

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA180011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Urteil vom 11. Oktober 2018

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Uster vom 13. März 2018
(AG170001-I)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 120'000 nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2015 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer, inkl. Kosten der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Uster im Betrag von CHF 950, zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Uster vom 13. März 2018:

(Urk. 38 S. 18):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'550.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Rest des Vorschusses wird der Klägerin zurückerstattet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 12'100.– zu bezahlen.
5. [Mitteilungen].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 37 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 13. März 2018 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Klage gutzuheissen und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag von CHF 120'000 nebst Zins zu 5% seit 1. März 2015, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten (zuzüglich Mehrwertsteuer, inkl. Kosten der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Uster im Betrag von CHF 950) zu bezahlen.
3. Eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 13. März 2018 aufzuheben und zur Ergänzung des

Sachverhaltes sowie zur neuerlichen Beurteilung zu Lasten des Berufungsbeklagten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 43 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts des Bezirks Uster vom 13. März 2018 vollumfänglich zu bestätigen.
2. Es sei die Berufung vom 13. April 2018 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsklägerin vollumfänglich abzuweisen.

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Die C._____ AG ist in ... domiziliert und bezweckt die Beteiligung an Unternehmungen vorwiegend der Autobranche (Urk. 46). Sie ist die Muttergesellschaft der D._____ AG (Urk. 47) sowie der Klägerin (Urk. 48). Diese beiden Tochtergesellschaften bezwecken den An- und Verkauf von Automobilen.

1.2. Am 22. Oktober 2007 unterzeichneten die Parteien einen Arbeitsvertrag (Urk. 5/3), gemäss welchem der Beklagte bei der Klägerin die Stellung eines Verkaufsberaters übernahm (Ziff. 2). Der Vertrag wurde ab 1. September 2007 wirksam, wobei in Ziff. 1 festgehalten wurde, dass als Eintrittsdatum der 1. November 2005 gelte, nämlich "das Eintrittsdatum des Arbeitnehmers bei der D._____ AG". Ziff. 7 des Vertrages lautet wie folgt:

"7. Schweigepflicht

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und auch nach dessen Beendigung über sämtliche Geschäftsvorfälle Stillschweigen zu wahren. Alle Informationen und Kenntnisse (wie Verträge, Kundendaten, Lieferanten, EDV, Korrespondenz, Telefonate etc.), die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit vernimmt, unterstehen dem Geschäftsgeheimnis und der Schweigepflicht."

Gemäss Arbeitsvertrag ist das Betriebsreglement der Klägerin Bestandteil des Vertrages; durch Unterzeichnung des Vertrages bescheinigte der Arbeitneh-

mer, dieses "gelesen und akzeptiert" zu haben (Ziff. 9). Ziff. 5 des bei den Akten liegenden Betriebsreglementes (Urk. 5/15 bzw. Urk. 5/16) lautet wie folgt:

"5. Nebentätigkeit / Nebeneinnahmen

- 5.1. Der Mitarbeiter leistet während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Arbeitgeberin keine Arbeit gegen Entgelt für Dritte.
- 5.2. Sämtliche in Ausübung der Tätigkeit für die Arbeitgeberin von Kunden, Geschäftspartnern oder Dritten erhaltenen Gelder sind der Arbeitgeberin ohne Verzögerung abzuliefern. Von Kunden, Geschäftspartnern oder Dritten erhaltene Geschenke oder anderweitige Vorteile sind unverzüglich der Arbeitgeberin zu melden. Bei Verstoss gegen diese Regelung kann die fristlose Kündigung ausgesprochen werden."

Bei den Akten liegt der von der Klägerin für den Beklagten für das Jahr 2013 erstellte Lohnausweis (Urk. 17/3). Gemäss diesem Lohnausweis verdiente der Beklagte im Jahre 2013 bei der Klägerin Fr. 121'018 brutto (mit Privatanteil Geschäftswagen von Fr. 2'195.00) bzw. Fr. 108'353.00 netto (Urk. 17/3).

