

# ZH\_OBERGERICHT LA230008 vom 25. März 2024

ZH Obergericht, 2024-03-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA230008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA230008)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA230008 du 25 mars 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LA230008 del 25 marzo 2024

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger war gemäss Arbeitsvertrag vom 8. Juni 2018 ab dem 1. Oktober 2018 unbefristet in einem Vollzeitpensum als Senior Relationship Manager bei der Beklagten angestellt, welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen, Vermögensverwaltung sowie Anlageberatung anbietet (Urk. 5/1; Urk. 1 Rz. 5; Urk. 11 Rz. 8). Der Kläger hatte die Aufgabe, bestehende Kunden zu betreuen, seinen (schon) bestehenden Kundenstamm auszubauen und für diese Kunden Anlageberatung sowie Vermögensverwaltung zu betreiben (Urk. 1 Rz. 5). Betreffend den Lohn des Klägers ist zumindest unbestritten, dass sich dieser anhand von erwirtschafteten Bruttoerträgen berechnet (Urk. 1 Rz. 7; Urk. 11 Rz. 11 f.). Ebenfalls weitgehend unbestritten sind – mit Ausnahme derjenigen für den Juli 2020 – die massgeblichen erwirtschafteten Bruttoerträge auf den verwalteten Kundenvermögen (vgl. betr. Juli 2020 Urk. 11 Rz. 50 und Rz. 94; Urk. 22 Rz. 58 sowie Urk. 28 Rz. 68). Einig sind sich die Parteien weiter betreffend die prozentuale Höhe der Spesenpauschale, welche sich anhand der massgeblichen Bruttoerträge berechnet (Urk. 1 Rz. 8; Urk. 11 Rz. 60). Die Parteien sind sich im Grundsatz weiter einig, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung seitens der Beklagten vom 26. Mai 2020 beendet wurde (Urk. 1 Rz. 47; Urk. 11 Rz. 104; Urk. 5/32). Unbestritten ist sodann, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien per 31. Juli 2020 endete (Urk. 1 Rz. 47 und Rz. 55; Urk. 11 Rz. 34 f. und Rz. 112), obwohl der Kläger vom 30. Juni 2020 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Juli 2020 krankheitshalber arbeitsunfähig war (Urk. 5/46-50; Urk. 1 Rz. 53-55; Urk. 11 Rz. 39). Eine Verlängerung der Kündigungsfrist macht der Kläger ausdrücklich nicht geltend, da er von einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ausgeht (Urk. 1 Rz. 55). Der Kläger macht mit seiner Klage diverse finanzielle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sowie eine Entschädigung, eventualiter eine Genugtuung, zufolge missbräuchlicher Kündigung geltend. Ausserdem verlangt er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses.

- 7 -

### E. 2

Mit Urteil vom 27. Februar 2023 hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Lohn in der Höhe von Fr. 29'678.91 netto, zuzüglich 5% Zins ab 1. August 2020, zu bezahlen. Zudem wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger eine Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 1 und 2 OR in der Höhe von Fr. 7'000.-- zu bezahlen. Ausserdem wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit einem vorgegebenen Inhalt auszustellen (Urk. 93 S. 76 f.). Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 17. April 2023, hier eingegangen am 18. April 2023, fristgerecht Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 92 S. 2 f.). Der ihr mit Verfügung vom 18.

April 2023 auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- (Urk. 97) wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 98). Die Berufungsantwort des Klägers und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) datiert vom 21. August 2023 und ging am 22. August 2023 rechtzeitig ein (Urk. 100). Sie wurde mit Verfügung vom 21. September 2023 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 101). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nur so weit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1.).

### **E. 3**

Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte verlangt im Berufungsverfahren die Aufhebung der Dispositivziffern 1 bis 3 des vorinstanzlichen Urteils und entsprechende Abweisung der Klage bzw. eventualiter Aufhebung dieser Dispositivziffern und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (Urk. 93 S. 2). Der Kläger erhob keine Anschlussberufung (Urk. 100 S. 2). Demgemäss ist davon Vormerkung zu nehmen, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 27. Februar 2023 bezüglich Dispositivziffer 1, soweit die Lohnklage im Fr. 29'678.91 netto, zuzüglich 5% Zins ab August 2020, übersteigenden Betrag abgewiesen wurde und bezüglich Dispositivziffer 2, soweit die Entschädigungsklage im Fr. 7'000.-- übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, am 22. August 2023 in Rechtskraft erwachsen ist.

- 8 - II. 1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheides wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]; BGer 5A\_127/2018 vom 28. Februar 2019, E. 3, m.w.H.). Demnach hat der Berufungskläger im Sinne von Art. 311 ZPO in seiner Berufungsschrift hinreichend begründet aufzuzeigen, inwiefern das vorinstanzliche Urteil in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein bzw. an den gerügten Mängeln leiden soll. Dafür ist der Berufungskläger gehalten, die von ihm angefochtenen vorinstanzlichen Erwägungen genau zu bezeichnen, sich im Einzelnen argumentativ mit diesen auseinanderzusetzen und mittels präziser Verweisungen auf die Akten darzulegen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Ungenügend sind folglich pauschale Behauptungen der Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Urteils sowie pauschale Verweise auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit

ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine

- 9 - pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. Das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden. Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes haben die Parteien die Tatsachen, auf die sie sich stützen, darzulegen und die entsprechenden Beweismittel frist- und formgerecht anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Von Amtes wegen wird nur Beweis erhoben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO). Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGer 4A\_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; 5A\_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2). Es kann aus praktischen

- 10 - Gründen vom Berufungsgericht nicht verlangt werden, dass es die – oft umfangreichen – erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch nicht erneuerten Beweisanträgen durchforscht. Zudem entspräche dies nicht der Natur des Berufungsverfahrens als eigenständiges Verfahren (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.1 mit Hinweis auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221, 7374 zu Art. 313 E-ZPO; BGE 144 III 394 E. 4.2). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im erstinstanzlichen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A\_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11). 2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese Voraussetzungen gelten kumulativ. Handelt es sich um echte Noven, ist das Erfordernis der Neuheit ohne Weiteres erfüllt und

einzig das des unverzüglichen Vorbringens zu prüfen. Was unechte Noven angeht, so ist es Sache der Partei, die sie vor der Berufungsinstanz geltend machen will, zu beweisen, dass sie die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hat, was namentlich bedingt, die Gründe darzutun, warum die Tatsachen und Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; Reetz/Hilber, in: Sutter- Somm et.al., ZPO Komm., Art. 317 N 34). III. 1. Umstritten sind zusammengefasst diverse Aspekte betreffend die genaue Berechnung der Entschädigung des Klägers, welche grundsätzlich auf den mit den verwalteten Kundenvermögen erzielten Bruttoerträgen basiert (Urk. 93 S. 17).

