Frage, ob der Aufwand und die Rechnung von F.\_\_\_\_\_ "übersetzt" sei. Vielmehr hielt sie lediglich fest, dass die Angemessenheit der Kosten von F.\_\_\_\_\_ London im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht abschliessend beurteilt werden könne, weil dafür die Einholung eines Gutachtens erforderlich sei; einstweilen sei jedoch glaubhaft gemacht, dass die von der Klägerin angegebenen Kosten für die F.\_\_\_\_\_ -Untersuchung übersetzt seien (act. 7 E. 1.4.); es sei der Klägerin daher nicht gelungen darzulegen, dass ein verrechnungsweise geltend gemachter Schadenersatzanspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten in der Höhe von £ 150'221.00 bzw. umgerechnet Fr. 185'655.00 "sehr wahrscheinlich begründet" sei (act. 7 E. 1.5.). Daran ändern auch die umfangreichen Darstellungen der Klägerin zum Wesen der forensischen IT-Untersuchung im allgemeinen und zum Gegenstand der Untersuchung "D.\_\_\_\_\_" im Speziellen nichts (vgl. act. 2 Rz. 33-60); es ist nicht möglich, in einem Massnahmeverfahren mit Beweismittelbeschränkung und erhöhten Beweisanforderungen ("sehr wahrscheinlich begründet") eine gültige Aussage über Bestand und Höhe des verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzanspruchs zu machen. Vielmehr ist es Sache des (Einzel-)Gerichts im ordentlichen Verfahren, ohne Beweismittelbeschränkung und mit dem Regelbeweismass zu beurteilen, ob eine Verrechnungsforderung besteht und wenn ja in welchem Umfang.

2.3.2. Weiter beruft sich die Klägerin auf einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beklagten aufgrund der **Untersuchung "E.\_\_\_\_\_"**. Diese Untersuchung soll ebenfalls von der F.\_\_\_\_\_ London durchgeführt worden sein und die gesamten IT-Systeme der Klägerin betroffen haben (act. 1 Rz. 63). Für diese Untersuchung sollen nach Darstellung der Klägerin Kosten in der Höhe von £ 419'968.00 bzw. umgerechnet Fr. 519'030.00 entstanden sein. Auch diese Kosten macht die Klägerin verrechnungsweise als Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beklagten geltend.

Die Vorinstanz führte dazu aus, dass die Klägerin den entsprechenden Bericht der F.\_\_\_\_\_ nicht ins Recht gereicht habe, so dass die Resultate der Untersuchung für das Gericht nicht ersichtlich seien; es sei auch nicht nachgewiesen, dass es der Beklagte gewesen sei, welcher C.\_\_\_\_\_ -Daten und -Dateien in die IT-Systeme der Klägerin eingespielen habe, sofern sich in den IT-Systemen der Klägerin überhaupt C.\_\_\_\_\_ -Daten und Dateien befunden hätten; vielmehr sei wahrscheinlich, dass die F.\_\_\_\_\_ -Untersuchung "E.\_\_\_\_\_" auch acht weitere ehemalige Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ betroffen habe, die von der Klägerin angestellt worden seien; die Klägerin habe nicht substantiiert dargetan und nicht ausreichend belegt, dass die für die Untersuchung "E.\_\_\_\_\_" entstandenen Kosten aufgrund des Verhaltens des Beklagten verursacht worden seien (act. 7 S. 22 f.).

Vorab ist auch in Bezug auf den verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzanspruch bezüglich der Untersuchung "E.\_\_\_\_\_" das Gleiche festzuhalten wie zur Untersuchung "D.\_\_\_\_\_": Der Schadenersatzanspruch ist schon deshalb nicht "sehr wahrscheinlich begründet", weil die Angemessenheit der Kosten für die Untersuchung "D.\_\_\_\_\_" und die Möglichkeit des Beizugs eines lokalen IT-Providers, der allenfalls günstiger als F.\_\_\_\_\_ London hätte arbeiten können, vom Einzelgericht im ordentlichen Verfahren abgeklärt werden muss. Hinzu kommt, dass die Klägerin im Zusammenhang mit dem Schadenersatzanspruch für die Untersuchung "D.\_\_\_\_\_" selbst ausführt, die C.\_\_\_\_\_ habe behauptet, nebst dem Beklagten hätten auch andere ehemalige Mitarbeiter geheime Daten entwendet (act. 2 Rz. 65, vgl. auch act. 8/3/18 Rz. 15 und act. 8/3/22). Im Zusammenhang mit dem Verhalten der ehemaligen Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ – dem