1.3. Im September 2014 erhob die Klägerin gegen den Beklagten den Vorwurf, er habe vertragswidrig und hinter ihrem Rücken Kunden von ihr verschiedenen Versicherungen zugeführt und dafür Provisionen eingestrichen. Am 30. September 2014 übergab sie dem Beklagten eine "Arbeitsrechtliche Abmahnung", in der solches Verhalten als unzulässig erklärt wurde (Urk. 5/19). Am 8. Oktober 2014 unterzeichneten die Parteien eine Änderung des Arbeitsvertrages. Danach wurde der Monatslohn des Klägers auf Fr. 8'000.000 festgesetzt. Ab 1. September 2014 sollten sodann alle weiteren Zahlungen der Arbeitgeberin (13. Monatslohn, Gratifikationen, Provisionen) entfallen (Urk. 5/21). Schliesslich kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 27. November 2014 das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten auf den 28. Februar 2015; gleichzeitig stellte sie ihn sofort frei (Urk. 5/22).

1.4. Bei den Akten liegen die Vergütungsvereinbarung zwischen dem Beklagten als "Vermittler" und der EF. _____ (im Folgenden "E. _____") vom 3. April 2012 sowie ein Nachtrag dazu vom 19. Dezember 2013 (Urk. 5/8 und 5/9). Ferner liegen bei den Akten die folgenden von der "E. _____" erstellten Lohnausweise für dem Beklagten ausbezahlte Provisionen (Gesamtbetrag Fr. 136'033.00 brutto bzw. Fr. 127'531.00 netto):

- Lohnausweis für das Jahr 2012 (Urk. 5/10): Bruttolohn Fr. 26'040.00;
- Lohnausweis für das Jahr 2013 (Urk. 5/11): Bruttolohn Fr. 57'710.00;
- Lohnausweis für das Jahr 2014 (Urk. 5/12): Bruttolohn Fr. 52'283.00.

2. Prozessverlauf

2.1. Am 17. November 2016 reichte die Klägerin beim Friedensrichteramt Uster als der zuständigen Schlichtungsbehörde das Schlichtungsgesuch ein. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung stellte der Friedensrichter am 18. Januar 2017 die Klagebewilligung aus (Urk. 1).

2.2. Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf die Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen (Urk. 38 S. 2 f.).

2.3. Das vorinstanzliche Urteil vom 13. März 2018, mit dem die Klage abgewiesen wurde, wurde den Parteien am 14. März 2018 zugestellt (Urk. 36). Mit Eingabe vom 13. April 2018 erhob die Klägerin gegen das erwähnte Urteil rechtzeitig Berufung (Urk. 37). Für die Kosten des Berufungsverfahrens leistete sie einen Kostenvorschuss von Fr. 8'000.00 (Urk. 40). Am 2. Juli 2018 erstattete der Beklagte die Berufungsantwort (Urk. 43). In der Folge fand weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Berufungsverhandlung statt. Mit Verfügung vom 12. September 2018 wurde den Parteien ein Referentenwechsel angezeigt (Urk. 45).

3. Prozessuales

3.1. Aktenschluss. Ausserhalb des summarischen Verfahrens können sich die Parteien zweimal unbeschränkt äussern (BGE 144 III 117 E. 2.2). Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich, dass der Beklagte seine Duplikschrift innert angesetzter Frist der Vorinstanz nicht eingereicht hat. Mit Verfügung vom 13. November 2017 wies die Vorinstanz die verspätet eingereichte Duplik des Beklagten aus dem Recht (Urk. 38 S. 3 mit Hinweis auf Urk. 29). Das wird vom Beklagten vor Obergericht nicht beanstandet, weshalb es mit dem Vorgehen der Vorinstanz sein Bewenden hat. Damit sind die folgenden Parteivorträge des vorinstanzlichen Verfahrens bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der ge-

stellten Beweisanträge (vgl. Art. 219, Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang:

- Klageschrift der Klägerin gemäss Art. 221 ZPO vom 25. Januar 2017 (Urk. 2);
- Klageantwortschrift des Beklagten gemäss Art. 222 ZPO vom 26. April 2017 (Urk. 11);
- Replikschrift der Klägerin gemäss Art. 225 ZPO vom 29. Mai 2017 (Urk. 15).
- (Duplik des Beklagten gemäss Art. 225 ZPO: Säumnis).