- 11 - a) Der Kläger machte - neben der falschen Spesenhandhabung (vgl. dazu unten) - geltend, dass ihm vom Bruttolohn zusätzlich der Arbeitgeberanteil der Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'126.45 abgezogen worden sei. Eine derartige Überwälzung der Arbeitgeberbeiträge auf den Arbeitnehmer sei unzulässig (Urk. 1 Rz. 14). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Abzug der gesamten Sozialleistungen von den vom Kläger erwirtschafteten Bruttoerträgen bei der konkreten Konstellation, in der kein Bruttolohn vereinbart worden sei, nicht zu beanstanden sei (Urk. 93 S. 20 f.). Dies wurde von keiner der Parteien im Berufungsverfahren gerügt (Urk. 92 und 100), weshalb es dabei sein Bewenden hat. b) Der Kläger kritisierte in seiner Klagebegründung, dass die Beklagte die Spesen nicht wie im Reglement vorgesehen über Ziffer 13.2.1 (vgl. Urk. 5/5) abgerechnet, sondern in der Lohnabrechnung unter Ziff. 1.3. (vgl. z.B. Urk. 5/6 Lohnabrechnung Okt.-Dez. 2018) vom Anteil des Klägers am Brutto-Ertrag abgezogen habe (Urk. 1 Rz. 12). Damit habe sich das Brutto- wie auch das Nettoeinkommen des Klägers reduziert. Dann habe die Beklagte dem Kläger die zuvor abgezogenen Spesen zusätzlich zum Nettoeinkommen ausgezahlt, ohne die Spesen nochmals im Lohnausweis auszuweisen. Mit anderen Worten habe der Kläger die ihm überwiesenen Spesen aus seinem eigenen Anteil an den Bruttoerträgen erhalten. Sämtliche Lohnabrechnungen seien dahingehend zu korrigieren, dass die Pauschalspesen in der Höhe wie ausgewiesen berechnet würden, aber nicht von den Bruttoerträgen im Profitcenter (Position 1.30) in Abzug gebracht, sondern zum Nettolohn geschlagen würden (Urk. 1 Rz. 12 f.). aa) Die Vorinstanz erwog (Urk. 93 S. 17 f.), dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag vom 8. Juni 2018 (Urk. 5/1) in Bezug auf die vereinbarte Spesenregelung gemäss dem Vertrauensprinzip auszulegen sei, da sich gemäss den Vorbringen der Parteien kein übereinstimmender wirklicher Wille feststellen lasse (Urk. 1 Rz. 12; Urk. 11 Rz. 13 und 64). Die Beklagte behauptete, dass vereinbart worden sei, die Spesen von den Bruttoerträgen abzuziehen, der Kläger halte dieses Vorgehen dagegen für vertragswidrig und nicht vereinbarungsgemäss. Die Vorinstanz erachtete auch die von der Beklagten offerierten Beweismittel (Arbeitsvertrag vom 8. Juni 2018 und 8. Juli 2019, diverse Lohnab-

- 12 - rechnungen sowie Parteibefragung/Beweisaussage von C.\_\_\_\_\_, Urk. 93 S. 18) als nicht geeignet für die Erbringung des Beweises bezüglich des Vorliegens eines Konsenses zwischen den Parteien (Urk. 93 S. 18), weshalb sie eine Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip vornahm. Die Beklagte widersprach in der Berufungsbegründung diesen Ausführungen. Sie rügte, dass die Vorinstanz damit das Recht falsch angewendet habe, indem sie ihr rechtliches Gehör (Art. 29 BV) sowie das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt und zudem den Sachverhalt falsch festgestellt habe (Art. 310 lit. a und b ZPO; Urk. 92 Rz. 11). bb) Die Beklagte kritisierte, dass von der Vorinstanz nicht beachtet worden sei, dass sie dem Kläger mit dem Arbeitsvertrag vom 8. Juni 2018 ein eigenes Profitcenter innerhalb

ihres Betriebes offeriert habe. Auch habe sie dargetan, dass sich der Erfolg beim Abrechnungsmodell eines Profitcenters - nämlich der Bruttolohn des Klägers - nach Abzug sämtlicher im Profitcenter anfallenden Aufwände - somit auch aller Spesen - auf den gesamthaft erwirtschafteten Bruttoerträgen berechne. So sei in Ziffer 6 des Arbeitsvertrages vom 8. Juni 2018 festgehalten worden, dass - nebst anderen Aufwänden - auch "allfällige Spesen" vom Bruttoertrag in Abzug gebracht würden. Nachdem beide Parteien diesen Arbeitsvertrag unterzeichnet hätten und der Kläger gestützt auf die im Arbeitsvertrag (Urk. 5/1) vereinbarte Abrechnungsmethode die erstellten Lohnabrechnungen (Urk. 5/6-8) in der Folge auch nie beanstandet habe (Urk. 92 Rz. 16 f.), müsse von einem übereinstimmenden Parteiwillen im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung in Bezug auf die Abrechnungsmethode ausgegangen werden. Die Vorinstanz sei demnach fälschlicherweise zum Schluss gelangt, dass sich ein Konsens durch den als Beweismittel offerierten Arbeitsvertrag sowie die offerierten Lohnabrechnungen nicht erstellen lasse (Urk. 92 Rz. 12, 19). Falsch sei auch, dass der Kläger eine solche Vereinbarung sinngemäss bestritten habe. Dieser habe an besagter Stelle (Urk. 1 Rz. 12) einzig ausführen lassen, dass ein Lohnabzug in Höhe der Spesen vertragswidrig sei. Vorliegend handle es sich jedoch eben nicht um einen Lohnabzug. Auch mangels Bestreitung müsse von einem übereinstimmenden Willen der Parteien ausgegangen werden (Urk. 92 Rz. 13).

