

ZH_OBERGERICHT LA160031 vom 28. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA160031

FR: ZH_OBERGERICHT LA160031 du 28 avril 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LA160031 del 28 aprile 2017

Erwägungen

E. 29

April 2015 erging die Beweisabnahmeverfügung, worauf am 28. September

- 6 - 2015 und 8. Dezember 2015 je eine Hauptverhandlung mit den Partei- und Zeugenbefragungen sowie den abschliessenden Schlussvorträgen durchgeführt wurde. Am 17. August 2016 erliess das Arbeitsgericht Pfäffikon das vorerwähnte Urteil. Die Beklagte erhob am 5. Oktober 2016 rechtzeitig Berufung gegen das ihr am 5. September 2016 zugestellte Urteil (Urk. 76/1, Urk. 82). Am 26. Oktober 2016 leistete sie den verlangten Prozesskostenvorschuss von Fr. 13'500.- (Urk. 89). Mit der Berufungsantwort vom 16. Januar 2017 erklärte der Kläger Anschlussberufung (Urk. 92), worauf auch von ihm ein Prozesskostenvorschuss von Fr. 490.- verlangt wurde. Der Vorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 96, 96/A), und die Beklagte erstattete am 22. Februar 2017 die Anschlussberufungsantwort. Diese wurde dem Kläger am 22. März 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 97, Urk. 98). B Sachverhalt Der Kläger, Hauptberufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger (nachfolgend Kläger) war ab Oktober 2000 als Arbeitnehmer für die Beklagte, Hauptberufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) tätig. Die Beklagte wurde als Familienunternehmen u.a. von C.____, dem Onkel des Klägers, und D.____, dem Bruder des Klägers und heutigem Mehrheitsaktionär, gegründet. Im Jahre 2005 erwarb der Kläger von seinem Onkel C.____ 10% des Aktienkapitals der Beklagten und wurde im März 2006 auch Verwaltungsrat der Beklagten. Am 21. Februar 2013 kündigte die Beklagte dem Kläger den Arbeitsvertrag auf Ende Mai 2013. Grund dafür war, dass sich der Kläger nicht einverstanden erklärt hatte mit einer am 11. Februar 2013 unter Kündigungsandrohung rückwirkend auf den 1. Januar 2013 angekündigten Veränderung seiner Lohnkonditionen. Zuzufolge Erkrankung des Klägers während der Kündigungsfrist dauerte das Arbeitsverhältnis mindestens bis Ende September 2013 an. Im vorliegenden Verfahren ficht der Kläger die Kündigung des Arbeitsverhältnisses als missbräuchlich an und fordert dafür eine Pönalzahlung. Weiter macht er

- 7 - verschiedene noch offene Lohn- und Gewinnbeteiligungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sowie Verwaltungsratsentschädigungen geltend. Es kann dafür im Einzelnen auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen werden. C Prozessuales 1. Die Vorinstanz ist auf das Rechtsbegehren Ziff. 3 nicht eingetreten, hat das Rechtsbegehren Ziff. 1 gutgeheissen (Ausstellung eines Arbeitszeugnisses) und hat das Rechtsbegehren Ziff. 6 abgewiesen. Insoweit blieb ihr Urteil in den Dispositiv-Ziffern 1, 7 und teilweise 5 unangefochten. Ebenfalls unangefochten blieb die Bezifferung der Entscheidungsgebühr gemäss Dispositiv-Ziffer 8. Mit dem Rechtsbegehren Ziff. 5 hat der Kläger verschiedene Einzelforderungen gesamthaft eingeklagt. Soweit er die Einzahlung der BVG-Beträge forderte (Rechtsbegehren Ziff. 5 Abs. 2), hat er seine Klage zurückgezogen, wovon die

Vorinstanz in Dispositiv- Ziffer 2 Vormerk genommen hat, was ebenfalls unangefochten blieb. Soweit die Vorinstanz den Restbetrag von Fr. 3'376.20 gemäss Rechtsbegehren Ziff. 5 Abs. 1 teilweise gutgeheissen und teilweise abgewiesen hat, wurde das Urteil von beiden Parteien jeweils angefochten. In den erwähnten, unangefochten gebliebenen Punkten ist das vorinstanzliche Urteil mit Eingang der Anschlussberufung am 17. Januar 2017 in Teilrechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. 2. Im Berufungsverfahren gilt eine - gemässigte - Rügepflicht. Der Berufungskläger hat in seiner Berufungsbegründung darzulegen, welche tatsächlichen Feststellungen oder rechtlichen Erwägungen bzw. Entscheidungsgründe der Vorinstanz er anführt und weshalb. Der Berufungskläger hat sich mit der Begründung des vorinstanzlichen Urteils auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was an angefochtenen Entscheidungen falsch ist. Die Rügepflicht ist nicht erfüllt, wenn der Berufungskläger auf die Rechtsschriften, die vor Vorinstanz eingereicht wurden, pauschal verweist oder diese einfach wiederholt, oder wenn er die Sach- oder Rechtslage aus seiner Sicht erneut darstellt bzw. bekräftigt, ohne auf das einzugehen, wozu die Vorinstanz im angefochtenen Urteil bereits Stellung genommen

- 8 - oder zu Unrecht keine Stellung genommen hat. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügender Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken (BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, Erw. 5.3.; BGer 4A_463/2012 vom 19. Dezember 2012, Erw. 2.1; ZK ZPO Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz jedoch nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann die Rügen auch mit abweichender Begründung gutheissen oder abweisen (Reetz/Theiler, a.a.O. Art. 310 N 6). 3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Auch Tatsachen, die sich aus den erstinstanzlichen Akten bzw. aus dem erstinstanzlichen Prozessstoff ergeben, zu welchen die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren jedoch keine Ausführungen gemacht haben, sind neu und unterliegen dem Anwendungsbereich von Art. 317 Abs. 1 ZPO (ZK ZPO-Reetz/Hilber Art. 317 N 32). D Beurteilung der Berufungsrügen 1. Sachliche Zuständigkeit betreffend die Verwaltungsratshonorare 1.1. Die Beklagte erhob vor Vorinstanz den Einwand der fehlenden sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes zur Beurteilung der eingeklagten Verwaltungsratshonorare von Fr. 16'000.-. Die Vorinstanz bejahte ihre Zuständigkeit und entschied über die Teilforderung. Sie erwog, Verwaltungsräte könnten sowohl Beauftragte wie Arbeitnehmer sein. Wenn für eine Forderung mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht kämen, so habe das angerufene Spezialgericht auch die nicht in seine Zuständigkeit fallenden Rechtsgründe zu prüfen. Da die Honorarforderung

- 9 - nur 6,3% des Gesamtstreitwertes der Klage ausmache und ein enger Sachzusammenhang mit den weiteren Klagebegehren bestehe, seien alle Klagebegehren aus prozessökonomischen Gründen zusammen zu beurteilen (Urk. 83 S. 6). Die Beklagte bestreitet die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz auch im Berufungsverfahren. Die Berufung auf prozessökonomische Gründe entbehre jeder gesetzlichen Grundlage und stelle eine Verletzung von Art. 234 Abs. 1 bzw. Art. 59f ZPO dar. Auch fehle der enge

Sachzusammenhang eines auf einer org- anschaftlichen Tätigkeit beruhenden Klagebegehrens mit den Klagebegehren ge- stützt auf ein Arbeitsverhältnis (Urk. 82 S. 4, 6f). 1.2. Der Kläger hat vorliegend mehrere selbständige Klagebegehren gegen die Beklagte formuliert. Eine solche objektive Klagenhäufung ist gemäss Art. 90 ZPO nur zulässig, wenn das angerufene Gericht für alle Begehren sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. Eine Tätigkeit als Verwaltungsrat kann entweder eine arbeitsvertragliche oder eine auftragsrechtliche Tätigkeit sein. Dies hängt von der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit ab; die rechtliche Quali- fikation liegt nicht im freien Belieben der Parteien. Wird die Verwaltungsratsstät- keit als Auftrag qualifiziert, ist das Arbeitskollegialgericht dafür sachlich nicht zu- ständig sondern das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren (Art. 34 ZPO, § 20 und 24 GOG). Art. 90 ZPO sieht keine Kompetenzattraktion beim sachlich unzu- ständigen Gericht aus Gründen der Prozessökonomie vor, vorbehaltlich einer ausdrücklichen kantonalen Vorschrift bei Fachgerichten (BSK ZPO-K. Spühler/M. Weber, Art. 90 N 6; M. Livschitz, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art 90 N 10). Eine solche Vorschrift fehlt im Zürcher Gesetz über die Gerichts- und Behörden- organisation. Aus dessen § 20 Abs. 2 ergibt sich e contrario vielmehr die Unzu- lässigkeit einer Kompetenzattraktion von Gesetzes wegen. Die von der Vorinstanz dazu zitierte Lehrmeinung von Isaak Meier (Schweizerische Zivilprozessrecht, Zü- rich/Basel/Genf, 2010, S. 70/71) ist nicht einschlägig; sie bezieht sich auf die Konstellation, dass ein und derselbe Anspruch rechtlich unterschiedlich begründet wird, nicht aber auf die Konstellation, wo verschiedene Rechtsbegehren aus je unterschiedlichen Rechtsverhältnissen gemeinsam eingeklagt werden. Auftrag und Arbeitsvertrag grenzen sich dadurch voneinander ab, dass der Ar- beitnehmer im Gegensatz zum Beauftragten in eine fremde Arbeitsorganisation

- 10 - eingliedert ist, seine Arbeitsleistung infolge betrieblicher Weisungsgebunden- heit in einem Unterordnungsverhältnis erbringt (BK OR - Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 6ff, 49ff). Massgeblich für die Beurteilung eines Unterordnungsverhält- nisses ist dabei das Gesamtbild, insbesondere das Mass der Weisungsgebun- denheit; die Bindung an Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen; die Pflicht zum re- gelmässigen Erscheinen; die Pflicht zum Zurverfügungstellen der ganzen Arbeits- kraft bzw. die intensive zeitliche Inanspruchnahme durch den Auftraggeber; das Tätigwerden im Betrieb des Auftraggebers sowie die Zuweisung eines Arbeits- platzes; die Tragung des Unternehmensrisikos durch den Auftraggeber. Die Be- schränkung der Arbeitspflicht auf eine konkrete Arbeitsleistung und demgemäss auf kürzere Zeit spricht eher für einen Auftrag als für einen Arbeitsvertrag. 1.3. Grundsätzlich ist es eine Frage der Rechtsanwendung, ob aus den behauptete- ten tatsächlichen Umständen auf ein Arbeits- oder Auftragsverhältnis zu schlies- sen ist. Der für die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz behauptungs- und be- weispflichtige Kläger hat die dafür massgeblichen tatsächlichen Kriterien vorzu- bringen. Vorliegend hat der Kläger seine Behauptung, seine Verwaltungsratsstät- keit sei als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, vor Vorinstanz nicht durch Tatsachen- behauptungen näher substantiiert. Er versah seine Klagebegründung diesbezüg- lich einzig mit der Klammerbemerkung "... (10%-Aktionär, anderweitiges Arbeits- verhältnis in der Gesellschaft, Subordinationsverhältnis)..." (Urk. 1 S. 8), um in der Replik auszuführen, dass von arbeitsrechtlichen Ansprüchen auszugehen sei, dass dies aber keine Rolle spiele, da eine untergeordnete Forderung auch aus anderen Rechtsgründen ans Arbeitsgericht getragen werden könne (Urk. 27 S. 13; ebenso Urk. 92 S. 5). Diesen Ausführungen können nun aber keinerlei tat- sächlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses

bei der Verwaltungsratsstätigkeit und damit eines arbeitsvertraglichen Verhältnisses entnommen werden. Aufgabe eines Verwaltungsrates bei einer rechtlich und wirtschaftlich unabhängigen Gesellschaft ist es, ihren Geschäftsgang selbständig zu begleiten, die dafür nötigen strategischen Entscheide eigenverantwortlich zu treffen und deren Umsetzung zu beaufsichtigen. Bei einer Verletzung der dabei zu beachtenden Sorgfalt haftet der Verwaltungsrat persönlich (Art. 754 OR). Bei kleineren Gesellschaften bildet der Verwaltungsrat keine eigene Betriebsorganisation