Mit der Erstattung dieser Vorträge trat der Aktenschluss ein.

3.2. Zum Berufungsverfahren:

3.2.1. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des angefochtenen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Vor Obergericht haben die Parteien mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgeblichen Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen vorgetragen und auch Beweisanträge gestellt haben.

3.2.2. In diesem Sinne ist die Berufungsinstanz namentlich nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Oder mit andern Worten: Die Rügen der Parteien geben das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor, und der angefochtene

Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht – in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* – bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. Auch in tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn der erstinstanzliche Entscheid bei fehlenden Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient. Im Berufungsverfahren sind die Parteien sodann gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, zu wiederholen. Dies gilt auch für die berufungsbeklagte Partei, muss sie doch mit der Gutheissung der Berufung rechnen. Es ist namentlich nicht Sache der Berufungsinstanz, die erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch nicht erneuerten Beweisanträgen zu durchforschen. Zudem entspräche dies nicht der Natur des Berufungsverfahrens als eines eigenständigen Verfahrens (BGer 4A_629/2017 E. 4.1.4. und 4.2. vom 17. Juli 2018, zur Publikation bestimmt).

4. Zum Tatsächlichen

4.1. Die Klägerin verlangt vom Beklagten die von ihm in den Jahren 2012 bis 2014 von der "E. _____" erhältlich gemachten Provisionen heraus. Diese Provisionen stehen im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen für Automobile, welche vom Beklagten in den Jahren 2012 bis 2014 als einem von der Klägerin angestellten Fahrzeugverkäufer an deren Kunden vermittelt worden sind. In dieser Hinsicht interessiert in erster Linie, ob es zwischen den Parteien ausdrückliche oder stillschweigende Absprachen gab, welche die vom Beklagten im Rahmen seiner Tätigkeit für die Klägerin mit einer Versicherung erwirkten Provisionen betrafen.

4.2. Unbestritten und durch die Akten nachgewiesen sind die Wortlaute von Arbeitsvertrag (Urk. 5/3) und Betriebsreglement (Urk. 5/15 bzw. 5/16). Das Betriebsreglement ist gemäss Arbeitsvertrag dessen Bestandteil, und der Beklagte stimmte ihm durch seine Unterschrift unter den Arbeitsvertrag mit der Formel "gelesen und akzeptiert" zu (Urk. 5/3 Ziff. 9). Die eingangs wiedergegebene Ziff. 5 des Be-

etriebsreglementes verbietet dem Arbeitnehmer die "Arbeit gegen Entgelt für Dritte", solange nicht die schriftliche Zustimmung der Arbeitgeberin vorliegt. Ferner trifft den Arbeitnehmer eine Ablieferungspflicht für "sämtliche in Ausübung der Tätigkeit für die Arbeitgeberin" erhältlich gemachten Gelder, die von "Kunden, Geschäftspartnern oder Dritten" stammen. Darüber hinaus hat der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin die von solchen Personen "erhaltenen Geschenke oder andere Vorteile" zu melden. Schliesslich ist es dem Arbeitnehmer gemäss Ziff. 7 des Arbeitsvertrages verboten, Informationen über Verträge und Kundendaten an Dritte weiterzugeben.

