



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 10. Juni 2014 (400 14 47)

Obligationenrecht

Aufhebung eines Mietvertrags durch konkludentes Verhalten; Beweislastverteilung bezüglich des Beweises eines dem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer zugefügten Schadens

Besetzung

Präsident Thomas Bauer, Richterin Barbara Jermann Richterich (Ref.),
Richter Edgar Schürmann; Gerichtsschreiber Hansruedi Zweifel

Parteien

A.____, Inh. Garage A.____,
vertreten durch Advokat Dr. Simon E. Schweizer, Hauptstrasse 40, Post-
fach 331, 4450 Sissach,
Kläger und Berufungskläger

gegen

B.____,
vertreten durch Advokat Patrick Frey, Solothurnerstrasse 21, Postfach
2110, 4002 Basel,
Beklagter

Gegenstand

**Schuldbetreibung und Konkurs Sonstige / Feststellung gemäss
SchKG 85a**

Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Liestal vom
13. August 2013

A. Mit Mietvertrag vom 01.01.2003 vermietete die Garage A.____ der B.____-Treuhand auf unbestimmte Zeit einen Büroraum im 1. OG links (Büro 2) zu monatlich CHF 250.00 inkl. Neben- und Betriebskostenanteil des Mietobjektes. Am 31.12.2003 wurde zwischen der Garage A.____, und B.____ ein Arbeitsvertrag geschlossen, wonach B.____ ab 01.01.2004 als Alleinbuchhalter mit einem 20%-Pensum zu einem Gehalt von CHF 1'500.00 brutto (13 Mal ausbezahlt pro Jahr) angestellt wurde. Das Arbeitsverhältnis dauerte bis zum 31.10.2011. Am 02.01.2012 schlossen A.____ und B.____ einen Darlehensvertrag über EUR 16'000.00 ab, wonach sich der Kläger verpflichtete, das erhaltene Geld innert einem Jahr mit 3.5% Zins dem Beklagten zurückzuzahlen. Mangels Rückzahlung nach Fristablauf leitete der Beklagte die Betreuung ein, wogegen der Kläger Rechtsvorschlag erhob. Der Bezirksgerichtspräsident Liestal bewilligte mit Urteil vom 22.02.2013 in der Betreuung Nr. xxyzzzz die provisorische Rechtsöffnung für CHF 19'340.00 nebst Zins zu 3.5% seit 02.01.2012. Innert Frist ging beim Bezirksgericht Liestal keine Aberkennungsklage ein. Der Kläger beantragte die Feststellung, dass die Forderung über CHF 20'000.00 nebst Zins zu 3.5% sowie Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten gemäss Zahlungsbefehl Nr. xxyzzzz nicht bestehe, und die Gegenstandsloserklärung der Betreuung, unter o/e Kostenfolge. Der Beklagte beantragte die kostenfällige Abweisung der Klage.

B. Mit Urteil vom 13.08.2013 wies der Bezirksgerichtspräsident Liestal die Klage ab, auferlegte die Gerichtsgebühr von CHF 3'600.00 dem Kläger und verpflichtete diesen, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'950.00 zu bezahlen.

Er erwog dabei Folgendes: Der Kläger bestreite die Darlehensforderung des Beklagten nicht, wende hingegen ein, diesen Betrag teilweise mit seiner Forderung aus fälligen Mietzinszahlungen verrechnen zu können. Den Bestand der Gegenforderung habe der Kläger zu beweisen. Es bestehe zwar ein schriftlicher Mietvertrag. Zunächst erscheine abwegig, weshalb der Kläger beim Beklagten ein Darlehen aufnehme, wenngleich ihm dieser angeblich CHF 30'750.00 aus aufgelaufenen Mietzinsen schulde. Weiter sei unklar, weshalb der Kläger den Beklagten nie zur Mietzinszahlung aufgefordert und erst im Rechtsöffnungsverfahren die vermeintlichen Mietzinse zur Verrechnung bringe. Der Kläger gebe an, geglaubt zu haben, dass der Beklagte in den Büroräumlichkeiten nur für ihn gearbeitet habe, weshalb er auch nie die vereinbarte Miete verlangt habe. Gleichzeitig habe er auf die Frage, weshalb er nie Mietzinse verlangt habe, obwohl er gewusst habe, dass der Beklagte das Büro auch für Arbeiten an Dritte benutze, geantwortet, es wäre wohl normal gewesen, Miete zu verlangen. Aber sie hätten so viel offen gehabt, und das sei alles erst später verrechnet worden. Er könne doch dem Beklagten keine Mietzinse in Rechnung stellen, wenn dieser behaupte, bloss für ihn zu arbeiten. Bereits die Aussage des Klägers, nie vorgehabt zu haben, je eine Mietzinszahlung vom Beklagten zu fordern, offenbare, dass die Parteien entgegen dem schriftlich vereinbarten Mietvertrag kein Entgelt für die Überlassung des Büros vereinbart hätten. Deshalb habe der Beklagte auch nie einen Mietzins an den Kläger bezahlt und dieser auch keine Veranlassung gehabt, je einen solchen von ihm zu fordern. Dadurch werde auch die Darlehensaufnahme durch den Kläger anstatt der Verrechnung mit den offenen Mietzinsen nachvollziehbar. Somit sei erwiesen, dass die Parteien entgegen dem schriftlichen Mietvertrag keine Mietzinszahlung vereinbart hätten. Schliesslich habe der Kläger dem Beklagten einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Erst nach Beendigung