- 13 - Dieser Argumentation der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, machte der Kläger geltend, dass die von der Beklagten praktizierte Spesenhandhabung (Abzug vom Bruttoertrag) nicht der von den Parteien im Vertrag getroffenen Abmachung entspreche, sondern als vertragswidrig zu qualifizieren sei und dem Charakter einer pauschalen Spesenentschädigung widerspreche (Urk. 1 Rz. 12; Urk. 22 Rz. 8). M.a.W. stellte sich der Kläger damit auf den Standpunkt, dass die Beklagte den Vertrag diesbezüglich nicht in derselben Weise verstehe wie er, mithin kein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien gegeben sei. Der Kläger offerierte zum Beweis für seine Darstellung den Arbeitsvertrag vom 8. Juni 2018 (Urk. 5/1), das Spesenreglement (Urk. 5/5), den Arbeitsvertrag vom 8. Juli 2019 (Urk. 5/2), diverse Lohnabrechnungen (Urk. 5/6-8) sowie seine Partei-/Beweisaussage (Urk. 1 Rz. 12). Die Beklagte erklärte demgegenüber, dass der Kläger mit der Unterzeichnung des Vertrages der von ihr vorgenommenen Abrechnungsmethode zugestimmt habe. Gestützt auf den Wortlaut der vertraglichen Bestimmung sowie Sinn und Zweck eines Profitcenters sei dem Kläger von Anfang an bewusst gewesen, dass sie die Spesen von den Bruttoerträgen abziehen werde (Urk. 11 Rz. 12, 64), es also dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien entsprochen habe, dass die Spesen von den Bruttoerträgen abgezogen würden. Sie bestritt damit die Sichtweise des Klägers. Die Beklagte offerierte zum Beweis ihres Standpunktes dieselben Beweismittel wie der Kläger (Urk. 5/1, 5/6 und 5/7) sowie zusätzlich die Partei-/Beweisaussage von C.\_\_\_\_\_. Vorab ist festzuhalten, dass allein die Tatsache des Abschlusses des Arbeitsvertrages vom 8. Juni 2019 nicht geeignet ist, den Beweis für übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zu erbringen. Massgebend für den Inhalt des Vertrages ist nämlich nicht unbedingt der Vertragstext, sondern der wirkliche (übereinstimmende) Wille der Parteien, welcher eine sog. innere Tatsache betrifft und daher nicht zwingend dem Vertragstext entsprechen muss. Der Wille als innere Tatsache ist keinem direkten Beweis zugänglich, sondern kann bloss mittelbar durch Indizien bewiesen werden (vgl. BGer 5A\_927/2017 vom 8. März 2018, E. 5.1; BGE 140 III 86 E. 4.1; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 12). Wie die Vorinstanz daher zu Recht ausführte (Urk. 93 S. 18), sind die von der Beklagten

- 14 - (und vom Kläger, dem grundsätzlich die Beweislast obliegt) in diesem Zusammenhang als Beweismittel und Gegenbeweismittel offerierten Arbeitsverträge vom

### **E. 3.3**

Die Schadensberechnung der Beklagten ist ferner auch dahingehend nicht überzeugend, als nicht schlüssig nachvollziehbar ist, weshalb die Beklagte den Schaden per Ende November 2020 berechnet. Gemäss eigenen Ausführungen der Beklagten hätte der Kläger die Kunden frühestens am 1. August 2020 abwerben dürfen (act. 11 Rz. 52; act. 28 Rz. 52 ff.). Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb der Kläger für die vom 1. August 2020 bis zum 30. November 2020 hypothetisch erzielbaren Gebühren ersatzpflichtig sein soll. Die Beklagte behauptet diesbezüglich, der Kläger hätte mindestens vier Monate gebraucht, um die Abwerbung vorzubereiten und durchzuführen. Da er frühestens am 1. August 2020 damit hätte aktiv werden dürfen, werde der Schaden per Ende November 2020 geltend gemacht (act. 11 Rz. 52). Der Kläger bestreitet die behaupteten vier Monate, indem er geltend macht, dass die Mandatsverhältnisse auf jeden Fall in den ersten Tagen des Monats August 2020 geendet hätten, wenn er alle Kunden am 1. August 2020 angerufen und ihnen Kündigungsformulare geschickt hätte (act. 22 Rz. 62). Duplicando hält die Beklagte – unter Hinweis darauf, dass dem Kläger die Abwerbung von 30 Kunden nicht in den ersten Tagen des Monats August 2020 möglich gewesen wäre – im Wesentlichen an den Behauptungen gemäss Klageantwort fest, ohne weitere Beweismittel zu nennen (act. 28 Rz. 71). Mit der Befragung der Kunden als Zeugen sowie der Parteibefragung von C. \_\_\_\_\_ bzw. dessen Beweisaussage hat die Beklagte denn auch keine tauglichen Beweismittel offeriert, um nachzuweisen, dass der Kläger mindestens vier Monate für die Abwerbung gebraucht hätte.

### **E. 3.4**

Schliesslich zieht die Beklagte in ihrer Schadensberechnung bis Ende November 2020 monatliche Entschädigungen an den Kläger bzw. insbesondere An-

- 37 - teile zugunsten von dessen Profitcenter ab (act. 11 Rz. 51), was insofern keinen Sinn macht, als eine Nichtvornahme von Abwerbbehandlungen durch den Kläger während seines Arbeitsverhältnisses bzw. laufender Kündigungsfrist nicht zwingend damit einher geht, dass der Kläger bis Ende November 2020 weiter bei der Beklagten beschäftigt ist. Die Beklagte hätte vielmehr denjenigen (Lohn-)Aufwand vom errechneten Gebührentotal in Abzug bringen müssen, welcher ihr durch die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger per 31. Juli 2020 stattdessen damit beauftragten Mitarbeitenden zur Betreuung der betroffenen Kunden hypothetisch angefallen wäre. Auch aus diesem Grund erscheint die Schadensberechnung der Beklagten nicht überzeugend." Die von der Beklagten geltend gemachte Verrechnungsforderung wurde somit zufolge mangelnder Substantiierung des Schadens abgewiesen. Die Vorinstanz ging deshalb auf die Frage einer allfälligen Treupflichtverletzung des Klägers nicht näher ein, sondern liess diese offen (Urk. 93 S. 38). c) Die Beklagte rügte die Argumentation der Vorinstanz, wonach nicht schlüssig nachvollziehbar sei, weshalb sie den Schaden per Ende November 2020 berechne. Sie habe im vorinstanzlichen Verfahren dargetan (Urk. 28 Rz. 71; Urk. 11 Rz. 52), dass der Beklagte mindestens vier Monate benötigt hätte, um die Abwerbung aller 30 Kunden vorzubereiten und durchzuführen. Namentlich in der Duplik habe sie auf den Umstand hingewiesen, wonach der Kläger die Kunden in das Portfolio seiner neuen Arbeitgeberin überführt habe, mithin selbst zuerst ein neues Vertragsverhältnis mit dieser begründen müssen. Da es sich um ausländische Kunden gehandelt habe und die Widerrufe innerhalb

kurzer Zeit erfolgt seien, hätte dies eine gewisse Vorbereitungszeit erfordert (Urk. 92 Rz. 50). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist nicht schlüssig nachvollziehbar, weshalb die Beklagte den Schaden per Ende November 2020 berechnete. Es ist unerfindlich, wie die Beklagte auf eine Zeitspanne von vier Monaten kommt, in welcher Zeit sie noch für alle 30 vom Kläger angeblich abgeworbenen Kunden einen Anspruch auf die Erhebung von Gebühren hätte haben sollen. Die Beklagte hatte stets behauptet, was soweit ersichtlich vom Kläger nicht bestritten wurde, dass der Kläger am 1. August 2020