4.3. Fest steht, dass die Klägerin dem Beklagten *nie* im Sinne von Ziff. 5.1 des Betriebsreglementes die schriftliche Zustimmung dafür erteilt hat, im Zusammenhang mit den von ihm für die Klägerin getätigten Autoverkäufen mit Versicherungen zusammenzuarbeiten, um so ein Zusatzeinkommen generieren zu können. Mit der Berufung weist die Klägerin auf ihre erstinstanzlichen Vorträge hin und führt aus, der Beklagte habe während des erstinstanzlichen Verfahrens nie behauptet, die Klägerin je über seine Zusammenarbeit mit der "E. _____" informiert zu haben. Auch sei im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben, dass der Beklagte die Klägerin nie "über seine enormen Geldempfänge informiert" habe (Urk. 37 Rz 3.2). Dem hält der Beklagte mit seiner Berufungsantwort entgegen, der von der Klägerin an ihn gerichtete Vorwurf, er habe seine Nebentätigkeit vor seiner Arbeitgeberin verheimlicht, sei "von Beginn an bestritten" worden, "weil dem nicht so ist" (Urk. 43 S. 2). Die Klägerin gehe auch nicht darauf ein, "dass nicht nur schriftliche Vereinbarungen gelten, sondern auch mündliche Abmachungen, welche allerdings bewiesen werden müssen". Schon mit der Klageantwort habe der Beklagte "mehrmals" darauf hingewiesen, "dass bereits bei Eintritt als Angestellter bei der Berufungsklägerin die jeweiligen Mitarbeiter in das Geschäft der Versicherungstätigkeit eingeführt wurden." Es sei dies ein Umstand, der "von der Berufungsklägerin in der Berufungsklage vollständig ignoriert, und somit nicht bestritten" worden sei (Urk. 43 S. 4).

Denkbar ist es, dass Vertragsparteien schriftlich getroffene Vereinbarungen mündlich oder konkludent abändern, wiewohl sie sich an und für sich die Schrift-

form vorbehalten haben. Wer sich aber auf eine solche ausserhalb der schriftlichen Verträge getroffene Vereinbarung berufen will, trägt dafür die Behauptungs- und damit verbunden auch die Beweislast (Art. 8 ZGB). Diese Behauptungs- und Beweislast trifft hier den Beklagten. Mit der Berufungsantwort liefert der Beklagte allerdings kein einziges Aktenzitat, und auch vor Vorinstanz gestellte Beweisanträge wiederholt er nicht. Nicht aus der Berufungsantwort, sondern aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich zwar, dass der Beklagte mit der erstinstanzlichen Klageantwort solche Behauptungen aufgestellt hat (Urk. 38 S. 6 E. III/3 mit Hinweis auf Urk. 11). Dennoch legt er mit der Berufungsantwort – entgegen der Rechtsprechung (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.2., zur Publikation bestimmt) – nicht dar, an welchen dort gestellten Beweisanträgen er festhält, wiewohl er mit der Berufungsantwort ausdrücklich darlegt, dass derartige Behauptungen bewiesen werden müssten. Damit bleiben seine Behauptungen beweislos; auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens kann bei dieser Aktenlage verzichtet werden. Im Sinne eines obiter dictum sei zuhanden der Vorinstanz immerhin festgehalten, dass entgegen ihrer Auffassung (vgl. Urk. 38 S. 4) ein allfälliges Beweisverfahren obligatorisch mit einer Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO eingeleitet werden müsste (vgl. BGer 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018, E. 3.2; ZR 116/2017 Nr. 41 und ZR 115/2016 Nr. 45). Eine fehlende Beweisverfügung könnte unter Umständen zur Kassation des Endentscheides führen.

5. Ansprüche der Klägerin aus Art. 321b OR

5.1. Die Klägerin stützt ihre Forderung zunächst auf Art. 321b OR. Gemäss dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber "über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihm alles sofort herauszugeben." Es ist das eine Verpflichtung, die mit der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a OR zusammenhängt (BSK OR I – PORTMANN/RUDOLF, Art. 321b N 1), wonach der Arbeitnehmer "die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren" hat (Art. 321a Abs. 1 OR). Von Belang ist im interessierenden Zusammenhang namentlich auch Art. 321a Abs. 3 OR, nach welcher Be-

stimmung der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses *keine Arbeit gegen Entgelt* für einen Dritten leisten darf, "soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert." Das Betriebsreglement der Klägerin verbietet demgegenüber Nebentätigkeiten für Dritte generell.

