

# **BL\_GERICHTE 400 18 139 vom 21. August 2018**

BL Gerichte, 2018-08-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_400\\_18\\_139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_18_139)

FR: BL\_GERICHTE 400 18 139 du 21 août 2018

IT: BL\_GERICHTE 400 18 139 del 21 agosto 2018

## **Regeste**

Arbeitsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Neue Tatsachen und Beweismittel (sog. Noven) werden im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt, d.h. wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGer 5A\_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 8.1). Diese Novenbeschränkung gilt auch bei der hier zur Anwendung gelangenden sozialen Untersuchungsmaxime (BGE 142 III 413 E. 2.2.2; OGer LA170014 vom 11. Oktober 2017 E. 2.4). Im Streitfall verlangt der Kläger erstmals in der Berufung vom 19. April 2018 die Einvernahme von 28 Zeuginnen und Zeugen, ohne darzutun, weshalb er diese nicht bereits im Klageverfahren als Beweismittel angerufen hat. Dieser Beweisantrag erweist sich fraglos als verspätet gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO und ist deshalb abzuweisen. 3.1 Der Kläger wirft dem Vorderrichter in der Berufung insbesondere vor, er habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem er auf verschiedene seiner Vorbringen gar nicht eingegangen sei. So fehlten Ausführungen dazu, welches Entgelt für seine Tätigkeit gemäss den in BGE 129 III 664 dargestellten Kriterien angemessen gewesen sein solle. Der Vorderrichter beschränke sich vielmehr darauf, pauschal geltend zu machen, die Provisionen seien nicht ungenügend gewesen und die Arbeit habe ab dem 1. Juli 2015 lediglich einem Nebenerwerb entsprochen. Was für ein Arbeitspensum der Vorderrichter dabei angenommen habe bzw. weshalb hier von mangelnder Leistung auszugehen und das geforderte Entgelt nicht geschuldet sein solle, könne der erstinstanzlichen Entscheidbegründung nicht entnommen werden. Unzutreffend sei sodann die Feststellung des Vorderrichters, die Genugtuungsforderung sei adhäsionsweise im Strafverfahren geltend zu machen. Zu Unrecht sei der Vorderrichter infolgedessen auf die von ihm anhängig gemachte Genugtuungsforderung nicht weiter eingegangen bzw. habe diese nur unzureichend begründet, indem er bloss pauschal auf Art. 328b OR verwiesen habe. 3.2 Aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) folgt die Pflicht des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Die Begründungspflicht fordert, dass das Gericht in den Erwägungen seines Entscheides den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Der Entscheid muss erkennen lassen, dass die Parteivorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt

und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss jedoch so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 142 II 154 E. 4.2; 141 III 28 E. 3.2.4; 141 V 557 E. 3.2.1; 134 I 83 E. 4.1; BGer 4A\_376/2017 vom 11. Dezember 2017 E. 2.1; OGer ZH LA170005 vom 3. Mai 2017 E. 4.2.1; Tarkan Göksu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, 2. Aufl. 2016, Art. 53 N 27 f.; Paul Oberhammer, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. Aufl. 2014, Art. 53 N 9). An die Begründung sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je grösser der Spielraum ist, über den die Behörde infolge Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe verfügt, und je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte eingreift (BGE 112 Ia 107 E. 2b). Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheides, das im Urteilspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (BGer 5D\_183/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.2).