- 38 - eine neue Arbeitsstelle bei der S. \_\_\_\_\_ AG angetreten habe (Urk. 11 Rz. 39, 45, 54, 55; Urk. 28 Rz. 52). Die Beklagte unterliess es substantiiert darzulegen, weshalb es - wenn der Kläger unmittelbar mit seinem Stellenantritt begonnen hätte, Kunden abzuwerben - im heutigen elektronischen Zeitalter, in welchem Verhältnisse innert kürzester Zeit z.B. mit einem Mausklick beendet und eingegangen werden können, Monate gedauert hätte, eine Anzahl von 30 Kunden abzuwerben und allenfalls bei der neuen Arbeitgeberin des Klägers einzubringen. Es wurde von der Beklagten nicht geltend gemacht, dass vertragliche Fristen bestanden hätten, welche eine sofortige Beendigung der betreffenden Vertragsverhältnisse verunmöglicht hätten. In der Regel dürfte es sich dabei um Auftragsverhältnisse handeln, welche jederzeit gekündigt werden können (Art. 404 Abs. 1 OR). Die Beklagte brachte denn auch selbst vor, dass im Juni und Juli 2020 Kunden das Vermögensverwaltungsverhältnis mit ihr mit sofortiger Wirkung aufgelöst hätten (Urk. 11 Rz. 51) und machte nicht geltend, dass dies vertragswidrig gewesen sei. Offenbar handelte es sich dabei um die 30 Kunden, welche die Beklagte als Zeugen offerierte (Urk. 11 Rz. 52). Der Kläger bezeichnete eine Planungs- und Durchführungsdauer von vier Monaten für ein solches Vorhaben als weltfremd und bestritt sie. In der heutigen Zeit sei es völlig irrelevant, wenn Kunden im Ausland lebten (Urk. 22 Rz. 64). Da die von der Beklagten genannte Zeitspanne in keiner Weise auf der Hand liegt, hätte die Beklagte näher darlegen bzw. substantiieren müssen, wie sie die Dauer von vier Monaten berechnete bzw. welche allfälligen vorzunehmenden Handlungen so lange hätten dauern können. Auch fehlen jegliche Angaben dazu, weshalb diese behauptete Zeitspanne bei allen 30 Kunden genau gleich lang gewesen wäre. Da mit dem Kläger kein Abwerbverbot vereinbart worden war, wäre auch nicht plausibel, dass er allfällige Abwerbungen nicht unmittelbar nach Stellenantritt vorgenommen hätte. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente sind deshalb insgesamt zu wenig substantiiert. Die Annahme von vier Monaten erscheint willkürlich gewählt. Eine mangelnde Substantiierung kann nicht mittels eines Beweisverfahrens bzw. Erkenntnissen aus dem Beweisverfahren behoben werden. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1. S. 68 f.; BGer 4A\_255/2022

- 39 - vom 16. September 2022, E. 4.3.2.; BGer 4A\_392/2021 vom 10. Februar 2022, E. 10.4.1. [je m.w.Hinw.]). Im Übrigen erscheint auch nicht plausibel, inwiefern die angerufenen Zeugen überhaupt etwas zu der behaupteten Dauer von vier Monaten bzw. der Schadensberechnung aussagen könnten. Auch hiezu hat die Beklagte keine Angaben gemacht. Zudem hat es die Beklagte auch unterlassen (Urk. 92 Rz. 51), darauf hinzuweisen, wo genau sie diese Zeugen als Beweismittel in den vorinstanzlichen Akten bezeichnete, was jedoch für eine genügende Begründung im Berufungsverfahren Voraussetzung wäre. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht substantiiert darlegen konnte,

weshalb ihr während vier Monaten ein Gewinn in der geltend gemachten Höhe entgangen sei. Die Zeitdauer von vier Monaten stellt jedoch ein wichtiges Element zur Substantiierung des behaupteten Schadens dar. Indem dieser Parameter nicht feststeht, fehlt ein wesentlicher Bestandteil zur Bezifferung des Schadens. Die Beklagte machte auch nicht geltend, dass der Schaden (eventualiter) allenfalls für eine kürzere Dauer als vier Monate zuzusprechen sei. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass deshalb bereits aus diesem Grund das Fundament für die Zusprechung von Schadenersatz fehlt. d) Was die konkrete Bezifferung der Höhe des monatlich geforderten Schadenersatzes anbelangt, kritisierte die Beklagte, dass die von der Vorinstanz verlangten Kriterien zu Berechnung des Schadens von ihr gar nicht hätten erfüllt werden können. Sie habe die hypothetische Gebührensumme per Ende November 2020 schlicht nicht berechnen können, sondern einzig eine Schätzung unter Berücksichtigung der im zweiten Quartal 2020 mit allen Kunden erzielten Gebühren vornehmen können (Urk. 92 Rz. 45). Diese Behauptung ist - soweit ersichtlich - neu und daher verspätet vorgebracht. Grundsätzlich erscheint es zwar plausibel, dass die Beklagte mangels Vorliegens der erforderlichen Kennzahlen erhebliche Schwierigkeiten hatte, den behaupteten Schadenersatzanspruch zu beziffern bzw. dies nicht möglich war. Dafür sieht das Gesetz jedoch in Art. 42 Abs. 2 OR die Möglichkeit vor, den Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Das Gericht wendet diese Bestimmung jedoch nicht von Amtes wegen an, sondern nur auf Antrag einer Partei. Der Beweisbelastete hat glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR gegeben sind (BSK OR I-Kessler, Art. 42 N 10 ff.). Dies hat die Beklagte unterlassen. Da offensichtlich ist, dass eine Berechnung der Gebührensumme nicht möglich ist und eine Schätzung durch die Vorinstanz mangels Antrages nicht erfolgen konnte, fehlt es auch an einer genügenden Schätzung bzw. Bezifferung des Schadens in diesem Sinne. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 93 S. 38), kann unter diesen Umständen die Frage, ob der Kläger die Kunden unrechtmässig in Verletzung seiner Treuepflicht abgeworben habe, offengelassen werden. e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schadenersatzforderung der Beklagten nicht ausgewiesen ist. 6.a) Die Vorinstanz hielt fest, dass im Grundsatz unbestritten sei, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger per E-Mail vom 26. Mai 2020, 15.50 Uhr, (Urk. 32) gekündigt habe (Urk. 93 S. 41). Ebenfalls unbestritten sei, dass der Kläger seinerseits gleichentags am 26. Mai 2020 um 16.23 Uhr sein Kündigungsschreiben (Urk. 14/13) der Post übergeben habe. Die Vorinstanz erwegte, dass die Kündigung der Beklagten trotz mangelnder Schriftlichkeit gültig und damit für die Kündigung des vorliegend zu beurteilenden Arbeitsverhältnisses massgeblich sei. Die Geltendmachung einer missbräuchlichen Kündigung durch den Kläger scheitere demzufolge nicht bereits daran, dass keine Arbeitgeberkündigung vorliege (Urk. 93 S. 41). Dies wurde von den Parteien im Berufungsverfahren nicht gerügt (Urk. 92 Rz. 58 ff.; Urk. 100 Rz. 31 ff.). In der Folge ist von einer gültigen Arbeitgeberkündigung auszugehen. Die Arbeitnehmerkündigung wurde nicht thematisiert und ist somit unbestritten. b) Die Vorinstanz hielt dafür, dass der Kläger die Einsprachefrist gemäss Art. 336b OR eingehalten und sein Schreiben (Urk. 5/33) auch klar als solche bezeichnet habe (Urk. 93 S. 46). Dies wurde von der Beklagten nicht in Frage gestellt; von diesem Sachverhalt ist im Folgenden auszugehen.

