

# **SG\_KANTONSGERICHT BZ.2007.6 vom 13. September 2002**

Sg Kantonsgericht, 2002-09-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_BZ.2007.6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_BZ.2007.6)

FR: SG\_KANTONSGERICHT BZ.2007.6 du 13 septembre 2002

IT: SG\_KANTONSGERICHT BZ.2007.6 del 13 settembre 2002

## **Regeste**

Art. 321a, 322 ff. OR (SR 220); Art. 15 ZPO (sGS 961.2); Art. 16, 26-28, 31 Abs. 1 lit. a KZG (sGS 371.1). Sachliche Unzuständigkeit des Kantonsgerichts zur Beurteilung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen und Kinderzulagen. Monatliche vorbehaltlose Auszahlungen eines Betrags im Rahmen einer üblichen Entlohnung erwecken den Anschein eines vereinbarten Festlohns. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers findet ihre Grenzen in den eigenen überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers und ihr Inhalt ist stets das Resultat einer Interessenabwägung. Keine Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht, wenn ein Arbeitnehmer zwei Wochen bevor das Arbeitsverhältnis endet damit beginnt, Mandanten, die er zu Beginn des Arbeitsverhältnisses ohne Abgeltung in seine Arbeitgeberin eingebracht hat, wieder für sich zu gewinnen (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 31. März 2009, BZ.2007.6).

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Soweit der Kläger in seiner Eingabe zum Rechtlichen (act. B38) neue tatsächliche Behauptungen aufstellt (S. 4 Ziff. 3.1: der Kläger sei zum Rückzahlungsversprechen genötigt worden; er habe erhebliche Zugeständnisse in der Hoffnung auf eine Einigung gemacht; er sei von einer Fortsetzung der Partnerschaft ausgegangen und hätte die Forderungen sukzessive problemlos erfüllen können), ohne dass er nachweist, dass die Bedingungen für eine nachträgliche Eingabe erfüllt sind, ist sie aus dem Recht zu weisen (Art. 164 ZPO). III. 1. Wie der Kläger erstinstanzlich richtig festgestellt hat, muss er, um mit seiner Klage respektive Anschlussberufung durchzudringen, beweisen, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR bestanden hat und dass ein Teil des vereinbarten Lohns nach wie vor offen ist (vi-act. 42 [Plädoyernotizen], S. 3). 2.1 Nachdem das Bestehen eines Arbeitsvertrags vor Vorinstanz und auch im ersten Schriftenwechsel des Berufungsverfahrens noch umstritten war (Klage, 4 Ziff. 4, 5 Ziff. 6; Duplik, 16 oben; vi-act. 42 [Plädoyernotizen], 3 f.; Urteil, 3 Ziff. 3a; Berufungsantwort, 5, 10 Ziff. 1; Anschlussberufungsantwort, 3), anerkannte die Beklagte in ihrer Eingabe zum Rechtlichen, dass zwischen den Parteien (auch) ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR vorlag (act. B38, 2 Ziff. 2, 3 Ziff. 7). Dieser nunmehr übereinstimmenden Einschätzung der Parteien kann sich das Kantonsgericht anschliessen. Damit anerkennt die Beklagte im Grundsatz, dass sie zur Entrichtung eines Lohnes verpflichtet ist, ist das Entgelt als Hauptleistungspflicht der Arbeitgeberin doch eines der begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsvertrags (Art. 319 Abs. 1 OR). Nachfolgend braucht deshalb nur noch darüber entschieden zu werden, welche Form der Entlohnung zwischen den Parteien verabredet worden ist. 2.2 Die Behauptungen der Parteien bezüglich ihrer Lohnabrede gehen auseinander. Der Kläger bringt vor, die Parteien hätten einen fixen

Monatslohn vereinbart (Replik, 4 f. unten; vi-act. 42 [Plädoyernotizen], 4; Berufungsantwort, 6 Ziff. 3), um damit den angestellten Firmengrüdern den Lebensunterhalt zu sichern und für die AHV und für die berufliche Vorsorge eine klare Basis zu haben (Berufungsantwort, 10 Ziff. 2.1; vgl. auch Klageantwort, 7 unten). 2.3 Die Beklagte führt aus, das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses besage noch nicht zwingend, dass ein fester Lohn vereinbart worden sei. Zu entrichten sei nach Art. 322 OR der Lohn, der verabredet sei. Das Gesetz sehe in Art. 322a und Art. 322b OR Lohnformen vor, die nicht fix seien. Im Rahmen der Vertragsfreiheit könnten weitere Lohnformen festgesetzt werden (act. B38, 2 Ziff. 3). Sodann behauptet die Beklagte, die Parteien hätten keinen Festlohn vereinbart, sondern nur Akontozahlungen (act. B38, Ziff. 4; Anschlussberufungsantwort, 4 f. Ziff. 2.1, 6 Ziff. 3; Duplik, 11 oben). Zwischen den vier Partnern sei klar gewesen, dass die Ansprüche jedes Einzelnen auf Leistungen der Beklagten (inkl. Lohnanspruch) später nach einem bestimmten Verteilschlüssel zu berechnen gewesen seien (Anschlussberufungsantwort, 3 unten). Dafür will die Beklagte Akontozahlungen geleistet haben. Ein fester Lohn sei nicht vereinbart worden, sondern die Ansprüche seien gegenüber der Beklagten kontokorrentmässig unter Berücksichtigung des bereits Bezogenen nach Ergebnis abzurechnen (Duplik, 4 unten; Berufung, 6). Unabhängig von der nach aussen kommunizierten Form hätten die Beklagte und ihre vier Verwaltungsräte ihre Ansprüche unternehmerisch und an den persönlichen Ergebnissen orientiert bemessen wollen (Anschlussberufungsantwort, 5 oben). Die vier Unternehmensgründer hätten vereinbart, dass sie Ansprüche gegenüber der Beklagten einzig nach Massgabe des Nettoertrags auf den von ihnen generierten Versicherungsportefeuilles haben sollten (Klageantwort, 6 Ziff. 3; Anschlussberufungsantwort, 5 f. Ziff. 2.3). Die Vereinbarung von alleinigen Provisionen ohne Grundlohn sei zulässig (act. B38, 3 oben). Die Beweislast, dass ein bestimmter fixer Lohn vereinbart worden sei, liege beim Kläger (act. B38, 2 Ziff. 5). 2.4 Da der Inhalt der Lohnvereinbarung unter den Prozessparteien streitig ist, ermittelt das Gericht diesen durch Auslegung (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1196; Wiegand, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., Basel 2007 [nachfolgend zitiert: BSK OR I-Autor], Art. 18 N 2). Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser nicht mehr (mit Sicherheit) feststellen, muss sich das Gericht damit begnügen, durch objektiviertere (normative) Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1200 f.; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 11 je m. w. H.). Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten ( BGE 126 III 119 neues Fenster E. 2a S. 120 mit Hinweisen). Führt auch diese Auslegung zu keinem Ziel, ist davon auszugehen, dass keine Lohnvereinbarung zustande kam. Diesfalls wäre eine übliche Entschädigung geschuldet (Art. 322 Abs. 1 OR). 2.5 Eine schriftliche Lohnvereinbarung und damit ein auszulegender schriftlicher Wortlaut liegt nicht vor. Anknüpfungspunkt der Ermittlung des Vertragsinhaltes muss damit das Verhalten der Parteien bilden. Aus dem Lohnausweis, der von C. unterzeichnet ist (kläg. act. 5), sowie dem vom Kläger selber zu Handen der Sozialversicherungsanstalt unterzeichneten Lohnausweis kann geschlossen werden, dass dem Kläger monatlich Fr.