Beklagten und acht weiteren Ex-Mitarbeitern der C.\_\_\_\_\_ – weist die Klägerin zwar zu Recht auf die Möglichkeit der solidarischen Haftbarkeit der mehreren Beteiligten hin. Wenn mehrere Schädiger den Schaden gemeinsam verschuldet haben, haften sie dem Geschädigten solidarisch; allerdings setzt eine solidarische Haftbarkeit voraus, dass mehrere Beteiligte den Schaden "gemeinsam verschuldet" (deutscher Gesetzestext) oder "gemeinsam verursacht" (französischer Gesetzestext) haben (Art. 50 Abs. 1 OR). Die mehreren Beteiligten müssen den Schaden in einem bewussten Zusammenwirken verursacht haben; vorausgesetzt ist, dass die einzelnen Täter vom Handeln der anderen wussten oder hätten wissen müssen (BGE 115 II 42 E. 1b S. 45). Für den Fall, dass überhaupt Daten der C.\_\_\_\_\_ unzulässig ins IT-System der Klägerin übertragen worden sein sollten, ist ein bewusstes Zusammenwirken der ehemaligen Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ (des Beklagten und der anderen acht Beteiligten) und damit eine solidarische Haftung der Beteiligten für den dadurch verursachten Schaden zwar durchaus möglich. Allerdings wäre auch nicht abwegig und schon gar nicht ausgeschlossen, dass die ehemaligen Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ nicht gemeinsam, sondern unabhängig voneinander in ihren jeweiligen Spezialgebieten geschäftsrelevante Daten ihrer früheren Arbeitgeberin ohne das Wissen ihrer anderen Kollegen gesammelt und auf die Klägerin übertragen haben könnten. Es kann jedenfalls nicht als "sehr wahrscheinlich begründet" angesehen werden, dass der Beklagte den angeblichen Schaden der Beklagten alleine oder zusammen mit den acht anderen Mittätern "gemeinsam verschuldet" bzw. "gemeinsam verursacht" hat. Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine solidarische Haftbarkeit sind nicht "sehr wahrscheinlich begründet".

2.3.3. Weiter macht die Klägerin im Zusammenhang mit einer **Vergleichszahlung** in der Höhe von Fr. 150'000.00 an die C.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 3/36) verrechnungsweise einen entsprechenden Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beklagten geltend.

Die Vorinstanz führte dazu aus, dass im Vergleich neben dem Beklagten ausdrücklich auch auf weitere Mitarbeiter der Klägerin hingewiesen worden sei, welche Daten und Dateien der C.\_\_\_\_\_ entwendet haben sollen (act. 8/3/36

S. 2 f.). Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass (allein) das Verhalten des Beklagten die Rechtsstreitigkeiten zwischen der C.\_\_\_\_\_ und der Klägerin ausgelöst und zur Entschädigungszahlung der Klägerin an die C.\_\_\_\_\_ geführt habe. Ein Kausalzusammenhang zwischen den Datenentwendungen des Beklagten und dem gesamten bei der Klägerin entstandenen Schaden für die Entschädigungszahlung von Fr. 150'000.– sei nicht "sehr wahrscheinlich begründet". Die Klägerin habe auch nicht behauptet, der Schaden sei adäquat kausal durch mehrere Personen gemeinsam verursacht worden. Eine Solidarhaftung aufgrund unerlaubter Handlung nach Art. 50 Abs. 1 OR falle deshalb ausser Betracht (act. 7 S. 23 f.).

Auch diesbezüglich macht die Klägerin vergeblich geltend, dass auf jeden Fall von einer solidarischen Haftbarkeit des Klägers auszugehen sei. Angeblich sollen nebst dem Beklagten auch acht weitere ehemalige Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ Geschäftsdaten ihrer früheren Arbeitgeberin im IT-System der Klägerin abgespeichert haben. Es ist zwar durchaus möglich, dass von einem gemeinsamen Zusammenwirken bei der angeblichen Datenentwendung und damit von einer solidarischen Haftung aller Beteiligten auszugehen ist. Denkbar ist aber auch ein unabhängiges Vorgehen der betreffenden Mitarbeiter, so dass nicht von einem "gemeinsamen Verschulden" bzw. von einer "gemeinsamen Verursachung" des Schadens im Sinn eines bewussten Zusammenwirkens ausgegangen werden kann und somit eine solidarische Haftbarkeit nicht zu bejahen ist. Damit sind die Voraussetzungen für eine solidarische Haftbarkeit nicht im Sinn von Art. 85a Abs. 2 SchKG "sehr wahrscheinlich begründet".