3.3 Der Kläger macht in der Klage zur Begründung der Lohnnachforderung von CHF 15'928.95 hauptsächlich geltend, der angemessene Lohn für seine Tätigkeit bei der Beklagten entspreche dem durchschnittlichen Einkommen eines zirka 27 Jahre alten männlichen Schweizer Arbeitnehmers in der Versicherungsbranche ohne Ausbildung im Verkauf in der Nordwestschweiz gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamts für Statistik von brutto CHF 6'099.- pro Monat bzw. entsprechend der Gesamtdauer des streitgegenständlichen Arbeitsverhältnisses und unter Abzug der Sozialabgaben von total netto CHF 95'489.-. Weil somit sein während seiner Anstellung erzielter Lohn von netto CHF 79'560.05 nicht angemessen sei, habe die Beklagte ihm den Differenzbetrag von CHF 15'928.95 nachzuzahlen. Im angefochtenen Entscheid äussert sich der Vorderrichter nicht ansatzweise zu diesem Vorbringen des Klägers. Insbesondere nimmt er keinerlei Bezug zu dem vom Kläger angerufenen Vergleichslohn. Damit ist er seiner Begründungspflicht nicht nachgekommen und hat das rechtliche Gehör des Klägers verletzt. Im Weiteren gibt der Vorderrichter im angefochtenen Entscheid zwar nicht ausdrücklich an, in welchem Beschäftigungsgrad der Kläger ab dem 1. Juli 2015 im Nebenerwerb für die Beklagte tätig gewesen sein soll. Aus seinen Erwägungen folgt jedoch implizit, dass er von einer Herabsetzung des Arbeitspensums im Verhältnis zur Reduktion der getätigten Abschlüsse ausgeht. Im Übrigen begründet der Vorderrichter die Angemessenheit des Lohns des Klägers nicht mit einem unzureichenden Arbeitseinsatz. Das Vorbringen des Klägers, der Vorderrichter habe nicht erklärt, weshalb er den Anspruch auf die Lohnnachforderung wegen mangelnder Leistung verweigert habe, geht somit offenkundig an der Sache vorbei. Unzutreffend ist die Feststellung des Vorderrichters in der Urteilsbegründung, die Genugtuungsforderung sei adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht worden, weshalb darauf nicht weiter einzugehen sei. Denn - wie bereits in Erwägung 1.2 festgestellt - steht der streitgegenständlichen Forderung keine vorbestehende Rechtshängigkeit im Strafverfahren entgegen. Trotz dieser Erkenntnis im angefochtenen Urteil fehlt es bezüglich der Abweisung der Genugtuungsforderung indessen nicht an einer Begründung. Der Vorderrichter hat nämlich in den Urteilserwägungen die Gründe dargelegt, aus welchen er die Genugtuungsforderung abgewiesen hat. So hat er klar zum Ausdruck gebracht, dass er eine anspruchsbegründende Persönlichkeitsverletzung verneint, weil er die Verwertung und die Einreichung der E-Mails des Klägers aus dem Geschäftskonto beim Gericht als

zulässige Vorkehrung der Beklagten betrachtet, um Ansprüche des Klägers als Arbeitnehmer abzuwehren. Die Frage, ob die Vorinstanz in diesem Punkt das Recht richtig angewendet hat, ist sodann keine Frage der Begründungspflicht, sondern beschlägt den Entscheid über den Anspruch des Klägers auf die eingeklagte Genugtuungsforderung. Der Kläger scheint dies insoweit zu verkennen, als er im Rahmen der Rüge der Verletzung der Begründungspflicht die Auslegung von Art. 328b OR durch die erste Instanz kritisiert. Auf das entsprechende Vorbringen des Klägers ist somit an dieser Stelle nicht weiter einzugehen. 3.4 Nachfolgend sind die Folgen der festgestellten Verletzung der Begründungspflicht zu prüfen. 3.4.1 Der Gehörsanspruch ist formeller Natur. Seine Verletzung führt deshalb ungeachtet der Begründetheit des Rechtsmittels in der Sache grundsätzlich zur Gutheissung der Berufung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1; 142 II 218 E. 2.8.1; BGer 5A\_503/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.2; Göksu, a.a.O., Art. 53 N 42). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann jedoch ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.3; 136 V 117 E. 4.2.2.2; 133 I 201 E. 2.2). Nur bei Heilung der Verletzung kann die Rechtsmittelinstanz reformatorisch entscheiden. Daran ändert nichts, dass die vorliegend in Frage stehende Berufung ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO; BGer 5A\_485/2016 vom 19. Dezember 2016 E. 2.3; KGer GR ZK1 13 96 vom 17. März 2015 E. 5b/aa). 3.4.2 Im Streitfall hat der Vorderrichter die Begründungspflicht lediglich punktuell verletzt. Angesichts dessen erscheint diese Verletzung als nicht besonders schwerwiegender Mangel und kann unter Berücksichtigung, dass der Kläger im Berufungsverfahren die Möglichkeit hatte, seinen Standpunkt umfassend vorzutragen und die angerufene Rechtsmittelinstanz sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (Art. 310 ZPO), als geheilt gelten. Selbst wenn die Verletzung der Begründungspflicht als eine schwerwiegende Verletzung des Gehörs zu qualifizieren wäre, vermöchte dies dem Kläger nichts zu helfen. Denn auch in diesem Fall wäre von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, weil das Berufungsgericht - wie gerade dargelegt - aufgrund seiner umfassenden Prüfungsmöglichkeit die Gehörsverletzung heilen kann und eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Begründung ihres Entscheides im betreffenden Punkt bloss als rein formalistischer Leerlauf erschiene.