des Arbeitsverhältnisses habe der Kläger nach seinen Angaben entdeckt, dass der Beklagte im fraglichen Büro auch Arbeiten für Dritte ausgeführt habe. Folglich sei zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags der Kläger davon ausgegangen, dass der Beklagte im betreffenden Büro ausschliesslich für ihn arbeite. Für diesen vertraglichen Arbeitseinsatz habe der Kläger dem Beklagten einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Der entgeltliche Mietvertrag würde daher durch Eingehung eines Arbeitsverhältnisses gegen Art. 327 OR verstossen. Mangels Vereinbarung einer entgeltlichen Miete könne sich der Kläger nicht auf die Verrechnung mit ausstehenden Mietzinsen berufen.

Der Kläger begründe seine Klage überdies mit verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzansprüchen aus dem vom 01.01.2004 bis Ende 2011 andauernden Arbeitsverhältnis. Die Haftung des Arbeitnehmers setze eine Vertragsverletzung, ein Verschulden, einen Schaden und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden voraus. Der Arbeitgeber habe die Verletzung von Pflichten, den entstandenen Schaden und den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Der Nachweis eines Schadens sei vom Kläger nicht erbracht worden, weise er doch weder eine Verminderung seiner Aktiven noch eine Vermehrung seiner Passiven nach. Dass der Beklagte schlecht gearbeitet, seine Arbeit vernachlässigt oder nicht erledigt habe, so dass dem Kläger daraus ein Schaden entstanden sei, werde nicht geltend gemacht. Mangels Nachweises eines Schadens sei der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch zu verneinen. Ferner vermöge der Kläger die Behauptung, wonach der Beklagte während seiner Arbeitszeit beim Kläger für Dritte gearbeitet haben soll, nicht zu beweisen. Die vom Statthalteramt Sissach durchgeführte Auswertung des vom Beklagten benutzten PCs habe diesbezüglich keine weiteren Indizien liefern können. Im Gegenteil sei daraus ersichtlich geworden, dass der Beklagte nicht von diesem PC aus für Dritte gearbeitet habe, sondern dass sich auf dieser Festplatte lediglich Sicherungskopien befänden. Die geltend gemachte Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten sei somit nicht schlüssig aufgezeigt worden. Dem Kläger sei der Beweis nicht gelungen, dass das Darlehen durch Verrechnung untergegangen sei, weshalb die Klage unter ausgangskonformer Verlegung der Prozesskosten abzuweisen sei.

C. Gegen dieses Urteil erklärte der Kläger mit Eingabe vom 28.02.2014 Berufung und beantragte Folgendes:

„1. Es sei das Urteil des BGP Liestal vom 13.08.2013 aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Forderung von Fr. 20'000.-- bzw. Fr. 19'340.-- nebst Zins von 3,5% sowie Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten gemäss Zahlungsbefehl Nr. xxyzzzz des BA Liestal und Rechtsöffnungsurteil des Gerichtspräsidenten vom 22.02.2013 nicht besteht und es sei die Betreuung für gegenstandslos zu erklären;

Eventualiter sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch dargestellt, indem sie davon ausgehe, es sei keine Mietzinszahlung vereinbart worden und dem Beklagten habe kein Arbeitsplatz zur Verfügung gestanden. Dass dem Kläger der Nachweis eines Schadens misslungen sei, treffe nicht zu. Die Vorinstanz habe die seitens des Klägers eingereichten Beweise für die massiven Verletzungen

der arbeitsvertraglichen Pflichten des Beklagten gar nicht gewürdigt. Die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör und die Verhandlungsmaxime verletzt. Als Novum werde darauf hingewiesen, dass die Staatsanwaltschaft Sissach gegen den Beklagten ein Strafverfahren wegen möglichen Betrugs, Urkundenfälschung und falscher Anschuldigung eröffnet habe.