5.2. Zunächst fragt es sich, wie der Wortlaut von Art. 321b Abs. 1 OR zu verstehen ist, nämlich ob durch ihn die Abschöpfung von Geldern vorgesehen ist, die der Arbeitnehmer *"bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen"* für den Arbeitgeber erhalten hat, oder ob mit dem Wortlaut solche Gelder gemeint sind, die der Arbeitnehmer von Dritten *für den Arbeitgeber* (d.h. "für diesen") *erhalten* hat. Die französischen und italienischen Gesetzestexte bringen indessen Klarheit: Aus ihnen ergibt sich, dass vom Gesetzeswortlaut solche Gelder erfasst sind, die der Arbeitnehmer *für den Arbeitgeber von Dritten* empfangen hat¹ (in diesem Sinne auch: ZK – STAEHELIN/VISCHER, Art. 321b OR N 2). Davon ist auszugehen.

5.3. Hier geht es fraglos nicht um Gelder, die der Beklagte von Dritten für die Klägerin, sondern für sich selber empfangen hat, so dass sich die Klage nur dann auf Art. 321b Abs. 1 OR stützen lässt, wenn der Gesetzeswortlaut weit ausgelegt wird. Die Lehre tut das teilweise, indem ausgeführt wird, dass alles, was der Arbeitnehmer in Verletzung der Interessen des Arbeitgebers entgegengenommen habe, diesem gehöre, und zwar selbst dann, wenn der Zuwendungswille des Dritten zugunsten des Arbeitgebers fehle (ZK – STAEHELIN/VISCHER, Art. 321b OR N 3). Umgekehrt wird in der Lehre immer wieder betont, dass vom Arbeitnehmer pflichtwidrig entgegengenommene und für ihn (d.h. *nicht* für den Arbeitgeber) bestimmte Schmiergelder nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, d.h. nach Art. 423 Abs. 1 OR, dem Arbeitgeber abzuliefern seien (BSK OR I – REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a N 7 und Art. 321b N 1; BK – REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321b OR N 3; EMMEL, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 321b OR, N 1). Hier geht es allerdings nicht um eigentliche Schmiergelder, sondern um für den Arbeitnehmer bestimmte Lohnzahlungen von

¹ "Le travailleur rend compte à l'employeur de *tout ce qu'il reçoit pour lui* dans l'exercice de son activité contractuelle, ..." und "Il lavoratore deve presentare al datore di lavoro un rendiconto di *tutto ciò che riceve per quest'ultimo* da terzi nell'esercizio dell'attività contrattuale, ..."

Dritten und damit verbunden um die Frage, ob die Früchte einer vertraglich verbotenen Nebentätigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber abgeschöpft werden können. Für den Arbeitgeber und damit für die Klägerin hat der Beklagte diese Lohnzahlungen der "E. _____" jedenfalls nicht entgegengenommen. Art. 321b und Art. 423 OR mögen sich teilweise überschneiden. Da vorliegend die Klage, wie zu zeigen sein wird, ohnehin gestützt auf Art. 423 OR gutzuheissen ist, kann offenbleiben, ob für die Klage auch Art. 321b OR eine Anspruchsgrundlage wäre.

6. Ansprüche der Klägerin aus Geschäftsanmassung gemäss Art. 423 OR

6.1. Die Klägerin stützt ihren Anspruch gegen den Beklagten weiter auf die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag. In Frage steht die sog. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 Abs. 1 OR: Indem der Geschäftsführer unberechtigt in die fremde Rechtssphäre des Geschäftsherrn eingreift, um so eigennützig Gewinn zu erzielen, usurpiert er dessen Geschäftsführung. Man spricht in diesem Zusammenhang daher auch von Geschäftsanmassung (BGE 133 III 153 E. 2.3, 129 III 422 E. 4, 126 III 69 E. 2a, 126 III 382 E. 4/b/ee, 97 III 169 E. 3). So gilt etwa die unberechtigte Untervermietung eines Mietobjektes als eine solche Geschäftsanmassung (BGE 129 III 422, 126 III 69). Ebenso liegt eine Geschäftsanmassung vor, "wenn mit entwendeten Aufnahmen eines Fotomodells ein Gewinn erwirtschaftet wird, den durch eigene Verwertung das Model hätte erzielen können" (so wörtlich BGE 133 III 153 E. 2.3.). Solche eigennützige Eingriffe in den fremden Geschäftsbereich sind in der Regel mit einer Verletzung einer Treuepflicht belastet (BSK OR I – WEBER, Art. 423 N 1). Wird durch den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre die Führung eines fremden Geschäfts angemasst, ist der Geschäftsherr, dessen Geschäftsführung usurpiert worden ist, gemäss Art. 423 Abs. 1 OR berechtigt, sich die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile anzueignen. In diesem Zusammenhang spricht man von Vorteilsabschöpfung oder Gewinnherausgabe (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2).

