

4A\_387/2007 /len

Urteil vom 16. November 2007

I. zivilrechtliche Abteilung

Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,  
Gerichtsschreiber Gelzer.

X. \_\_\_\_\_ AG,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Bohren,

gegen

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegner,  
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Dörfli.

Arbeitsvertrag; Kündigung,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I.  
Zivilkammer, vom 16. August 2007.

Sachverhalt:

A.

Die X. \_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin) erstellt Holzkonstruktionen und erbringt Zimmer- und Schreinerarbeiten. Mit Arbeitsvertrag vom 27. September 1999 stellte sie A. \_\_\_\_\_ (Arbeitnehmer) per 1. Juli 1999 als Betriebsleiter ein. Die Arbeitgeberin kündigte sein Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26. Mai 2005 wegen der vorgesehenen Betriebsschliessung auf den 30. November 2005.

B.

Mit Klage vom 8. August 2006 verlangte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Zürich von der Arbeitgeberin die Zahlung von Lohn und Auslagenersatz von insgesamt Fr. 18'098.75 nebst Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2005 und die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses gemäss eingereichtem Formulierungsvorschlag.

Die Beklagte schloss auf Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Zahlung von Fr. 30'000.-- im Sinne einer Teilklage. Zur Begründung brachte die Beklagte vor, der Kläger habe es unterlassen, für die aus einer Beststellungsänderung entstehenden Mehrkosten betreffend die Baustelle "B. \_\_\_\_\_" dem Bauherrn schriftliche Offerten zu unterbreiten. Dadurch sei der Beklagten ein Schaden von Fr. 108'048.15 erwachsen, weil nach dem massgebenden Werkvertrag ohne vorgängige schriftliche Vereinbarung für zusätzliche Leistungen und Regiearbeiten keine Vergütung geschuldet war. Der Kläger hafte gemäss Art. 321e OR für den verursachten Schaden. Mit Beschluss und Urteil vom 16. Januar 2007 nahm das Arbeitsgericht davon Vormerk, dass der Kläger seine Klage um Fr. 2'260.80 reduziert hatte und hiess diese im Umfang von Fr. 13'481.40 netto nebst Zins gut. Zudem verpflichtete es die Beklagte zur Ausstellung eines vorgegebenen Arbeitszeugnisses und wies die Widerklage ab.

Zur Begründung der Abweisung der Widerklage führte das Arbeitsgericht aus, die Beklagte habe ihren Anspruch auf Schadenersatz verwirkt, weil ihr ein allfälliger Fehler des Klägers schon während der Arbeit auf der Baustelle bekannt war. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (4C.146/2003 E. 6.2) hätte für eine daraus abgeleitete Forderung unter Verwirkungsfolge bei

Unterlassung spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. November 2005, allerspätestens bei der letzten Lohnauszahlung am 29. Dezember 2005 ein Vorbehalt angebracht werden müssen.

Auf Berufung der Beklagten hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 16. August 2007 das Urteil des Arbeitsgerichts, soweit es angefochten wurde.

C.

Die Beklagte erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Begehren, es sei der Beschluss des Obergerichts vom 16. August 2007 teilweise aufzuheben, die Klage abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen. Eventuell sei die Angelegenheit an die Vorinstanz, subeventuell an das Arbeitsgericht Zürich zurückzuweisen.

Der Kläger schliesst auf Abweisung des eingereichten Rechtsmittels. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1 Die Vorinstanz kam gestützt auf ihre Beweismässigkeit zur Überzeugung, die letzte Lohnzahlung vom 29. Dezember 2005 habe die Beschwerdeführerin in grundsätzlicher Kenntnis einer allfälligen Schadenersatzforderung erbracht.

1.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz sei mit Bezug auf die Feststellung, der Schaden sei der Beschwerdeführerin spätestens am 29. Dezember 2005 bekannt gewesen, von einem falschen Regelbeweismass ausgegangen. Dass die Vorinstanz erklärte, sie sei davon überzeugt, möge subjektiv zugetroffen haben. Unter einem objektiven Blickwinkel habe jedoch nicht zweifelsfrei festgestanden, dass der Betriebsinhaber der Beschwerdeführerin vor dem 29. Dezember 2005 wusste, dass der Beschwerdegegner beim Projekt "B. \_\_\_\_\_" Mehrleistungen nicht offeriert hat. Diese Annahme sei zudem willkürlich.

1.3 Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen. Soweit die vor Bundesgericht erhobenen Rügen mit einem ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittel geltend gemacht werden können, erfordert Art. 75 Abs. 1 BGG die Erschöpfung dieses kantonalen Rechtsmittelzuges und ist die Beschwerde diesbezüglich gegen den Entscheid des oberen kantonalen Gerichts unzulässig (vgl. BGE 133 III 585 E. 3.1).

1.4 Nach § 281 ZPO/ZH kann gegen Vor-, Teil-, und Endentscheide sowie gegen Rekursentscheide und Rückweisungen im Berufungsverfahren Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, wenn geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). Ausgeschlossen ist die Nichtigkeitsbeschwerde jedoch, wenn das Bundesgericht einen Mangel frei überprüfen kann (§ 285 Abs. 2 ZPO/ZH; BGE 133 III 585 E. 3.2).

1.5 Die Beschwerdeführerin hätte demnach ihre Rüge willkürlicher Tatsachenfeststellung durch das Obergericht mit kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden vorbringen können. Da die Beschwerdeführerin dies nicht tat, steht bezüglich dieser Rüge mangels Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges die Beschwerde in Zivilsachen nicht offen. Insoweit ist darauf nicht einzutreten.

2.

2.1 Die Frage des Beweismasses ist in seinem Anwendungsbereich grundsätzlich eine solche des Bundesrechts (Urteil 4C.225/2002 vom 7. Februar 2003 E.

2.1.2, publiziert in: Pra 2003 Nr. 146 S. 786; vgl. auch BGE 128 III 271 E. 2b/aa, S. 275). Da die Anwendung von Bundesrecht im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen frei geprüft wird, ist insoweit die Zürcher Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (vgl. E. 1.4. hiervor). Demnach ist hinsichtlich der Rüge betreffend das Beweismass die Voraussetzung der Letztinstanzlichkeit nach Art. 75 Abs. 1 BGG erfüllt.

2.2 Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat (BGE 128 III 271 E. 2b/aa, S. 275; 130 III 321 E. 3.2 S. 324; 132 III 715 E. 3.1). Frage der kantonrechtlich geregelten Beweiswürdigung ist dagegen die Beweiskraft eines (tauglichen) Beweismittels. Die bundesrechtliche Frage des Beweismasses ist aber nicht betroffen, wenn das Gericht seine Überzeugung bloss auf Indizien gründet (BGE 114 II 289 E. 2a S. 291; Urteil 4C.225/2002 vom 7. Februar 2003 E. 2.1.3, mit Hinweisen).

2.3 Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin ist nicht erkennbar, dass die Vorinstanz vom Regelbeweismass abgewichen ist. Die Vorinstanz ist vielmehr aufgrund von Indizien zur vollen Überzeugung gelangt, der Beweis sei erbracht. Die betreffende Rüge läuft somit auf eine unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz hinaus.

3.

Nach dem Gesagten ist die zivilrechtliche Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Diesem Verfahrensausgang entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig. Da der Streitwert in der vorliegenden arbeitsrechtlichen Streitigkeit Fr. 30'000.-- nicht übersteigt (Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG), ist eine reduzierte Gerichtsgebühr nach Art. 65 Abs. 4 BGG anzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 16. November 2007

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Corboz Gelzer