Der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien mit einem Pensum von 20% für den Beklagten als Alleinbuchhalter sei erst ein Jahr nach dem Mietvertrag für ein Büro im Obergeschoss des vom Kläger geführten Garagenbetriebs abgeschlossen worden. Mit dem Schluss, dass gar kein Mietzins vereinbart worden sei, weil der Kläger dem Beklagten nun einen Arbeitsplatz zur Verfügung habe stellen müssen und er nie den Mietzins gefordert habe, habe die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt. Nicht einmal der Beklagte habe dies geltend gemacht. Von einem Verstoß gegen Art. 327 OR könne entgegen der Vorinstanz keine Rede sein, weil dem Beklagten im Erdgeschoss genügend Arbeitsplätze samt PC zur Verfügung gestanden seien. Der Beklagte habe den Kläger im falschen Glauben gelassen, dieser müsse ihm als Arbeitgeber den Arbeitsplatz zur Verfügung stellen. Der Kläger habe auch den jeweils per Jahresende erstellten Abrechnungen und den Behauptungen des Beklagten über den angeblichen Aufwand, der ein 20%-Pensum nötig mache, vertraut. Tatsächlich habe der Beklagte im gemieteten Büro überwiegend für Dritte gearbeitet, was der Kläger erst im Juni 2012 anhand des vom Beklagten zurückgelassenen PCs realisiert habe. Die Vorinstanz habe schlicht übersehen, dass der Mietvertrag ein Jahr früher abgeschlossen worden sei und einen zusätzlich zur Verfügung gestellten Raum betreffe, den der Beklagte als damals selbständiger Treuhänder für eigene Zwecke genutzt habe. Die Vorinstanz habe auch nicht begründet, weshalb nicht zumindest der Mietzins für das Jahr 2013 (richtig wohl: 2003) gefordert werden könne oder ab 2004 allenfalls ein faktischer Mietzins für die private Nutzung des Büros ausserhalb der Arbeitszeit. Es sei widersprüchlich, dass ein bloss teilzeitbeschäftigter Angestellter während 100% der Zeit ihm nicht gehörende Einrichtungen gratis benutzen dürfe. Der Mietvertrag sei bis heute nicht gekündigt worden und auch nicht untergegangen. Mit dem im Januar 2012 gewährten Darlehen liessen sich einreihweise die noch nicht verjährten Mietzinsen ab Februar 2007 verrechnen, was bis heute CHF 21'000.00 sowie 5% Zins ab mittlerem Verfall ergebe.

Ab Juni 2012 habe sich herausgestellt, dass der Beklagte in der vom Kläger bezahlten Arbeitszeit zu rund $\frac{3}{4}$ für Drittkunden, denen er Rechnung gestellt habe, gearbeitet habe, was sich aus dem zurückgelassenen PC des Beklagten ergebe. Eine Übersicht der meist montags gemachten Arbeiten für Dritte sei im Verfahren betreffend Arbeitsstreitigkeit bei der Vorinstanz eingereicht worden. Nochmalige Übersichten und sämtliche Details zu den vom Beklagten während der Arbeitszeit für den Kläger erledigten Arbeiten für Dritte seien mit Eingabe vom 17.05.2013 der Vorinstanz eingereicht worden. Darüber sei die Vorinstanz stillschweigend hinweggegangen mit der Behauptung, dem Kläger sei kein Schaden entstanden. Arbeit und Lohn stünden in einem Austauschverhältnis. Arbeit der Arbeitnehmer wie hier gar nicht für den Arbeitgeber, sei auch kein Lohn geschuldet bzw. habe er den Lohn zu Unrecht bezogen. Ferner habe der Kläger dem Beklagten auch nicht abgeliefert, was er von Dritten während der Arbeitszeit als Entgelt bezogen habe. Ein Schaden bestehe darin, dass der Kläger Lohn für eine Arbeitsleistung bezahlt habe, die er gar nicht erhalten habe, und zwar rund 75% der bezahlten Löhne resp. CHF 13'500.00 pro Jahr. Die neue Buchhalterin benötige statt eines 20%-Pensums bloss 9

Stunden pro Monat, also fast viermal weniger, was zum gleichen Resultat führe. Professionelle Buchhaltungsfirmen verlangten für die gesamte Buchhaltung zwischen CHF 4'000.00 bis 5'000.00, was CHF 17'000.00 weniger seien, als der Beklagte zuletzt bezogen habe. Dieses krasse Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne einer Übervorteilung führe gar zur Teilnichtigkeit der Lohnvereinbarung. Wie immer man den Schaden berechne, er gehe weit über CHF 100'000.00 im Sinne einer Verminderung der Aktiven. Erstmals in seiner Stellungnahme vom 21.05.2013 stelle der Beklagte die falsche Schutzbehauptung auf, es handle sich bei den Daten auf dem zurückgelassenen PC um Sicherungskopien von Arbeiten, die er zu Hause gemacht habe. Dies könne nicht zutreffen, weil der Beklagte im Strafverfahren geltend gemacht habe, auf dem zurückgelassenen PC seien Daten, die zu seinem Schaden benutzt werden könnten. Ferner seien die meisten dort gespeicherten Daten montags, also während der Arbeitszeit für den Kläger, erstellt worden. Es handle sich dabei nicht nur um die Buchhaltungen von Drittpersonen. Buchhaltungsdaten liessen sich nach dem jeweiligen Jahresabschluss nicht mehr verändern. Falls der Beklagte tatsächlich zu Hause einen weiteren PC besitze, lasse sich das verwendete Buchhaltungsprogramm mit Einzellizenz darauf gar nicht installieren. Das Programm Sesam 4.7 laufe nur auf Windows-Computern mit mind. 128 MB Arbeitsspeicher und könne daher nicht auf dem angeblich vom Beklagten zu Hause verwendeten MS-DOS-PC mit 1 MB Arbeitsspeicher installiert sein. Sicherungskopien liessen sich ohne das entsprechende Sesamprogramm gar nicht verwenden. Schliesslich habe sich der Beklagte ab 2006 nicht vereinbarte Spesen auszahlen lassen, wodurch dem Kläger ein Schaden von CHF 3'000.00 entstanden sei, den er mit der Darlehensforderung verrechnen könne.