6.2. Die Vorinstanz möchte Art. 423 OR deshalb nicht zur Anwendung bringen, weil im Zusammenhang mit einem arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbot "angesichts der besonderen Zielrichtung des Arbeitsrechts die Rechtsfolge einer Ge-

winnabschöpfung durch die in Art. 340b OR normierte Sanktion verdrängt werde" (Urk. 38 S. 12 und S. 14). Zu Recht rügt die Berufung diese Argumentation als verfehlt (Urk. 37 Rz 6.7): Art 340b OR regelt nämlich die Folgen der Verletzung eines Konkurrenzverbotes seitens des Arbeitnehmers. In Frage steht hier aber nicht ein Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 OR, welches definitionsgemäss den Zeitraum *nach* der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschlägt. Ein solches Konkurrenzverbot haben die Parteien nicht thematisiert und ist daher hier auch nicht zu prüfen. Die Berufungsantwort äussert sich dazu nicht, so wie sie sich ganz generell zur Anwendbarkeit von Art. 423 OR nicht äussert.

6.3. Die Vorinstanz verneint die Anwendbarkeit von Art. 423 OR sodann mit der weiteren Begründung, die Klägerin "suggeriere" lediglich, dass "die Verwendung der Kundendaten zur Versicherungsvermittlung bzw. der gesamte vorerwähnte Handlungsablauf" ihrer Geschäftssphäre zuzuordnen sei. Indessen habe die Klägerin nie behauptet, dass sie gemäss Datenschutzgesetz zur Weitergabe der Kundendaten berechtigt gewesen wäre. Sie dürfe daher diese Daten nicht ausbeuten (Urk. 38 S. 12 ff.). Eine Gewinnabschöpfung komme schon deshalb nicht in Frage, weil "die Vermittlung von Versicherungen nach der zwischen den Parteien geltenden Vertragsordnung eben genau nicht ausschliesslich der Klägerin zugewiesen" gewesen sei (Urk. 38 S. 14). Auch das beanstandet die Berufung zu Recht (Urk. 31 Rz 4.4. und 6.9.).

6.3.1. Gemäss Arbeitsvertrag und Betriebsreglement war dem Beklagten jegliche Nebentätigkeit verboten. Ferner war ihm durch den Arbeitsvertrag ausdrücklich verboten, Kundendaten (einschliesslich Informationen über Verträge) an Dritte weiterzugeben. Über diese Verbote setzte sich der Beklagte indessen hinweg und übte eine Nebentätigkeit überdies nicht etwa ausserhalb des Betriebes der Klägerin, sondern gar bei der Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit als Fahrzeugverkäufer aus, indem er Informationen, die ihm ausschliesslich auf Grund seiner dienstlichen Stellung zukamen, an die "E._____" gleichsam verkaufte. Dabei strich er Versicherungsprovisionen ein, die im Zusammenhang mit den von ihm im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit für die Klägerin zu tätigen Autoverkäufen standen. Dergestalt kamen ihm als Nebenprodukt seiner dienstlichen Tätigkeit

hohe Provisionsleistungen der Versicherung zu. Er schloss mit der "E._____" gar schriftliche Vergütungsvereinbarungen ab (Urk. 5/8-9), die er seiner Arbeitgeberin indessen nie offenlegte. Durch seine verbotene Nebentätigkeit erzielte der Beklagte ein Zusatzeinkommen, das – ausgehend von dem ihm für seine Tätigkeit als Fahrzeugverkäufer von der Klägerin bezahlten Lohn – als ganz erklecklich bezeichnet werden muss. Der Beklagte selber beschreibt in der Berufungsantwort seine Tätigkeit so (Urk. 43 S. 3):

"Es ist unbestritten geblieben, dass der Berufungsbeklagte während der Dauer seiner Anstellung als Verkaufsberater der Berufungsklägerin für die Weiterleitung von Kundendaten eine Provision und somit einen Lohn erzielt hat. Zudem ist auch unbestritten geblieben, dass der Berufungsbeklagte während dieser Anstellungszeit für seine Tätigkeiten entlohnt wurde."