- 41 - aa) Vor Vorinstanz hatte die Beklagte vorgebracht, dass die Geltendmachung einer missbräuchlichen Kündigung durch den Kläger deshalb nicht zu schützen sei, weil auch er selbst das Arbeitsverhältnis am 26. Mai 2020 habe kündigen wollen und entsprechend an einer Fortsetzung gar nicht interessiert gewesen sei. Der Kläger habe am 26. Mai 2020 - also am selben Tag wie die Beklagte - sein eigenes Kündigungsschreiben der Post übergeben (Urk. 14/13). Der Sendungsverfolgung sei zu entnehmen, dass dies um 16:23 Uhr, also rund eine halbe Stunde, nachdem dem Kläger die Kündigung der Beklagten (per E-Mail 15:50 Uhr; Urk. 5/32) zugegangen sei, geschehen sei. Damit habe der Kläger das Arbeitsverhältnis offensichtlich selbst gekündigt, bevor er überhaupt Kenntnis von der Kündigung der Beklagten gehabt habe. An einer Bereinigung allfälliger Differenzen und einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses - was Sinn und Zweck der arbeitsrechtlichen Einsprache darstelle - sei der Kläger um Zeitpunkt der Kündigung demnach gar nie interessiert gewesen. Vor diesem Hintergrund verdiene die am 28. Mai 2020 gegen die Kündigung der Beklagten gleichwohl erhobene Einsprache keinen Rechtsschutz (Urk. 11 Rz. 35). bb) Der Kläger machte geltend, dass es im Vorfeld der Kündigungen zu diversen Unstimmigkeiten zwischen den Parteien gekommen sei, insbesondere bezüglich der Lohnabrechnungen, mit welchen er nicht einverstanden gewesen sei (Urk. 1 Rz. 40 ff.). Da ihm diese Auseinandersetzungen mit der Beklagten zunehmend zu schaffen gemacht hätten, sei er zur Überzeugung gelangt, dass er aus dem Arbeitsplatzkonflikt ausbrechen müsse. Er habe am 26. Mai 2020 ein Kündigungsschreiben verfasst und sei zum Geschäftsführer der Beklagten gegangen; er habe diesem eröffnet, dass er gedenke zu kündigen. Der Geschäftsführer habe mit allen Mitteln versucht, ihn von diesem Schritt abzuhalten. Er habe gemeint, er wolle die Sache nochmals überschlafen und sei nach Hause gegangen. Dort habe er gesehen, dass der Geschäftsführer um 15:50 Uhr, wenige Stunden nach dem Gespräch, mittels E-Mail per Ende Juli 2020 die ordentliche Kündigung ausgesprochen habe. Ihm sei darin u.a. unprofessionelles und inkompetentes Verhalten vorgeworfen worden. Gegen die Kündigung habe er Einsprache erheben lassen (Urk. 1 Rz. 47). Dass der Kläger selbst gleichentags um 16:23 Uhr ein Kündigungsschreiben der Post übergeben hatte, brachte er in der Klagebegründung

- 42 - nicht vor. In der vorinstanzlichen Replik erklärte er dann, dass er noch auf dem Heimweg die ihm per E-Mail zugegangene Kündigung der Beklagten gelesen habe. Sicherheitshalber habe er seine eigene Kündigung auch noch postalisch aufgegeben. Der Versand der eigenen Kündigung ändere nichts an der Tatsache, dass die durch die Beklagte ausgesprochene Kündigung missbräuchlich gewesen sei (Urk. 22 Rz. 37). Zu bemerken ist noch, dass die vorinstanzliche Annahme, wonach der Kläger im Rahmen einer sehr emotionalen Stimmung quasi im Sinne einer Kurzschlusshandlung die Kündigung abgeschickt habe (Urk. 93 S. 47), in den Akten keine Stütze findet. Der Kläger brachte keine derartigen Behauptungen vor. Er machte auch nie geltend, dass er bereit gewesen wäre, seine Kündigung zurückzuziehen. Die Beklagte führte dazu aus, dass die Behauptung, wonach der Geschäftsführer den Kläger angefleht haben solle, nicht zu kündigen, grotesk erscheine, wenn man sich all die dokumentierten Verfehlungen des Klägers vor Augen halte. Die Behauptung, wonach der Kläger auf dem Heimweg die E-Mail mit der ausgesprochenen Kündigung gelesen haben solle und dann sicherheitshalber seine eigene Kündigung postalisch aufgegeben habe, überzeuge nicht. Nach dem Zugang der Kündigung der Beklagten habe die Kündigung des Klägers keinerlei Wirkung mehr gehabt. Viel naheliegender sei daher, dass der Kläger - nach dem Gespräch mit der Beklagten und ohne Kenntnis der erfolgten Kündigung durch die

Beklagte - auf dem Heimweg den Entschluss gefasst habe, doch noch selber zu kündigen, weshalb er umgehend zur Poststelle seines Wohnorts gegangen sei (Urk. 28 Rz. 46). cc) Aufgrund der oben wiedergegebenen Angaben des Klägers ist eher davon auszugehen, dass er schon vor dem Treffen mit dem Geschäftsführer der Beklagten am 26. Mai 2020 ein Kündigungsschreiben verfasst und den Entschluss gefasst hatte, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Gemäss den Vorbringen des Klägers ist auch anzunehmen, dass er dies dem Geschäftsführer anlässlich des gleichentags stattgefundenen Gesprächs so mitgeteilt hatte. Ob der Kläger seine eigene Kündigung in der Folge in Kenntnis der Kündigung der Beklagten der Post übergab - wie der Kläger behauptet - oder ohne solche - wie die Beklagte vermu-

- 43 - tet -, ist unerheblich und kann offen gelassen werden. Fest steht, dass der Kläger gleichentags wie die Beklagte, in einem Zeitabstand von lediglich rund einer halben Stunde, seinen Willen bekundete, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, indem er das schon vorbereitete Kündigungsschreiben abschickte. Der Kläger machte ausdrücklich geltend, dass er sein Kündigungsschreiben sicherheitshalber noch der Post übergeben habe. Diese Formulierung kann nur dahingehend interpretiert werden, dass der Kläger den unbedingten Willen hatte, das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall zu beenden, unabhängig vom Verhalten der Beklagten. Dass dieses Schreiben von der Beklagten in Empfang genommen wurde, wurde nicht bestritten. Die Parteien machten jedoch keine Angaben darüber, wann dieses Kündigungsschreiben der Beklagten zuzuging. In der Regel dürfte dies jedoch am nächsten Werktag, also Mittwoch, den 27. Mai 2020, der Fall gewesen sein. Es wurde auch nicht geltend gemacht, dass die Kündigung des Klägers nicht rechtsgültig erfolgt sei, weshalb auch klägerischerseits von einer gültigen Kündigung auszugehen ist. c) Zum Einwand der Beklagten, wonach der Kläger unter diesen Umständen an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr interessiert gewesen sei, erwog die Vorinstanz, dass es zwar in der Tat Sinn und Zweck von Art. 336b Abs. 1 OR sei, den Parteien Anlass zu geben, ihre Differenzen zu bereinigen und das Anstellungsverhältnis fortzusetzen. Ein auf das Kündigungsschreiben des Klägers vom 26. Mai 2020 gestütztes Abstellen auf ein fehlendes Interesse desselben an einem Einigungsversuch und damit die Abweisung der Klage betreffend missbräuchliche Kündigung wegen dieser formellen Überlegungen erscheine nicht gerechtfertigt. Dies deswegen, weil der Kläger ausführe, die gehässige Art und Weise, wie er sich von der Beklagten habe behandeln lassen müssen, hätte ihn zur Überzeugung gebracht, dass er aus dem Arbeitsplatzkonflikt ausbrechen müsse. Er mache damit zumindest sinngemäss geltend, dass er sich gerade aufgrund derjenigen Umstände, welche er nun zur Missbräuchlichkeit vorbringe, zu seiner eigenen Kündigung veranlasst gesehen habe. Aufgrund des konflikträchtigen Gesprächsinhalts am 26. Mai 2020 zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten könne von einer emotional stark aufgeladenen Situation ausgegangen werden. Dem Kläger nun die Geltendmachung der Missbräuch-

- 44 - lichkeit zu verwehren, weil er nach der unbestrittenermassen vorrangig ergangenen Kündigung der Beklagten gleichentags selbst eine schriftliche Kündigung an die Beklagte geschickt habe, sei nicht sachgerecht. Im Übrigen sehe das Gesetz nicht vor, dass ein gekündigter Arbeitnehmer während der gesamten Kündigungsfrist eine Einigungsbereitschaft betreffend Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR an den Tag legen müsste. Die formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung der Missbräuchlichkeit seien erfüllt (Urk. 93 S. 46 f.). Die Beklagte

kritisierte diese Argumentation der Vorinstanz. Mit seiner eigenen Kündigung habe der Kläger geradezu jegliche Grundlage für einen Einigungsversuch und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entzogen (Urk. 92 Rz. 60). Es wäre nach Auffassung der Beklagten stossend, wenn der Kläger, welcher das Arbeitsverhältnis selbst habe kündigen wollen und dies auch getan habe, sich nachträglich auf den Missbrauchstatbestand berufen könnte. Selbst wenn der Beklagten mit der Einsprache vom 28. Mai 2020 die Möglichkeit gewährt worden wäre, ihre Kündigung zurückzuziehen und sie dies in der Folge auch getan hätte, wäre das Arbeitsverhältnis zufolge Kündigung durch den Kläger gültig beendet worden (Urk. 92 Rz. 61). Weiter habe der Kläger auch erstmals im vorinstanzlichen Verfahren behaupten lassen, dass die gehässige Art und Weise, wie er sich angeblich durch die Beklagte habe behandeln lassen müssen, ihn zur Überzeugung gebracht habe, dass er aus dem Arbeitsplatzkonflikt habe ausbrechen müssen. Dies sei von ihr bestritten worden und gehe auch nicht aus dem Kündigungsschreiben hervor (Urk. 92 Rz. 62).

d) Gemäss Art. 336b Abs. 1 OR muss derjenige, welcher gestützt auf Art. 336 und Art. 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung die Parteien anregen, Gespräche aufzunehmen und eine Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses in Betracht zu ziehen (BGer 4A\_320/2014 vom 8. September 2014, E. 3.1.). Diese Bestimmung ist beidseitig zwingender Natur (Art. 361 Abs. 1 OR). Die Einsprache ist unabdingbar, auch dann, wenn eine Einigungsverhandlung aufgrund der Haltung der Gegenpartei sinnlos erscheint (BGE 136 III 96 E. 2.2.). Zweck der Einsprache ist es demnach, dem Arbeitgeber bewusst zu machen, dass der Arbeitnehmer die Kündigung als missbräuchlich betrachtet sowie die Parteien zu Verhandlungen über eine allfällige Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu ermutigen. Dabei muss der Arbeitnehmer den klaren Willen zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses äussern und der Arbeitgeber muss die Möglichkeit haben, die Kündigung zurückzuziehen (Präjudizienbuch OR (Abegg/Bernauer), Rz. 1 zu Art. 336b OR). Das Bundesgericht nimmt sogar eine Obliegenheit des Arbeitnehmers an, die Rücknahme der Kündigung zu akzeptieren, wenn das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen weitergeführt werden soll. Mit anderen Worten erlischt die Entschädigungsforderung selbst dann, wenn der Arbeitnehmer die Rücknahme der Kündigung durch den Arbeitgeber ablehnt (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336b N 2 unter Hinweis auf BGE 134 III 70; 123 III 252; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 336b N 4). Generell ist die andere Partei gemäss Bundesgericht gehalten, angemessene Vorschläge der kündigenden Partei ernstlich zu prüfen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336b N 4 m.H). Nur wenn keine Einigung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gefunden wird, kann eine Entschädigung verlangt werden (Fancinani/Bazzell in: Etter/Fancinani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Art. 336b N 9).

e) Zusammenfassend ist demnach davon auszugehen, dass Sinn und Zweck von Art. 336b Abs. 1 OR darin besteht, den Parteien vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung den Anstoss zu geben, ihre Beziehungen allenfalls gütlich zu klären. Offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Parteien in Fällen, in denen der Vorwurf einer missbräuchlichen Kündigung im Raum steht, von sich aus keine solchen Gespräche mehr führen würden. Indem der Kläger, noch bevor er Einsprache gegen die Kündigung der Beklagten erhob, das Arbeitsverhältnis seinerseits fast gleichzeitig kündigte, vereitelte er jedoch schon vorgängig mögliche Gespräche über eine allfällige Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses. Selbst wenn die Beklagte sich hätte bereit erklären wollen, die

Kündigung zurück- zunehmen, wäre dies zufolge der Kündigung des Klägers nicht mehr möglich ge- wesen. Der Kläger brachte nämlich nie vor, dass er bereit gewesen wäre, seiner- seits auf die Kündigung zurückzukommen. Gegenteil erklärte er, dass er sicher-

- 46 - heitshalber selbst gekündigt habe, was, wie erwähnt, nur dahingehend ausgelegt werden kann, dass er unter allen Umständen das Arbeitsverhältnis beendet ha- ben wollte; es besteht somit eine klare, dahingehende Willensäusserung. Im Er- gebnis bedeutet dies, dass der Kläger eine Rücknahme der Kündigung durch die Beklagte grundsätzlich ablehnte. Mit diesem Verhalten unterlief der Kläger die In- tention des Gesetzgebers bezüglich des Versuchs einer möglichen Einigung zur Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses bei solchen Konstellationen schon im vornherein. Wie ausgeführt, erlischt der Anspruch auf Entschädigung unter diesen Umständen. f) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 93 S. 47) sind daher die formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Missbräuchlichkeit nicht erfüllt. Die Prüfung der materiellen Voraussetzungen einer allfällig miss- bräuchlichen Kündigung erübrigt sich deshalb. Damit entfällt auch der Anspruch des Klägers auf die von der Vorinstanz zugesprochene Pönale in der Höhe von Fr. 7'000.-- (Urk. 93 S. 66). 7.a) Der Kläger hatte im vorinstanzlichen Verfahren eventualiter eine Genug- tuung in der Höhe von Fr. 15'000.-- zufolge Verletzung der arbeitsrechtlichen Für- sorgspflicht geltend gemacht, sofern das Verhalten der Beklagten nicht im Rah- men einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR berücksichtigt werde (Urk. 1 Rz. 58). Infolge Gutheissung der Missbräuchlichkeit der Kündigung machte die Vorinstanz zu diesem nur eventualiter gestellten klägerischen Begehren keine weiteren Ausführungen (Urk. 93 S. 66 f.). b) Im Berufungsverfahren führte die Beklagte aus, dass sie ein Fehlverhal- ten ihrerseits bestreite. Zudem unterlasse es der Kläger, Ausführungen zur Höhe der behaupteten Genugtuungsforderung zu machen. Mangels Substantiierung müsse der Anspruch deshalb auch abgewiesen werden (Urk. 92 Rz. 85). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Wie bereits erwähnt wird der Hauptan- trag auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 1 OR abgewiesen, wes- halb der Eventualantrag des Klägers noch zu beurteilen ist. Aufgrund der Vorbrin- gen des Klägers ist anzunehmen, dass er insgesamt für Genugtuung und Ent-

- 47 - schädigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR zusammen nicht mehr als Fr. 15'000.-- fordert; etwas anderes machte er jedenfalls nicht explizit geltend. So- weit also der Kläger an der eventualiter im vorinstanzlichen Verfahren verlangten Genugtuung in der ursprünglichen Höhe von Fr. 15'000.-- im Berufungsverfahren vollumfänglich hätte festhalten wollen, hätte er im Fr. 7'000.-- übersteigenden Be- trag (Entschädigung für die missbräuchliche Kündigung) eine Anschlussberufung erheben müssen, was er jedoch nicht getan hat. Zur Höhe der eventualiter im Be- rufungsverfahren noch geforderten Genugtuungssumme fehlt es jedoch an jegli- cher Substantiierung und Bezifferung. Allein der Verweis, wonach die Höhe der geforderten Genugtuung naturgemäss die gleiche wie die Forderung im Hauptan- trag sei (Urk. 100 Rz. 46), genügt den Anforderungen an die Substantiierungs- pflicht in keiner Weise. Das klägerische Eventualbegehren auf Genugtuung ist deshalb abzuweisen. Auch unter diesem Titel besteht kein Anspruch des Klägers. 8.a) Es ist unbestritten, dass der Kläger (bis heute) kein Arbeitszeugnis der Beklagten erhielt, weshalb der Kläger die Ausstellung eines solchen im vorliegen- den Verfahren beantragte und einen konkreten Textvorschlag einklagte (Urk. 1 S. 2 f., Rz. 59). Die Beklagte führte dazu aus, dass seit dem 20. Juli 2020 bei der Staatsanwaltschaft See/Oberland ein Strafverfahren gegen den Kläger im Zusam- menhang mit der Abwerbung

von Kunden der Beklagten während laufendem Arbeitsverhältnis anhängig sei. Unter anderem werde dem Kläger ungetreue Geschäftsbesorgung vorgeworfen. Mit der Zeugnisbeurteilung müsse folglich zwingend zugewartet werden, bis der Sachverhalt in strafrechtlicher Hinsicht abgeklärt sei. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass im Arbeitszeugnis wesentliche Tatsachen ausgelassen würden, was zu einem unzutreffenden Bild der Leistung und des Verhaltens des Klägers führen könnte (Urk. 11 Rz. 116). Der vom Kläger verlangte Wortlaut des Arbeitszeugnisses verletze zudem das Wahrheitsgebot, da dieser dem Leser eine in allen Punkten gute bis sehr gute Qualifikation des Klägers vermittele. Darauf habe der Kläger nach seinen zahlreichen Verfehlungen und seiner wiederholten Verletzungen der Treue- und Sorgfaltspflicht jedoch keinen Anspruch. Insbesondere sei folgende Formulierung krass wahrheitswidrig (Urk. 11 Rz. 118): "Durch sein gutes analytisches Vorgehen und seine genaue Arbeitsweise gelang es ihm stets, sowohl qualitativ als auch quantitativ gute bis sehr gute