D. Mit Berufungsantwort vom 14.04.2014 beantragte der Beklagte die kostenfällige Abweisung der Berufung. Die Rüge, die Vorinstanz habe die Verhandlungsmaxime verletzt, gehe fehl. Es sei unzutreffend, dass der Beklagte gar nie behauptet habe, zwischen den Parteien sei kein Mietzins vereinbart worden. Sowohl in seiner Stellungnahme vom 21.05.2013 als auch in seinem Plädoyer anlässlich der Hauptverhandlung habe der Beklagte vorgebracht, der Mietvertrag sei nichtig bzw. nie umgesetzt worden. Dies schliesse logischerweise auch die Behauptung mit ein, dass aufgrund mangelnder Vereinbarung kein Mietzins geschuldet sei. Dass die Vorinstanz den Kläger von sich aus gefragt habe, sei aufgrund der richterlichen Fragepflicht zulässig. Es wäre unlogisch, wenn der Beklagte im gleichen Gebäude jeweils den Arbeitsplatz gewechselt hätte, je nachdem für wen er gerade arbeite. Davon abgesehen sei das Vorbringen des Klägers, dass der Beklagte an jenem Arbeitsplatz für Dritte gearbeitet habe, eine unbewiesene Behauptung. Am 02.01.2012 wären die Mietzinsen aus dem Jahr 2003 bereits verjährt gewesen. Ab 2004 habe ein Arbeitsvertrag existiert, weshalb der Kläger aufgrund seiner Pflicht, einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, keinen Mietzins verlangen könne. In der Eingehung des Arbeitsverhältnisses sei ein Erlass der Mietzinsforderung durch konkludentes Verhalten des Klägers ersichtlich.

Zur Behauptung des Klägers, der Beklagte habe während $\frac{3}{4}$ der Arbeitszeit für Dritte gearbeitet, verweise er pauschal auf einen ganzen Bundesordner mit Belegen über Buchhaltung, Korrespondenzen und Dokumente samt Daten. Er vermöge jedoch nicht zu begründen, wie sich die $\frac{3}{4}$ der „verlorenen“ Arbeitszeit genau berechnen liessen. Einem Arbeitnehmer sei es nicht untersagt, private Dokumente am Arbeitsplatz aufzubewahren. Des Weiteren sei es unrealistisch,

dass ein Arbeitnehmer $\frac{3}{4}$ seiner Arbeitszeit einer anderen Beschäftigung nachgehen könne, ohne dass der Arbeitgeber etwas bemerke. Der Kläger vermöge nicht nachzuweisen, ob und wieviel Arbeitszeit der Beklagte für externe Arbeiten aufgewendet habe. Der Kläger habe den Lohn des Beklagten jeweils freiwillig bezahlt. Es handle sich also nicht um eine unfreiwillige Vermögensverminderung. Somit liege kein Schaden vor. Die Behauptung des Klägers, bei den Daten auf dem PC des Beklagten könne es sich nicht um Sicherungskopien handeln, überzeuge nicht. Es spreche nichts gegen eine Sicherungskopie, wenn die gesicherten Daten nur mit einem speziellen Programm gelesen werden könnten. Der Beklagte könne das besagte Programm genauso gut auf einem PC zu Hause installiert haben. Der Umstand, dass die Daten an einem Montag gespeichert worden seien, mache Sinn. Kopierte Daten wiesen nämlich jenes Datum auf, an welchem sie kopiert würden. Da der Beklagte jeweils montags gearbeitet habe, habe er auch die Sicherungskopien jeweils montags erstellt. Mit Beilage 3 der Stellungnahme des Beklagten vom 21.05.2013 sei belegt, dass der Heim-PC des Beklagten nicht mit einem Betriebssystem MS-DOS laufe, sondern mit Windows. Schliesslich sei die Leistungsfähigkeit des PCs gar nicht aus der besagten Beilage erkennbar. Auch beim Einwand des Klägers, die ausbezahlten Spesen seien als Schaden zu werten, verkenne er den Schadensbegriff als unfreiwillige Vermögensverminderung. Dass der Spesenbezug ungerechtfertigt gewesen sei, unterlasse der Kläger nachzuweisen. Dem Kläger gelinge es nicht, eine Verrechnungsforderung zu substantiieren und zu beweisen.

E. Der instruierende Präsident der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts schloss den Schriftenwechsel, wies die Verfahrens- und Beweisanträge des Klägers ab und liess zur Hauptverhandlung vor der Dreierkammer laden. Zur Hauptverhandlung sind die Parteien mit ihren Rechtsbeiständen erschienen. Sie hielten an ihren Anträgen und an ihren Begründungen gemäss den eingereichten Rechtsschriften fest. Der Kläger machte neu geltend, dass der Beklagte sogar mehr als 75% der vom Kläger entgoltene Arbeitszeit für Dritte gearbeitet habe. Der Beklagte machte neu geltend, dass die Mietpartei gemäss Mietvertrag vom 01.01.2003 nicht mit ihm identisch sei, weshalb die Verrechnung schon wegen fehlender Identität von Schuldner und Gläubiger abzulehnen sei.