2.3.4. Weiter macht die Klägerin als Schadenersatzanspruch verrechnungsweise die **Gerichtskosten** in der Höhe von Fr. 7'500.00 (auferlegt vom Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich [vgl. act. 8/3/40]) geltend. Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein entsprechender Schadenersatzanspruch nicht "sehr wahrscheinlich begründet" ist, weil nebst dem Beklagten angeblich acht weitere ehemalige Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ Daten entwendet haben sollen und weil eine solidarische Haftbarkeit der ehemaligen Mitarbeiter der

C.\_\_\_\_\_ zwar denkbar, aber nicht "sehr wahrscheinlich begründet" ist. Zur Begründung kann auf die Ausführungen in E. 2.3.2 und 2.3.3 verwiesen werden.

2.3.5. Schliesslich macht die Klägerin verrechnungsweise die **Anwaltskosten** von insgesamt Fr. 218'265.25 als Schadenersatzanspruch geltend. Auch in diesem Zusammenhang gilt das bisher Gesagte: Falls überhaupt Daten von der C.\_\_\_\_\_ entwendet und im IT-System der Klägerin abgespeichert worden sein sollten, hat möglicherweise nicht nur der Beklagte alleine gehandelt; vielmehr kommt auch ein Handeln von acht weiteren ehemaligen Mitarbeitern der C.\_\_\_\_\_ in Frage. Aus den dargelegten Gründen ist eine solidarische Haftung der ehemaligen Mitarbeiter der C.\_\_\_\_\_ zwar denkbar, aber nicht "sehr wahrscheinlich begründet". Auch hier ist auf das oben Ausgeführte zu verweisen (vgl. E. 2.3.2 und 2.3.3). Daran ändert auch der Hinweis der Klägerin nichts, dass auf drei Rechnungen für Anwaltshonorare in der Höhe von insgesamt Fr. 39'901.80 ausdrücklich festgehalten sei "*For professional services rendered: C.\_\_\_\_\_ vs. [Beklagter]*", woraus sich ergebe, dass jedenfalls diese Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 39'901.80 alleine auf das pflichtwidrige und schuldhafte Verhalten des Beklagten zurückzuführen seien (act. 2 Rz. 81 f.). Es ist gut möglich, dass diese Anwaltskosten im Zusammenhang mit einem angeblich fehlbaren Verhalten des Beklagten stehen könnten, doch sind die Hintergründe dieser Anwaltsrechnungen nicht genügend klar, dass gesagt werden könnte, die verrechnungsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten sei jedenfalls im Betrag von Fr. 39'901.80 "sehr wahrscheinlich begründet".

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Beklagten in Betreuung gesetzten Forderungen teilweise unbestritten (Teilforderungen 1-4) und im übrigen (Teilforderung 5) genügend glaubhaft gemacht wurden; der Klägerin musste ohne weiteres klar sein, dass der Rechtsgrund der Teilforderung 5 in der vom Kläger behaupteten ungerechtfertigten fristlosen Kündigung liegt (vgl. E. 2.2). Ob der Klägerin aufgrund des angeblich fehlbaren Verhaltens des Beklagten verrechnungsweise Schadenersatzansprüche zustehen, ist möglich, aber nicht "sehr wahrscheinlich begründet"; vielmehr werden diese Fragen in einem (vermutlich ziemlich komplexen) ordentlichen Verfahren zu beurteilen sein. Dass es zu dieser

Situation gekommen ist, hat sich die Klägerin selbst zuzuschreiben, weil sie den Rechtsvorschlag versäumt hat. Wenn sie Rechtsvorschlag erhoben hätte – was naheliegend gewesen wäre –, wäre es Sache des Beklagten gewesen, seine Forderungen im Rechtsöffnungsverfahren als behauptungs- und beweisbelastete Partei darzutun und die Verrechnungsforderung als gegenbeweisbelastete Partei zu bestreiten. Die Unannehmlichkeiten des vorliegenden Verfahrens hat sich die Klägerin aufgrund des versäumten Rechtsvorschlages selbst zuzuschreiben.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Berufung ist aus den dargelegten Gründen abzuweisen, und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen. Die unterliegende Klägerin wird kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Die Gerichtskosten sind unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 592'933.58 (§ 4 GebV OG) und der summarischen Natur des Verfahrens (§ 8 GebV OG) für das Rechtsmittelverfahren (§ 12 GebV OG) auf Fr. 12'000.00 festzusetzen. Eine Parteientschädigung entfällt, weil dem Beklagten durch dieses Verfahren kein Aufwand entstanden ist.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen vom 25. April 2018, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 2), sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 592'933.58.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. S. Kröger

versandt am: