

GR_GERICHTE ZK2 2021 27 vom 15. März 2022

GR Gerichte, 2022-03-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2021_27

FR: GR_GERICHTE ZK2 2021 27 du 15 mars 2022

IT: GR_GERICHTE ZK2 2021 27 del 15 marzo 2022

Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | Berufung OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Der Berufungskläger ficht gemäss Ziff. 1 seines Rechtsbegehrens ein "Urteil vom 10. Mai 2021" an. Das dürfte ein Versehen sein, zumal auf dem Deckblatt der Eingabe das korrekte Urteilsdatum vom 24. November 2020 angegeben wird. Gleichwohl sei hier klargestellt, dass es nur ein Urteil gibt, nämlich das am 24. November 2020 von den fünf Mitgliedern des Gerichts gefällte und vom Aktuar protokollierte, welches den Parteien in Anwendung von Art. 239 ZPO vorerst nur im Dispositiv, auf Verlangen des Klägers dann mit einer schriftlichen Begründung eröffnet wurde. Die Unterscheidung ist wichtig, weil bei der nachträglichen Redaktion der Begründung keine Umstände berücksichtigt werden dürfen, welche dem Gericht bei Fällung des Urteils noch nicht bekannt waren - was mitunter vergessen geht.

E. 1.2

In der Berufung lässt der Berufungskläger das Rechtsbegehren Ziff. 3 (Verpflichtung der Berufungsbeklagten zum Berechnen und Auszahlen des Bonus) fallen. Die Abweisung der Klage in diesem Punkt ist demnach rechtskräftig (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

E. 1.3

Wenn das Verfahren wie hier der Partei- und der Dispositionsmaxime untersteht, stellt die Berufung keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar. Sie dient vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheides und des Verfahrens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Das hebt den Grundsatz nicht auf, dass die Gerichte und damit auch die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben (Art. 57 ZPO). Einer Partei kann es daher nicht schaden, wenn sie sich auf unzutreffende Gesetzesbestimmungen beruft oder solche gar nicht nennt. Es obliegt ihr aber, den geltend gemachten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3).

E. 1.4

In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, was schon im erstinstanzlichen Verfahren Thema war, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte.

E. 1.5

Das Regionalgericht hat ein Beweisverfahren durchgeführt. Der Berufungskläger kritisiert die tatsächlichen Schlüsse, welche das Gericht im angefochtenen Urteil zieht, und er bemängelt, dass einzelne Punkte nicht oder zu wenig behandelt worden seien. Darauf ist, wo nötig, im Folgenden zurück zu kommen. Schon an dieser Stelle ist aber festzuhalten, dass der Berufungskläger nicht geltend macht, das Regionalgericht habe von ihm angebotene Beweismittel zu Unrecht nicht abgenommen (mit einer Ausnahme, es ist darauf zurückzukommen). Von da her ist nicht zu erkennen, was mit einer Rückweisung der Sache "zur Vervollständigung des Sachverhaltes und zur vollständigen Beurteilung der Klage" (Berufungsantrag Ziff. 3) gewonnen wäre. Vielmehr hat das Kantonsgericht die Bewertung und Würdigung der Akten im Lichte der Beanstandungen des Berufungsklägers zu prüfen. Dazu ergibt sich was folgt: 2. Begründung und Umstände der Kündigung 2.1. Unangenehme Fragen des Berufungsklägers 2.1.1. Der Berufungskläger geht davon aus, seine wiederholten Hinweise auf eine unkorrekte oder problematische Bevorzugung einzelner Personen hätten beim Delegierten des Verwaltungsrates, F._____, Unmut ausgelöst. Weil er (der Berufungskläger) das Thema in einer Sitzung des Verwaltungsrates habe zur Sprache bringen wollen, sei ihm kurz zuvor gekündigt und sei er freigestellt worden. Die Berufungsbeklagte nennt demgegenüber als Grund für die Kündigung, dass das bisherige System mit "managing director", "chief executive officer" und Delegiertem des Verwaltungsrates zu Gunsten einer Struktur der obersten Führung mit nur zwei Personen aufgegeben worden sei. 2.1.2. Das angefochtene Urteil legt im Einzelnen dar, unter welchen Voraussetzungen die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vom Gesetz und der Rechtsprechung namentlich des Bundesgerichts als missbräuchlich beurteilt wird (E. 3). Die Darlegungen sind zutreffend und werden in der Berufung nicht in Zweifel gezogen; es kann daher zum Vermeiden von Wiederholungen darauf verwiesen werden.

E. 5

/ 22

E. 6

/ 22 Zwei Ergänzungen mögen sich rechtfertigen: (1) Sowohl das missbräuchliche Motiv beim Kündigenden als auch der innere Zusammenhang eines objektiven Umstandes mit der Kündigung sind praktisch nicht stringent beweisbar. Diese Voraussetzungen von Art. 336 OR muss die beweisbelastete Partei daher nur mit "hoher Wahrscheinlichkeit" nachweisen (BGer 4A_665/2010 v. 1.3.2011 E. 7.2 mit der Bemerkung, es handle sich um eine Art "preuve par indices"; ausführlich auch Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 16 zu Art. 336 OR). Nach der allgemeinen Regel zum Gegenbeweis ist dieser bereits gelungen, wenn der Beweisgegner die Überzeugungskraft der vom Beweisführer beigebrachten Beweismittel erheblich zu erschüttern vermag (dazu Max Guldener, Schweizerisches

Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 328). Im Bereich des Glaubhaftmachens durch den Beweis- belasteten im Sinne einer verminderten Beweishöhe bedeutet das auch entsprechend reduzierte Anforderungen an den Gegenbeweis – was freilich kaum abstrakt, sondern nur beim konkreten Abwägen der einzelnen Elemente dargestellt werden kann. (2) Bei einer Konkurrenz von zulässigen und missbräuchlichen Gründen für eine Kündigung stellt das Bundesgericht darauf ab, welcher das ausschlaggebende Motiv für die Kündigung darstellte. Auch das ist eine Tatfrage, welche zu beweisen ist. Immerhin reicht es fürs Erste, wenn der Entlassene einen Missbrauchstatbestand ausreichend glaubhaft macht, und der Kündigende muss dann aufzeigen, dass ein anderes, nicht missbräuchliches Motiv ausschlaggebend war (BGer 4A_430/2010 v. 15.11.2010 und BGer 4A_248/2007 v. 30.11.2007; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 20 zu Art. 336 OR). 2.1.3. Im Einzelnen beruft sich der Berufungskläger auf drei Vorfälle, bei welchen er nur seine Pflicht getan, damit aber den Delegierten des Verwaltungsrates F._____ verärgert habe. Er bringt dazu vor: (1) im Sommer 2018 habe F._____ ohne den Berufungskläger zu konsultieren Direktor G._____ ersucht, kostenlos ein Zimmer für eine Cousine von H._____ zu buchen. Da G._____ die Problematik solcher Gratisdienstleistungen bewusst gewesen sei (ein anderer Badrutt-Aktionär habe deswegen schon einmal eine aufwändige Sonderprüfung veranlasst), habe er sich an den Berufungskläger gewandt, welcher wiederum F._____ darauf angesprochen habe. Dieser sei darüber verärgert gewesen. (2) Im selben Sommer habe F._____ persönlich und ohne die Direktion zu informieren für zehn Tage eine Suite und ein Zimmer für den Präsidenten des Verwaltungsrates und dessen Familie gebucht. Vom Berufungskläger darauf angesprochen, habe F._____ wieder verärgert reagiert. Das Thema "ausserordentliche Entschädigungen des Verwaltungsrates" sei jeweils für die Herbstsitzung des Verwaltungsrates traktandiert worden. Im Jahre 2018 sei der Berufungskläger aber kurz zuvor freigestellt wor-

E. 7

/ 22 den. (3) Die Familie F._____ habe gratis Dienstleistungen von Hauswirtschaft und Wäscherei beansprucht, welche vom Buchhalter jährlich geprüft worden seien und jeweils einen sechsstelligen CHF-Betrag ausgemacht hätten. Der Berufungskläger habe beabsichtigt, diese Positionen vom betrieblichen Aufwand zu "Aufwendungen des VR" umzubuchen. Im Budget 2018/19 sei dies so vorgesehen gewesen. Dieses Budget sei für die Sitzung des Verwaltungsrates traktandiert worden; um Diskussionen dazu auszuweichen, sei der Berufungskläger noch zuvor freigestellt worden. 2.1.4. Das Regionalgericht erwägt dazu, die Kommunikation des Berufungsklägers mit dem Delegierten F._____ sei offenbar nicht frei von Unstimmigkeiten und Vorwürfen gewesen. Das entspreche aber den täglichen Routinen eines Kadermannes. Der Berufungskläger habe nicht aufzeigen können, dass ihm die erwähnten Gratisleistungen "ein Dorn im Auge" gewesen seien und dass sein Verhalten zur Kündigung geführt habe. Er habe sich deswegen auch nicht an den Verwaltungsrat gewendet. Einzelne von dessen Mitgliedern hätten wohl von Gratisdienstleistungen und Diskussionen darüber gewusst, aber nicht von einem Konflikt zwischen dem Berufungskläger und F._____. Darum könne dem Verwaltungsrat auch nicht vorgeworfen werden, er hätte vor der Kündigung versuchen sollen, einen solchen Konflikt aufzulösen. 2.1.5. Der Berufungskläger wendet dagegen ein, die Korrespondenz zum ersten Vorfall stütze seine Auffassung. F._____ antwortete auf seine Bedenken mit einer Darstellung der auch für ihn schwierigen Situation mit den Verwandten und Bekannten der Familie B._____, welche offenbar auch preislich unterschiedlich behandelt würden, und dass man in Zukunft solche Zimmer nur gegen Bezahlung anbieten sollte. Der

Berufungskläger bezieht sich besonders auf die Wendung "ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie mich aus dieser, für mich, undankbaren Situation befreien könnten, indem Sie (...) Herrn G._____ instruieren (...) eine Bestätigung für die #246 zu geben für E. K._____ ... kein Preis. Wie Sie das intern handhaben wollen, überlasse ich Ihnen" (RG-act. VIII/26c). Der Berufungskläger antwortete, es sei nicht recht klar, weshalb die Familie B._____ ein Zimmer gratis nutzen könne, und er möchte das unter Einbezug des Verwaltungsrates klar regeln, um die Direktion von solchen Diskussionen zu befreien (RG-act. VIII/26d). F._____ antwortete, "ich bin sehr betrübt über Ihre Antwort ... und wie wir mit einander umgehen", die Frage mit dem Zimmer 246 hätte früher thematisiert und gelöst werden sollen, insbesondere nach dem Tod von Herrn B._____. Er (F._____) sei im Spital und erwarte einen heiklen Eingriff, so dass er sich eigentlich mit dieser vergleichsweise Kleinigkeit nicht belasten möchte. "Verstehen Sie, dass ich expo-

E. 8

/ 22 niert bin und diese Arbeit nicht selber gesucht habe?". Der Berufungskläger solle bitte "den Deckel drauf" machen; "this is peanuts, wir haben andere Probleme; alles andere (re: B._____) kann (und sollte) danach, in der Zukunft, besprochen werden" (RG-act. VIII/26e). – Daraus ergibt sich zunächst, dass der verstorbene Mehrheits-Aktionär B._____ und seine Frau H._____ (die im Hotel lebten resp. gelebt hatten) mitunter ohne Bezahlung Zimmer für ihnen nahestehende Personen beanspruchten. Der Berufungskläger weist mit Recht darauf hin, dass das Management (einschliesslich des Direktors G._____: RG-act. VIII/26a und 26b) damit in einen Zwiespalt geriet, weil es für den Betrieb einen guten Ertrag generieren sollte, solche Wünsche der Eheleute B._____ aber dem zuwider liefen. Ein ernster Konflikt Berufungskläger/F._____ lässt sich daraus allerdings nicht erkennen. Die Gratis-Zimmer waren der Korrespondenz nach schon früher ein Thema und ein Problem. Nach der Darstellung des Berufungsklägers waren Sonderleistungen für Mitglieder des Verwaltungsrates in dessen jährlicher Herbstsitzung jeweils traktandiert gewesen. Dass F._____, im Spital liegend und eine Operation erwartend, auf die Kontaktnahme durch die Direktion ungehalten reagierte, ist nur menschlich, aus der Situation zu erklären und kein Indiz für eine tiefer sitzende Unstimmigkeit. Gegenteils bringt F._____ zum Ausdruck, dass auch er sich in einer schwierigen Situation befinde – wie allgemein bekannt ist und in der Presse relativ breit kommuniziert wurde, sollte oder soll er die Aktienmehrheit des Ehepaars B._____ an der Berufungsbeklagten übernehmen, was ihn gewiss zu grösster Zurückhaltung gegenüber der Witwe veranlasste. Dennoch stimmte er dem Berufungskläger ausdrücklich darin zu, dass die Sache "B._____" in Zukunft besprochen werden könne ("und sollte!"). Dass insbesondere (auch) der Verwaltungsrat als ganzes Gremium dem Berufungskläger seine Intervention übel nahm und darum die Kündigung ausgesprochen habe (so der Berufungskläger in act. A.1 S. 11 f.), wäre nicht undenkbar, lässt sich aber aus den vorhandenen Unterlagen nicht ableiten.

2.1.6. Beim zweiten Punkt (Zimmer für Angehörige des Präsidenten des Verwaltungsrates) wiederholt der Berufungskläger in der Berufung seinen Standpunkt und wirft dem Regionalgericht vor, es habe mit keinem Wort dazu Stellung genommen, obwohl es für die Kündigung zentral gewesen sei (act. A.1 S. 12 f.). Dafür trägt er vor, dass F._____ die Reservation vorgenommen und mit "Direktion" unterzeichnet habe, obschon er diese Funktion nicht mehr ausgeübt habe. Solche Leistungen seien für Mitglieder des Verwaltungsrates nicht vorgesehen und könnten zu Problemen mit den Steuerbehörden führen. Eine korrekte Protokollierung hätte auch die Revisionsstelle darüber in Kenntnis gesetzt. – Was die Unterzeichnung der Reservation mit "Direktion" statt mit "Delegierter"

mit der späteren Kün-

E. 9

/ 22 digung zu tun haben könnte, erläutert der Berufungskläger nicht und ist nicht zu erkennen. Sachlich ist es richtig, dass "andere geldwerte Leistungen" im Lohnausweis offen zu legen sind, und dass die Revisionsstelle davon Kenntnis haben muss. Auch aktienrechtlich wäre zu überlegen, ob Geschenke an einem Aktionär nahestehende Personen vom Zweck der Gesellschaft gedeckt sind (Art. 626 Ziff. 2 OR), ob es indirekte und verdeckte Tantiemen sind, resp. ob eine Rückerstattung ungerechtfertigter Bezüge (Art. 678 OR) geschuldet wäre. Der Berufungskläger nennt aber keine Belege dafür, wann er das Problem dieser konkreten Reservation gegenüber F._____ und/oder dem Verwaltungsrat thematisierte – aus dem Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates (RG-act. VIII/27) ergibt es sich nicht, und die Behauptung, er habe F._____ ein entsprechendes Mail geschrieben, vermag er nicht zu belegen. Wie vorstehend erwogen, waren solche "Sonder-Leistungen" offenbar schon früher Thema gewesen. Denkbar wäre, dass F._____, auf das Thema angesprochen, "unangenehm reagiert" hätte, und dass er (was der Berufungskläger zwar gar nicht behauptet) den Verwaltungsrat veranlasst hätte, dem Berufungskläger zu kündigen, damit die Diskussion über private Bezüge des Präsidenten nicht geführt werden musste. Aus der Sicht des Berufungsklägers steht das offenbar fest. Nach seinen eigenen Ausführungen ist es aber weder wahrscheinlich noch auch nur plausibel. 2.1.7. Beim dritten Punkt (Leistungen der Hauswirtschaft und der Wäscherei für den Delegierten F._____ und seine Familie) trägt der Berufungskläger in der Berufung vor, der "financial controller" I._____ habe darüber ein separates Konto geführt. Das mag sein (der Berufungskläger behauptet die Berufungsbeklagte bei einem entsprechenden Zugeständnis), und darum war und ist die Einvernahme I._____ als Zeuge entbehrlich. Nach dieser Behauptung des Berufungsklägers waren diese Dienstleistungen aber nicht verdeckt, sondern schienen in der Buchhaltung auf. Der Berufungskläger ist der Überzeugung, der Verwaltungsrat habe eine Diskussion darüber verhindern wollen und deshalb die Kündigung ausgesprochen. Auch dafür gibt es allerdings keine Anhaltspunkte. Wenn er glaubt, es existierten von der Berufungsbeklagten nicht edierte Mails, welche seinen Standpunkt stützten, hätte er das dem Regionalgericht vortragen und beantragen können, gegenüber der Berufungsbeklagten Art. 164 ZPO anzuwenden – wozu der Berufungsbeklagten das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen. Dass er entsprechende Einwendungen vorbrachte und das Regionalgericht darauf zu Unrecht nicht einging (was er nach Art. 310 ZPO als Verfahrensfehler rügen könnte), macht er aber nicht geltend, und in der Berufung ist er damit ausgeschlossen (Art. 317 in Verbindung mit Art. 52 ZPO).

E. 10

/ 22 2.1.8. In der Zusammenfassung zu den drei Vorfällen beanstandet der Berufungskläger, das Regionalgericht habe ihn zu Unrecht bei einer nur als Möglichkeit ausgedrückten Passage in der Replik behauptet, er habe die ausdrückliche Traktandierung der heiklen Gratisleistungen für die Sitzung des Verwaltungsrates nicht ausdrücklich verlangt (act. A.1 Rz. 21 f. und RG-act. I/3 S. 21). Dazu ist klarzustellen, dass Behauptungen bestimmt aufzustellen sind; gleichsam "mit Nichtwissen" zu behaupten ist grundsätzlich unzulässig. Darauf kommt es aber nicht an. Auch aus dieser Stelle lässt sich nicht herauslesen, dass dem Verwaltungsrat, welcher dann die Kündigung aussprach, die vom Berufungskläger behaupteten Differenzen mit dem Delegierten F._____ bekannt und

bewusst waren, und dass das und die Absicht des Berufungsklägers, die Gratisdienstleistungen zu thematisieren und zu klären, zur Kündigung führten. Sodann ist keineswegs klar, dass der zeitliche Ablauf die Behauptungen des Berufungsklägers "eine allerhöchste Wahrscheinlichkeit für das missbräuchliche Motiv als auch für den Kausalzusammenhang zwischen Motiv und Kündigung gegeben und nicht wegzudiskutieren ist". Der Berufungskläger ersetzt hier das Glaubhaftmachen durch seine subjektive Überzeugung. Tatsächlich erfolgte die Ankündigung vom 1. September 2018, der Arbeitsvertrag solle aufgelöst werden, nur zwei Tage vor der Sitzung des Verwaltungsrates am 3. September 2018. Das ist aber insofern nicht auffällig, als die Kündigung durch den Verwaltungsrat erfolgen musste, wenn eine einvernehmliche Lösung nicht zustande kam. Die vom Berufungskläger angeführten Ereignisse und Diskussionen datieren zudem nicht unmittelbar zuvor – die Punkte 1 und 2 ereigneten sich nach Darstellung des Berufungsklägers schon im Juni/Juli. Zu Punkt 3 gibt der Berufungskläger in der Berufung kein Datum an. Der zeitliche Ablauf ist kein überzeugendes Indiz für die Behauptung des Berufungsklägers, der Verwaltungsrat habe mit der Kündigung ihn als unbequemen Kritiker los werden und unangenehme Diskussionen vermeiden wollen. Bis hierher lässt sich eine Missbräuchlichkeit der Kündigung aufgrund ihres Grundes nicht erstellen.

2.2. Umstrukturierung 2.2.1. Die Berufungsbeklagte hält den Behauptungen des Berufungsklägers zur Motivation der Kündigung entgegen, sie habe erkannt, dass ihre Organisationsstruktur unnötig kompliziert gewesen sei, und sie habe sich daher entschlossen, in der obersten Führung eine Position zu streichen. Bis 2016 war der Berufungskläger "general manager" und führte alle Bereiche, F. _____ war Generaldirektor und Delegierter des Verwaltungsrates. Ab Sommer 2016 war der Berufungskläger Generaldirektor und dem neuen "general manager" G. _____ vorgesetzt. Sie führten je die Bereiche Räume, Essen und Trinken sowie Wellness (G. _____) resp. Per-

E. 11

/ 22 sonelles, Werbung, IT, Einkauf, Technisches und Buchhaltung (Berufungskläger). Ab Mai 2018 führte G. _____ alle Bereiche, blieb aber dem Berufungskläger unterstellt. Dieser hatte in Zusammenarbeit mit dem "general manager" die operative Führung inne, betreute besonders wichtige Gäste, genehmigte den Marketing-Plan und ernannte Bereichsleiter; zusammen mit dem "general manager" hatte er neue Projekte anzustossen und regelmässig interne Tagungen für innovative Ideen abzuhalten, zudem repräsentierte er die Gesellschaft nach aussen (im Einzelnen RG-act. III/1-4). Die Funktion des Berufungsklägers wurde seit seinem Ausscheiden nicht mehr besetzt (RG-act. III/9). Der Berufungskläger bestritt und bestreitet diese äusseren Umstände nicht. Er hält dagegen, dass er keine Fehler gemacht habe, welche eine Kündigung gerechtfertigt hätten. Die Berufungsbeklagte lasse auch jede nachvollziehbare Erklärung vermissen, weshalb die Umstrukturierung notwendig gewesen sei und weshalb dafür ein altgedienter Direktor kurz vor seiner Pensionierung hätte entlassen werden müssen. Das Regionalgericht geht stillschweigend davon aus, die Umstrukturierung sei der wahre und zulässige Grund für die Kündigung gewesen (Urteil S. 17 ff.).

2.2.2. Der Berufungskläger betrachtet in der Berufung nach wie vor die Umstrukturierung als vorgeschoben (act. A.1 S. 3), wogegen die Berufungsbeklagte daran festhält, die Umstrukturierung sei der Grund für die Kündigung gewesen (act. A.2 Rz. 19). Das Bundesgericht hat deutlich festgehalten, unternehmerische Entscheidungen seien der gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich entzogen. Gleichwohl ist es denkbar, dass die entsprechende Begründung nicht die wahren Motive der Kündigung wiedergibt (BGE 133 III 512 im Fall eines der Arbeitgeberin wohl

unange- nehmen Mitarbeiters, der im Rahmen einer Umstrukturierung entlassen wurde). Insofern steht die neue Organisation der Berufungsbeklagten den geltend ge- machten Ansprüchen des Berufungsklägers nicht zwingend entgegen. Immerhin ist seine Argumentation insofern geschwächt, als seine Haupt-Begründung, er ha- be sich durch loyale und pflichtgemässe Interventionen das Missfallen des Verwal- tungsrates zugezogen, vorstehend als nicht ausreichend glaubhaft erkannt wurde. Ein Zweifaches kommt hinzu. Ein Luxushotel ist gewiss kein besonders banales Unternehmen. Allerdings hält sich die Komplexität doch in Grenzen: der tägliche Betrieb folgt mehr oder weniger bekannten und klassischen Abläufen, und das Bestehen im Konkurrenzkampf er-

E. 12

/ 22 fordert nicht bedeutend mehr als in anderen Betrieben und Branchen die Pflege von Kunden- und Öffentlichkeits-Beziehungen, das möglichst vorausschauende Erkennen von Tendenzen und Nischen und das Erkennen und Ausnützen von Ef- fizienz-Gewinnen. Von da her ist es eher ungewöhnlich, dass sich die Berufungs- beklagte drei oberste Führungs-Positionen leistete. Eine dem Verwaltungsrat für das operative Geschäft verantwortliche Person im Sinne von Art. 716b OR dürfte im Fall der Berufungsbeklagten sinnvoll oder sogar erforderlich sein. Bei drei Per- sonen drängen sich aber Fragen der Notwendigkeit und der Koordination auf. Namentlich das Aufteilen der Bereiche unter zwei Personen, deren eine der ande- ren vorgesetzt war (Berufungskläger und G.____), war für die praktische Umset- zung wohl nicht glücklich. Mit der neuen Organisation ab Mai 2018 wurde der Punkt bereinigt. Damit bestand aber die Merkwürdigkeit, dass der Delegierte des Verwaltungsrates nur den Berufungskläger, dieser nur Direktor G.____ führte, und dass damit die Organisation nicht wie allgemein üblich in Form einer Pyrami- de aufgebaut war. Direktor G.____ war neu alleine für den ganzen Betrieb zu- ständig. Die noch verbleibenden Aufgaben des Berufungsklägers (RG-act. III/4) sind wohl im Ganzen notwendig, jedoch können sie auch von einem Delegierten des Verwaltungsrates wahrgenommen werden, dessen Funktion nicht selten ge- schaffen wird, um in einer stark personenbezogenen Gesellschaft einer besonders wichtigen Person die Möglichkeit ausserordentlicher Einkünfte zu verschaffen - wofür aber auch Arbeit zu leisten ist. Zum Zweiten wurde die Umstrukturierung nicht einzig im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Berufungsklägers um- gesetzt, sondern mit der Organisation ab Mai 2018 bereits eingeleitet. Auf diesem Weg erscheint es als folgerichtig, dass sich die Berufungsbeklagte vom Beru- fungskläger trennte – wenn nicht die Position von F.____ zur Disposition stand, was nach allem, was die Allgemeinheit über das Aktionariat und die entsprechen- de Nachfolgeplanung weiss, nicht anzunehmen ist. Das alles schliesse nicht aus, dass die ganze Umstrukturierung in missbräuchli- cher Weise darauf angelegt war, den Berufungskläger überflüssig werden zu las- sen und ihm zu kündigen. Völlig unmöglich und auch völlig unplausibel erscheint es nicht. Mit dem Regionalgericht ist aber festzustellen, dass es dafür kaum fass- bare Indizien und gegenteils starke Gegenargumente gibt. Im Rahmen der Abwägung der Interessen beider Seiten, namentlich auch des grundsätzlichen Rechts der Arbeitgeberin zu kündigen, wäre zu berücksichtigen, dass die Position eines leitenden Arbeitnehmers mit weitreichenden Kompetenzen und grosser Verantwortung für die Arbeitgeberin besonders wichtig ist; deren In- teressen vermögen diejenigen des Arbeitnehmers daher eher zu überwiegen als

E. 13

/ 22 im Fall eines anderen Angestellten (dazu neuestens BGer 4A_44/2021 v. 2.6.2021 E. 4.3.3 zweiter Absatz). In diesen Bereich fällt die Kritik des Berufungsklägers daran, dass sich die Berufungsbeklagte im Rahmen der Verkleinerung der oberen Führung für den ihm bisher unterstellten G. _____ entschieden hat. Ob die neu in einer Person konzentrierte Führung des Betriebes dem (lebens- und dienst-) älteren Berufungskläger oder dem jüngeren und "geschmeidigeren" G. _____ anvertraut wurde, ist ein unternehmerischer Entscheid, den das Gericht grundsätzlich nicht zu beurteilen hat. Zu dieser Interessenabwägung kommt es allerdings nicht, weil der Berufungskläger eine grundsätzlich missbräuchliche Kündigung bis hierher nicht erstellen konnte. Gleichwohl ist die Sache damit noch nicht entschieden. Vielmehr sind die Umstände der Kündigung und das Alter des Berufungsklägers näher zu betrachten: 2.3. Umstände der Kündigung 2.3.1. Der Rahmen für diese Prüfung wird vom Bundesgericht in BGer 4A_384/2014 v. 12.11.2014 E. 4.2 wie folgt abgesteckt: "Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (Urteil 4A_613/2010 vom 25. Januar 2011 E. 2 mit Hinweis). Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schoner Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; 125 III 70 E. 2b S. 73; 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f.). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen (BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117)". Nach feststehender Rechtsprechung kann auch das Lebens- und Dienstalter des Arbeitnehmers eine besondere Rücksichtnahme erfordern (dazu die aktuelle und ausgewogene Darstellung bei Nicolas Facinani/Jacqueline Brunner in AJP 2021 S. 1419 ff., insbesondere Fn. 17 und 18). 2.3.2. Im Zeitpunkt der Kündigung stand der Berufungskläger 14 Jahre im Dienst der Berufungsbeklagten, zunächst als Vizedirektor, die letzten vier Jahre als oberster leitender Angestellter. Er war 57 Jahre alt. Damit galt er auf dem Arbeitsmarkt wohl als "älterer" Bewerber. Im allgemeinen pflegt das die Chancen einer Bewerbung zu mindern. Ob das auch für den Generaldirektor eines Luxus-hotels gilt, muss offen bleiben, es wird von den Parteien nicht vertieft diskutiert. Die Praxis geht davon aus, dass ein Arbeitnehmer nach vergleichsweise langer Anstellungsdauer und in relativ fortgeschrittenem Alter besondere Rücksichtnah-

E. 14

/ 22 me erwarten darf, wenn es um die Kündigung geht. Mit den dazu in der Regel zitierten Entscheiden des Bundesgerichts (besonders BGE 132 II 155: 44 Dienstjahre, nur Monate vor der Pensionierung) ist freilich die Situation des Berufungsklägers nicht vergleichbar. Das Bundesgericht hat zwar erklärt, bei fortgeschrittenem Alter und langer Dienstzeit gelte eine erhöhte Pflicht zur Rücksichtnahme (BGer 4A_384/2014 v. 12.11.2014 E. 4.2.2). Es trat dann aber einer allgemeinen Auslegung dieses Urteils entgegen und erklärte relativierend, Alter und Dienstzeit seien nicht per se ausschlaggebend, sondern Elemente im Rahmen einer Gesamtwürdigung (BGer 4A_44/2021 v. 2.6.2021 E. 4.3.2). – Der Berufungskläger hat sich in erster Instanz nicht darauf berufen, sein Alter sei der Grund für die Kündigung gewesen. Er hat aber mehrfach auf sein Dienst-Alter hingewiesen und mit diesem Umstand das Vorgehen der Berufungsbeklagten kritisiert. Das reicht aus, dass der Punkt im Rahmen der Umstände der Kündigung zu würdigen ist (Art. 57 ZPO). Allerdings macht der Berufungskläger keine

besonderen Erschwernisse oder Nachteile der Umstände der Kündigung geltend, welche er aus dem Alter und der Dienstzeit ableitet. Diesem Punkt kommt daher keine eigenständige Bedeutung zu. 2.3.3. Der Berufungskläger macht verschiedene Elemente zum Erstellen missbräuchlicher Umstände der Kündigung geltend: Zur Besprechung vom 1. September 2018 sei er unter falschen Vorzeichen bestellt worden - die Überlegungsfrist von zuerst nur gerade einem Tag, zudem über das Wochenende, sei viel zu kurz gewesen - Telefon und Email-Adresse seien sofort gesperrt worden - es sei ihm keine Gelegenheit gegeben worden, sich im Betrieb zu verabschieden - die Freistellung habe ihn persönlich getroffen - man habe von ihm verlangt, alle Mandate ausserhalb des Betriebes abzugeben und auch seine Aktie der Gesellschaft zu verkaufen - die Berufungsbeklagte habe insbesondere die besondere Rücksichtnahme vermissen lassen, welche er aufgrund seines Lebens- und Dienstalters hätte erwarten dürfen. Die Berufungsbeklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie habe sich korrekt und sogar besonders entgegenkommend verhalten. Der Berufungskläger sei durchaus nicht "wie ein fehlbarer Mitarbeiter aus dem Betrieb entfernt" worden; auf Einzelheiten ist zurückzukommen. 2.3.4. Es trifft zu, dass die an die Mitarbeitenden und die Öffentlichkeit gerichteten Verlautbarungen der Berufungsbeklagten zum Ausscheiden des Berufungsklägers neutral gehalten sind (RG-act. III/13). Alles andere wäre angesichts der Beteuerungen der Berufungsbeklagten, es habe mit dem Berufungskläger keine ernsthaften Probleme gegeben, auch ein grober Verstoss gegen die Treue- und Fürsorge-

E. 15

/ 22 pflicht gewesen. Andererseits wird aber damit die sofortige Freistellung des Berufungsklägers kommuniziert. Dies mit dem Argument, damit die neue Organisation "schnell umgesetzt" werden könne. Was die Berufungsbeklagte damit meinte, steht naturgemäss nicht fest, erschliesst sich aber auch nicht. Auf einen unbefangenen Leser musste es merkwürdig wirken. Immerhin war der Berufungskläger während vierzehn Jahren in leitender Stellung im Betrieb tätig gewesen, die letzten Jahre in der obersten Führungs-Position. Für eine nicht eingeweihte Person war nicht verständlich, dass es in dieser Situation zwischen dem Ausscheidenden und seinem Nachfolger überhaupt nichts zu besprechen, zu klären, zu übergeben geben sollte. Eine (vielleicht auch nur kurze) Übergangszeit hätte der Erwartung nicht Eingeweihter besser entsprochen, und der abrupte Abgang musste zusammen mit der nur gerade minimal positiv formulierten Verlautbarung den Verdacht aufkommen lassen, das Arbeitsverhältnis sei gravierend gestört gewesen. Der Berufungskläger war als oberster Chef des vielleicht bekanntesten Hotels im weltberühmten D. _____ eine bekannte Figur: in der Branche, am Ort, im ganzen Engadin und auch darüber hinaus. Dass die Berufungsbeklagte, vielleicht ohne böse Absicht, den Eindruck entstehen liess, der Berufungskläger sei im Unfrieden ausgeschieden, ja er habe aus welchen Gründen auch immer entlassen werden müssen, musste den Berufungskläger schwer treffen. Die Mitteilung der Ehefrau des Berufungsklägers an ihre Mail-Kontakte (RG-act. III/14) war pointierter als die Mitteilungen der Berufungsbeklagten, ging aber einerseits nur an die von ihr ausgewählten Adressen und gab keine massgeblichen weiteren Informationen – ausser der, man habe sich unter anwaltlichen Schutz gestellt, was angesichts der Situation selbstverständlich war. Dass sie die Berufungsbeklagte damit "an den Pranger" gestellt hätte, wie die Berufungsbeklagte glaubt (act. A.2 Rz. 30), ist unhaltbar: diese selbst hatte mit ihrer Kommunikation, wie soeben ausgeführt, den Verdacht von nicht offen gelegten Problemen genährt. 2.3.5. Die Berufungsbeklagte glaubt, der Berufungskläger habe "mit seinem Verhalten" eine Verabschiedung "verhindert und

verunmöglicht" und wohl auch "keine Verabschiedung erwartet" (act. A.2 Rz. 30 unten). Dafür gibt es keine Basis. Der Berufungskläger wurde, wie er richtig ausführt, aus heiterem Himmel mit der Kündigung konfrontiert, in einem Moment, in welchem er in guten Treuen davon ausgehen musste, es solle die für zwei Tage später angesetzte Sitzung des Verwaltungsrates besprochen werden. Von irgendwelchen Problemen mit dem Personal und dem Kader spricht keine der Parteien. Eine angemessene Verabschiedung (begleitet von einer Würdigung durch ein Mitglied des Verwaltungsrates) wäre zu erwarten gewesen, und ihr Fehlen verstärkte den Eindruck, der Verwaltungsrat habe den Berufungskläger "gefeuert" oder gar "feuern müssen". Die Berufungsbe-

E. 16

/ 22 klagt glaubt, der Berufungskläger habe eine unkorrekte Reaktion auf die Kündigung gezeigt (act. A.2 a.a.O.). Abgesehen davon, dass sie das nicht konkretisiert, ist es verfehlt. Die Eröffnung der Kündigung an einem Samstag mit Überlegungsfrist bis am Sonntag war missbräuchlich und nicht nur guter Übung widersprechend. Gewiss sollte der Verwaltungsrat dann am Montag zusammentreten, und für den Fall, dass die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht zustande kommen sollte, wurde eine formelle Kündigung in Aussicht genommen. Nichts hätte aber gehindert, dem Berufungskläger den Entscheid ein paar Tage früher zu kommunizieren, damit er den Vorschlag in Ruhe hätte studieren und sich auch hätte beraten lassen können. Wenn der Berufungskläger sofort aus dem Betrieb hätte entfernt werden sollen (wofür es nach der Darstellung der Berufungsbeklagten selber keinen Grund gab), hätte man schliesslich eine andere Sprachregelung verwenden können. Der Präsident des Verwaltungsrates mag das aus Unvorsichtigkeit nicht bedacht haben, was die Berufungsbeklagte freilich um nichts entlastet (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Beim Berufungskläger musste jedenfalls der Eindruck entstehen, er solle unter grösstmöglichen Druck gesetzt werden. Auch damit verletzte die Berufungsbeklagte ihre Treue- und Fürsorgepflicht gegenüber dem Berufungskläger in erheblichem Mass. Dass der Berufungskläger dem Ansinnen der Berufungsbeklagten nicht nachkam, die ihm vorgelegte Vereinbarung gleichsam wie ein Diktat blind zu unterschreiben, und dass er eine Begründung der Kündigung wünschte, ist nicht auffällig. Die Berufungsbeklagte mag es als unfreundlich empfunden und einer ordentlichen Verabschiedung entgegenstehend empfunden haben – objektiv ist das nicht so. 2.3.6. Die übrigen Elemente sind demgegenüber weniger gravierend, wenn auch nicht bedeutungslos. Dem Berufungskläger stand ein Geschäfts-Telefon zur Verfügung, und nachdem er aus dem Betrieb ausgeschieden war, benötigte er dieses an sich nicht mehr. Der Chef eines Luxushotels muss aber immer erreichbar sein, und bei ausreichender Überlegung hätte dem Präsidenten des Verwaltungsrates oder dessen Delegiertem klar sein müssen, dass niemand ohne Not ständig zwei Telefone mit sich herumträgt, dass der Berufungskläger also auch private Kontakte mit diesem Gerät gepflegt haben dürfte – wie das selbstverständlicher Übung entspricht. Wie viele Anrufe durch das Sperren des Telefons ins Leere liefen und wie mühselig es für den Berufungskläger war, seine Daten wiederherzustellen, spielt dabei keine Rolle: das sofortige Abstellen des Telefons tangierte ihn ohne Not in seinen persönlichen Verhältnissen, nicht anders als der Umstand, dass er auch sofort keinen Zugang zu seinem Büro mehr hatte.

E. 17

/ 22 2.3.7. Die dem Berufungskläger am 1. September 2018 vorgelegte Vereinbarung sah vor, dass er per sofort seine sämtlichen Mandate "wie J._____, Flughafen-Kommission,

Kommission EW, Delegierter Familienausgleichskasse HOTELA etc." abgeben und bis Ende Monat auch seine Aktie der Berufungsbeklagten an diese verkaufen werde (RG-act. II/1). Die Idee der Berufungsbeklagten, die entsprechenden Beanstandungen des Berufungsklägers seien vom Kantonsgericht "nicht zu hören" (act. A.2 Rz. 33), erscheint im Licht von Art. 53 ZPO merkwürdig. Dass der Berufungskläger, wie er geltend macht, für einzelne solcher Mandate nicht von der Berufungsbeklagten direkt delegiert, sondern von anderen Gremien ernannt worden war, mag sein. Gleichwohl dürften sie im Wesentlichen im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die Berufungsbeklagte gestanden haben. Allerdings ist auch hier für das einigermaßen überstürzt wirkende Vorgehen kein überzeugender Grund ersichtlich. Einmal mehr: es ist davon auszugehen, die Berufungsbeklagte habe sich ohne Zerwürfnis und einzig aus organisatorisch/betrieblichen Gründen vom Berufungskläger getrennt. Dann gab es aber keinen Grund für den Berufungskläger und für Dritte erkennbaren Grund, warum diese Trennung so radikal und so plötzlich zu erfolgen hatte. Insbesondere hätte nichts dagegen gesprochen, dem Berufungskläger den Rücktritt auf die jeweiligen nächsten Versammlungen der entsprechenden Gremien nahe zu legen. Das Verlangen der Berufungsbeklagten in dieser Hinsicht wie auch bei der Rücknahme der Aktie musste auf den Berufungskläger zusätzlich demütigend wirken und bei Dritten den Eindruck verstärken, die Berufungsbeklagte habe einen nicht offen gelegten Grund, möglichst unverzüglich jegliche Verbindungen zum Berufungskläger aufzulösen. Daran ändert nichts, dass der Berufungskläger den Begehren der Berufungsbeklagten dann in der Folge offenbar nachgekommen ist. 2.3.8. Die Berufungsbeklagte glaubt, ihr Vorschlag für eine einvernehmliche Auflösung des Vertragsverhältnisses sei sehr entgegenkommend gewesen. Dem kann nicht gefolgt werden. Dass offene Ferien- und Freitage während einer Freistellung zwingend als konsumiert gelten (Vereinbarung Ziff. 4), trifft nach der Praxis so nicht zu. Ein Verzicht auf das Konkurrenzverbot (Vereinbarung Ziff. 5) war angesichts der Bestimmungen von Art. 340, 340a und 340c OR kein echtes Entgegenkommen. Der Wäschedienst war wie die Verpflegungszulage Lohnbestandteil, und das "Entgegenkommen" der Berufungsbeklagten in diesem Punkt (RG-act. III/6 Ziff. 4) war keines. Die Berufungsbeklagte hält sich zugute, dass sie dem Berufungskläger noch erhebliche Beträge für Lohn und Bonus sowie erhebliche Sozialversicherungs- und Pensionskassen-Beiträge bezahlte (act. A.2 Rz. 17). Das waren freilich vertraglich und gesetzlich geschuldete Leistungen. In der ihm vorgelegten Vereinbarung versprach die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger wohl

E. 18

/ 22 den Lohn für zwei Monate länger als nach dem Arbeitsvertrag (dazu RG-act. II/1 Ziff. 3.1 und II/2 Ziff. 7: entgegen der Darstellung der Berufungsbeklagten konnte sie aufgrund von Ziff. 7.2 anfangs September 2018 nicht mehr per Ende Jahr, sondern erst per Ende Februar 2019 kündigen). Die Vereinbarung kam aber nicht zustande, weil der Berufungskläger sie genauer hätte prüfen wollen als ihm zugestanden wurde (zur tatsächlichen Handhabung auch RG act. III/6). Mit der sofortigen Freistellung erreichte die Berufungsbeklagte sodann das nämliche wie mit einer fristlosen Kündigung, vermied aber das Risiko einer Strafzahlung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR. Dass die Berufungsbeklagte rücksichtsvoll vorgegangen sei und ihr Kündigungsrecht schonend ausgeübt habe, wie sie in der Klageantwort meint (RG-act. I.2 Rz. 29), muss auf den Berufungskläger wie ein Hohn wirken. Ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers genügt nicht, um eine Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen (BGE 133 III 512 E. 6.6; BGE 132 III

115 E. 2.3). Gleichwohl kann das Vorgehen der Arbeitgeberin so stossend sein, dass es die Treue- und Fürsorgepflicht in einem Masse verletzt, welche einem der gesetzlichen Missbrauchstatbestände gleichkommt. In diesem Sinn liegen im Fall der Parteien alles in allem Umstände vor, welche die Kündigung auf eine den einzelnen Gründen von Art. 336 OR vergleichbare Stufe stellen. Die Kündigung erweist sich daher nicht vom Grund, aber von den weiteren Umständen her als missbräuchlich. Das führt zur Gutheissung der Berufung im Grundsatz. Die Konsequenzen aus der festgestellten Missbräuchlichkeit sind nachfolgend zu diskutieren; dafür ist die Sache spruchreif (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). 2.4. Konsequenzen der missbräuchlichen Kündigung Art. 336a Abs. 2 OR gibt dem Gericht auf, eine missbräuchliche Kündigung mit einer Zahlung des Arbeitgebers von höchstens sechs Monatslöhnen zu sanktionieren. Der Berufungskläger beziffert seinen Lohn mit CHF 25'851.30. Das dürfte zu tief sein, weil er Anspruch auf einen Bruchteil des Lohns inklusive aller Leistungen hätte, welche regelmässig angefallen und rechtlich geschuldet waren, also auch auf den 13. Monatslohn, Lohnzulagen und den Bonus (zum Grundsatz Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 336a OR; zum konkret Geschuldeten und insbesondere auch zum Bonus der Vertrag RG-act. II/2). Die Bezifferung des Berufungsklägers ist aber für das Gericht verbindlich (Art. 55 ZPO). Der Rahmen für die Entschädigung geht daher bis CHF 155'107.80.

E. 19

/ 22 Der Massstab des richterlichen Ermessens führt zum Entscheid aufgrund aller Umstände "nach Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB). Dabei dürfen weder aus generalpräventiven Gründen besonders hohe Entschädigungen zugesprochen werden, noch ist grundsätzlich von einer bestimmten Quote des Maximums (etwa der Hälfte) auszugehen und der Betrag nach den Umständen zu erhöhen oder zu reduzieren. Die Praxis ist gleichwohl eher zurückhaltend, und das Maximum der sechs Monatslöhne wird nur in besonders schwerwiegenden Fällen zugesprochen, insbesondere wenn sich die Kündigung oder deren Umstände konkret besonders negativ auswirken, etwa in einer längeren Erwerbslosigkeit oder durch die Kündigung oder deren Umstände ausgelösten gesundheitlichen Problemen (eingehende Darstellung bei Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 336a OR). Besonders gravierende Nachteile der soeben beschriebenen Art macht der Berufungskläger nicht geltend. Er ist auch nicht in einer sozial oder finanziell besonders schwierigen Lage – wobei dazu sofort zu relativieren ist, dass die Strafzahlung nicht in erster Linie eine Entschädigung für die Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens ist, sondern im wesentlichen Genugtuungscharakter aufweist (wie auch die verwandte Regelung bei der fristlosen Entlassung: Art. 337c Abs. 3 gegenüber Abs. 1 OR). Zu berücksichtigen ist, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten gemäss deren eigenen Darstellung weder Anlass zur Kündigung gab noch zu deren wie dargestellt problematischen und seine Persönlichkeit verletzenden Umständen der Auflösung des Vertragsverhältnisses – und dass diese Verletzungen ohne Beeinträchtigung von Interessen der Arbeitgeberin und mit einfachen Massnahmen hätten vermieden werden können. Gleichwohl liegt (nicht zuletzt im Quervergleich zu anderen Sachverhalten) nicht ein so gravierender Fall vor, dass sich eine Strafzahlung in der Nähe des Maximums oder auch nur in der oberen Hälfte des gegebenen Rahmens rechtfertigte. Es kommt dazu, dass der Berufungskläger neben den Umständen der Kündigung auch diese an sich als kränkend empfunden haben dürfte – dafür hat er aber keine Entschädigung zugut. Alles in allem ist die Verpflichtung der Berufungsbeklagten zur Zahlung von CHF 50'000.00 angemessen. Dabei ist klarzustellen, dass damit der Anspruch des Be-

rufungsklägers auf Genugtuung abgegolten und keine weitergehende Zahlung anzuordnen ist. Da die Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR kein Lohn ist, sind darauf keine Sozial- oder andere Versicherungsbeiträge zu berechnen. So weit die Klage weiter geht, ist sie abzuweisen. Der Berufungskläger verlangt Zins zu 5% seit dem 1. April 2019. So weit erkennbar, haben sich die Parteien in beiden Instanzen damit nicht befasst. Rechtlich kann es sich nur um Verzugszins und nicht um einen vertraglichen Zins handeln

E. 20

/ 22 (Art. 104 Abs. 1 OR). Eine Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) liegt in der Anrufung der Schlichtungsbehörde vom 7. Mai 2019 (RG-act. II/1). Nach allgemeiner Regel gerät der aus unerlaubter Handlung Haftbare allerdings für eine fällige Forderung ohne Mahnung in Verzug (Corinne Widmer Lüchinger/Wolfgang Wiegand, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Band I, 7. Aufl., Basel 2020, N 11 zu Art. 102 OR). Die - krankheits- halber verlängerte - Anstellung des Berufungsklägers dauerte bis Ende März 2019. Die ihm heute zuzusprechende Entschädigung wurde jedenfalls nicht später fällig, und damit ist der verlangte Zins ausgewiesen. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen 3.1. Es sind die Kostenfolgen für beide Instanzen zu regeln (Art. 318 Abs. 3 OR). Das Regionalgericht hat die Entscheidgebühr für sein Verfahren auf CHF 10'000.00 angesetzt. Das ist nicht angefochten und bei einem Streitwert von CHF 170'000.00 zuzüglich nicht beziffertem Bonus angemessen (Art. 3 VGZ). Vor Kantonsgericht war der Bonus kein Thema mehr. Die Bearbeitung war allerdings deswegen nicht weniger aufwändig, und auch der Umstand, dass bereits eine erstinstanzliche Beurteilung vorlag, verringerte den Aufwand kaum. Immerhin war kein Beweisverfahren durchzuführen und es gab weniger Parteivorträge. Beides fiel im vorliegenden Fall allerdings nicht besonders ins Gewicht. Angemessen ist daher auch für das zweitinstanzliche Verfahren eine Gebühr von CHF 10'000.00 (Art. 9 VGZ). Die Verlegung der Kosten richtet sich nach allgemeiner Regel zunächst nach dem Obsiegen und Unterliegen. Der Berufungskläger unterlag in erster Instanz mit seinem Begehren betreffend Bonus. Allerdings verursachte das dem Regionalgericht keinen im Verhältnis zum Ganzen relevanten Aufwand (und auch der Berufungsbeklagten nicht: RG-act. I/2 Rz. 10). In der Hauptsache obsiegt der Berufungskläger nur zu knapp einem Drittel. Allerdings dringt er dem Grundsatz nach durch, indem ein Anspruch aus missbräuchlicher Kündigung bejaht wurde. Die Höhe dieses Anspruchs liegt im weiten und pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Die Kosten sind daher in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO den Parteien je hälftig aufzuerlegen. 3.2. Bei dieser Verlegung der Kosten sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, resp. es resultiert im Ergebnis keine solche aufgrund der Praxis, nicht Beträge, sondern Quoten (in beiden Instanzen gegenseitig je eine halbe Entschädigung) zu verrechnen. Ein Hinweis mag sich rechtfertigen zur Bemerkung der Berufungsbeklagten, der Berufungskläger habe ihre Kostennote in erster Instanz

E. 21

/ 22 nicht beanstandet, und darum sei er mit Einwendungen gegen deren Höhe ausgeschlossen (act. A.2 Rz. 65). Die Kosten, wozu die Parteientschädigung gehört (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden von Amtes wegen festgesetzt (Art. 105 ZPO). Das gilt auch im Verfahren mit Partei- und Dispositionsmaxime. Die Parteien können sich wohl über die Prozesskosten verständigen (Art. 109 Abs. 1 ZPO), aber der Vergleich unterliegt einer Formstrenge (Art. 241 Abs. 1 ZPO), welche durch Schweißen auf das Zustellen der gegnerischen Kostennote nicht erfüllt wird. Zudem ist es problematisch, wenn ein Anwalt in diesem Sinne

"schweigt", denn er befindet sich mindestens potentiell in einem Interessenkonflikt – im Hinblick auf seine eigene Honorarnote wird er mit Kritik an derjenigen der Rechtsvertretung der Gegenpartei zurückhaltend sein. Das Kantonsgericht fühlt sich in seiner Praxis jedenfalls an eine nicht bestrittene Honorarnote nicht gebunden.

E. 22

/ 22

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