Erwägungen

1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO Berufung erhoben werden, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Fall ist der Streitwert erreicht. Dem Kläger wurde am 05.02.2014 der begründete Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Liestal vom 13.08.2013 zugestellt. Die Rechtsmittelfrist ist durch die Berufung vom 28.02.2014 eingehalten. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. c EG ZPO ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Bezirksgerichte, sofern diese nicht in die Zuständigkeit des Präsidiums fallen, sachlich zuständig. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

2. Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Für das Verfahren vor der ersten Instanz galten die Vorschriften für das vereinfachte Verfahren, wobei der Vorderrichter die summarisch begründete Klage dem Beklagten gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO zur Stellungnahme unterbreitete. In seiner Stellungnahme vom 21.05.2013 brachte der Beklagte hinsichtlich der vom Kläger verrechnungsweise geltend gemachten Forderung aus Mietvertrag vor, der vom Kläger vorgelegte Mietvertrag sei von den Parteien nie umgesetzt worden, da der Gläubiger in einem Arbeitsverhältnis beim Schuldner gestanden sei, weshalb auch nie Zahlungen vorgenommen oder vom Schuldner gefordert worden seien. Weiter sei der Mietvertrag mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags durch den Vermieter als Arbeitgeber am 31.12.2003 obsolet geworden. Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 13.08.2013 brachte der Beklagte ebenfalls vor, der Mietvertrag sei von den Parteien nie umgesetzt worden, er widerspreche aus arbeitsrechtlicher Sicht dem Gesetz. Der Mietvertrag sei konstruiert worden, um bei der Bank eine höhere Hypothek zu erhalten. Diese vom Beklagten in den Prozess eingebrachten Tatsachenbehauptungen schliessen sachverhaltsmässig ohne Weiteres auch mit ein, dass die Parteien die Entgeltlichkeit der Raumüberlassung übereinstimmend wieder aufgehoben oder gar keine Entgeltlichkeit der Raumüberlassung vereinbart haben. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, dass die Parteien den einmal geschlossenen Mietvertrag durch einen gegenteiligen übereinstimmenden Willen geändert resp. keine Bezahlung eines Mietzinses für das Büro vereinbart hätten, stellt somit keinen Verstoss gegen den Verhandlungsgrundsatz dar.

3. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Der Bestand der Darlehensforderung des Beklagten ist unbestritten. Die vom Kläger verrechnungsweise geltend gemachte Mietzinsforderung ist hinsichtlich der Darlehensforderung des Beklagten eine rechtsaufhebende Tatsache, weshalb der Kläger dafür die Beweisführungslast trägt (Hauptbeweis). Der Kläger stützt sich zur Beweisführung auf den aktenkundigen, schriftlichen Mietvertrag vom 01.01.2003. Dass die Parteien des Mietvertrags nicht mit denjenigen des Darlehensvertrags identisch seien, ist eine heute erstmals vorgetragene Tatsachenbehauptung des Beklagten. Dies hätte er bei zumutbarer Sorgfalt schon im vorinstanzlichen Verfahren einbringen können, weshalb dieses Novum gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO unzulässig ist.

Gegen die verrechnungsweise geltend gemachte Mietzinsforderung wendete der Beklagte ein, der Mietvertrag sei nie umgesetzt resp. die Entgeltlichkeit der Raumüberlassung übereinstimmend von den Parteien wieder aufgehoben worden. Für diesen Gegenbeweis, mit dem versucht wird, den Hauptbeweis nicht gelingen zu lassen, in dem so viele Unsicherheiten aufgezeigt und Zweifel geweckt werden, dass das Gericht den Hauptbeweis als gescheitert betrachtet, weil das notwendige Beweismass nicht erreicht wird, trägt der Beklagte die Beweisführungslast (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweiz. Zivilprozessrecht, N 9.25). Gemäss Art. 115 OR kann eine Forderung durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragsschliessenden gewählt war. Antrag und Annahme können gemäss Art. 1 Abs. 2 OR ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Von praktischer Bedeutung ist die Frage, wann ein Aufhebungsantrag des Gläubigers oder dessen Annahme eines Aufhebungsantrages durch konkl-