#### **E. 4**

Vor dem Vorderrichter ist eine arbeitsrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von höchstens CHF 30'000.- im Streit gelegen. Der Vorderrichter hatte somit den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Es handelt sich dabei um die beschränkte bzw. abgeschwächte Untersuchungsmaxime (la maxime inquisitoire simple), die von Lehre und Rechtsprechung auch als soziale Untersuchungsmaxime bezeichnet wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; 139 III 457 E. 4.4.3.2). Sie bezweckt die schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien zu garantieren und das Verfahren zu beschleunigen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; 125 III 231 E. 4a). Nach dem

Willen des Gesetzgebers obliegt dem Gericht bei der sozialen Untersuchungsmaxime einzig eine verstärkte Fragepflicht. Wie im Rahmen der Verhandlungsmaxime haben die Parteien dem Gericht den Sachverhalt zu unterbreiten. Das Gericht hilft ihnen lediglich durch sachgemässe Fragen, damit die notwendigen Behauptungen gemacht und die dazugehörigen Beweismittel bezeichnet werden. Es stellt aber keine eigenen Ermittlungen an. Wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind, darf und soll sich das Gericht zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGer 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016 E. 7.1.2). Der Grundsatz der eingeschränkten Untersuchungsmaxime befreit die Partei weder vor ihrer Behauptungs- noch Beweislast (OGer ZH LA160004 vom 17. August 2016 E. II.A.5.4.2.2). Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 9. Januar 2018 hat der Vorderrichter zwar nur mit grosser Zurückhaltung Fragen gestellt. Weil indes der Kläger vor dem Vorderrichter anwaltlich vertreten gewesen ist, oblag es ihm bzw. seinem Rechtsvertreter zur Ergründung des Sachverhalts anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entsprechende Fragen zu stellen sowie im vorinstanzlichen Prozess den relevanten Sachverhalt substantiiert darzulegen und nachzuweisen. Eine wegen Versäumnisses von ihm bzw. seinem Rechtsvertreter unterbliebene Feststellung von Sachverhaltselementen im erstinstanzlichen Verfahren muss er sich somit entgegenhalten lassen.

5.1 Der Kläger trägt in der Berufung zusammenfassend insbesondere vor, unstrittig gelte gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung für seine Tätigkeit bei der Beklagten ein Entgelt von brutto CHF 6'099.- pro Monat bzw. abzüglich der Sozialabgaben von netto CHF 5'617.- pro Monat als angemessen. Der angemessene Lohn während der ganzen Arbeitsdauer mache somit total netto CHF 95'489.- aus. Gemäss den Lohnausweisen 2014 und 2015 seien ihm indessen nur insgesamt CHF 84'731.- ausbezahlt worden. Zusätzlich seien seiner Ehefrau CHF 7'457.05 ausgerichtet worden. Von den vorgenannten Beträgen habe er zudem CHF 12'628.- wegen der Stornohaftung zurückerstatten müssen. Somit habe er während der 17-monatigen Arbeitstätigkeit für die Beklagte effektiv lediglich einen Lohn von CHF 79'560.05 erhalten. Dies sei kein angemessener Lohn für die geleistete Arbeit. Die Beklagte habe ihm demnach die Differenz zwischen dem von ihm bezogenen Lohn und dem angemessenen Lohn, d.h. konkret CHF 15'928.95 nachzuzahlen. Unzutreffend sei übrigens die vorinstanzliche Annahme, dass er ab dem 1. Juli 2015 nur noch im Nebenerwerb tätig gewesen sei. Vielmehr habe er auch nach diesem Zeitpunkt immer noch vollzeitlich gearbeitet. Zwar treffe es zu, dass der Arbeitsvertrag auf diesen Zeitpunkt hin - wie bereits bei Anstellungsbeginn im Juli 2014 vereinbart - angepasst worden sei, jedoch habe die Anpassung lediglich den monatlichen Vorschuss von CHF 6'000.- betroffen. Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses sei ihm dieser Vorschuss gewährt worden, damit er während der Startphase ein regelmässiges Einkommen generieren könne. Die genannte Änderung sei somit nicht erfolgt, weil die Beklagte mit seinen Arbeitsleistungen nicht mehr zufrieden gewesen sei. Zutreffend sei zwar, dass im Arbeitszeugnis von einem Nebenerwerb ab dem 1. Juli 2015 die Rede sei. Er habe gegen den Vermerk "Nebenerwerb" im Arbeitszeugnis aber bloss deshalb keine Einwände erhoben, weil er nie gedacht habe, dass dies einmal relevant sein könne. Die gesamte Anstellungsdauer dürfe deshalb nicht in eine Phase vom 1. Juli 2014 bis zum 30. Juni 2015 und eine solche vom 1. Juli bis zum 30. November 2015 aufgeteilt werden. Obwohl von entscheidender Bedeutung gehe die Vorinstanz überhaupt nicht darauf ein, ob seine Arbeitsleistung genügend und damit das Entgelt angemessen gewesen sei. Aus den Arbeits- und Zwischenzeugnissen und der Bonuszahlung Ende 2014 gehe hervor, dass die Beklagte mit seinen Arbeitsleistungen sehr zufrieden gewesen sei. Schon deshalb könne der Rückgang der Abschlüsse nicht mit dem fehlenden Arbeitseinsatz

begründet werden. 5.2.1 Wird der Arbeitnehmer wie vorliegend für seine Tätigkeit ausschliesslich durch Provision entschädigt, muss diese nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine angemessene Entlohnung bilden, wie dies beim Handelsreisendenvertrag in Art. 349a Abs. 2 OR vorgesehen ist. Gemäss Art. 349a Abs. 2 OR ist eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt. Diese Bestimmung soll die Ausbeutung des Handelsreisenden durch die Vereinbarung zu geringer Provisionen verhindern. Angemessen ist das Entgelt, wenn es dem Handelsreisenden unter Berücksichtigung seines Arbeitseinsatzes, seiner Ausbildung, seiner Dienstjahre, seines Alters und seiner sozialen Verpflichtungen eine anständige Lebensführung ermöglicht. Dabei hängt die Angemessenheit der Entlohnung eng von den Rahmenbedingungen ab, die der Arbeitgeber dem Handelsreisenden setzt, damit dieser provisionsberechtigte Geschäfte abschliessen kann. Berücksichtigt werden können sodann allfällige Branchenusanzen (BGE 139 III 214 E. 5.2, 129 III 664 E. 6.1). Die Beweislast für die Angemessenheit der Entlohnung obliegt dem Arbeitnehmer (nicht publ. E. 3.3 von BGE 139 III 214).

5.2.2 Der Kläger erzielte gemäss den entsprechenden Lohnausweisen im Jahr 2014 einen Bruttolohn von CHF 46'329.- und im Jahr 2015 einen solchen von CHF 46'935.-. Unstrittig ist zudem, dass eine weitere ihm zuzurechnende Auszahlung von CHF 7'457.05 seiner Ehefrau gutgeschrieben wurde und der Kläger wegen der Stornohaftung der Beklagten CHF 12'628.40 zurückerstattete. Insgesamt erhielt der Kläger demnach für seine 17-monatige Arbeitstätigkeit (1. Juli 2014 - 30. November 2015) im Dienst der Beklagten brutto CHF 88'092.65. Soweit der Kläger vorbringt, er habe auch nach dem 1. Juli 2015 bei der Beklagten Vollzeit gearbeitet, bleibt er damit ohne Erfolg. Im Arbeitszeugnis vom 2. November 2015 bescheinigte die Beklagte, dass der Kläger vom 1. Juli 2014 bis zum 30. Juni 2015 bei ihr als Versicherungsberater in Festanstellung beschäftigt gewesen sei. Vom 1. Juli bis zum 31. Oktober 2015 sei er als Versicherungsberater im Nebenerwerb tätig gewesen. Das Gericht hält es für ungläubhaft, dass der Wechsel auf eine Nebenerwerbstätigkeit per 1. Juli 2015 lediglich fälschlicherweise ins Arbeitszeugnis aufgenommen worden sein solle. Wäre dem so, ist nicht erklärlich, weshalb der rechtskundig vertretene Kläger nicht spätestens in dieser arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung vor der Vorinstanz eine Berichtigung dieses Arbeitszeugnisses verlangt hat. Dagegen spricht aber auch, dass die Anzahl der vom Kläger erzielten Neuabschlüsse von durchschnittlich 15 pro Monat just per 1. Juli 2015 auf lediglich 3.5 pro Monat, d.h. um rund drei Viertel, zurückging. Im Weiteren fällt auf, dass die Beklagte mit dem Kläger per 1. Juli 2015 einen neuen Arbeitsvertrag abschloss. Ausdrückliche Angaben zum vereinbarten Arbeitspensum lassen sich zwar weder dem alten noch dem neuen Arbeitsvertrag entnehmen. Jedoch steht fest, dass die Verpflichtung der Beklagten zur Auszahlung eines monatlichen Lohnvorschusses von CHF 6'000.- unter Abzug der entsprechenden Sozialabgaben mit dem Abschluss des neuen Arbeitsvertrags dahingefallen ist. Der Kläger begründet diese Änderung pauschal damit, dass ihm mit einem solchen Vorschuss lediglich während der Startphase ein regelmässiges Einkommen habe gesichert werden sollen. Er unterlässt es indes diese Behauptung näher darzulegen, geschweige denn zu belegen. Die Erklärung erscheint zudem als fraglich, da ein Arbeitnehmer während des gesamten Arbeitsverhältnisses ein Interesse an einer regelmässigen Lohnzahlung hat, um seine laufenden Verbindlichkeiten stets bestreiten zu können. Der Wegfall des genannten monatlichen Lohnvorschusses liesse sich jedenfalls mit einem Wechsel des Klägers zu einer

Nebenerwerbstätigkeit per 1. Juli 2015 erklären, da in diesem Fall die Berechtigung des Klägers auf Ausrichtung eines Lohnvorschusses von monatlich CHF 6'000.- entfallen wäre. Nach alledem kann insbesondere unter Berücksichtigung der im Arbeitszeugnis bescheinigten Nebenerwerbstätigkeit des Klägers ab dem 1. Juli 2015 und des gerade auf diesen Zeitpunkt hin eingetretenen Rückgangs der Neuabschlüsse des Klägers um rund drei Viertel nur geschlossen werden, dass der Kläger ab dem 1. Juli 2015 bloss noch im Nebenerwerb bei der Beklagten angestellt war.

5.2.3 Der Kläger erachtet gestützt auf einen Auszug aus der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung für seine Tätigkeit bei der Beklagten unter Annahme eines Wochenpensums von 42,5 Stunden und einer Anspruchsberechtigung auf Sonderzahlungen einen Lohn von brutto CHF 6'099.- für angemessen. Die Beklagte stellt sich dagegen auf den Standpunkt, der als Vergleichsgrundlage heranzuziehende Medianlohn für die Arbeit des Klägers habe gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung ausgehend von einem Wochenpensum von 40 Stunden und ohne Anspruchsberechtigung auf Sonderzahlungen lediglich brutto CHF 5'102.- betragen. Weder behauptet der Kläger im vorliegenden Fall noch weist er nach, dass er mehr als 40 Stunden pro Woche gearbeitet hat. Gemäss den Arbeitsverträgen hatte der Kläger zudem bloss Anspruch auf Provision und nicht auf Sonderzahlungen (Naturalleistungen, Erschwerniszulagen oder dgl.). Folgerichtig ist hier entsprechend den Angaben der Beklagten aus der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (Beilage 2 der Stellungnahme vom 31. Mai 2017) von einem Medianlohn von brutto CHF 5'102.- pro Monat auszugehen.

5.2.4 Der Kläger erhielt für seine 17-monatige Arbeitstätigkeit (1. Juli 2014 - 30. November 2015) im Dienst der Beklagten unter Berücksichtigung der Provisionsrückforderungen aus Stornohaftung insgesamt brutto CHF 88'092.65. Somit lag sein durchschnittlicher Monatsverdienst bei brutto CHF 5'181.90. Dieser Lohn übertraf den massgebenden Medianlohn von brutto CHF 5'102.- pro Monat. Weil vorliegend bereits aufgrund dieses als Vergleichsmassstab herangezogenen Medianlohns, welcher lediglich bei einer genügenden Arbeitsleistung zur Anwendung gelangt, das Gehalt des Klägers als angemessen erscheint, kann dahingestellt bleiben, ob die Arbeitsleistungen des Klägers unzureichend gewesen sind und deshalb von einem tieferen Medianlohn als Vergleichsgrundlage auszugehen wäre. Im Weiteren ist zu erwähnen, dass der obige Lohnvergleich auf der Annahme einer durchgehenden Vollzeittätigkeit des Klägers vom 1. Juli 2014 bis zum 30. November 2015 fusst. Da der Kläger indes ab 1. Juli 2015 nur noch im Nebenerwerb für die Beklagte tätig war, folgt, dass er für die Erzielung seines Einkommens in der Tat weniger Zeit aufwendete, als bei einer steten Vollzeittätigkeit und damit sein erzielter Verdienst gar noch deutlicher über dem herangezogenen Vergleichslohn lag, als im besagten Lohnvergleich. Selbst wenn im Übrigen anzunehmen wäre, es sei auf die Lohnangaben in dem vom Kläger angerufenen Auszug aus der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung abzustellen, vermöchte dies dem Kläger nichts zu helfen. Gemäss diesem Auszug betrug der Medianlohn brutto CHF 6'099.- pro Monat und verdienten 25% der Arbeitnehmer weniger als brutto CHF 5'329.- sowie 25% der Arbeitnehmer mehr als brutto CHF 6'968.-. Der Lohn des Klägers von brutto CHF 5'181.90 lag somit klarerweise noch innerhalb der üblichen Bandbreite der Löhne für seine Tätigkeit. Davon ist umso mehr auszugehen, als entsprechend dem oben Ausgeführten zufolge des Wechsels des Klägers auf eine Nebenerwerbstätigkeit per 1. Juli 2015 sein Verdienst offenkundig effektiv besser gewesen ist, als hiervor angenommen. Nach alledem steht fest, dass die Beklagte dem Kläger vom 1. Juli 2014 bis zum 30. November 2015 einen angemessenen Lohn ausgerichtet hat. Folglich kann der Kläger von der Beklagten keine Ansprüche wegen

unangemessen tiefer Bezahlung erheben. Die vom Kläger geltend gemachte Lohnnachforderung von CHF 15'928.95 samt Zins erweist sich somit als unbegründet, weshalb die Berufung in dieser Hinsicht abzuweisen ist. 6.1 Der Kläger bringt in der Berufung im Weiteren vor, der Arbeitgeber dürfe den Inhalt von als privat gekennzeichneten oder erkennbaren E-Mails selbst dann nicht lesen, wenn die private Nutzung von E-Mail laut Nutzungsreglement verboten sei. Er dürfe die Einhaltung des Nutzungsverbots lediglich aufgrund von Adressierungselementen überwachen. Das systematische Auswerten von geschäftlichen und nicht ausdrücklich als privat gekennzeichneten E-Mails müsse jedoch gerechtfertigt und verhältnismässig sein und den Angestellten im Voraus mitgeteilt werden. Die Beklagte habe nichts von dem eingehalten und die Daten aus seinem E-Mail-Konto widerrechtlich ausgewertet. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe die Beklagte diese Auswertung auch nicht vornehmen dürfen, um Ansprüche des Arbeitnehmers abzuwehren. Der Eingriff der Beklagten in seine Privatsphäre sei vorliegend immens, weshalb ihm eine Genugtuung von CHF 5'000.- zulasten der Beklagten zuzusprechen sei. 6.2 Nach Art. 49 OR ist eine Genugtuung nur geschuldet, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt. Der Eingriff muss aussergewöhnlich schwer sein und in seinen Auswirkungen das Mass einer Aufregung oder einer alltäglichen Sorge klar übersteigen (BGer 6B\_94/2013 vom 3. Oktober 2013 E. 1.1). Leichte Persönlichkeitsverletzungen rechtfertigen keine finanzielle Genugtuung (vgl. BGE 129 III 715 E. 4.4; BGer 6B\_925/2015 vom 9. Februar 2016 E. 3). Inwiefern die Persönlichkeitsverletzung objektiv und subjektiv schwer wiegt, ist im Klageverfahren substantiiert darzulegen (vgl. BGer 6B\_43/2017 vom 23. Juni 2017 E. 1.2). Insoweit sich der Kläger in der Berufung auf neue Vorbringen stützt, können diese zufolge des Novenverbots gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht gehört werden. Im Klageverfahren machte der Kläger im Wesentlichen geltend, der Arbeitgeber dürfe den Inhalt von als privat gekennzeichneten oder erkennbaren E-Mails selbst dann nicht lesen, wenn die private Nutzung von E-Mails laut Nutzungsreglement verboten sei. Er dürfe die Einhaltung des Nutzungsverbots überwachen, jedoch nur aufgrund von Adressierungselementen. Erlaubt sei dem Arbeitgeber bloss die Leistungs- und Geschäftskontrolle. Das systematische Auswerten von geschäftlichen und nicht ausdrücklich als privat gekennzeichneten E-Mails müsse jedoch gerechtfertigt und verhältnismässig sein und den Angestellten im Voraus mitgeteilt werden. Im Übrigen verweise er auf den Leitfaden über das Internet und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, herausgegeben vom Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten. Die Beklagte habe die dargelegten Vorgaben nicht eingehalten und die Daten aus seinem E-Mail-Konto widerrechtlich ausgewertet. Infolgedessen sei ihm wegen Persönlichkeitsverletzung eine Genugtuung von CHF 5'000.- zulasten der Beklagten zuzusprechen. Gestützt auf diese vom Kläger im Klageverfahren vorgetragene Behauptungen und die Natur der Sache ist ein Genugtuungsanspruch des Klägers nicht ersichtlich. Die in Frage stehende E-Mail-Korrespondenz führte der Kläger über das Geschäftskonto bei der Beklagten und betrifft vom Kläger bei der H. \_\_\_\_\_ eingeholte Offerten für Motorfahrzeug-, Lebens- und Geschäftsversicherungen. Dass der Zugriff der Beklagten auf sein geschäftliches E-Mail-Konto und die Einreichung der betreffenden Unterlagen im nicht öffentlichen Schlichtungsverfahren die erforderliche Schwere im Sinne von Art. 49 OR erreicht haben soll, hat der Kläger im Klageverfahren nicht einmal ansatzweise dargelegt, noch ist dies ersichtlich. Infolgedessen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Kläger die Zuspreehung der geltend gemachten Genugtuungsforderung samt Zins verweigert hat. Die Berufung erweist sich somit insoweit

als unbegründet und ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen.

## **E. 7**

Dem Gesagten zufolge kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist. 8.1 Das Berufungsverfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Für das Berufungsverfahren ist der unterliegende Kläger entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Rechtsvertreter der Beklagten hat im Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung von Amtes wegen nach Ermessen festzusetzen ist (§ 18 Abs. 1 TO). Diese ist angesichts des Streitwerts von CHF 20'928.05 und der durchschnittlichen Schwierigkeit des vorliegenden Prozesses sowie der erforderlichen Auslagen auf CHF 4'000.- festzulegen. Einen Mehrwertsteuerzuschlag auf dem Honorar des Rechtsvertreters der Beklagten hat der Kläger indes nicht zu ersetzen, da die Beklagte in der Berufungsantwort keinen solchen beantragt hat (KGer BL 400 17 296 vom 30. Januar 2018 E. 10.3; HGer ZH HG170016 vom 3. Juli 2017 E. 5.5; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts Zürich vom 17. Mai 2006 E. 2.1.1). Demzufolge ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'000.- (inkl. Auslagen) zu bezahlen. 8.2 Zu guter Letzt bleibt anzumerken, dass der vorinstanzliche Entscheid gemäss Art. 238 lit. d ZPO ein Dispositiv enthalten muss. Neben der Anordnung der Rechtsfolgen gehört auch der Entscheid über die Prozesskosten, d.h. sowohl über die Gerichtskosten als auch über die Parteientschädigung, als wesentlicher Entscheidbestandteil in das Dispositiv (Laurent Killias, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, Art. 238 N 17; Georg Naegli/Nadine Mayhall, in: Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O., Art. 238 N 15, Daniel Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 238 N 21a; Markus Kriech, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., Art. 238 N 12; Manuel Meyer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämplis Handkommentar, 2010, Art. 238 N 10). Aufgrund dessen folgt, dass der Vorderrichter im angefochtenen Entscheid zu Unrecht nicht über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren befunden und den Entscheid darüber einer separaten Verfügung vorbehalten hat. Dies ist insbesondere aus Gründen der Verfahrensökonomie zu rügen. Denn dieses Vorgehen verursacht einen unnötigen Mehraufwand, weil im erstinstanzlichen Verfahren zwei Entscheide statt eines einzigen Entscheides ergehen und es im Falle eines Weiterzugs beider Entscheide zu zwei statt einem einzigen Rechtsmittelverfahren kommt, welche überdies miteinander koordiniert werden müssen. Auch verkompliziert das besagte Vorgehen für die Parteien unnötigerweise das Prozessieren, was gerade vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit dem für Arbeitsstreitigkeiten der vorliegenden Art vorgesehenen vereinfachten Verfahren die Schranken für das Prozessieren tief halten wollen, zu beanstanden ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.