6.3.2. Die Vorinstanz stellt mit dem angefochtenen Urteil in Abrede, dass der Beklagte mit seiner Nebentätigkeit in die Geschäftssphäre der Klägerin eingedrungen sei. Diese Rechtsauffassung der Vorinstanz kann nicht nachvollzogen werden: Kundenbeziehungen und Kundendaten gehören zu den immateriellen Werten eines Unternehmens. Im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Gargagenunternehmens im Sinne eines sog. Betriebskaufs oder "Asset Deals" (vgl. zum Gegensatz zwischen Gesellschafts Kauf oder "Share Deal" und Betriebskauf: SCHENKER, Unternehmenskauf, Zürich 2016, S. 19-22) hielt das Bundesgericht fest, dass ein Unternehmen als "wirtschaftliche Einheit" verkauft werden könne; Vertragsgegenstand bilde "das Unternehmen oder Gewerbe, welches die Käufer fortführen" wollen (BGer 4A_97/2016 vom 11. August 2016, E. 2.3). In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall waren unter anderem "sämtliche Kundenbeziehungen und Kundendaten" ausdrücklich Gegenstand des Kaufvertrages. Gemäss den Rechnungslegungsvorschriften des OR, nämlich gemäss Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. d OR, sind denn auch immaterielle Werte des Unternehmens zu bilanzieren. Dazu gehört unter anderem auch der sog. Goodwill, dem die an und für sich nicht bilanzierungsfähigen Vermögenwerte zuzurechnen sind. Bestandteile des sog. Goodwills sind etwa Ertragskraft, positive Zukunftserwartungen, das Know-How, der Ruf des Unternehmens, seine Mitarbeiterqualität und namentlich auch sein *Kundenstamm* und seine *Kundendaten* (BSK OR II – NEUHAUS/GERBER, Art. 959a N 48). Kundenstamm und Kundendaten stellen daher einen Vermögenswert dar, der zwar kaum bezifferbar ist, aber durchaus mit Gewinn bewirt-

schaftet werden kann. Es ist dies ein Vermögenswert, der einzig dem Unternehmen und weder seinem Management noch seinen Mitarbeitern zusteht. Damit steht fest, dass der Beklagte durch seine Zusammenarbeit mit der "E._____" über längere Zeit in die Geschäftssphäre seiner Arbeitgeberin eingegriffen und deren Vermögenswerte eigennützig ausgebeutet hat. In Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten hatte der Beklagte für die Klägerin Automobile zu verkaufen. Damit kam er unweigerlich in Kontakt mit Kunden der Klägerin, die im Hinblick auf den aktuellen Autokauf wohl fast durchwegs ein Potential für Versicherungsabschlüsse mit sich brachten. Nur deshalb war es dem Beklagten möglich, durch seine geheimen und vertragswidrigen Absprachen mit der "E._____" ein hohes Nebeneinkommen zu erwirtschaften. Wäre der Beklagte nicht als Automobilverkäufer tätig gewesen, sondern z.B. als Verkäufer für Herrenmode oder Backwaren, dann hätte ihm die "E._____" die Zusammenarbeit nicht angeboten, denn in einem solchen Falle wäre die für die Versicherung und den Beklagten in gleicher Weise lukrative Nebentätigkeit undenkbar gewesen wäre. Der Klägerin ist daher zuzustimmen, wenn sie geltend macht, dass der Beklagte unter Benutzung ihrer Infrastruktur und ihres Marktauftrittes für die "E._____" entgeltliche Leistungen erbracht habe, indem er die ihm von seiner Arbeitgeberin anvertrauten Kundendaten an die Versicherung weitergeleitet und so wirtschaftlich ausgenutzt hat (Urk. 37 Rz 6.7). Das Verhalten des Beklagten lässt sich ohne weiteres mit den oben erwähnten und vom Bundesgericht unter Art. 423 Abs. 1 OR subsumierten Fällen vergleichen (vgl. dazu oben E. 6.1.). Damit ist davon auszugehen, dass sich der Beklagte durch sein beschriebenes Vorgehen im Sinne der erwähnten Gesetzesvorschrift Geschäfte seiner Arbeitgeberin angemasst hat.