denes Verhalten vorliegt. Ob eine auf Aufhebung gerichtete Willensäusserung des Gläubigers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Das Verhalten des Gläubigers muss nach den konkreten Umständen gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung den Schluss auf einen Verzichtswillen begründet erscheinen lassen, ohne dass dabei der Gläubiger selber sich der Bedeutung seines Verhaltens bewusst zu sein braucht. Ein durch Schweigen oder konkludentes Verhalten geäussertes Erlasswille des Gläubigers ist nicht leichthin anzunehmen. Den Umständen des Einzelfalls kommt grosse Bedeutung zu. Ob ein Erlasswille geäussert wurde, hat der Richter nach seiner Lebenserfahrung, bezogen auf den Einzelfall, zu prüfen (vgl. Zürcher Kommentar OR-Aepli, Art. 115 N 29 f.). Kein Erlasswille des Gläubigers lässt sich im blossen Verjährenlassen einer Forderung, in der gelegentlichen Nichtausübung eines Rechts oder in der Nichtgeltendmachung einer Forderung über eine längere Zeit erblicken. Während der Verjährungsfrist steht es dem Gläubiger regelmässig frei, seine Vertragsrechte geltend zu machen, wann er will. Zur Annahme, dass er dieselben aufgegeben habe, ist weiter erforderlich, dass zu seinem passiven Verhalten während längerer Zeit noch besondere Umstände hinzukommen, die in Verbindung mit jenem den Schluss auf einen Erlasswillen als begründet erscheinen lassen (vgl. BGE 54 II 202, BGer 4C.363/2001 E. 3, Zürcher Kommentar OR-Aepli, Art. 155 N 37 mit Beispielen). Unter besonderen Umständen ist z.B. ein Erlasswille im Schweigen des Arbeitgebers über ihm – zumindest im Grundsatz – bekannte Schadenersatzforderungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erblicken (vgl. BSK OR I-Gonzenbach, Art. 115 N 6). Liegt ein Aufhebungsantrag des Gläubigers vor, so kommt der Aufhebungsvertrag mangels besonderer Umstände gemäss Art. 6 OR durch blosses Schweigen des Schuldners nach Ablauf jener Zeitdauer zustande, während der ein allfälliger Widerspruch zu erwarten gewesen wäre (vgl. Zürcher Kommentar OR-Aepli, Art. 155 N 42).

Der Mietvertrag wurde ein Jahr vor dem Arbeitsvertrag (31.12.2003 per 01.01.2004) abgeschlossen. Jedoch verlangte der Kläger bereits im Jahr 2003, in welchem der Beklagte für ihn noch als selbständiger Treuhänder die Buchhaltung machte, keinen Mietzins von ihm. Schon dies ist ein erstes Indiz, welches für eine einvernehmliche Aufhebung der Entgeltlichkeit spricht, zumal für diesen Zeitraum die Angabe des Klägers, dem Beklagten geglaubt zu haben, dass dieser ihm als Arbeitnehmer keine Miete bezahlen müsse, kein Grund für den Verzicht auf die Einforderung der Mietzinse sein konnte. Einen anderweitigen, triftigen Grund gab der Kläger für das Jahr 2003 nicht an. Dass sich der Kläger in den Jahren 2004 bis 2011 auf die angeblichen Angaben des Beklagten, er könne ihm als Arbeitnehmer nicht Miete für den Arbeitsplatz verlangen, verliess, spricht nicht gegen einen Erlasswillen des Klägers, muss sich doch der Gläubiger selber gerade nicht der Bedeutung seines Verhaltens bewusst sein. Sich auf derartige Angaben des Vertragsgegners zu verlassen und insbesondere auch auf Abklärungen der Rechtslage über die eigenen Ansprüche bei einer neutralen Drittperson zu verzichten, obwohl dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre, ist somit ein weiteres Indiz für einen Erlasswillen des Klägers. Hinzu kommt der überaus lange Zeitraum der Nichteinforderung der einzelnen, innert 5 Jahre verjährenbaren Mietzinse von mehr als zehn Jahren seit Vertragsschluss. Erst nach erfolgter Beibehaltung für die Darlehensforderung erklärte der Kläger mit Schreiben vom 11.01.2013 die Verrechnung u.a. mit seinen Forderungen aus dem Mietvertrag. Dies geschah zu einem Zeitpunkt, als der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien bereits seit mehr als einem Jahr (31.10.2011) aufgelöst war, und erst rund 4 Monate, nachdem der Beklagte den Kläger wegen ausstehender

Lohnzahlungen für das Jahr 2011 gemahnt hatte (vgl. Einschreiben des Beklagten an den Kläger vom 12.09.2012, in den Beilagen der im Beschwerdeverfahren Nr. 410 14 73 beigezogenen Arbeitsstreitigkeit Nr. 100 12 1157 / L50 13 529). Der Kläger hätte also längst Anlass und Gelegenheit gehabt, den Bestand verrechenbarer Gegenforderungen zu prüfen und geltend zu machen. Weiter hat der Kläger bei der Befragung durch den Vorderrichter erklärt, auf eine Mietzinszahlung bloss unter der Bedingung verzichtet zu haben, dass der Beklagte im gemieteten Büro nur für ihn arbeite (vgl. Protokoll vom 13.08.2013, S. 2/3). Dies kann nach Treu und Glauben nicht anders verstanden werden, als dass der Kläger mit dem Beginn des vertraglichen Arbeitsverhältnisses den Mietvertrag als aufgehoben betrachtete, soweit der Beklagte am zugewiesenen Arbeitsplatz nur für ihn arbeite. Davon ging auch der Beklagte aus, hat er doch dem Kläger erklärt, er könne von ihm als Arbeitnehmer keine Miete für den Arbeitsplatz verlangen, den er als Arbeitgeber ihm zur Verfügung stellen müsse. Dass der Kläger erst im Juni 2012 erfahren haben will, dass der Beklagte im überlassenen Büro auch für Dritte gearbeitet haben soll, erscheint angesichts der jahrelangen Arbeit in unmittelbarer örtlicher Nähe zwischen dem überlassenen Büro und dem Garagenbetrieb des Klägers unglaublich. Selbst wenn dem so wäre, hat der Kläger keinen triftigen Grund für sein weiteres Zuwarten über ein halbes Jahr mit der Geltendmachung der Mietzinsforderung angeben können, obwohl die Bedingung angeblich nicht eingehalten worden sei. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das jahrelange Zuwarten des Klägers mit der Geltendmachung der Mietzinsforderung bis zum 11.01.2013 und den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses per 01.01.2004, bei welchem der Beklagte im bis anhin gemieteten Büroraum für den Kläger die vertraglichen Arbeitsleistungen erbrachte, als Aufhebungsvertrag durch konkludentes Verhalten qualifiziert hat. Folglich hat der Vorderrichter den Beweis des Klägers für den Bestand einer verrechenbaren Mietzinsforderung zu Recht als gescheitert betrachtet.