- 11 - mit eigener Infrastruktur, in welche die Verwaltungsräte mit einer gewissen Konstanz und in zeitlich namhafterem Umfang eingegliedert und - über die notwendige administrative Koordination hinaus - der Direktive einer anderen Person unterworfen wären. Nach den Ausführungen des Klägers umfasste seine Verwaltungsratsstätigkeit lediglich die Teilnahme an vier Sitzungen pro Jahr. Dafür hatte er gemäss eigenen Angaben Fr. 250.- pro Sitzung sowie eine Jahrespauschale von Fr. 3'000.- zugute (Urk. 1 S. 8). Diese Vergütungsregelung belegt anschaulich den punktuellen und zeitlich untergeordneten Charakter der Verwaltungsratsstätigkeit im Vergleich zu einer vollzeitlichen Arbeitstätigkeit zu einem existenzsichernden Lohn. Dass der Kläger im Alltag zur Hauptsache seiner handwerklichen Arbeit und der Kundenberatung bzw. -betreuung im Betrieb der Beklagten und nach den Weisungen der Geschäftsführung nachging (Urk. 83 S. 106ff), macht die daneben ausgeübte Verwaltungsratsstätigkeit nicht zu einem Teilbereich dieser un- selbständigen arbeitsvertraglichen Arbeitspflicht. Diese war auch nicht vorausgesetzt, um eine Tätigkeit als Verwaltungsrat auszufüllen. Dies zeigt insbesondere der Umstand, dass der Kläger erst mehrere Jahre nach seiner Anstellung bei der Beklagten bzw. erst nach dem Erwerb von Aktien der Beklagten in den Verwaltungsrat der Beklagten gewählt wurde, bzw. dass andere Verwaltungsräte nicht im Betrieb tätig waren. Die beiden Aufgabenbereiche waren offensichtlich von einander unabhängig und trennbar. Ist der arbeitsvertragliche Charakter der Verwaltungsratsstätigkeit des Klägers zu verneinen, fehlt die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz als Arbeitsgericht zur Beurteilung der als Rechtsbegehren Ziffer 7 eingeklagten Verwaltungsrats Honorare. Die Berufungsrüge der Rechtsverletzung ist begründet, wenngleich nicht jener Gesetzesbestimmungen, welche die Beklagte in ihrer Berufung zitiert. Auf die Klage ist in diesem Punkt nicht einzutreten. 2. Missbräuchliche Kündigung und Pönalzahlung 2.1.1. Der Kläger bezog bis Ende Dezember 2012 unbestrittenermassen einen fixen Bruttolohn von Fr. 11'000.- monatlich (Urk. 5/4). Am 11. Februar 2013 teilte

- 12 - ihm die Beklagte schriftlich mit, sein Lohn werde rückwirkend auf den 1. Januar 2013 auf Fr. 8'000.- festgesetzt; dazu kämen bis Ende Juli 2013 weitere Fr. 3'000.- pro Monat als Bonuskontozahlungen, unter der Bedingung, dass die Bemühungen des Klägers klar in Richtung Zielerreichung zeigten; sollten die MbO-Ziele vollständig erreicht werden, liege ab August 2013 ein weiterer Bonus von bis zu Fr. 15'000.- drin. Sollte der Kläger mit dieser neuen Lohngestaltung nicht einverstanden sein, gelte das Schreiben als Änderungskündigung per

E. 31

Mai 2013 (Urk. 5/20). Am 21. Februar 2013 erfolgte nochmals eine ausdrückliche Kündigung auf den 31. Mai 2013, nachdem sich der Kläger mit der Lohnänderung nicht einverstanden erklärt hatte (Urk. 5/21). Ab 1. Januar 2013 bis zu seinem Ausscheiden wurde dem Kläger jeweils ein Bruttolohn von Fr. 8'000.- und eine "provisorische Sonderzulage" von Fr. 3'000.- ausbezahlt (Urk. 5/11-16). Die Vorinstanz beurteilte diese

Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR, weil die Beklagte ohne Einhaltung der Kündigungsfrist einseitig eine rückwirkende Vertragsverschlechterung ab Januar 2013 vorgenommen habe (Urk. 83 S. 11). Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Verschlechterung der Lohnbezüge ab Januar 2013 ausgegangen. Der Kläger habe - entgegen der Vorinstanz - nicht die gesteckten Planziele erreichen müssen, sondern sich diesbezüglich nur Mühe geben müssen, um die bisherigen Fr. 11'000.- zu erreichen. Tatsächlich habe er bis Juli 2013 gleich viel verdient wie 2012, nämlich Fr. 11'000.-; die Änderung hätte sich erst per 1. August 2013 monetär ausgewirkt, somit lange nach Ablauf der Kündigungsfrist (Urk. 22 S. 8). 2.1.2. Die Rüge der Beklagten, die rückwirkend in Kraft gesetzten neuen Lohnkonditionen hätten keine Verschlechterung für den Kläger zur Folge gehabt, ist nicht begründet. Die Vorinstanz hat vielmehr richtig festgestellt, dass ein bisher unbedingt, unabhängig von Leistung und Geschäftsgang zugesicherter Lohnbestandteil von Fr. 3'000.- neu von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht wurde. Zwischen Januar und Juli 2013 bestand die Voraussetzung im Bemühen um die Erreichung von Planzielen; für die Substitution der Fr. 3'000.- durch einen Bonus in unbestimmter, Fr. 3'000.- pro Monat aber nicht übersteigender Höhe ab August

- 13 - 2013 mussten die Planziele vollständig erreicht werden. Die Fr. 8'000.- übersteigenden Lohnzahlungen lagen damit ab Januar 2013 in jedem Fall in einem gewissen Ermessen der Beklagten bezüglich der Leistungsbewertung bzw. der Zielerreichungsbemühungen. Demgegenüber stand dem Kläger bis Ende Dezember 2012 ein unbedingter, ermessensunabhängiger Anspruch auf diese monatlichen Fr. 3'000.- während des ganzen Jahres zu. Die Unsicherheit bezüglich der Auszahlung der Fr. 3'000.- ab Januar 2013 und insbesondere dann ab August 2013 ist eine klare Verschlechterung im Vergleich zu den vorher geltenden, unbedingten arbeitsvertraglichen Lohnansprüchen. Massgeblich sind die rechtlichen, notfalls einklagbaren Ansprüche, und nicht, ob bis zum Ausscheiden des Klägers tatsächlich der volle Lohn ausbezahlt wurde. Immerhin führte die Beklagte selber die Fr. 3'000.- in den Lohnabrechnungen ab Januar 2013 separat auf und bezeichnete sie als Sonderzulage. Damit brachte sie selber zum Ausdruck, dass sie diesen Betrag im Gegensatz zum Jahr 2012 nicht mehr als ordentlichen Lohn betrachtete. Auf dieser Sonderzulage wurden sodann auch keine BVG-Beiträge geleistet (Urk. 82 S. 8), was dem behaupteten Lohncharakter widerspricht und - entgegen der Beklagten - keine Besserstellung des Klägers sondern vielmehr eine zusätzliche Verschlechterung seiner finanziellen Ansprüche durch Reduktion seines Vorsorgeguthabens bewirkte. Traten mindestens die Bedingungen für einen auf Fr. 3'000.- bezifferten Lohnbestandteil rückwirkend ab Januar 2013 in Kraft, so kann offen bleiben, wie sich das Inkrafttreten der neuen Bonusregelung ab August 2013 zeitlich zum Ablauf der Kündigungsfrist per Ende Mai 2013 verhält (Urk. 82 S. 10). Dass dem Kläger am 11. Februar 2013 mündlich in Abweichung von der schriftlichen Kündigung zugesichert worden sein soll, sein Lohn bleibe bis Ende der Kündigungsfrist unverändert (Urk. 82 S. 9), widerspricht Urk. 5/12-17 und wäre als unzulässige neue Behauptung im Berufungsverfahren unbeachtlich (Art. 317 Abs.1 ZPO). Die vom Kläger bestrittene mündliche Zusicherung (Urk. 92 S. 6) wurde bis zum Abschluss des vorinstanzlichen Schriftenwechsels von der Beklagten nicht behauptet und im Berufungsverfahren auch nicht unter Verweis auf eine einschlägige Aktenstelle belegt (vgl. dazu Urk. 16 S. 14, Urk. 38 S. 28). Es wurde dazu folgerichtig auch kein Beweisverfahren durchgeführt.