11'600.-- (brutto) ausgerichtet wurden (beklagt. act. 42). Für das Jahr 2004 liegen Lohnabrechnungen im Recht, wonach dem Kläger monatlich ein Betrag von Fr. 12'500.-- (brutto) ausgerichtet wurde. C. und D. erhielten die gleichen Zahlungen (Anschlussberufungsantwort, 5 Mitte). Da es unüblich ist, dass Arbeitnehmer bereits erhaltenen Lohn später in einer Endabrechnung zurückzahlen müssen, wäre ein eindeutiger Vorbehalt anzubringen gewesen, wenn es sich um blosser Akontozahlungen oder Vorschüsse gehandelt hätte. Die Lohnabrechnungen weisen jedoch keinen solchen Vorbehalt auf. Die Abrechnungen erwecken damit eindeutig den Anschein, es sei ein Fixum von monatlich Fr. 12'500.-- (brutto) vereinbart worden. Der Kläger und Arbeitnehmer durfte unter diesen Umständen darauf vertrauen, es handle sich beim monatlich ausgerichteten Betrag um das definitive Entgelt für seine in diesem Zeitraum erbrachte Arbeitsleistung, zumal der unter dem Titel Lohn ausgerichtete Betrag den Rahmen einer üblichen Entlohnung nicht sprengte. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass auch C. sowie D. im Jahre 2004 monatlich den gleichen Betrag bezogen, abgeleitet werden, es sei eine Entlohnung in der genannten Grössenordnung auch in deren Selbstverständnis zumindest erwartet worden. Zur Relativierung wird zwar von der Beklagten vorgebracht, die beiden hätten diese Zahlungen bewusst als Akontozahlungen aufgefasst. Sie bringt aber nicht vor, diese hätten tatsächlich einen Teil ihres Lohnes zurückerstattet, wie dies vom Kläger nun verlangt wird. Die Beklagte kann im Übrigen auch keine Angaben zur genauen Berechnungsgrundlage machen, auf der mit den beiden Genannten ein definitiver Lohnanspruch hätte berechnet werden können, sondern ändert bei der Schilderung ihres "Bezugsrechtssystems" mehrmals die Berechnungsgrundlagen. Rechtlich ordnet sie das System als Provisionslohn ein, obwohl die Entschädigung nicht bloss umsatzabhängig ist, sondern der Arbeitnehmer auch (anteilmässig) mit den vollen Betriebskosten belastet werden soll. Im Ergebnis läuft die Berechnung darauf hinaus, dass der Arbeitnehmer als Entlohnung einen Teil des Nettobetriebsergebnisses erhält. Die Beklagte übersieht dabei, dass es nicht zulässig wäre, die Entlohnung der Arbeitnehmer vollständig vom Geschäftsergebnis abhängig zu machen. Ebenso unzulässig ist es, Arbeitnehmern Gemeinkosten der Arbeitgeberin zu übertragen und ihnen nur die Differenz zu den persönlich generierten Umsätzen auszuzahlen. Damit würde das Geschäftsrisiko vollständig auf die Arbeitnehmer verteilt, was im Rahmen eines Arbeitsvertrags unzulässig ist. 2.6 Der Vereinbarung eines Fixlohnes steht übrigens weder die Gewinn- und Verlustbeteiligung, von der zwischen den Unternehmensgründern die Rede war, noch die diskutierte Regelung von sogenannten Bezugsrechten, über die sie sich nicht definitiv einigen konnten, entgegen. Zum einen ist nicht ausgeschlossen, dass die Unternehmensgründer davon ausgingen, dass nach Auszahlung der fixen Löhne von monatlich Fr. 12'500.-- (brutto) ein Gewinn zu verteilen wäre. Gerade der Umstand, dass der Entwurf zu einem Aktionärsbindungsvertrag mögliche Dividenden erwähnte, spricht somit für ein festes Monatslohn. Es ist nämlich nicht nachvollziehbar, wie je hätte ein Gewinn anfallen können, wenn die Gesellschafter die ganzen anfallenden Einnahmen nach Abzug der Kosten unter sich als Lohn verteilt haben wollten. Jedenfalls hat es die Beklagte unterlassen, konkrete Angaben über das Verhältnis zwischen Lohn und Gewinnausschüttung zu machen. Zum anderen bedeutet auch eine allfällige Verlustbeteiligung nicht, dass unter dem Titel "Lohn" ausgerichtete Zahlungen zwingend als Akontozahlungen zu betrachten wären. Vielmehr gilt es zwischen Arbeitsverhältnis einerseits und Gesellschafterverhältnis andererseits zu unterscheiden. Dass die Unternehmensgründer unter sich geregelt haben wollten, wie viel ein jeder von ihnen aus der Beklagten beziehen darf und sich über die Gewinn- und Verlustbeteiligung

einigen wollten, ist nachvollziehbar. Ziel der gewählten Struktur war es ja gerade, die aktienrechtlichen Vorschriften über Gewinn- und Verlustabbuchung zu umgehen, beziehungsweise gewisse Bezüge direkt unter den Gesellschaftern auszugleichen. Aus diesem gesellschaftsrechtlichen Anliegen kann aber nicht geschlossen werden, der Kläger habe davon ausgehen müssen, dass ihm als arbeitsrechtliche Entlohnung monatlich Fr. 12'500.-- (brutto) auf blosses Zusehen hin ausbezahlt werden sollen, obwohl in den Lohnunterlagen keine entsprechenden Vorbehalte angebracht wurden.

2.7 Eine Auslegung des Verhaltens der Beklagten und des Klägers vor dem Hintergrund der konkreten Umstände ergibt somit, dass angenommen werden muss, als Entlohnung für die Arbeit des Klägers bei der Beklagten sei ein monatliches Fixum vereinbart worden. Daran vermag auch die vom Kläger am 5. September 2004 für das Geschäftsjahr 2003 erstellte und von allen Firmengründern am 10. September 2004 akzeptierte Tabelle, wonach er im Jahre 2003 zu viel bezogen habe, nichts zu ändern. Daraus ist zwar ersichtlich, dass die Bezüge des Klägers gemäss der damals noch übereinstimmenden Ansicht aller Firmengründer gegenüber den anderen zu hoch ausgefallen waren. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, es sei kein Fixlohn vereinbart worden beziehungsweise es sei vereinbart gewesen, solche Ungleichheiten durch Lohnrückzahlungen auszugleichen. Dies zeigt sich etwa daran, dass zur Beurteilung, ob zu viel oder zu wenig bezogen wurde, nicht bloss der ausbezahlte Lohn massgebend war. Vielmehr wurde dem Kläger persönlich weiterer Zusatzaufwand belastet, insbesondere die Kosten für das Leasing-Fahrzeug von insgesamt Fr. 23'492.10, aber auch Fr. 10'000.-- für Buchführungs- und Beratungsaufwand sowie Fr. 4'016.60 Spesen.

2.8 Der Gesamtverlust von Fr. 53'080.60 wurde im Übrigen gleichmässig auf alle Mitglieder verteilt und als "Verlustanteil in AG stehenbleibend, berechnet" bezeichnet. Auch diese Vorgehensweise lässt den Schluss zu, dass der Verlust nicht durch Rückzahlungen von Lohnkontozahlungen beseitigt werden sollte, sondern in der Beklagten stehen blieb, was einen Ausgleich auf anderer Stufe - nämlich zwischen den Gesellschaftern beziehungsweise Unternehmensgründern - impliziert. Es ist offensichtlich, dass sich die Unternehmensgründer - schon aus aktienrechtlichen Überlegungen - darüber einig werden mussten, wie der Verlust auszugleichen war. Dies hat aber keinen direkten Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger.

2.9 Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass aus dem Umstand, dass die Einzelheiten des Arbeitsverhältnisses zwischen der Beklagten einerseits und den Unternehmensgründern andererseits nie klar und verbindlich geregelt wurden und zumindest im Jahre 2003 offensichtlich Beträge ausbezahlt wurden, welche der Geschäftsgang der Beklagten nicht verkraftete, nicht gefolgert werden kann, bei den arbeitsrechtlich begründeten monatlichen Zahlungen habe es sich um blosses Akontozahlungen gehandelt. Vielmehr muss aus dem Verhalten der Parteien geschlossen werden, dass ein monatlicher Fixlohn vereinbart war, der ab 1. Januar 2004 Fr. 12'500.-- (brutto) betrug. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das Arbeitsverhältnis bis Ende 2004 dauerte und dem Kläger der Lohn der letzten drei Monate verweigert wurde, weil man ihm vorhielt, er habe bereits zu viel bezogen. Nachdem es sich nach dem Gesagten nicht um blosses Akontozahlungen im Hinblick auf eine erfolgs- beziehungsweise umsatzabhängige definitive Entlohnung handelte, schuldet die Beklagte dem Kläger noch insgesamt drei Monatslöhne à Fr. 12'500.-- (brutto). Der Kläger fordert allerdings ausdrücklich den Nettolohn plus Kinderzulagen. Die Beurteilung der Kinderzulagen fällt nicht in die Zuständigkeit der Zivilgerichte (vgl. oben E. II/1.3). Was den geforderten Nettolohn anbelangt, so sind die vom Kläger behaupteten Korrekturen des ALV- und NBU-Abzugs plausibel (kläg. act. 7;

vgl. Anmerkung 1). Die dafür angeführte Begründung, aus Versehen seien die Abzüge zuvor auf dem ganzen Lohn, anstatt auf Fr. 8'900.-- berechnet worden, ist zum einen nicht substantiiert bestritten und andererseits nicht offensichtlich falsch. Jedenfalls ist die Rückerstattung auf der Lohnabrechnung für den September 2004 ausgewiesen (kläg. act. 7). Nicht nachvollziehbar ist allerdings der im September 2004 geänderte Abzug für die berufliche Vorsorge. Im Zeitraum von Januar bis August 2004 betrug der Abzug jeweils Fr. 1'312.10, im September 2004 neu Fr. 1'339.35. Ausgegangen wird deshalb im Bereich der beruflichen Vorsorge von einem Abzug von Fr. 1'312.10, was einen monatlichen Nettolohn von Fr. 10'335.50 ergibt, beziehungsweise für drei Monate Fr. 31'006.50 (netto). Entsprechend ist die Klage in teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung im Betrag von Fr. 31'006.50 (netto) zu schützen. 3.1 Widerklageweise macht die Beklagte geltend, der Kläger habe sich ausdrücklich verpflichtet, ihr Fr. 69'444.05 zurückzuzahlen. Aus den Umständen ergebe sich, dass die Verpflichtung darüber hinausgehe. Sie habe mit dem Kläger einen Abrechnungsmodus vereinbart, der bei korrekter Berechnung einen Anspruch von Fr. 116'181.74 beziehungsweise unter Einbezug der Kontokorrentforderung Fr. 137'084.54 ergebe. Soweit der Anspruch den Unternehmensgründern C., D. und B. zustehe, sei sie gestützt auf die Abtretungserklärungen (bekl. act. 54 bis 56) zur Geltendmachung legitimiert. Letzteres ist zu bejahen. 3.2 Sollten C., D. und B. persönliche Ansprüche gegen den Kläger haben, kann die Beklagte diese vorliegend geltend machen. Gemäss Art. 81 Abs. 2 ZPO ist dem Entscheid der Sachverhalt im Urteilszeitpunkt zugrunde zu legen. Auch Veränderungen der Aktivlegitimation während des Prozesses sind zu berücksichtigen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 81 N 3). Dem Kläger ist damit insbesondere nicht zu folgen, wenn er die Ansicht vertritt, die Abtretungen hätten spätestens mit der Berufung erfolgen müssen (act. B20, S. 2). 3.3 Der Kläger, B., D. und C. bezeichneten sich verschiedentlich als Mitglieder eines Aktionärskonsortiums. Sie bildeten untereinander eine einfache Gesellschaft mit dem Zweck, ihre Geschäftstätigkeit zusammen als Teilhaber der Beklagten auszuüben (Entscheid des Handelsgerichts vom 22. Februar 2008; Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Juni 2008 E. 2.2.1). Wie das Handelsgericht in seinem Entscheid ausführte, kann der Zweck, zu welchem die einfache Gesellschaft ursprünglich abgeschlossen wurde, definitiv nicht mehr erreicht werden. Die einfache Gesellschaft besteht als Abwicklungsgesellschaft mit dem neuen und ausschliesslichen Zweck der Liquidation fort. Die Beurteilung von Ansprüchen aus einer einfachen Gesellschaft fällt nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts, weshalb das Kantonsgericht über Ansprüche der Gesellschafter entscheiden kann, soweit diese im vorliegenden Verfahren substantiiert vorgebracht werden. 3.4 Am 10. September 2004 fand eine Sitzung statt, an welcher der Kläger, B., C. und D. teilnahmen. Zum Abschluss 2003 wurde betreffend Verteilung von Gewinn und Kosten protokolliert, das Excelsheet Version 01, 05.09.2004/wf [=bekl. act. 9 = bekl. act. 52] mit den folgenden zu viel(-) / zu wenig(+) bezogen Beträgen werde grundsätzlich gutgeheissen: A. Fr. -69'444.05; B. Fr. +26'359.15; C. Fr. -3'111.80 (-4'997.85); D. Fr. -6'883.90 (-4'997.85). Weiter wurde festgehalten, bei Vorliegen der gesamten Buchhaltung (ER, Bilanz, Konti und Rechnungen) und in Kenntnis der vorgesehenen Abschlussbuchungen werde bis Ende September definitiv entschieden. Das Protokoll ist vom Kläger und den anderen drei genannten Personen unterzeichnet. Ende September 2004 fand eine Besprechung zwischen B. und dem Kläger statt. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2004 bestätigte der Kläger zu Händen von B. als Verwaltungsratspräsident der Beklagten, ausgewiesene Rückforderungen der Bezüge des Jahres 2003 aus der "XY. AG" nach definitiver Feststellung und im Einvernehmen mit den übrigen Partnern innert

drei Monaten der "XY. AG" auszugleichen (bekl. act. 11). 3.5 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Erklärung sei eine schriftliche Schuldanererkennung. Der Kläger betrachtet das Ganze sinngemäss als unverbindliche Absichtserklärung. Ausgangspunkt einer Auslegung schriftlicher Erklärungen ist der Wortlaut. Daraus ergibt sich, dass es sich nicht um reine Absichtserklärungen handelte. Im Protokoll werden die Ausführungen der beiliegenden Aufstellung "grundsätzlich gutgeheissen", was nach allgemeinem Sprachgebrauch als Genehmigung aufzufassen ist. Die Genehmigung ist als verbindlicher Beschluss über den Abschluss 2003 formuliert. Aus der Formulierung ergibt sich auch, dass es sich um einen Grundsatzentscheid handelte, über den bei Vorliegen der gesamten Buchhaltung und in Kenntnis der vorgesehenen Abschlussbuchungen definitiv entschieden werde. Dabei geht der Kläger fehl, wenn er vorbringt, bis zum definitiven Entscheid liege keine verbindliche Vereinbarung vor. Vielmehr ist die Erklärung so aufzufassen, dass die Abrechnungsmethode genehmigt wird und nur noch Änderungen berücksichtigt werden sollen, die sich aus begründeten Abschlussbuchungen ergeben. Das Protokoll stammt vom 10. September 2004 und die definitive Buchhaltung für das Jahr 2003 wurde auf Ende September 2004 erwartet. Daraus kann geschlossen werden, dass keine grossen Abweichungen mehr erwartet wurden. Dies gilt umso mehr, als im Protokoll absolute Zahlen verwendet wurden, womit jeder der Unterzeichner über die Grössenordnung der Beträge informiert war und sich durch seine Unterschrift grundsätzlich damit einverstanden erklärte. 3.6 In seiner Erklärung vom 1. Oktober 2004 äusserte sich der Kläger zu zwei Punkten, die im Protokoll offen gelassen wurden. Zum einen schlug er eine Frist von drei Monaten vor, innert derer er den Betrag auszugleichen gedachte. Zum anderen stellte er fest, dass er an die Beklagte zahle und nicht etwa persönlich an C., B. sowie D. Soweit der Kläger seine Formulierung, er werde im Einvernehmen mit den übrigen Partnern zahlen, als dahingehenden Vorbehalt verstanden haben will, er sei nur leistungsbereit, wenn man sich über die Fortsetzung der Zusammenarbeit einig, so kommt der Erklärung keine Bedeutung zu. Wie gesehen, hat man sich bereits am 10. September 2009 darüber geeinigt, nach welchen Modalitäten abzurechnen, wie viel geschuldet sei und welche Änderungen noch berücksichtigt werden können. Der Kläger konnte somit seine Verpflichtung nicht mehr von neuen Bedingungen abhängig machen. 3.7 Die Parteien machen unklare Ausführungen dazu, wie der Beschluss an der Sitzung vom 10. September 2004 rechtlich einzuordnen ist. Geht man davon aus, dass es sich um Lohnverhandlungen handelte, an der ein Beschluss über die definitiven Lohnabrechnungen hätte gefällt werden sollen, wäre es eine Sitzung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gewesen. Gemäss dieser Konstruktion hätten der Kläger und B. einerseits in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer an der Sitzung teilgenommen, aber andererseits auch als Verwaltungsräte die Arbeitgeberin vertreten. Nach dem vorne zur Lohnvereinbarung Gesagten ist diese Konstruktion abzulehnen. Dies gilt umso mehr, als das Protokoll keinen Hinweis darauf enthält, man habe über Lohnansprüche oder arbeitsvertragliche Forderungen gesprochen. Eine zweite Möglichkeit wäre, dass es sich um eine Verwaltungsratssitzung oder gar eine Generalversammlung der Aktionäre gehandelt hätte. Für diese Ansicht spricht, dass alle Verwaltungsräte und Mitglieder des Aktionärskonsortiums anwesend waren. Das Protokoll trägt zudem das Logo und die Firmenbezeichnung der Beklagten. Jedoch vermag auch diese rechtliche Einordnung nicht zu überzeugen. Gegen die rechtliche Qualifikation als Verwaltungsratssitzung oder Generalversammlung spricht zum einen, dass sich im Protokoll kein Hinweis auf den Verwaltungsrat oder eine Generalversammlung findet. Zum anderen findet sich auch bei den Unterschriften der Anwesenden kein Hinweis auf ihre

Funktion als Verwaltungsräte der Beklagten. Im Übrigen ist aus dem Protokoll ersichtlich, dass nicht Angelegenheiten der Beklagten oder Verwaltungsratsgeschäfte besprochen wurden. Vielmehr wurde das Verhältnis der Unternehmensgründer unter sich thematisiert, namentlich der geplante Aktionärsbindungsvertrag. Damit liegt es auch auf der Hand, die Sitzung als Versammlung der Mitglieder des Aktionärskonsortiums zu qualifizieren. Für die rechtliche Einordnung als Sitzung des Aktionärskonsortiums spricht weiter das Umfeld, in dem die Sitzung stattfand. Aus dem Protokoll (inkl. Excel-Tabelle) ergibt sich, dass die Gesellschafter nach Vorliegen des provisorischen Jahresabschlusses 2003 der Beklagten der Meinung waren, der Kläger habe von der Beklagten zu stark profitiert, weshalb ein Ausgleich erfolgen müsse. Zudem war bekannt, dass die Beklagte im Jahre 2003 zu hohe Auslagen hatte und eine Überschuldung drohte. Die Mitglieder des Aktionärskonsortiums mussten sich somit darüber einig werden, ob neue Mittel in die Beklagte eingebracht werden sollten und wer diese zu leisten hatte. Vor diesem Hintergrund ist der in Ziffer 1 des Protokolls gefasste Beschluss zu sehen. Der Umstand, dass die Beklagte dringend Geld brauchte, kann erklären, warum der Kläger später eine Zahlung an die Beklagte und nicht etwa an die Mitglieder des Aktionärskonsortiums in Aussicht stellte. Nachdem B., D. und C. ihre persönlichen Ansprüche an die Beklagte abgetreten haben, kann offen bleiben, ob der Beklagten an der Sitzung des Aktionärskonsortiums bezüglich der verbindlich festgelegten Ausgleichsansprüche ein Klagerecht eingeräumt werden sollte.

3.8 Sinngemäss bringt die Beklagte vor, die Abschlussbuchungen für das Geschäftsjahr 2003, die im Beschluss vom 10. September 2004 ausdrücklich vorbehalten worden seien, hätten ergeben, dass der Kläger nicht Fr. 69'444.05, sondern Fr. 137'084.54 zu bezahlen habe. Dies vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil nach dem Gesagten damit die Einigung an sich in Frage gestellt wäre. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Teilnehmer das Protokoll unter dem Vorbehalt unterschrieben, dass sich die Ausgleichszahlungen in den erwähnten Grössenordnungen halten. Die behauptete Abweichung sprengt diesen Rahmen bei weitem. Zudem ergibt ein Vergleich der an der Sitzung vom 10. September 2004 genehmigten provisorischen Zusammenstellung einerseits und der von der Beklagten als definitiv bezeichneten Zusammenstellung andererseits, dass nicht bloss vorbehaltene Abschlussbuchungen vorgenommen wurden. Vielmehr wurden bereits genehmigte Buchungen geändert. Dies wird etwa durch den Kommentar in bekl. act. 53 Fussnote 3 deutlich, wonach der Kläger mit Umbuchungen abgestraft werden soll, weil eine bisherige Goodwill-Lösung - die an der Sitzung vom 10. September 2004 genehmigt wurde - nach der Uneinsichtigkeit des Klägers fallen gelassen werde. Es ist offensichtlich, dass es sich hierbei nicht um eine blosser Abschlussbuchung handelt, wie sie am 10. September 2004 vorbehalten wurden. Zudem wurden die Gemeinkosten nicht mehr auf alle vier Mitglieder des Aktionärskonsortiums verteilt, sondern nur noch auf B. und den Kläger. Auch dies im klaren Widerspruch zum früher protokollierten Beschluss.

3.8.1 Geht man davon aus, dass sich die Mitglieder des Aktionärskonsortiums an der Sitzung vom 10. September 2004 über die Ausgleichszahlungen geeinigt haben, so sind die im Protokoll genannten Zahlen grundsätzlich bindend. Es steht nur noch der im Vorbehalt begründete Einwand offen, die notwendigen Abschlussbuchungen würden das Resultat verändern. Der Kläger unterliess es, substantiiert darzulegen, welche Abschlussbuchungen seine anerkannte Verpflichtung mindern würden. Die Beklagte hat ihrerseits eine detaillierte Liste eingereicht, mit der sie zu belegen versucht, warum sich die Forderung erhöhen soll. Die einzelnen Buchungen brauchen allerdings nicht vertieft geprüft zu werden. Soweit Umbuchungen vorgenommen wurden, namentlich der Kläger persönlich mit weiteren Ausgaben belastet werden soll, die

zuvor als Gemeinkosten der Beklagten verbucht waren, widerspricht dieses Vorgehen dem bereits gefällten Beschluss. Dies gilt etwa für das von der Beklagten kritisierte Sponsoring, welches sie dem Kläger nun persönlich belasten will. Im Übrigen vermag auch der Umstand, dass dabei der Kläger persönlich genannt wird, nicht zu begründen, dass dieser die Kosten persönlich zu tragen hätte. Die Unternehmensgründer brachten die Erlöse aus den akquirierten Kundenbeziehungen in die Beklagte ein, weshalb es auch ihnen überlassen bleiben musste, ob sie es für geeigneter hielten, bei der Kundenwerbung ihren Namen oder denjenigen der Beklagten in den Vordergrund zu stellen. Dies umso mehr, als stets betont wurde, dass die persönliche Betreuung des Kundenstammes wichtig sei und intern die Kunden beziehungsweise deren Courtagen jedem Einzelnen zugeordnet wurden. Auch der Lohn ist nach dem vorne Gesagten als Fixlohn zu betrachten und damit nicht mehr veränderlich. In Betracht fallen somit nur noch die ausdrücklich vorbehaltenen Abschlussbuchungen und noch nicht bekannte, das heisst im Vergleich zum 10. September 2004 neue Aufwendungen, namentlich die betragsmässig am stärksten ins Gewicht fallenden Abschreibungen von Fr. 32'000.--. Bei den Abschreibungen handelt sich unzweifelhaft um Gemeinkosten.

3.8.2 Ob die Buchungen, welche die Gemeinkosten betreffen, namentlich die Abschreibungen, in korrekter Höhe erfolgt sind, braucht nicht beurteilt zu werden. Beim beschlossenen Ausgleichsmechanismus wirkt sich eine Erhöhung der Gemeinkosten nämlich nicht auf den Ausgleichsanspruch der einzelnen Mitglieder der einfachen Gesellschaft aus. Aus der am 10. September 2004 genehmigten Aufstellung ist ersichtlich, dass zuerst berechnet wurde, wie viel jeder der Gesellschafter zu viel beziehungsweise zu wenig von der Beklagten bezogen hat. Die Summe dieser Beträge ergibt den provisorische Gesamtverlust von Fr. 53'080.60 (bekl. act. 9, drittunterste Zeile). Dieser Gesamtverlust wurde in der Folge zu je einem Viertel auf die einzelnen Mitglieder verteilt, wobei festgehalten ist, dass dieser Verlust in der Beklagten stehen bleibe (bekl. act. 9, zweitunterste Zeile). Zwischen den Gesellschaftern ist danach derjenige Teil auszugleichen, den sie über ihren rechnerischen Anteil von 25 % des Gesamtverlustes zu viel bezogen hatten. Diejenigen, die zu wenig bezogen hatten, erhielten zusätzlich ihren Verlustanteil ausgeglichen. Gemäss dieser Aufstellung hatte der Kläger an seine Mitgesellschafter insgesamt Fr. 56'173.95 auszugleichen. Davon erhielt B. Fr. 39'629.35, C. Fr. 10'158.40 und D. Fr. 6'386.30 (bekl. act. 9, letzte Zeile). Erhöhen sich nun durch die im Protokoll ausdrücklich vorbehaltenen Abschlussbuchungen bloss die Gesamtkosten, wovon aufgrund der im Recht liegenden Aufstellung der Beklagten auszugehen ist, so verändert dies die Differenz zwischen den einzelnen Gesellschaftern nicht. Vielmehr erhöht sich bloss der Gesamtverlust, von dem wiederum jeder der Gesellschafter einen Viertel als in der Beklagten stehenbleibend zu tragen hat.

3.8.3 Die Aufstellung widerspricht im Übrigen auch der Darstellung der Beklagten, wonach der Kläger anerkannt habe, den aus der Beklagten zu viel bezogenen Betrag von Fr. 69'444.05 zurückzuerstatten. Vielmehr ergibt sich aus der Aufstellung eindeutig, dass zwischen den Mitgliedern des Aktionärskonsortiums als einfacher Gesellschaft nur ausgeglichen werden sollte, was der Kläger über seinen rechnerischen Verlustanteil von 25 % des Gesamtverlustes hinaus zu viel bezogen hatte. In diese Richtung deutet im Übrigen auch seine Erklärung vom 1. Oktober 2004. Darin stellt der Kläger nicht etwa in Aussicht, den zu viel bezogenen Betrag zurückzuzahlen. Vielmehr wird bestätigt, ausgewiesene Rückforderungen im Einvernehmen mit den übrigen Partnern auszugleichen. Die Erklärung bezieht sich damit auf den Betrag, der gemäss Aufstellung (bekl. act. 10) ausgeglichen werden sollte. Daran ändert auch nichts, dass gemäss dieser Erklärung die Ausgleichung an die Beklagte erfolgen

sollte. Unter den gegebenen Umständen, die Beklagte hatte ein schlechtes Jahresergebnis auszuweisen und war auf neue Mittel angewiesen, erschiene es jedenfalls sinnvoll, dass die Mittel aus den persönlichen Ausgleichsansprüchen von C., D. und B. der Beklagten zugeführt werden. 3.9 Damit kann festgehalten werden, dass sich der Kläger in der Sitzung vom 10. September 2008 verpflichtet hatte, seinen Mitgesellchaftern den Betrag von Fr. 56'173.95 auszugleichen. In diesem Betrag ist die Widerklage in teilweiser Gutheissung der Berufung zu schützen. Die von der Beklagten behaupteten Umbuchungen und Abschlussbuchungen wirken sich auf das Ergebnis nicht aus. Sie sind entweder vor dem Hintergrund der damaligen Einigung unzulässig oder betreffen Gemeinkosten, die gleichmässig unter den Gesellchaftern zu verteilen und demnach ohne Einfluss auf die auszugleichende Differenz sind. 4.1 Für das Jahr 2004 fordert die Beklagte vom Kläger insgesamt Fr. 51'947.07 als zu viel bezogenen Betrag sowie die Rückerstattung einer Rechnung der Garage K. vom 13. Oktober 2004 von Fr. 4'478.30. 4.2 Was die Rückforderung des nach Ansicht der Beklagten zu viel bezogenen Betrages betrifft, so fehlt es dafür an einer vom Kantonsgericht zu beurteilenden Grundlage. Eine Vereinbarung zwischen den Mitgliedern des Aktionärskonsortiums, wie sie für das Jahr 2003 getroffen wurde, liegt nicht vor. Vielmehr konnten sich die Geschäftspartner nicht mehr auf die Einzelheiten ihrer Zusammenarbeit einigen und die einfache Gesellschaft befindet sich seit September 2004 im Stadium der Liquidation. Sämtliche Versuche, das Verhältnis unter den Mitgliedern des Aktionärskonsortiums in einer Vereinbarung zu regeln, scheiterten. Damit kann nicht mehr als bewiesen gelten, dass sich die Gesellchafter darüber einig waren, Bezüge aus der Beklagten seien auch im Jahr 2004 zwischen den Gesellchaftern auszugleichen. Allenfalls mögen gemeinsame vage Vorstellungen bestanden haben. Solche vagen Vorstellungen vermögen aber keine vertragliche Bindung zu begründen. Der Kläger gab jedenfalls nie eine dahingehende verbindliche Erklärung ab, er sei bereit, auch für das Jahr 2004 eine Ausgleichsberechnung zu akzeptieren. Das am 10. September 2004 unterschriebene Protokoll ist jedenfalls klar auf das Jahr 2003 beschränkt. Dies gilt auch für die Erklärung vom 1. Oktober 2004. Die restlichen drei Mitglieder des Aktionärskonsortiums gingen in ihrem Faxschreiben vom 28. Oktober 2004 ebenfalls davon aus, es sei keine vertragliche Vereinbarung zustande gekommen (kläg. act. 25, Einleitung zu Ziff. 1.2). Der für das Jahr 2003 beschlossene Abrechnungsmechanismus kann somit nicht als Einigung für die zukünftigen Rechnungsabschlüsse betrachtet werden. Eine arbeitsrechtliche Anspruchsgrundlage ist auch nicht ersichtlich. Im Arbeitsvertrag des Klägers wurde weder geregelt, welche Auslagen auf Kosten der Beklagten er generieren dürfe, noch wie dies unter den Geschäftspartnern auszugleichen ist. Vielmehr wurde dies jeweils auf Stufe des Aktionärskonsortiums unter den gleichberechtigten Geschäftspartnern besprochen. Ein Subordinationsverhältnis, wie dies für die Stellung eines Arbeitnehmers vertragstypisch ist, ist zudem in der Art, wie zwischen den Geschäftspartnern in dieser umstrittenen Frage Lösungen gesucht wurden, nicht auszumachen. Eine Überwälzung von Aufwand des Arbeitgebers zu Lasten des Arbeitnehmers wäre im Übrigen auch mit dem Wesen eines Arbeitsvertrags nicht zu vereinbaren. Ob allenfalls aktienrechtliche (Verantwortlichkeits-)Ansprüche gegen den Kläger in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der Beklagten bestehen, wie die Beklagte noch vor Vorinstanz mit ihrem Hinweis auf Art. 717 OR zu begründen versuchte (Klageantwort, 19), kann dahingestellt bleiben. Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen fallen in die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts. 4.3 Zur Rechnung der Garage K. über Fr. 4'478.30 führte die Beklagte vor der Vorinstanz noch aus, das Fahrzeug sei auf sie eingelöst gewesen

(Duplik, 14 Mitte). In der Berufung stellt sie sich nun auf den Standpunkt, das Fahrzeug sei am 31. Dezember 2003 ausgebucht worden und somit im Jahr 2004 nicht mehr in ihrem Eigentum gewesen. Die Rechnung für den Service sei deswegen vom Kläger zu begleichen (Berufung, 19). Die Rechnung sei denn auch zuerst direkt dem Kläger zugestellt worden und erst nachdem dieser nicht bezahlt habe, sei die Rechnung von der Beklagten zur Vermeidung einer längeren Auseinandersetzung mit der Garage K. bezahlt worden (Berufung, 20 oben). Der Kläger vertritt demgegenüber die Ansicht, ihm sei gemäss Lohnausweis ein Geschäftswagen zur Verfügung gestellt worden. Die Servicerechnung für einen Geschäftswagen gehöre zu den notwendigen geschäftsmässig begründeten Aufwendungen der Beklagten (Berufungsantwort, 9 unten).

4.4 Aus dem Umstand, dass die Beklagte das Fahrzeug (nachträglich) aus ihrer Bilanz ausgebucht hat, kann für die vorliegende Forderung nichts abgeleitet werden. Fest steht jedenfalls, dass die Beklagte als Halterin des Fahrzeugs im Fahrzeugausweis eingetragen war (vgl. Klageantwort, 12 oben, 18 lit. c; bekl. act. 13). Der Rechnung ist zudem zu entnehmen, die Beklagte sei Auftraggeberin gewesen (bekl. act. 13). Da der Kläger am Datum der Auftragserteilung, dem 4. Oktober 2004, nach wie vor einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat war, konnte er die Beklagte weiterhin verpflichten. Welche Kosten der Beklagten als geschäftlicher Aufwand belastet werden beziehungsweise in welchem Umfang der Kläger die Beklagte verpflichten durfte, ist nicht eine arbeitsrechtliche Frage, sondern vielmehr eine vom Verwaltungsrat zu entscheidende gesellschaftsrechtliche. Die Zeichnungsberechtigung erhielt der Kläger nämlich in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat und nicht als Arbeitnehmer. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern der Beklagten aus der Bezahlung der Rechnung ein arbeitsvertraglicher Rückerstattungsanspruch gegenüber dem Kläger entstanden sein könnte. Sollte die Beklagte die Ansicht vertreten, der Kläger habe den Auftrag zum Service des Fahrzeugs unberechtigterweise in ihrem Namen abgeschlossen, so ist dies eine Frage der Verantwortlichkeit (Art. 754 OR). Für die Beurteilung solcher Ansprüche ist das Kantonsgericht wie gesehen sachlich nicht zuständig.

4.5 Die Forderung "Nachbelastung Anteil an allgemeinen Personalkosten des Berufungsbeklagten" über Fr. 5'000.-- (Berufung, 13) wird in der Berufung nicht weiter begründet. In der Klageantwort wurde ausgeführt, es seien dem Kläger irrtümlich zu wenig "Lohnanteile allgemein" belastet worden. Wie gesehen können dem Kläger weder aus Arbeitsvertrag noch aus der einfachen Gesellschaft Aufwendungen der Beklagten für das Jahr 2004 belastet werden.

4.6 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der von der Beklagten für das Jahr 2004 widerklageweise geltend gemachte Anspruch abzuweisen ist.

5.1 Die Beklagte verlangt vom Kläger Fr. 76'453.75 für die "widerrechtliche Übertragung von Mandanten und entsprechend entgangenen Courtagen" (Berufung, 20 Ziff. 3) respektive für "widerrechtlich entzogene und entgangene Courtagen" (Berufung, 27 Ziff. 3.4). Richtigerweise macht die Beklagte diese Forderung nur (noch) unter dem Titel des Arbeitsvertrags geltend, nicht jedoch aus der Eigenschaft des Klägers als Verwaltungsrat der Beklagten (act. B38, S. 2 Ziff. 2, S. 3 Ziff. 7). Letztere Forderung würde nicht in die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts fallen. Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe gemäss Art. 321a OR die berechtigten Interessen der Beklagten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bis Ende Dezember 2004 wahren müssen. Er habe diese Treuepflicht verletzt, indem er Arbeit für einen Dritten geleistet habe und die Beklagte konkurriert habe. Der Kläger habe während seines Arbeitsverhältnisses Mandate und damit Einnahmen der Beklagten "abgezügelt", woraus sich ein vertraglicher Schadenersatzanspruch ergebe (act. B38, S. 2 Ziff. 2, S. 3 Ziff. 7). Die Beklagte macht

richtigerweise nur die für Januar 2005 entgangenen Courtagen als Schadenersatz geltend (vgl. Berufung, 28). Ab Januar 2005 bestand nämlich auch nach Ansicht der Beklagten keine arbeitsvertragliche Pflicht von Seiten des Klägers mehr, ihr keine Kunden abzuwerben. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Kunden, für deren entgangenes Prämienvolumen im Januar 2005 die Beklagte vorliegend Schadenersatz verlangt, ohnehin im Januar 2005 mit dem Kläger respektive der Versicherungs-Treuhand GmbH einen Vertrag abgeschlossen hätten und nachfolgende Courtagen nicht mehr der Beklagten zugekommen wären. Courtagen, welche ab Februar 2005 generiert worden sind, stellen bei der Beklagten von vornherein keinen Schaden dar, der vom Kläger zu ersetzen wäre. Die dreimonatige Kündigungsfrist gemäss den Mandatsvereinbarungen der Beklagten (vgl. von der Beklagten ins Recht gelegte Blanko-Mandatsvereinbarungen bekl. act. 48 Register 1 Bl 2 bis 5) band jedenfalls höchstens die Kunden der Beklagten und Schäden aus allfälligen Vertragsverletzungen wären direkt bei diesen einzufordern.

5.2 Die Beklagte hat grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz (Art. 321e OR), wenn der Kläger seine arbeitsrechtliche Treuepflicht schuldhaft verletzt und daraus ein adäquat kausaler Schaden entsteht. Das Verschulden des Arbeitnehmers wird vermutet; er kann im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR den Nachweis erbringen, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt (BSK OR I-Portmann, Art. 321e N 1; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 321e N 4, Art. 321a N 3; Rehbindler, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 321e N 12, 17; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 321e N 3, 20 f., 32; Müller, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, in: ArbR 2006 13 ff., S. 17 f.; Geiser, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Basler Diss., Bern 1983, 113). Indem der Kläger ausführt, er habe die von ihm unentgeltlich in die Beklagte eingebrachten Mandanten nicht vor dem 15. Dezember [2004] über sein Ausscheiden aus der Beklagten orientiert, und die Ansicht vertritt, er dürfe "nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln diese seine Mandanten" weiter betreuen, macht er implizit geltend, er habe durch sein Vorgehen die ihm arbeitsrechtlich obliegende Treuepflicht nicht verletzt (Berufungsantwort, 9 Mitte; vi-act. 42 [Plädoyernotizen], 8 oben; Replik, 16 f. unten). Darauf ist vorab einzugehen.

5.3 Das Abwerben von Kunden der Arbeitgeberin verletzt grundsätzlich die arbeitsvertragliche Treuepflicht des Art. 321a OR (BSK OR I-Portmann, Art. 321a N 6; Streiff/ von Kaenel, Art. 321a N 4 Ziff. 3, N 7 Fallgruppe 3; Rehbindler, Art. 321a N 3; Staehelin, Art. 321a N 39). Dasselbe gilt für das die Arbeitgeberin konkurrierende Tätigwerden für einen Dritten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (BSK OR I-Portmann, Art. 321a N 9, 20; Streiff/von Kaenel, Art. 321a N 4 Ziff. 6; Rehbindler, Art. 321a N 5, 12; Staehelin, Art. 321a N 13; Geiser, 189 ff.). Die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist keine unbegrenzte. Sie findet ihre Grenzen in den eigenen überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers und ihr Inhalt ist stets das Resultat einer Interessenabwägung (BSK OR I-Portmann, Art. 321a N 17; Streiff/von Kaenel, Art. 321a N 2 S. 125; Rehbindler, Art. 321a N 9; Staehelin, Art. 321a N 8). Vorliegend steht fest, dass der Kläger noch während der Dauer des Arbeitsvertrags damit begann, Mandanten von der Beklagten abzuwerben. Er hat die Beklagte also, während er noch für diese angestellt war, konkurriert beziehungsweise ihr Mandanten abgeworben. Die arbeitsvertragliche Treuepflicht hat grundsätzlich jedenfalls bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Bestand (Geiser, 101). Unwidersprochen blieb die Behauptung des Klägers, er habe sich nur an "seinen Mandantenstamm" gewendet, den er unentgeltlich in die Beklagte eingebracht habe (Replik, 16 f. unten; Duplik, 17). Schon allein der Umstand, dass der

Kläger nur Mandanten abgeworben hat, die er als Mitglied des Aktionärskonsortiums unentgeltlich und im Hinblick auf eine gemeinsame Geschäftstätigkeit in die Beklagte eingebracht hatte, spricht gegen eine Treupflichtverletzung seinerseits (vgl. auch das bei Aubert, Quatre Cents Arrêts sur le Contrat de Travail, Lausanne 1984, Nr. 65, zusammengefasste Urteil, wonach die Mitteilung einer Coiffeuse an Freunde und Kunden, die sie schon vor Annahme der Stelle besass, dass sie eine neue Stelle antrete, unbedenklich sei; Streiff/von Kaenel, Art. 321a N 7 S. 132 unten). Für den Aufbau dieses Mandantenstamms sind der Beklagten keinerlei Kosten entstanden und sie hat die Einbringung auch nicht abgegolten. Die Versicherungsnehmer scheinen denn auch nur formell Kunden der Beklagten gewesen zu sein, die Betreuung erfolgte nach wie vor durch ihre (bisherigen) Berater. Der einzige Grund, warum die Versicherungsnehmer Mandanten der Beklagten waren, ist, dass sie von ihren bisherigen Beratern in diese eingebracht worden waren. Die viel stärkere Beziehung hatten sie jedoch (nach wie vor) zum einzelnen Berater, zu dem sie ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hatten. Aus der Tatsache, dass der Kläger bisher von ihm betreute Kunden in die Beklagte einbrachte, ohne dafür entschädigt zu werden, und er diese Kunden weiterhin betreute, muss geschlossen werden, dass keine Treupflichtverletzung seinerseits vorliegt, wenn er zwei Wochen, bevor sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten beendet war, damit begann, diese Mandanten weiter/wieder für sich zu gewinnen. Kommt hinzu, dass sich der Kläger, B., C. und D. auf der Ebene der einfachen Gesellschaft einig waren, dass ein ausscheidender Gesellschafter seinen Mandantenstamm wieder selber betreuen kann. Die Entwürfe für einen Gesellschaftsvertrag respektive Aktionärsbindungsvertrag sprechen diesbezüglich eine deutliche Sprache. Bei der vorliegenden Konstellation kann ausserdem berücksichtigt werden, dass, falls der Kläger, B., C. und D. ihren Mandantenstamm in die einfache Gesellschaft eingebracht hätten, sie diesen im Rahmen der Liquidation wieder hätten zurücknehmen dürfen, da davon auszugehen wäre, dass der Mandantenstamm bloss zum Gebrauch (quoad usum) hätte eingebracht werden sollen. Für die Erfüllung des Gesellschaftszwecks des Konsortiums war es nicht notwendig, dass dieses ein absolut geschütztes Recht am Kundenstamm erhielt. Vielmehr genügte es, wenn die Erträge aus dem Kundenstamm in die gemeinsame Geschäftstätigkeit einflossen. 5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger unter den gegebenen besonderen Umständen seine arbeitsrechtliche Treupflicht gegenüber der Beklagten nicht verletzt hat, wenn er bereits rund zwei Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses damit begonnen hat, die von ihm unentgeltlich in die Beklagte eingebrachten Mandanten wieder für sich zu gewinnen. Daran ändert auch nichts, dass er gleichzeitig noch Verwaltungsrat der Beklagten war. Steht eine Verletzung der Treupflicht eines in einem schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis stehenden Organs zur Diskussion, ist getrennt zu prüfen, ob die Treupflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) und des Verwaltungsratsmitglieds (Art. 717 OR) verletzt ist (BGE 130 III 213 E. 2.1 S. 217). Da im vorliegenden Verfahren wie gesehen die organrechtliche Treupflicht nicht zu beurteilen ist, ist auch die Stellung des Klägers innerhalb der Aktiengesellschaft nicht von Bedeutung. 5.5 Der Kläger schuldet somit der Beklagten bereits mangels Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Treupflicht keinen Schadenersatz aus ihr entgangenen Courtageeinnahmen im Januar 2005. Berufung und Widerklage erweisen sich in diesem Punkt als unbegründet und sind abzuweisen. 6.1 Zusammenfassend ist die Widerklage in teilweiser Gutheissung der Berufung im Betrag von Fr. 56'173.95 zu schützen und im Mehrbetrag abzuweisen. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit Fr. 31'006.50 und der Kläger hat der Beklagten Fr. 56'173.95 zu bezahlen. Da

keine Partei im Prozess eine Verrechnungserklärung abgegeben hat (die Beklagte machte ihre Forderung nicht einredeweise, sondern widerklageweise geltend) und zwei sich gegenüberstehende Forderungen nicht von Gesetzes wegen miteinander verrechnet werden, ist mit dem vorliegenden Urteil jeder Partei der ihr von der anderen Partei geschuldete Betrag zuzusprechen. 6.2 Der Kläger fordert eine Verzinsung seiner arbeitsrechtlichen Lohnforderung ab 1. Januar 2005. Endet das Arbeitsverhältnis infolge Kündigung, ist zum Eintritt des Verzugs keine Mahnung erforderlich. Die Verzinsung als Verzugsfolge setzt bei der Beendigung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses durch Kündigung mit dem Ablauf der Kündigungsfrist ein, bei der fristlosen Kündigung mit der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 102 Abs. 2 OR; Entscheid des Bundesgerichts 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005 E. 2.3; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 331-355 OR, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 339 N 12; Rehbinder, Art. 323 N 24; Rehbinder, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 339 N 1; Streiff/von Kaenel, Art. 339 N 1). Da von dieser Regelung sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfasst werden, ist vorliegend auf der Lohnforderung des Klägers von Fr. 31'006.50 ab dem 1. Januar 2005 ein Verzugszins von 5 % geschuldet. 6.3 Die Beklagte fordert eine Verzinsung ihrer - nach dem vorne Gesagten - im Aktionärskonsortium als einfacher Gesellschaft begründeten Ausgleichsforderung von Fr. 56'173.95 ab 1. Januar 2005. Inwiefern der Kläger ab diesem Datum im Verzug war, wird von der Beklagten nicht dargelegt. Nachweislich in Verzug gesetzt wurde der Kläger für diese Forderung mit der Widerklage vom 18. Mai 2005. Entsprechend ist auch der Verzugszins erst ab diesem Datum geschuldet.

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