6.3.3. Gemäss Art. 423 Abs. 1 OR hat der Beklagte der Klägerin die von ihm erzielten Vorteile herauszugeben (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2). Die Klägerin fordert vom Beklagten einen Betrag von Fr. 120'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2015. Mit der Berufung macht sie geltend, dass das Quantitativ ihrer Klage im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben sei (Urk. 37 S. 46 Rz 8). Dazu äussert sich die Berufungsantwort nicht (Urk. 43). Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich zwar, dass der Beklagte die Klage immerhin im Grundsatz bestritten hat; eine Bestreitung des Quantitativs der Klage durch den Beklagten

ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil aber nicht. Damit steht fest, dass im Prozess das Quantitativ der Klage unbestritten geblieben ist. Das führt zu Gutheissung von Berufung und Klage auf der ganzen Linie.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Da in der Sache ein neuer Entscheid ergeht, hat die Berufungsinstanz auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu befinden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Angesichts des Prozessausganges sind die Prozesskosten bei der Instanzen dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.2. Die tarifarische Gerichtsgebühr beträgt an und für sich Fr. 9'550.00. Dennoch hat die Vorinstanz die Gebühr auf Fr. 7'550.00 festgesetzt, und zwar wegen des "Synergieeffekts" auf Grund des "sachähnlichen Parallelverfahrens" (Urk. 38 S. 17). Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, diese Gebühr zu übernehmen. Die Klägerin hat die Gebühr vor Vorinstanz mit einem Vorschuss sichergestellt. Gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO sind die Gerichtskosten mit diesem Vorschuss zu verrechnen; indessen hat der Beklagte der Klägerin den von ihr geleisteten Vorschuss im Umfange von Fr. 7'550.00 zu ersetzen. Entsprechendes gilt für das zweitinstanzliche Verfahren, wobei die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf Fr. 8'000.00 festzusetzen ist.

7.3. Der Klägerin ist sodann eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Bezüglich der erstinstanzlichen Parteientschädigung ist von einer Grundgebühr von Fr. 12'100.00 auszugehen. Dazu kommen Zuschläge für die Replik von 25% (Urk. 15) und von 2% für die Eingabe der Klägerin vom 7. November (Urk. 28). Nicht zu entschädigen ist dagegen die ausser bezüglich des Verzichts auf Durchführung einer Hauptverhandlung unverlangte Eingabe der Klägerin vom 15. November 2017 (Urk. 31). Unter Berücksichtigung der von der Klägerin verlangten Mehrwertsteuer (Urk. 2 S. 2) ergibt das eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von gerundet Fr. 16'550.00. Für das zweitinstanzliche Verfahren ergibt sich unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 6'500.00. Damit ist der Beklagte zu

verpflichten, der Klägerin für beide Instanzen eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 23'000.00 zu bezahlen.

7.4. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 950.00 wurden gemäss Art. 207 Abs. 1 lit. c ZPO der Klägerin auferlegt (Urk. 1). Da in der Folge die Klage eingereicht wurde, sind die Kosten des Schlichtungsverfahrens zur Hauptsache zu schlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO). Entsprechend dem Prozessausgang hat der Beklagte der Klägerin daher die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu ersetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung von Berufung und Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 120'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2015 zu bezahlen.
2. Gerichtskosten:
 - a) Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 7'550.00 angesetzt.
 - b) Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet; der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 7'550.00 zu ersetzen.
 - c) Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 8'000.00 angesetzt.
 - d) Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet; der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 8'000.00 zu ersetzen.
 - e) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 950.00 zu ersetzen.

3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für beide Instanzen eine Partei-entschädigung von Fr. 23'000.00 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. 120'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Oktober 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
am