- 14 - 2.1.3. Änderungskündigungen sind bei Arbeitsverträgen grundsätzlich zulässig, sofern der Arbeitgeber ein sachliches Interesse an der Vertragsänderung hat. Änderungskündigungen zeichnen sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer durch die angedrohte Kündigung dazu veranlasst wird, einer Änderung bisheriger arbeitsvertraglicher Vereinbarungen zu seinem Nachteil zuzustimmen. Auch bei Änderungskündigungen gilt indessen die vertragliche Kündigungsfrist als Sperrfrist für den Vollzug der geplanten Änderungen, wenn ihnen der Arbeitnehmer nicht zustimmt. Vorliegend liegt eine aussergewöhnliche Änderungskündigung vor, indem die von der Beklagten gewünschte und mit einer Kündigungsdrohung verbundene Lohnverschlechterung gegen den Willen des Klägers nicht nur bereits während der Kündigungsfrist sondern sogar mit Rückwirkung vor die Kündigungsmittelteilung in Kraft gesetzt wurde. Damit hat die Beklagte die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gesetzlich geschützten, wohlverwobenen Lohnansprüche des Klägers verletzt. Eine solche Kündigung ist im Sinne von Art. 336 lit. c OR missbräuchlich (BK - Rehbinder/Stöckli, Art. 335 OR N 2, Art. 336 OR N 32; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7.A., Art. 335 N 3 S. 895). 2.2.1. Die Vorinstanz sprach dem Kläger eine Entschädigung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR von einem Monatslohn bzw. Fr. 11'000.- zu. Sie erwog, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger habe 12 Jahre gedauert. Nach dieser Zeit falle es einem Arbeitnehmer nicht mehr leicht, eine neue Stelle anzutreten. Umgekehrt wäre nach einer derart langen Dauer eine Verzögerung der Inkraftsetzung der geänderten Lohnbedingungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist für die Beklagte nicht ins Gewicht gefallen. Sachliche Gründe für eine derart rasche Inkraftsetzung seien nicht ersichtlich. Mit einem erzielten Gewinn von Fr. 608'152.- im Jahre 2012 sei die Beklagte auch ohne weiteres zur vorbehaltlosen Bezahlung der Fr. 11'000.- in der Lage (Urk. 83 S. 14). Konkret rügt die Beklagte, die von der Vorinstanz angeführten Schwierigkeiten bei der Stellensuche seien nicht zu hören, da nicht massgeblich. Sodann habe die Vorinstanz bei ihren Erwägungen das erhebliche Mitverschulden des Klägers ausser Acht gelassen. Sie sieht ein solches darin, dass der Kläger im Jahre 2011 nicht freiwillig Hand für eine angemessene Salärreduktion nach einer Funktionsänderung und wegen der ihm bekannten wirtschaftlich schwierigen Situation der Firma geboten habe (Urk. 82 S. 11ff).

- 15 - 2.2.2. Die von der Beklagten gerügte Berücksichtigung der erschwerten Stellensuche bei der Höhe der Pönalzahlung wird von der älteren Lehre und Rechtsprechung zwar kontrovers diskutiert (vgl. die Hinweise im zit. Praxiskommentar, Art. 336a N 3 S. 1047f). Bereits BGE 123 III 392 (Erw. 3b und c) verwies unter Bezugnahme auf die Materialien aber auf eine in der Zahlung enthaltene Entschädigungs- und Genugtuungskomponente, z.B. zufolge Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt. Die neuere Lehre hat sich dieser Argumentation angeschlossen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336a N 2f; BK - Rehbinder/Stöckli, Art. 336a OR N 11). Bei dieser Sachlage ist die vorinstanzliche Auffassung alles andere als willkürlich. Eine weitere Kritik der Beklagten an den vorinstanzlichen Erwägungen ist den weitschweifigen Ausführungen mit ausführlichen Zitaten aus den erstinstanzlichen Rechtsschriften nicht zu entnehmen. Die Beklagte übersieht, dass nicht eine Änderungskündigung als solche von der Vorinstanz als missbräuchlich, weil aus betriebswirtschaftlichen Gründen ungerechtfertigt, beurteilt wurde. Die Vorinstanz beurteilte ausschliesslich die Rückwirkung bzw. Vorwirkung der Lohnänderung vor Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist als missbräuchlich und ohne Not übereilt. Weshalb - entgegen der Vorinstanz - am 21. Februar 2013 plötzlich eine derartige Dringlichkeit gegeben gewesen wäre, dass ohne eine sofortige Lohnersparnis

beim Kläger die Beklagte wirtschaftlich ruiniert gewesen wäre, vermag die Beklagte nicht darzutun, auch nicht unter Hinweis auf vorausgegangene längere Diskussionen um den Lohn des Klägers. Immerhin hatte sich die Beklagte Anfang 2013 nach dem Tief im Jahre 2010 wirtschaftlich bereits wieder gut erholt. Selbst wenn sich der Kläger einer sachlich allenfalls angezeigten Lohnreduktion verschlossen haben sollte, ist darin kein Mitverschulden an einer ungesetzlichen Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist erkennbar. Die Beklagte widerspricht sich auch, wenn sie die neuen Lohnkonditionen ab Januar 2013 einerseits als betrieblich nötige Lohnreduktion bezeichnet, andererseits aber darauf hinweist, der Kläger hätte (bei Erreichen der MbO-Ziele) gar nicht weniger verdient (Urk. 82 S. 17). Eine Entschädigung von einem Monatslohn erscheint aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen nicht unangemessen. Die Beklagte vermag keine Argumente

- 16 - aufzuzeigen, weshalb die Entschädigung auf einen halben Monatslohn bzw. Fr. 5'500.- reduziert werden sollte (Urk. 82 S. 18). Die Berufung der Beklagten ist in diesem Punkt nicht begründet. 3. Lohndifferenz zwischen Taggeld und Lohn im Juni/Juli 2013 3.1. Mit dem Rechtsbegehren Ziffer 5 klagte der Kläger ein Sammelbegehren von Fr. 3'376.20 ein, das er in der Folge auf drei unterschiedliche Teilbeträge und Rechtsgründe aufteilte. Gleichzeitig reichte er neun diesbezügliche Klagebeilagen ein, ohne diese den jeweiligen Teilbegehren konkret zuzuordnen. Eines dieser Teilbegehren bezeichnete er als "Löhne für Juni und Juli 2013 : Fr. 1'321.30 (100% gemäss Abrede: Differenz zur Auszahlung der Axa)" (Urk. 1 S. 8f, Urk. 5/11-19). Nachdem die Beklagte in ihrer Klageantwort bemängelt hatte, die Berechnung der Fr. 1'321.30 sei nicht im Geringsten nachvollziehbar (Urk. 16 S. 13), erwiderte der Kläger, er habe gemäss Arbeitsvertrag im Krankheitsfall das volle Salär zugute gehabt, was durch die Zahlungen des AXA-Krankentaggeldes nicht der Fall gewesen sei. Die eingeklagte Summe entspreche der Differenz (Urk. 27 S. 14). Die Vorinstanz erachtete das Klagebegehren als ungenügend substantiiert und wies es ab. Aus den Abrechnungen der AXA (Urk. 5/18) ergebe sich wohl das Total der ausbezahlten Taggelder, der als Basis versicherte Jahreslohn und die Versicherungsdeckung von 80% bzw. von Fr. 313.42 pro Tag. Wie sich die ausbezahlten Krankentaggelder mit den Angaben des Klägers von Fr. 1'321.30 in Einklang bringen liessen, erhelle daraus nicht (Urk. 83 S. 18f). Der Kläger rügt mit seiner Berufung, der eingeklagte Betrag ergebe sich durch eine banale, simple Berechnung der Differenz zwischen den für Juni und Juli 2013 ausbezahlten Krankentaggeldern von insgesamt Fr. 19'119.- mit seinem in der Lohnabrechnung für Mai 2013 ausgewiesenen und für die Monate Juni und Juli 2013 zu übernehmenden Arbeitslohn gemäss den Klagebeilagen. Eine solche Berechnung dürfe man jedermann ohne weitere Erläuterungen zumuten; die Forderung sei ausreichend substantiiert und zuzusprechen (Urk. 92 S. 13). 3.2. Die Substantiierungslast besagt, dass die Partei die massgeblichen Tatsachen nicht nur in ihren Grundzügen, sondern zusätzlich in einer über die blossen

- 17 - Behauptungslast hinausgehenden, detaillierten Art und Weise schildern bzw. behaupten muss, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann. Rechtserhebliche Behauptungen müssen grundsätzlich in der Rechtsschrift selber vorgebracht werden. Beilagen sind Beweismittellofferten und nicht Parteibehauptungen. Ein Aktenstück kann höchstens dann Teil einer Parteibehauptung sein, wenn in der Rechtsschrift klar referenziert ist, welches Aktenstück bzw. welcher Teil als Behauptung gelten soll (ZK ZPO - Sutter-Somm/Schrank, Art. 55 N 23 und 30f, m.w.H.). Vorliegend hat der Kläger in seiner Klagebegründung ohne weitere Differenzierung neun Urkunden für ein aus drei

Teilbegehren aus unterschiedlichen Rechtsgründen bestehendes Sammelbegehren eingereicht. Er hat nicht differenziert, welche Urkunde er für welche Teilbegehren als massgeblich erachtet. Die Vorinstanz hat sich in ihrem Urteil allein auf die Taggeldabrechnungen der Krankentaggeldversicherung abgestützt und geprüft, ob sich daraus die geltend gemachte Differenz von Fr. 1'321.30 ergibt (Urk. 5/18). Dass sie nur diese Urkunde und nicht auch noch die Lohnausweise der Monate Dezember 2012 bis Mai 2013 mit jeweils unterschiedlichen Nettoauszahlungsbeträgen herangezogen, interpoliert und mit der Krankentaggeldabrechnung verglichen hat (Urk. 5/11-16), ist nicht zu beanstanden. Der Kläger hat trotz Hinweis der Beklagten in der Klageantwort auf die fehlende Substantiierung in der Replik keine näheren Angaben gemacht, wie er im Detail seine Forderung berechnet und gestützt auf welche konkrete Klagebeilage seine Forderung zu prüfen ist. So ist es grundsätzlich auch möglich, allein gestützt auf die Berechnungen der AXA für ein Taggeld von 100% (Fr. 391.78) und von 80% (Fr. 313.42) eine Differenz für den Lohnausfall des Klägers für 60 Tage zu berechnen, die aber zu einem anderen Betrag als dem eingeklagten führt (Fr. 4'701.60 statt Fr. 1'321.30). Sind somit zwei verschiedene Berechnungsarten für die eingeklagte Differenz denkbar, so durfte die Vorinstanz das Klagebegehren mit Recht und ohne Weiterungen als ungenügend substantiiert abweisen, da die Berechnungsart des Klägers nicht klar nachvollziehbar war (vgl. auch BGer 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014, Erw. 1.3.3). Im Berufungsverfahren ist der Kläger mit einer Nachsubstantiierung ausgeschlossen (Art. 317 Abs.1 ZPO; vgl. auch Erw. C/3 vorstehend).

- 18 - 4. Pro rata-Anspruch 13. Monatslohn 2013 4.1. Mit dem vorerwähnten Rechtsbegehren Ziffer 5 machte der Kläger weiter eine Differenz von Fr. 1'193.90 zwischen dem im Juni 2013 von der Beklagten für das erste Halbjahr 2013 ausbezahlten 13. Monatslohn und dem effektiven Anspruch geltend. Diese Differenz reduzierte er später auf Fr. 917.-, ausgehend von einem Bruttoanspruch von Fr. 5'500.- und einer Bruttozahlung von Fr. 4'583.-. Die Vorinstanz erachtete diese Berechnung als korrekt und stellte weiter fest, das Arbeitsverhältnis des Klägers habe zufolge Erkrankung während der Kündigungsfrist noch bis mindestens Ende Juni 2013 andauert. Die Beklagte habe dem Kläger daher den 13. Monatslohn anteilig für die geforderten 6 Monate bzw. noch Fr. 917.- brutto zu bezahlen (Urk. S. 83 S. 19ff). Die Beklagte wendet in der Berufung dagegen ein, für den Monat Juni 2013 sei der anteilige 13. Monatslohn zu 80% bzw. Fr. 733.35 bereits von der Krankentaggeldversicherung entschädigt worden, da das Krankentaggeld gestützt auf einen versicherten Jahreslohn von Fr. 143'000.- und somit einschliesslich des 13. Monatslohnes berechnet worden sei. Die Vorinstanz hätte dem Kläger daher nur 20%, d.h. Fr. 183.65 brutto bzw. Fr. 108.35 netto zusprechen dürfen (Urk. 82 S. 18f). 4.2. Vorinstanz hat die Beklagte in ihrer Klageantwort die vorgenannte Forderung als insbesondere betragsmässig nicht nachvollziehbar bestritten, weil der Kläger von einem falschen Jahreslohn ausgehe (Urk. 16 S. 13). Nach der replikweisen Reduktion der Forderung auf Fr. 917.- nach Korrektur des Jahreslohnbetrages (Urk. 27 S. 14) liess sich die Beklagte in ihrer Duplik nur noch dazu aus, ob ein Brutto- oder Nettobetrag geltend zu machen sei. Eine Behauptung, das Juni-Betreffnis des 13. Monatslohnes sei bereits durch das Krankentaggeld abgegolten worden, findet sich in den vorinstanzlichen Ausführungen der Beklagten nicht (Urk. 38 S. 26). Dieser erstmals im Berufungsverfahren erhobene Einwand ist daher neu, gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO verspätet und nicht mehr zuzulassen (vgl. auch Erw. C/3 vorstehend). Damit ist das Begehren des Klägers um Bezahlung der Differenz von Fr. 917.- für den 13. Monatslohn pro rata bis 30. Juni 2013 auch im Berufungsverfahren gutzuheissen.

- 19 - 5. Lohnabzug für Telefonbenützung in Italien 5.1. Der Kläger forderte vor Vorinstanz einen Lohnabzug von Fr. 861.- vom März 2013 zurück, den die Beklagte vorgenommen habe, weil er auf einer Geschäftsreise in Italien die Anti-roaming-Taste des benützten Geschäftstelefons fahrlässig gerweise nicht aktiviert und daher übermässige Telefonkosten verursacht habe. Dem hielt die Beklagte entgegen, die verrechneten Kosten seien nicht durch Anrufe, SMS und MMS, sondern durch einen riesigen Datenbezug weit über der Freigrenze von 100 MB während einer Privatreise entstanden. Die Vorinstanz hielt dazu fest, die fragliche Telefonnummer habe dem Kläger sowohl als Geschäfts- wie als Privatnummer gedient. Zum privaten oder geschäftlichen Zweck der Telefonnutzung habe sich der Kläger nicht geäussert, somit die private Nutzung des Geschäftstelefons nicht bestritten. Deshalb seien deren Kosten gemäss Spesenreglement nicht von der Beklagten zu übernehmen (Urk. 83 S. 22f). Im Berufungsverfahren rügt der Kläger, er habe natürlich sinngemäss vor Vorinstanz angeführt, das Telefon zu Geschäftszwecken benützt zu haben. Die Vorinstanz habe daher zu Unrecht kein Beweisverfahren zum bestrittenen Sachverhalt durchgeführt. Hingegen bestreitet er nicht, dass die Kosten durch Herunterladen von Daten innerhalb von nur rund zweieinhalb Stunden und nicht durch Telefonate entstanden sind. Diese Daten seien ihm ohne sein Wissen und ohne seinen Willen zugesandt worden (Urk. 92 S. 15). 5.2. Der Kläger gesteht im Berufungsverfahren zu, dass die Kosten nicht durch Telefonate sondern durch das Herunterladen grosser Datenmengen entstanden sind (Urk. 92 S. 15f), was im Übrigen auch durch Urk. 40/5 belegt ist. Wenn er geltend macht, dies sei ohne sein Zutun geschehen, so ist diese Behauptung neu und unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO); vor Vorinstanz hat er solches nicht behauptet (Urk. 1 S. 9, Urk. 27 S. 14). Das Herunterladen solcher Datenmengen war offensichtlich nicht geschäftlich bedingt, selbst wenn dies während einer Geschäftsreise erfolgt sein sollte, und ist daher nicht von der Beklagten zu bezahlen. Es kann damit offen bleiben, ob der Kläger vor Vorinstanz noch "sinngemäss" behauptet hat, diese Kosten seien durch geschäftliche Telefonate verursacht worden.

- 20 - Es bleibt auch im Berufungsverfahren bei der Abweisung der Forderung von Fr. 861.-. 6. Rückgabe der Telefonnummer 6.1. Der Kläger verlangt von der Beklagten die Rückübertragung der Telefonnummer 076 ...; diese sei von ihm erworben worden, aus spesentechnischen Gründen dann aber auf die Beklagte übertragen worden, trotzdem aber immer auch seine Privatnummer geblieben. Die Vorinstanz qualifizierte die Übertragung der Telefonnummer als Einbringung eigener Gerätschaften durch den Arbeitnehmer im Sinne von Art. 327 Abs. 2 OR. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfalle die Grundlage für die Überlassung und die Nummer sei dem Kläger wieder zum persönlichen Gebrauch zur Verfügung zu stellen (Urk. 83 S. 26f). Die Beklagte rügt, bei der Telefonnummer handle es sich nicht um eine Gerätschaft sondern um einen immateriellen Wert, den der Kläger ihr habe übertragen lassen. Sie sei primär und seit mehr als 12 Jahren eine Geschäftsnummer der Beklagten, werde mit ihr in Verbindung gebracht und noch immer geschäftlich benutzt. Es sei eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei das Interesse der Beklagten überwiege (Urk. 82 S. 21). 6.2. Eine Telefonnummer ist eine elektronische Kundenidentifikationsnummer eines Telefonunternehmens. Sie ist keine körperliche Sache und daher keine Gerätschaft im Sinne von Art. 327 OR. An ihr können folglich keine dinglichen Rechte bestehen. Die Telefonnummer wird gestützt auf einen Dienstleistungsvertrag zwischen einem Kunden und einem Telefonunternehmen von Letzterem dem Kunden zugeteilt. Dem Kunden stehen aufgrund dieses Vertrags die Rechte auf Nutzung der vereinbarten Telekommunikationsleistungen des Telefonunternehmens

zu, die Telefonnummer ermöglicht den tatsächlichen Zugang dazu und die Identifikation des Anschlussinhabers; umgekehrt ist der Kunde auch Schuldner der erhobenen Gebühren. Die "Übertragung" einer Telefonnummer bzw. deren Registrierung auf eine andere Person kann daher nur mittels einer Übertragung des Vertrages mit der Telefongesellschaft auf eine andere Person erfolgen oder durch eine Kündigung des Vertrags durch den bisherigen Anschlussinhaber und den Neuabschluss eines Vertrages zwischen der Telefongesellschaft mit der an-

- 21 - deren Person unter Zuteilung der gleichen Nummer. In beiden Fällen stehen dem bisherigen Anschluss- bzw. Nummerninhaber keine Rechte mehr aus dem Vertrag mit der Telefongesellschaft und damit auf die Benützung seiner Telefonnummer zu. Vorliegend hat die Beklagte unbestrittenermassen einen eigenen Vertrag mit der Swisscom abgeschlossen, da die Swisscom unbestrittenermassen ihr die Gebühren für die Telefonnummer 076 ...in Rechnung stellte (Urk. 1 S. 9, Urk. 16 S. 13, Urk. 27 S. 14, Urk. 38 S. 26f; vgl. auch die Geschäftsadresse in Urk. 40/5). Der ursprünglich auf den Kläger lautende Vertrag wurde offensichtlich gekündigt oder übertragen, weshalb ihm keine Rechte daraus und auf die Telefonnummer mehr zustehen. Der Kläger behauptet sodann nicht, dass die Parteien eine Vereinbarung getroffen hätten, dass der Vertrag der Beklagten mit der Swisscom nach Auflösung des Arbeitsvertrages wieder auf ihn zu übertragen sei. Hat der Kläger aber weder einen dinglichen Anspruch an der ursprünglich auf ihn lautenden Telefonnummer noch behauptet er einen obligatorischen Anspruch auf eine Übertragung des Swisscomvertrages, fehlt es an einer Rechtsgrundlage für die "Rückgabe" der Telefonnummer. Die private Benützung des Telefons mit der Nummer 076 ... durch den Kläger während des Arbeitsverhältnisses beruhte bei dieser Rechtslage auf einer blossen Erlaubnis der Beklagten zum privaten Telefonieren auf Geschäftskosten und zur Steuerersparnis beim Arbeitseinkommen. Die Berufung der Beklagten ist in diesem Punkt begründet. 7. Anspruch auf Gewinnbeteiligung 7.1. Sachverhalt Am 27. Mai 2003 schlossen der Kläger, D._____ und ihr Onkel C._____ einen schriftlichen Vertrag als Zusatzvertrag zum Arbeitsvertrag des Klägers mit folgendem Wortlaut ab (Urk. 5/6) : "Gewinnbeteiligung Die Gewinnbeteiligung beträgt 15% vor Steuern und nach Abschreibungen (es gelten die Normalsätze in Prozenten des Buchwertes, gemäss Merkblatt A 1995 der eidg. Steuerverwaltung). Die erste Gewinnbeteiligung wird für die Zeit vom 01.01.2003 bis 31.12.2003 im Jahre 2004 (fällig per 31.03) ausbezahlt und von der Revisionsstelle anlässlich der Revision der Geschäftsbücher kontrolliert. Der Verwaltungsrat macht diesbezüglich einen Vorschlag.

- 22 - Herr B._____ wird die Möglichkeit geboten, frühestens im Jahre 2006 auch Namenaktien der A._____ AG zu erwerben. Ueber den Erwerbspreis dieser Aktien wird zu einem späteren Zeitpunkt eine separate Vereinbarung getroffen. Er beträgt max. Fr. 3'000 pro Aktie." Zur Zeit der Vereinbarung war der Kläger noch nicht Aktionär der Beklagten. Im Jahre 2005 konnte er dann 10% der Aktien der Beklagten von seinem Onkel C._____ erwerben. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger seine Gewinnbeteiligungsansprüche aus der vorgenannten Vereinbarung für die Jahre 2009 - 2012 von insgesamt Fr. 199'684.- geltend. Bis und mit 2008 sei die Gewinnbeteiligung unter dem Titel "Bonus" tatsächlich ausbezahlt worden. 7.2. Vertragsauslegung 7.2.1. Die Beklagte stellte sich vor Vorinstanz vorab auf den Standpunkt, mit dem Erwerb von Aktien durch den Kläger sei die Gewinnbeteiligung gemäss der Vereinbarung dahingefallen. Die Parteien hätten beabsichtigt, den Kläger am Gewinn der Beklagten nur so lange teilhaben zu lassen,

als er keine Aktien habe. Das habe D. _____ dem Kläger auch noch ausdrücklich mündlich gesagt. Die Vorinstanz auferlegte der Beklagten den Beweis für den behaupteten Vertragswillen (Beweissatz 7.1) sowie die mündliche Zusatzvereinbarung (Beweissatz 6.1). Nach durchgeführtem Beweisverfahren erachtete die Vorinstanz beide Beweise als nicht erbracht und ging daher von einem grundsätzlichen Weiterbestehen des Gewinnbeteiligungsanspruchs des Klägers auch für die Zeit nach dem Aktienerwerb aus (Urk. 83 S. 31ff).

7.2.2. Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe ihr zu Unrecht den Beweis für eine nicht behauptete Tatsache, nämlich eine zusätzliche mündliche Abrede zur Befristung der Gewinnbeteiligung bis zum Aktienerwerb, auferlegt und damit die Verhandlungsmaxime verletzt (Urk. 82 S. 22 unten, S. 24f). Der Beweissatz 6.1 der Vorinstanz beruhte u.a. auf einer Behauptung von D. _____ namens der Beklagten anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 13. August 2014 nach durchgeführtem ersten Schriftenwechsel (Prot. I S. 23). Diese Instruktionsverhandlung diene u.a. dazu, den bisher vorgetragenen Sach-

- 23 - verhalten zu ergänzen (Urk. 19 S. 2, Ziff. 1 der Hinweise). Die an einer solchen Verhandlung gemachten Parteiaussagen zum Sachverhalt sind prozessual beachtliche Parteivorbringen und deren Berücksichtigung entspricht der Verhandlungsmaxime. Abgesehen davon ist die Beklagte durch den Beweissatz 6.1 und die dazu gemachten Beweiserhebungen nicht beschwert, wenn sie sich heute auf den Standpunkt stellt, es habe keine zusätzliche mündliche Abrede stattgefunden, während die Vorinstanz festgestellt hat, eine zusätzliche mündliche Abrede sei nicht erwiesen.

7.2.3. Die Beklagte rügt weiter die Unterlassung einer objektivierenden Vertragsauslegung durch die Vorinstanz, nachdem diese einen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen über die Gewinnbeteiligung nach erfolgtem Aktienerwerb verneint habe (Urk. 82 S. 27f). Dazu ist vorweg festzustellen, dass der Wortlaut der Gewinnbeteiligungsabrede klar ist, indem er keine Befristung oder Bedingung enthält. Die Beklagte strebt mit dieser Urteilskritik daher nicht eine objektivierende Vertragsauslegung sondern eine richterliche Vertragsergänzung an, indem sie dem Vertrag einen zusätzlichen, nicht vom Vertragswortlaut und vom Parteiwillen erfassten Sinn beilegen will. Eine richterliche Vertragsergänzung bzw. Lückenfüllung ist dann möglich, wenn davon auszugehen ist, dass die Parteien einen bestimmten Vertragspunkt deswegen nicht geregelt haben, weil sie ihn nicht als regelungsbedürftig vorausgesehen bzw. erkannt haben. Ob ein Vertrag in diesem Sinne ergänzungsbedürftig ist, oder ob nicht vielmehr ein qualifiziertes Schweigen bezüglich des nicht geregelten Vertragsgegenstandes vorliegt, ist durch Auslegung des Vertrages analog der objektivierenden Auslegung von Willenserklärungen vorzunehmen. Es ist dies eine Rechtsfrage und kann von der Berufungsinstanz aufgrund ihrer umfassenden Kognition in Rechtsfragen selber beurteilt werden. Die Beklagte unterlässt in ihrer Berufung allerdings weitgehend Ausführungen zu den einzelnen Elementen, welche für eine objektivierende Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip heranzuziehen wären (Urk. 82 S. 28ff). Sie wiederholt vielmehr lediglich die im Beweisverfahren deponierten Aussagen zu allfälligen begleitenden mündlichen Absprachen zur Vereinbarung vom 27. Mai 2003 (die sie zuvor teilweise als gar nicht behauptet gerügt hat, vgl. Erw. 7.2.2.).

- 24 - Auszugehen ist grundsätzlich vom Wortlaut der Erklärung, die jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen ist. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist, es sei denn, es lasse sich daraus auf

den tatsächlichen Parteiwillen schliessen (vgl. dazu etwa BGer 5A_346/2015 vom 27. Januar 2017; BGE 132 III 626 E. 3.1). Der Vertrag räumt dem Kläger einerseits ein Gewinnbeteiligungsrecht ein und andererseits ein Recht zum Erwerb von Aktien einschliesslich der Festsetzung einer maximalen Preislimite. Haben sich die damals beteiligten Vertragsparteien aber einlässlich mit der Ermittlung und Fälligkeit der Gewinnbeteiligung sowie mit dem künftigen Aktienerwerb des Klägers bis hin zu einer Preislimite befasst, so hätte es sich aufgedrängt, auch den bloss vorübergehenden Charakter der gleichzeitig vereinbarten Gewinnbeteiligung bis zum Aktienerwerb festzuhalten, hätte dies ihrer Absicht entsprochen. Haben die Vertragsparteien aber keinerlei Befristung oder betragsmässige Beschränkung des Gewinnbeteiligungsrechtes für den Zeitpunkt des Aktienerwerbs geregelt, spricht der detaillierte Wortlaut grundsätzlich für ein qualifiziertes Schweigen und damit eine Fortdauer des Gewinnbeteiligungsrechtes aus Arbeitsvertrag nach dem Aktienerwerb. Die Formulierung, dem Kläger werde "die Möglichkeit geboten, frühestens im Jahre 2006 auch Namenaktien der A. _____ AG zu erwerben", deutet ebenfalls auf eine Parallelität von Gewinnbeteiligung und Aktienerwerb hin. Auch die Auslegung der Vereinbarung anhand des damit verfolgten Zweckes bzw. anhand der damaligen Umstände legt keine Interpretation in dem Sinne nahe, dass hier eine ergänzungsbedürftige Lücke vorliegen würde. So erklärte der an der Vereinbarung mitbeteiligte, aber nicht mehr in den vorliegenden Konflikt involvierte, damit neutrale und glaubwürdige Zeuge C. _____, es sei das Ziel nach seinem Rückzug aus der Firma gewesen, dass seine beiden Kinder sowie seine beiden Neffen D. _____ und B. _____ die Firma zusammen als Familienbetrieb führen und alle zu gleichen Teilen an der Firma beteiligt sein sollten. Im Hinblick darauf habe dem Kläger der Erwerb von Aktien zu einem tragbaren Preis ermöglicht werden sollen (Urk. 68 S. 4ff). Somit verfolgte die Vereinbarung als Ziel letztlich die Gleichberechtigung des Klägers als mitarbeitender Akti-

- 25 - onär hinsichtlich der Beteiligung an der Firma und am Firmenerfolg mit seinem Bruder und allenfalls seinen beiden Cousins. Solange der Kläger jedoch nicht im gleichen Quotenumfang bzw. mindestens zu 25% Aktionär war, war er hinsichtlich einer Erfolgsbeteiligung mittels Dividenden nicht gleichberechtigt mit den (potenziellen) Mitaktionären im Sinne des angestrebten Gesellschaftszieles, insbesondere nicht gleichberechtigt mit seinem Bruder D. _____ (Urk. 68 S. 8). Es lag damit auf der Hand, dieses Manko bis auf weiteres mit einer Gewinnbeteiligung gestützt auf den Arbeitsvertrag zu kompensieren. Sollte nach dem prozessualen Standpunkt der Beklagten im Ergebnis bereits beim Erwerb einer einzigen Aktie jeder klägerische Gewinnanspruch aus dem Arbeitsvertrag dahinfallen, würde dies der angestrebten Gleichberechtigung hinsichtlich der Beteiligung am Gesellschaftsergebnis unter den im Betrieb mitarbeitenden Brüdern und allenfalls Cousins zuwiderlaufen. Nachdem D. _____ im Jahre 2003 das Aktienpaket von E. _____ von 40% erworben gehabt hatte, war er vorübergehend zu 60% und C. _____ zu 40% am Aktienkapital beteiligt. Wenn D. _____ C. _____ in der Folge 10% der Aktien abtreten musste, geschah dies offenkundig zur Wiederherstellung eines Gleichgewichts zwischen den beiden verbliebenen Gründeraktionären. Mit dem anfänglich geplanten Verkauf je gleich vieler Aktien bzw. von je 10% an den Kläger sollte das Gleichgewicht zwischen C. _____ und D. _____ weiterhin gewahrt bleiben (Urk. 68 S. 9). Warum es später nicht dazu kam und später einzig C. _____ 10% Aktien an den Kläger verkaufte und den Rest an D. _____, ist unklar. Die spätere Entwicklung widerlegt aber auf jeden Fall entgegen der Beklagten (Urk. 82 S. 47) - nicht die im Mai 2003 noch verfolgte Absicht einer paritätischen Erfolgsbeteiligung. Auch die von der Beklagten in ihrer

Berufungsbegründung einlässlich wiedergegebene Parteiaussage von D. _____ bestätigt die vorerwähnte Zweckverfolgung. Aus seinen Aussagen ergibt sich, dass es der Wille von C. _____ war, dass er, D. _____, zunächst seine Beteiligung auf 50% reduzieren und C. _____ dem Kläger dann Aktien aus seinem Bestand von 50% Aktien verkaufen sollte (vgl. auch Urk. 38 S. 11f). Die Vereinbarung vom 27. Mai 2003 habe hauptsächlich den Hebel für einen Aktienerwerb durch den Kläger gebildet. Ein Erwerb von mehr als 10% sei dem Kläger später aber finanziell nicht möglich gewesen, da der Maximalpreis von Fr. 3'000.- pro Aktie nur für die ersten 10% garantiert gewesen sei

- 26 - (Prot. I S. 80, 83). Die direkte Frage, ob der Vertrag wie formuliert das Dahinfallen der Gewinnbeteiligung aus Arbeitsvertrag ab Erhalt der Aktien bedeuten sollte, bejahte D. _____ zwar vorab, um dann aber diese Aussage sogleich dahin zu substantiieren, dass es ja nicht hätte sein können, dass der Kläger nach dem Erwerb des Aktienpaketes von 50% von seinem Onkel und dank der Gewinnbeteiligung von 15% aus dem Arbeitsvertrag auf eine Gewinnbeteiligung von 65% gekommen wäre (Prot. I S. 81). Später meinte D. _____, dass der Vertrag als Übergangslösung gedacht gewesen sei, die dann nicht mehr gelten sollte, wenn der Kläger die Möglichkeit zum Aktienerwerb genutzt haben würde (Prot. I S. 81). Damit bleibt aber auch nach dieser Aussage offen, ob die Gewinnbeteiligung aus Arbeitsvertrag bereits nach einem ersten, marginalen Aktienerwerb entfallen sollte, oder ob erst nach dem annähernden Eintritt des damals geplanten Gleichstandes des Aktienbesitzes von B. _____ und D. _____, seien dies je 25% oder je 50%. Der Hintergrund der Vereinbarung vom 27. Mai 2003 und das von den damaligen Vertragsparteien verfolgte Ziel einer gleichmässigen Erfolgsbeteiligung der Brüder B. _____ D. _____ sprechen nach diesen Erwägungen dagegen, dass der Gewinnbeteiligungsanspruch des Klägers von 15% aus Arbeitsvertrag bereits mit dem ersten Erwerb von Aktien bzw. von nur 10% der Aktien dahinfallen sollte. Dies führte - entgegen der Beklagten (Urk. 82 S. 47) - auch noch nicht zu einer doppelten Partizipation des Klägers am Gewinn im Vergleich zu D. _____ als Eigentümer von 50% bzw. später 90% der Aktien. Ob sich der Lohn des Klägers nach dem Jahre 2003 erhöhte (Urk. 82 S. 48), ist für die Auslegung des Vertrages anhand der damaligen und massgeblichen Umstände nicht relevant. Es erübrigt sich auch, auf die vom Kläger im Berufungsverfahren neu und verspätet eingereichte Urkunde 95/6 einzugehen. Dass er sich nicht mehr an diese Unterlage erinnert hat und diese daher bereits vor Vorinstanz verspätet vorgelegt hat (Urk. 92 S. 25f), entschuldigt ihn nicht im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO. Die objektivierende Würdigung der Vereinbarung vom 27. Mai 2003 anhand des Wortlautes und der Umstände und Zweckverfolgung beim Vertragsabschluss führt somit nicht zu einer Lückenfüllung im Sinne des Verständnisses der Beklagten, wonach die Gewinnbeteiligung des Klägers aus dem Arbeitsvertrag mit dem Erwerb von 10% Aktien automatisch dahinfallen sollte. Dass der Kläger nur 10%

- 27 - zum reduzierten Preis von Fr. 3'000.- sollte erwerben dürfen, ergibt sich im Übrigen aus der Vereinbarung auch nicht. 7.2.4. Vor Vorinstanz betonte die Beklagte mehrfach, der Kläger habe die strittigen Gewinnbeteiligungen nie verlangt, obschon er über die Geschäftsabschlüsse im Bild gewesen sei (Urk. 16 S. 8f, Urk. 38 S. 21). Die Vorinstanz betrachtete diesen Einwand als Einrede, der Kläger habe seine Gewinnbeteiligung durch Zuwarten verwirkt. Sie erwog, die Nichtgeltendmachung eines Anspruchs bedeute für sich allein noch keinen Verzicht darauf. Angesichts der familiären Bande und der auf dem Spiel stehenden verwandtschaftlichen Beziehungen habe der Kläger gute Gründe gehabt, zuzuwarten und darauf zu vertrauen, dass ihn sein Bruder nicht um sein gutes Recht prellen

werde. Sodann liege es nahe, dass der Kläger aufgrund seines Abhängigkeitsverhältnisses und seiner schwachen Stellung als Arbeitnehmer auf eine energischere Geltendmachung der Gewinnbeteiligung verzichtet habe (Urk. 83 S. 48ff). Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren die Annahme der Vorinstanz, eine Verwirkung der Ansprüche behauptet zu haben. Mit ihren Ausführungen zur Nichtgeltendmachung habe die Beklagte nur unterstrichen, dass der Kläger offensichtlich selber nicht davon ausgegangen sei, dass ihm nach dem Erwerb von Aktien immer noch die Gewinnbeteiligung gestützt auf den Vertrag vom 27. Mai 2003 zustehe (Urk. 82 S. 43). Den vorinstanzlichen Erwägungen, weshalb im Zuwarten des Klägers mit der Geltendmachung des Anspruchs kein konkludenter Verzicht auf den Anspruch zu sehen ist, kann ohne weiteres beigeplichtet werden. Immerhin erhielt der Kläger bis 2008 namhafte Zusatzleistungen in sehr unterschiedlicher Höhe und unterschiedlicher Form zu seinem Lohn einschliesslich 13 Monatslohn. Wenngleich diese als Bonus oder Gratifikation bezeichnet wurden (Urk. 27 S. 8), so war nicht unbedingt klar, dass es sich nicht um die vereinbarte Gewinnbeteiligung von 15% handeln würde (vgl. auch Urk. 68 S. 4, Prot. I S. 24f, 27). Die Beklagte vermag der vorinstanzlichen Argumentation in ihrer Berufung sodann weiter nur noch das fordernde Verhalten des Klägers nach erfolgter Kündigung entgegenzustellen (Urk. 82 S. 43). Mit der missbräuchlichen Kündigung war indessen jedes Vertrauen in familiäre Rücksichtnahmen dahingefallen und brauchte sich der Kläger auch nicht mehr um das Arbeitsverhältnis zu sorgen. Die Beklagte vermag diese

- 28 - Urteilserswägungen somit nicht zu entkräften. Ist das Zuwarten mit der Geltendmachung wegen anderer Gründe nachvollziehbar, kann es auch nicht für eine objektivierende Vertragsauslegung rückwirkend auf den Zeitpunkt des 27. Mai 2003 und die damalige Meinung des Klägers herangezogen werden. Dass in den dem Kläger grundsätzlich bekannten Geschäftsabschlüssen und Budgets der Beklagten kein Posten für Gewinnbeteiligungen vorgesehen war, spricht ebenfalls nicht für einen konkludenten Verzicht. Selbst als Verwaltungsrat brauchte sich der Kläger nicht um die Details der Buchführung der Beklagten zu kümmern. Dass er diese trotzdem im Detail konkret studiert und daraus konkret ersehen hätte, dass kein arbeitsvertraglicher Gewinnbeteiligungsanspruch verbucht wurde, wurde nicht behauptet.

7.2.5. Was alles die Beklagte mit ihren weitschweifigen Berufungsvorbringen und den seitenlangen Zitaten aus den vorinstanzlichen Rechtsschriften zur Vertragsauslegung sonst noch rügen will (Urk. 82 S. 35-48), ist unklar, kann aber offen bleiben. Wie einleitend ausgeführt, genügt ein Berufungskläger seiner Rüge- und Kritikpflicht nicht, indem er einfach seine Ausführungen aus dem vorinstanzlichen Verfahren wiederholt, welchen die Vorinstanz nicht gefolgt ist. Es muss auch nicht geprüft werden, ob sich die Vorinstanz wegen ihres abweichenden Verständnisses der beklagten Ausführungen parteiisch verhalten hat, oder ob ein diesbezüglicher Verständnisirrtum der Vorinstanz vorliegt. Denn die Beklagte verbindet mit ersterer Behauptung zum einen kein Ablehnungsbegehren; zum anderen ist die Beklagte durch das vorinstanzliche Verständnis nicht beschwert, da die Vorinstanz im Ergebnis zu ihren Gunsten von einer erhobenen Verwirkungseinrede ausgegangen ist und diese auch materiell geprüft hat.

7.3. Wegfall des Gewinnbeteiligungsvertrages 7.3.1. Die Beklagte wandte vor Vorinstanz ein, die Vereinbarung vom 27. Mai 2003 sei ausdrücklich als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 3. Oktober 2000 abgeschlossen worden. Diesen Arbeitsvertrag habe der Kläger am 23. September 2010 mündlich per Ende Dezember 2010 gekündigt. Damit sei auch die Zusatzvereinbarung dahingefallen und bei der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

- 29 - ses bzw. der Neueinstellung des Klägers ab Januar 2011 nicht mehr gültig gewesen. Die Vorinstanz auferlegte der Beklagten den Beweis zur bestrittenen Kündigung des Klägers per Ende Dezember 2010. In ihrem Urteil kam sie zum Schluss, eine Kündigung des Arbeitsvertrages per Ende Dezember 2010 sei nicht erwiesen: Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Dezember 2010 sei diese Kündigung nicht Thema gewesen, obschon dies auf der Hand gelegen hätte; D._____ habe zwar die Kündigung mit anschliessender Neueinstellung bestätigt, seine Aussage sei aber nicht frei von Widersprüchen und er habe ein direktes Prozessinteresse; VR-Präsident F._____ habe zwar die Kündigung und eine mündlich vereinbarte Neueinstellung bestätigt, zufolge Ablehnung eines neuen schriftlichen Vertrages durch den Kläger sei aber nicht von einem neu abgeschlossenen Arbeitsvertrag auszugehen (Urk. 83 S. 43ff). Die Beklagte rügt eine falsche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz habe die Beweismittel nur einzeln gewürdigt statt in ihrer Gesamtheit. Dass der Lohn des Klägers im Dezember 2010 auf den 1. Januar 2011 unbestrittenermassen auf Fr. 11'000.- habe reduziert werden können und dem Kläger eine neue Funktion habe zugewiesen werden können, setze eine vorgängige Kündigung voraus (Urk. 82 S. 51f). 7.3.2. Gemäss dem von der Beklagten ausdrücklich als Beweismittel angerufenen Protokoll der Sitzung vom 11. Dezember 2010 wünschte der Verwaltungsrat dem Kläger einen guten Start in seiner neuen Funktion (Schwergewicht Verkauf, Aussendienst) und wies D._____ an, das neue Pflichtenheft samt neuem Arbeitsvertrag und entsprechenden Begleitmassnahmen direkt mit dem Kläger an die Hand zu nehmen. Im selben Protokoll wurde ein Beschluss betreffend die Kürzung der Löhne von D._____ (um Fr. 10'000.-) und des Klägers (um Fr. 4'000.-) ab Januar 2011 gefällt und D._____ als für die Umsetzung verantwortlich bestimmt. Weiter wurde festgehalten, dass der Kläger aus der Geschäftsleitung ausscheide. Der Kläger nahm an dieser Sitzung nicht teil (Urk. 29/43). D._____ schilderte in seiner Befragung, wie der Kläger eine Stunde vor einem vereinbarten Spitaltermin mit seiner Frau in sein Büro gekommen sei und gesagt habe, er kündige. Dies habe er, D._____, noch von unterwegs Dr. F._____ telefonisch mitgeteilt. Der Kläger habe ein Arztzeugnis hingelegt und sei nicht mehr erschienen, wie er im Spital erfahren habe. Als Datum nannte D._____ den

- 30 - 21. September 2010 (Prot. I S. 83). Als ein Gerichtsmitglied eine nicht protokollierte Äusserung aufnahm, er habe seinen Bruder nach der Kündigung zurück ins Boot genommen, und um Erläuterung dieser Äusserung bat, verwies D._____ darauf, dass er das immer wieder getan habe, allerdings nur wegen familiärer Rücksichtnahme; er habe den Kläger zur Vermeidung innerbetrieblicher Konflikte aber in den Aussendienst stellen wollen. Trotz der schwierigen finanziellen Situation der Firma und des Drucks der Banken habe der Kläger keiner Lohnsenkung zustimmen wollen. Ein klares Dokument, das heisst ein Arbeitsvertrag, habe nicht ausgearbeitet werden können. Sie seien noch dabei gewesen, den [sc. neuen] Aufgabenbereich des Klägers festzulegen. Beim Thema Lohn seien sie einfach nicht vorwärts gekommen und schliesslich hätten die Herren G._____, H._____ und F._____ (mit dem Kläger) weiterdiskutiert (Prot. I S. 83f). Der Kläger habe (bezüglich der weiteren künftigen Zusammenarbeit) seine Kündigung ausgeblendet (Prot. I S. 84f). Verwaltungsratspräsident F._____ erklärte zur Frage einer Kündigung durch den Kläger in seiner Befragung, der Kläger habe gekündigt, er sei aber zu einem anderen Lohn und in einer anderen Funktion wieder angestellt worden. Obschon der Kläger dies am Anfang akzeptiert habe, habe er später nicht unterschrieben und es habe ein Theater gegeben. Mündlich habe man sich aber über die neuen Modalitäten geeinigt (Prot. I S. 70/71). Der Kläger habe D._____ die schriftliche Kündigung auf den Tisch gelegt, vermutlich etwa

einen Tag vor der Geburt seines Sohnes. Die Bestrebungen des Verwaltungsrates seien dann dahin gegangen, dass man den Kläger wieder gewollt habe, und er habe deshalb neue Vorschläge gemacht (Prot. I S. 74/75). 7.3.3. Das neutralste Beweismittel zur Frage einer erfolgten Kündigung sind die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen gegen das Jahresende 2010. Gemäss diesen Beschlüssen sollte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ab 1. Januar 2011 grundlegend neu gestaltet werden hinsichtlich Aufgabenbereich und Entlohnung. Die Eckwerte dafür wurden festgelegt, die weiteren Modalitäten sollte D._____ mit dem Kläger zusammen vereinbaren und in einem neuen (schriftlichen) Arbeitsvertrag festhalten. Die beschlossene Änderung der bisherigen Vertragskonditionen war - ohne Einverständnis des damals abwesenden Klägers -

- 31 - aber nur im Rahmen eines neuen Arbeitsvertrages nach gekündigtem früheren Vertrag zulässig und ist damit ein klares Indiz dafür, dass der Verwaltungsrat von einem gekündigten Vertrag ausging. Aus dem Protokoll der vorangegangenen Verwaltungsratssitzung vom 25. November 2010 ergibt sich nichts Anderes. Dass damals keine Kündigung des Klägers thematisiert wurde, spricht - entgegen dem Kläger (Urk. 92 S. 37) - nicht gegen das Vorliegen einer solchen, da diese im September erfolgte und im November keinen informationsmässigen Neuigkeitswert mehr hatte. Immerhin wurde aber auch in diesem Protokoll darauf hingewiesen, dass mit dem Kläger für 2011 eine neue vertragliche Grundlage festgelegt werden müsse, was ebenfalls für das Dahinfallen der bisherigen Vertragsgrundlage spricht (Urk. 40/4/2). Entgegen der Vorinstanz kann eine Kündigung nicht deswegen verneint werden, weil in den Verwaltungsratsprotokollen eine solche nicht ausdrücklich erwähnt wurde oder weil einzig der Anstellungsvertrag mit einer neu in den Betrieb eintretenden Drittperson thematisiert wurde (Urk. 83 S. 43). Das Verhältnis mit dem Kläger als Familienmitglied und Verwaltungsrat war ein anderes und seine Vertragskonditionen sollten offenkundig im gegenseitigen Dialog ausgehandelt werden, was auch auf Seite 3 unter Ziffer 3 des Sitzungsprotokolls (Urk. 29/43) ausdrücklich so festgehalten wurde. Aus den Aussagen von D._____ und Dr. F._____ ergibt sich, dass die beschlossenen Verhandlungen mit dem Kläger über seine neuen Anstellungskonditionen ab Januar 2011 aus ihrer Sicht dann aber schwierig verliefen und es nur zu einer mündlichen, nicht aber schriftlichen neuen Einigung kam. Die Parteiaussagen von Dr. F._____ und D._____ können zwar nicht als neutrale und daher vorweg glaubwürdige Beweismittel gelten, da Beide am Ausgang des vorliegenden Verfahrens unmittelbar interessiert sind. Trotzdem erscheinen ihre Aussagen inhaltlich überzeugend und glaubhaft. Die übereinstimmende Bestätigung einer Kündigung des Klägers im September 2010 deckt sich inhaltlich vorab mit den Verwaltungsratsbeschlüssen vom 25. November und 11. Dezember 2010, in denen klar die Rede davon ist, es sei mit dem Kläger ein neuer (schriftlicher) Arbeitsvertrag zu machen mit reduziertem Lohn und neuem Pflichtenheft. Die beiden Aussagen decken sich aber auch inhaltlich gegenseitig und sie enthalten anschauliche Details zum Ablauf der behaupteten Kündigung (Datierung auf den

- 32 - Zeitraum des Spitalaufenthaltes der Frau von D._____; das auf den Tisch Legen der Kündigung bzw. des Arztzeugnisses; die Bestrebungen, den Kläger zu veränderten Konditionen wieder ins Boot zu holen bzw. wieder zu wollen). Dass die Aussagen nicht bis ins letzte Detail kongruent sind, schmälert ihre Beweiskraft nicht; gegenteiligenfalls müsste man sogar eher von abgesprochenen Aussagen ausgehen. Wenn Dr. F._____ von einer schriftlichen Kündigung sprach, D._____ hingegen von einer mündlichen Kündigung unter Vorlage eines schriftlichen Arztzeugnisses (Prot. I S. 74, 83), so liegt hier möglicherweise

ein Erinnerungsfehler oder ein kommunikatorisches Missverständnis vor (Die Kündigung wurde Dr. F._____ telefonisch während der Fahrt in den Spital mitgeteilt; vgl. Prot. I S. 83.). Der Kerngehalt der Aussagen ist davon nicht betroffen und deren Glaubhaftigkeit nicht erschüttert. Die Kündigung per Ende 2010 wurde immerhin auch bereits im ersten Arbeitszeugnis vom 31. März 2013 für den Kläger erwähnt (Urk. 5/25). Damals wusste die Beklagte aber noch nicht, dass der Kläger konkret aus der mit dem alten Arbeitsvertrag gekoppelten Vereinbarung vom 27. Mai 2003 eine Gewinnbeteiligung fordern würde. Aus Urk. 5/22 lässt sich dies - entgegen dem Kläger (Urk. 92 S. 38) - nicht entnehmen; der Kläger verweist dort lediglich stichwortartig ohne weitere Substantiierung auf vorbehaltene arbeitsrechtliche Forderungen aus Lohn, Gewinnbeteiligungen etc. Entgegen der Vorinstanz ist in der Aussage von D._____ auch kein Widerspruch dahin erkennbar, dass er von einer beabsichtigten Versetzung des Klägers in den Aussendienst sprach, ohne eine Kündigung zu erwähnen (Urk. 83 S. 44). D._____ verwies auf bereits länger andauernde innerbetriebliche Schwierigkeiten mit dem Kläger, weswegen er eine Versetzung des Klägers in den Aussendienst erwogen habe. Am 21. September 2010 habe es dann auch noch einen Streit mit dem Betriebsleiter gegeben, was die Kündigung des Klägers zur Folge gehabt habe (Prot. I S. 84 und 83). Dabei erwähnte er sehr wohl die erfolgte Kündigung, aber auch, dass er den Kläger wieder zurückholen wollte, wenngleich in anderer Funktion bzw. der angedachten Funktion im Aussendienst. D._____ datierte die Kündigung in der Parteibefragung auf den 21. September 2010; in der Instrukti- onsverhandlung nannte er indessen das Datum des 22. oder 23. September 2010 (Prot. I S. 27) und in den Rechtschriften der Beklagten wurde das Datum des

- 33 - 23. September 2010 genannt (Urk. 16 S. 11, Urk. 38 S. 24). Der Kläger wendet dazu ein, erst am 23. September 2010 über ein Arztzeugnis verfügt zu haben, das er habe vorlegen können (Urk. 92 S. 36). Soweit ersichtlich, ist diese Behauptung vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren erhoben worden und daher nicht mehr beachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Angesichts der unterschiedlichen Datierungen durch die Beklagte bzw. D._____ persönlich kann aus der taggenauen Datumsangabe in der Parteiaussage rund fünf Jahre später aber ohnehin kein entscheidendes Kriterium gegen die Glaubhaftigkeit der Kündigung abgeleitet werden. Immerhin erwähnten sowohl D._____ als auch Dr. F._____ anschaulich und überzeugend, dass die Kündigung in der Zeit der Geburt dessen Kindes statt- fand (Prot. I S. 74, 83); dass die Geburt vor dem auf den 23. September datierten Arztzeugnis stattfand, tut der Kläger ohnehin nicht dar. Dr. F._____ erklärte, man habe sich mündlich auf einen neuen Arbeitsvertrag ge- einigt, der Kläger habe aber nicht unterschreiben wollen. Entgegen der Vorinstanz (Urk. 83 S. 45) ist dies nicht unplausibel und seine Aussage deswegen nicht un- glaubhaft. Auch mündliche Arbeitsverträge sind gültig; die Schriftform dient ledig- lich der Beweissicherung. Unbestrittenermassen war der Kläger ab Januar 2011 im neu zugewiesenen Aussendienst und zu einem reduzierten Lohn tätig und war auch nicht mehr Geschäftsleitungsmitglied; der neu ausgehandelte Arbeitsvertrag kam somit zum Tragen (vgl. Urk. 40/3/2, Urk. 5/11, Prot. I S. 14f; das von F._____ erwähnte Protokoll der Verwaltungsratsitzung vom 28. Februar 2011, aus dem sich die neuen Anstellungsbedingungen ergeben sollen [Prot. I S. 71], wurde vom Kläger nur unvollständig eingereicht, es fehlen 3 Seiten; vgl. Urk. 40/4/5). Es sind durchaus subjektive oder emotionale Gründe auf Seiten des Klägers denkbar, wa- rum er den Vertrag nicht - auch noch - unterschreiben und damit seine Herabstu- fung plakativ schriftlich anerkennen wollte (so auch D._____, Prot. I S. 83). Ein fehlender schriftlicher Arbeitsvertrag lässt keine Zweifel an der Richtigkeit der Aussage F._____ über das

Zustandekommen eines neuen mündlichen Arbeitsvertrages zu. Dass die Beklagte den vergeblichen Entwurf für den schriftlichen Vertrag nicht einreichte, spricht nicht gegen die Verfassung eines solchen Entwurfs; da der Vertrag nicht rechtsgültig zustande kam, kann er ganz einfach nicht aufbewahrt worden sein (Urk. 83 S. 45).

- 34 - Die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach eine Kündigung/Neueinstellung des Klägers 2010/2011 nicht erwiesen sei (Urk. 83 S. 46), erweist sich als nicht haltbar. Angesichts des nachgewiesenen Willens der Beklagten zum Abschluss eines in wesentlichen Punkten abweichenden Arbeitsvertrages nach erfolgter Kündigung durch den Kläger - neuer Aufgabenbereich, neuer Lohn, keine Geschäftsfunktionsfunktion mehr - liegt keine blosser Fortsetzung des bisherigen Vertrages oder eine einvernehmliche Aufhebung der Kündigung des Klägers vor. Solche grundlegenden Änderungen der Vertragsbedingungen hätten dem widerstrebenden Kläger ohne erfolgte Kündigung nicht aufgezwungen werden können. Da die Kündigung vom Kläger ausgegangen ist und anschliessend die Beklagte auf neuen Vertragskonditionen bestand, liegt auch keine Änderungskündigung vor. 7.3.4. Fiel Ende 2010 der ursprüngliche Arbeitsvertrag dahin, so fielen auch die damit verbundenen weiteren Abreden und insbesondere die Gewinnbeteiligungsvereinbarung vom 27. Mai 2003 dahin. Der neue Arbeitsvertrag wurde seitens der Beklagten letztlich durch Dr. F. _____ ausgehandelt und finalisiert. Diesem war die alte Gewinnbeteiligungsvereinbarung nicht bekannt (Prot. I S. 69, 84). Ein übereinstimmender Parteiwille, dass diese Gewinnbeteiligung auch in den neuen Vertrag aufgenommen werden sollte, fehlt damit. Mangels eines diesbezüglichen Konsenses ist der neue Arbeitsvertrag aber auch nicht lückenhaft, da sich die Parteien über den notwendigen Vertragsinhalt geeinigt gehabt haben. Eine "Lückenfüllung" mittels richterlicher Ergänzung der neuen Lohnabrede durch eine zusätzliche Gewinnbeteiligung (Urk. 92 S. 42) kommt auch hier nicht zum Tragen. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien nicht an die Vereinbarung eines höheren Lohnes gedacht haben, zumal die Beklagte Ende 2010 ihre Lohnkosten aus existentiellen Gründen reduzieren musste. 7.4. Höhe des Gewinnanteilsanspruchs Der Kläger partizipiert gemäss den vorstehenden Erwägungen nur noch an den Gewinnen der Geschäftsjahre 2009 und 2010. Der massgebliche Gewinnanteil für das Geschäftsjahr 2009 wurde von der Vorinstanz auf 15% von Fr. 239'342.20, somit Fr. 35'901.- beziffert. Da davon bereits Fr. 14'000.- bezahlt worden seien, verbleibe ein Anspruch von noch Fr. 21'901.- (Urk. 83 S. 53). Dieser Betrag blieb

- 35 - im Berufungsverfahren unbestritten und ist dem Kläger zuzusprechen (Urk. 82 S. 54, Urk. 92 S. 42). Im Geschäftsjahr 2010 erlitt die Beklagte unbestrittenermassen einen Verlust, weshalb eine Gewinnbeteiligung des Klägers entfällt. Damit ist der eingeklagte Gewinnbeteiligungsanspruch des Klägers im Umfang von Fr. 21'901.- gutzuheissen. 8. Zusammenfassung Zusammenfassend stehen dem Kläger noch die nachfolgenden Forderungen gegen die Beklagte zu : - Fr. 11'000.- netto Pönalzahlung wegen missbräuchlicher Kündigung (Erw. 2.2.2.) - Fr. 917.- brutto pro rata 13. Monatslohn für Juni 2013 (Erw. 4.2.) - Fr. 21'901.- brutto Gewinnbeteiligung 2009 (Erw. 7.4.). Im Fr. 33'818.- übersteigenden Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen bzw. ist auf sie nicht einzutreten, soweit darüber nicht bereits rechtskräftig entschieden worden ist (Ausstellung Arbeitszeugnis, Klagerückzug im Umfang von Fr. 1'375.50, Nichteintreten auf Rechtsbegehren Ziffer 3 und Abweisung von Rechtsbegehren Ziffer 6). E Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 1.1. Die Vorinstanz bezifferte den für die Kosten- und Entschädigungsfolgen massgeblichen

Streitwert der Klage auf Fr. 253'160.20, wobei sie den Rechtsbegehren Ziff. 1 (Arbeitszeugnis) und Ziff. 3 (Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung) je einen Streitwert von Fr. 11'000.- beimass; den Klagerückzug im Umfang von Fr. 1'375.- sowie den Antrag auf Rückgabe der Telefonnummer liess sie dabei ausser Betracht. Nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens obsiegt der Kläger bezüglich seiner erstinstanzlichen Rechtsbegehren, die von der Streitwertbeziehung erfasst wurden, mit Fr. 44'818.- (Fr. 11'000.- Pönalzahlung, Fr. 917.- pro rata 13. Monatslohn für Juni 2013, Fr. 21'901.- Gewinnbeteiligung, Fr. 11'000.- Wert Arbeitszeugnis), somit zu rund 18%. Damit hat der Kläger die erstinstanzlichen Gerichtskosten

- 36 - insgesamt zu vier Fünfteln zu übernehmen. Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren, das Obsiegen des Klägers bezüglich des Arbeitszeugnisses sei nicht nach dem nominalen Streitwert von Fr. 11'000.- sondern tiefer zu bewerten, da das bestehende Zeugnis trotz hohem Verfahrensaufwand nur gerade in drei Punkten abgeändert worden sei (Urk. 82 S. 56f). Die Quantifizierung von Obsiegen und Unterliegen erfolgt grundsätzlich nach dem nominalen Streitwert im Sinne einer Pauschalmethode. Auf dieser Pauschalmethode beruhen z.B. auch die offiziellen Kostentarife für Gerichtskosten und Anwaltsentschädigungen, welche innerhalb der Pauschalen nur ganz grob das Verhältnis von Streitwert und Aufwand gewichten (vgl. z.B. § 4 Abs. 2, § 10 GebV OG oder § 2 Abs. 2, § 4 Abs. 2 AnwGebV). Geht es, wie vorliegend, um die Beurteilung einer Vielzahl von Einzelbegehren, ist in Kauf zu nehmen, dass mit dieser Pauschalmethode nicht der konkrete prozessuale Aufwand für jedes einzelne Teilrechtsbegehren quantifiziert und gewichtet werden kann, zumal z.B. Beweiserhebungen wie Zeugen- und Parteibefragungen sich häufig auf mehrere Teilrechtsbegehren beziehen. Entgegen der Beklagten ist ein Arbeitszeugnis so dann gesamthaft zu werten und kann hinsichtlich seines Wertes für den Arbeitnehmer nicht in einzelne Passagen zerlegt und der Prozessaufwand und das Urteilsergebnis dafür einzeln gewichtet werden. Würde man dies trotzdem tun, so wäre allerdings davon auszugehen, dass bei Arbeitszeugnissen für das berufliche Weiterkommen vorab die Bewertung der Leistungen des Arbeitnehmers in quantitativer und qualitativer Hinsicht sowie seines persönlichen Verhaltens im Zentrum stehen. Diesbezüglich erreichte der Kläger eine deutliche Verbesserung der Bewertung von "zufrieden" zu "sehr zufrieden". Ebenso erreichte er die Streichung des Hinweises auf die Kündigung per Ende 2010, welche für die Beschreibung der wahrgenommenen Aufgaben und die Bewertung der Leistungen in einem Arbeitszeugnis ohne jede Bedeutung ist, einen unbefangenen Leser indessen eher merkwürdig anmutet und einen negativ gefärbten Eindruck bewirken kann (Urk. 5/25 im Vergleich zu Urk 83 Disp. Ziff. 106). Es besteht daher kein Anlass, einzig mit Bezug auf das Teilrechtsbegehren Arbeitszeugnis auf den konkreten Verfahrensaufwand der nicht berücksichtigten Änderungsbegehren abzustellen (was man andernfalls auch hinsichtlich des Gewinnbeteiligungsanspruchs tun

- 37 - könnte, wo ein grosser Verfahrensaufwand hinsichtlich der von der Beklagten erfolglos bestrittenen Vertragsgrundlage erfolgte). 1.2. Die Vorinstanz bezifferte ihre Gerichtskosten auf insgesamt Fr. 19'800.-. Die von der Beklagten beantragte separate Verlegung der Zeugenentschädigung nach Beweisführungslast und Obsiegen/Unterliegen für das zu beweisende Teilbegehren (Urk. 82 S. 57), ist aus den gleichen, vorstehend erwähnten Gründen abzulehnen. Von den Fr. 19'800.- sind dem Kläger damit Fr. 15'840.- aufzuerlegen und aus seinen Kostenvorschüssen im erstinstanzlichen Verfahren von insgesamt Fr. 20'700.- zu beziehen (Urk. 9, Urk. 23, Urk. 41). Die weiteren Fr. 3'960.- sind der

Beklagten aufzuerlegen und vorab aus ihrem Kostenvorschuss von Fr. 700.- (Urk. 41) zu beziehen. Im Mehrbetrag von Fr. 3'260.- sind sie aus den verbleibenden Kostenvorschüssen des Klägers zu beziehen, sind diesem aber durch die Beklagte zurückzuerstatten. 1.3. Nach dem vorgenannten Verteilschlüssel hat der Kläger der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von 60% zu bezahlen. Die von der Vorinstanz auf Fr. 34'900.- bezifferte volle Parteientschädigung blieb im Berufungsverfahren unbestritten und ist zu übernehmen. Die vom Kläger geschuldete reduzierte Parteientschädigung beläuft sich damit auf Fr. 20'940.-, zuzüglich anteilmässige Barauslagen sowie 8% MwSt auf insgesamt Fr. 22'800.-. 2. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 2.1. Der bezifferbare Streitwert im Berufungsverfahren betrug noch Fr. 221'783.-. Dies führt zu einer Entscheidungsgebühr von Fr. 13'700.- (§ 4 Abs. 1 GebVO OG). Der Kläger obsiegt mit Fr. 33'818.-, somit zu rund 15%. Damit hat er die zweitinstanzlichen Gerichtskosten zu 85% bzw. Fr. 11'650.- zu übernehmen. Diese Kosten sind vorab aus seinem Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren von Fr. 490.- sowie im Mehrbetrag von Fr. 11'160.- aus dem Prozesskostenvorschuss der Beklagten für das Berufungsverfahren von Fr. 13'500.- zu decken. Der Kläger hat der Beklagten diese Fr. 11'160.- zurückzuerstatten. Im Mehrbetrag von

- 38 - Fr. 2'050.- sind die Berufungskosten der Beklagten aufzuerlegen und aus ihrem Prozesskostenvorschuss zu beziehen. 2.2. Beim vorgenannten Streitwert beträgt eine volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren Fr. 8'350.- (§ 4 Abs. 2 i.V.m. § 13 Abs. 2 AnwGebV). Die unnötige Weitschweifigkeit der zweitinstanzlichen Parteivorbringen führt zu keiner höheren Entschädigung. Die vom Kläger zu bezahlende reduzierte Parteientschädigung ist auf Fr. 5'845.- zuzüglich 8% MwSt, somit Fr. 6'312.60 festzusetzen. Es wird beschlossen:

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