Selbst wenn der Nachweis eines Aufhebungsvertrags durch konkludentes Verhalten nicht als gelungen betrachtet werden könnte, ist der Bestand einer Mietzinsforderung mit der Vorinstanz aus einem anderen Grund zu verneinen. Gemäss Art. 327 Abs. 1 OR hat, sofern nichts Anderes vereinbart oder üblich ist, der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt. Dazu zählt auch, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz unentgeltlich zur Verfügung stellt. Bei einem Arbeitnehmer in teilzeitlicher Anstellung scheint es zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, mit dem Arbeitnehmer für die Benutzung des Arbeitsplatzes im Zeitraum ausserhalb des vertraglichen Arbeitspensums einschliesslich angeordneter Überstunden eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung zu vereinbaren. Da der Kläger und der Beklagte davon ausgingen, dass der Beklagte im überlassenen Büro ausschliesslich Arbeiten für den Kläger ausführte, durfte die Vorinstanz dieses für die Zeit ab 01.01.2004 als zugewiesenen Arbeitsplatz des Beklagten qualifizieren. Die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe im überlassenen Büro überwiegend für Dritte gearbeitet, ist unbewiesen geblieben (vgl. dazu nachfolgend E. 4). Folglich ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aus der Eigenschaft dieses Büros als Arbeitsplatz schloss, eine entgeltliche Benutzung desselben verstosse gegen Art. 327 OR. Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses per 01.01.2004 und die Zuweisung des bisher gemieteten Büros als Arbeitsplatz zur Verrichtung des arbeitsvertraglichen Pensums hatte somit nachträglich und für die Zukunft die Widerrechtlichkeit des Mietvertrags zur Folge, weshalb dieser nicht mehr als Rechtsgrundlage für eine

verrechenbare Gegenforderung taugt. Die Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung in diesem Punkt durch die Vorinstanz geht deshalb fehl. Soweit es um die Mietzinse für das Jahr 2003 geht, sind diese ohnehin verjährt, was vom Beklagten auch geltend gemacht wurde.

4. Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Dabei hat der Arbeitgeber die Verletzung von Pflichten, den dadurch entstandenen Schaden sowie den natürlichen und die Voraussetzungen des adäquaten Kausalzusammenhangs nachzuweisen, während der Arbeitnehmer den Entlastungsbeweis zu führen hat, dass ihn kein oder nur ein geringes Verschulden treffe (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 321e N 13). Der Kläger behauptet die Verletzung der Treue- und Arbeitspflicht durch den Beklagten mit Schadenfolgen für den Kläger und verweist zum Beweis auf eine in der Arbeitsstreitigkeit Nr. 100 12 1157 / L50 13 529 eingereichte Übersicht und auf den im vorliegenden Verfahren mit Eingabe vom 17.05.2013 an die Vorinstanz eingereichten Bundesordner mit Belegen über Buchhaltungen, Korrespondenzen und Dokumente samt Daten. Die Verletzung der Treue- und Arbeitspflicht und die Verursachung eines Schadens ist vom Beklagten bestritten worden.

Die Vorinstanz hat sich auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob dem Kläger ein Schaden nachweis gelungen ist, und hat diese Frage verneint. Dies ist nicht zu beanstanden. Der Kläger hat weder eine Nicht- noch eine Schlechterfüllung der vereinbarten Arbeitsleistung des Beklagten geltend macht, zufolge welcher er zu Schaden gekommen sei. Er hat folglich konkret die Sachverhaltsumstände darzulegen, aufgrund derer sich die Existenz eines Schadens im Rechtssinne zwingend aufdrängt. Dass auf dem Dienstleistungsmarkt günstigere Angebote für das Erledigen einer Buchhaltung mit Jahresabschluss vorhanden sind und dass die neue Buchhalterin des Klägers viel weniger Zeit als ein 20%-Arbeitspensum pro Woche benötigt, sind zum Beweis eines allfälligen Schadens untaugliche Beweismittel. Ferner wies der Kläger auch nicht nach, ob das Angebot dieser Dritten überhaupt mit den arbeitsvertraglich vereinbarten resp. vom Beklagten erbrachten Dienstleistungen (vgl. Beilage 2 zur Eingabe des Beklagten vom 21.05.2013 an die Vorinstanz) vergleichbar war, was vom Beklagten bestritten wurde. Daher ist es nicht statthaft, die Differenz zwischen dem vertraglichen Arbeitspensum des Klägers und der von der neuen Buchhalterin benötigten Zeit als zu unrecht bezahlte Arbeitszeit zu betrachten und darauf eine Schadensschätzung im Sinne zuviel bezahlten Lohnes abzustützen. Aus den Unterlagen im aktenkundigen Bundesordner lässt sich ferner nicht entnehmen, ob der Beklagte die auf dem von ihm zurückgelassenen PC aufgefundenen Buchhaltungsdaten von Drittfirmen während dem vertraglichen Arbeitspensum für den Kläger oder – wie vom Beklagten geltend gemacht – zu Hause erstellt und auf dem zurückgelassenen PC bloss sicherungshalber gespeichert hat. Der vom Kläger vorgetragene Standpunkt, wonach die Behauptung des Beklagten, er habe bloss Sicherungskopien von Drittarbeiten auf dem PC am Arbeitsplatz erstellt, nachweislich falsch ist, ist unzutreffend (vgl. dazu u.a. die vom Beklagten anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung eingereichten Unterlagen über seinen Computer). Die im erwähnten Bundesordner als Beilagen 56-59 eingereichten Briefköpfe angeblicher Firmen des Beklagten mit Adressangabe am Arbeitsplatz des Beklagten vermögen nicht zu belegen, dass der Beklagte während der vertraglichen Arbeitszeit für Dritte gearbeitet hat. Ferner ist unbewiesen, ob sie je im Schriftverkehr mit Dritten verwendet worden sind und ob der Beklagte überhaupt Inhaber der

angeblichen Firmen gewesen ist. Sodann lässt sich aus den Unterlagen im erwähnten Bundesordner auch quantitativ nicht herleiten, in welchem Umfang allenfalls der Beklagte vom Kläger bezahlte Arbeitsstunden für Drittarbeiten genutzt hat. Die klägerische Behauptung, der Beklagte habe mehr als 75% seiner vertraglichen Arbeitszeit für Dritte gearbeitet, ist somit unbewiesen. Sie kann folglich auch nicht als Grundlage für eine Schadensschätzung im Sinne zuviel bezahlten Lohnes dienen. Die behaupteten Tatsachen, die als Anhaltspunkt für die Entstehung und die Höhe des geltend gemachten Schadens in Betracht kommen, sind unbewiesen geblieben. Die Voraussetzung dafür, einen nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen zu schätzen, liegt deshalb nicht vor (vgl. CHK-Müller, Art. 42 OR N 6). Mangels Nachweises der Verwendung von vertraglicher Arbeitszeit für Dritte stellt sich auch nicht die Frage eines allfälligen Gewinnabschöpfungsanspruchs des Klägers. Die Ausführungen des Klägers über vom Beklagten zu Unrecht bezogene Spesen, wodurch er ebenfalls geschädigt worden sei, sind erstmals in der Berufung vorgetragen worden. Dies hätte der Kläger bei zumutbarer Sorgfalt schon im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen können, weshalb dieses Novum gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO unzulässig ist. Die Rüge der unrichtigen Beweiswürdigung bzw. unrichtigen Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz im Hinblick auf eine verrechenbare Schadenersatzforderung aus Arbeitsrecht erweist sich mithin als unbegründet.

5. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen unterliegt der Kläger mit seiner Berufung vollständig. Daher sind in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sämtliche Prozesskosten des Berufungsverfahrens dem Kläger aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist gestützt auf § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. f GebT auf pauschal CHF 2'000.00 festzulegen. Der obsiegenden Gegenpartei ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Mangels Einreichung einer Kostennote ist die Parteientschädigung gemäss Tarif für die Anwältinnen und Anwälte vom 17.11.2003 (SGS 178.112, TO) festzusetzen. Das vorliegende Berufungsverfahren und das Berufungsverfahren Nr. 400 14 48 sind aufgrund der identischen Thematik als Parallelverfahren gemäss § 14 TO zu qualifizieren. Somit bemisst sich das Gesamthonorar nach dem kumulierten Streitwert und wird angemessen auf die einzelnen Verfahren aufgeteilt. Der kumulierte Streitwert beträgt CHF 46'000.00, woraus sich gemäss § 7 Abs. 1 TO ein Grundhonorar von CHF 6'000.00 ergibt. Für Zuschläge gemäss § 8 TO besteht keine Veranlassung. Dieser Betrag ist auf beide Berufungsverfahren je hälftig aufzuteilen. Da der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten den tatsächlichen Aufwand der Auslagen nicht in Rechnung gestellt hat (vgl. diesbezüglich § 16 TO), ist die Parteientschädigung im vorliegenden Fall pauschal auf CHF 3'000.00 zzgl. MWST festzusetzen.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird abgewiesen.
 2. Die Gerichtsgebühr von pauschal CHF 2'000.00 wird dem Berufungskläger auferlegt. Der Berufungskläger hat dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'240.00 inkl. MWST von CHF 240.00 zu bezahlen.

Präsident

Gerichtsschreiber

Thomas Bauer

Hansruedi Zweifel