- 48 - Arbeitsergebnisse zu erreichen. Er ist selbstständig, flexibel und vermochte jederzeit optimal auf die Bedürfnisse der Kunden einzugehen. Die internationalen regulatorischen Anforderungen sowie sämtliche internen Vorgaben hielt er dabei stets ein." Der Kläger bestritt ein strafrechtliches Verhalten seinerseits. Selbst bei Vorliegen eines solchen müsste ein Arbeitszeugnis ausgestellt werden. Es könne nicht sein, dass das Strafrecht instrumentalisiert werde, damit der Kläger kein Arbeitszeugnis erhalte. Die Beklagte wisse genau, dass ein Strafverfahren regelmässig mehrere Jahre daure. Das Zuwarten sei nichts als ein strategisches Manöver der Beklagten (Urk. 22 Rz. 106 ff.). In der vorinstanzlichen Duplik hielt die Beklagte an ihrer Sichtweise fest (Urk. 28 Rz. 114 ff.). In seiner Stellungnahme zu den Dupliknoven vom 6. Dezember 2021 reichte der Kläger bei der Vorinstanz neu die Einstellungsverfügung des gegen ihn geführten Strafverfahrens der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 11. November 2021 ein (Urk. 39 Rz. 42; Urk. 41/2). Die Beklagte führte aus, dass gegen die Einstellungsverfügung ein Rechtsmittel erhoben worden sei und das Verfahren derzeit beim Obergericht des Kantons Zürich hängig sei (Urk. 46 Rz. 24 und 32). b) Die Vorinstanz bejahte den Anspruch des Klägers auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses auch bei einem noch nicht abgeschlossenen Strafverfahren (Urk. 93 S. 70 ff.). Vorliegend bestehe keine Gefahr der Ausstellung eines falschen Zeugnisinhaltes. Die Beklagte werfe dem Kläger vor, er habe während laufender Kündigungsfrist von ihm betreute Kunden abgeworben, die in der Folge die Vermögensverwaltungsverträge mit ihr widerrufen hätten. Wesentlich sei jedoch, dass der Kläger die von ihm betreuten Kunden bereits in die Beklagte eingebracht habe bzw. einzelne Kunden während der Anstellung akquiriert habe. Zwischen Vermögensverwaltungskunden und Vermögensverwalter bestehe in der Regel ein Vertrauensverhältnis und nicht selten ein enger persönlicher Kontakt. Das zeige sich vorliegend daran, dass die meisten Kunden dem Kläger bereits von der früheren Arbeitgeberin zur Beklagten gefolgt seien. Es liege auf der Hand, dass die Kunden darüber zu informieren seien, wenn ihr Vermögensverwalter die Kündigung erhalte, erst recht, wenn er nicht mehr für die Vermögensverwaltung zuständig sei. Hinsichtlich des auf dem Persönlichkeitsrecht fussenden Bedürfnisses des

- 49 - Arbeitnehmers, sich von seinen persönlich betreuten Kunden verabschieden zu können, werde sein diesbezügliches Interesse in der Praxis höher gewichtet als das Interesse des Arbeitgebers, durch Unterbindung des Kontakts präventiv jede theoretisch denkbare Missbrauchsgefahr zu unterbinden. Insofern stelle die Kontaktaufnahme mit den Kunden

noch keine Verletzung der Treuepflicht dar (Urk. 93 S. 72). Die Sätze 4-6 Absatz 3 würden von der Beklagten bestritten. Satz 4 gehe über die Normalqualifikation hinaus. Es gelinge dem Kläger nicht darzulegen, weshalb im Zeugnis "sehr gut" stehen müsse. Andererseits müsse sich die Beklagte entgegenhalten lassen, dass sie in der Klageantwort "zahlreiche Verfehlungen" und "wiederholte Verletzungen der Treue- und Sorgfaltspflicht" erwähne, ohne diese jedoch am angeführten Ort konkret zu bezeichnen. Soweit in der Duplik Klumpenrisiken und Überdiversifikationen behauptet würden, seien die Vorbringen als solche nicht geeignet, die Leistungen des Klägers in ein ungünstiges Licht zu rücken. Dies wäre allenfalls dann anders, wenn der Kläger Instruktionen der Kunden missachtet oder einen grossen Verlust verursacht hätte, was die Beklagte jedoch nicht behauptete. Das Wort "optimal" gehe jedoch über die Normalqualifikation hinaus und sei deshalb wegzulassen. Die Beklagte habe nicht hinreichend konkret dargelegt, dass der Kläger gegen interne Weisungen verstossen habe, weshalb in Satz 6 die Passage, wonach der Kläger sämtliche internen Vorgaben eingehalten habe, nicht zu beanstanden sei. Betreffend das Verhalten des Klägers (Absatz 4) bestreite die Beklagte nur, dass sich der Kläger gegenüber seinem Vorgesetzten jederzeit freundlich, kompetent und korrekt verhalten habe. Die vom Kläger beantragte Formulierung entspreche der Normalqualifikation, auf die der Kläger Anspruch habe, zumal die Beklagte das dem Kläger vorgeworfene treuwidrige Verhalten nicht substantiiert habe und die schriftliche Beschwerde des Klägers an die Aufsichtsbehörde erst im Oktober 2020, mithin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, verfasst worden sei (Urk. 93 S. 72 f.). c) Vorab ist festzuhalten, dass die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 11. November 2021 als echtes Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO zu berücksichtigen ist. Damit ist davon auszugehen, dass das Strafverfahren gegen den Kläger eingestellt wurde. Die Beklagte machte zwar geltend, dass sie ein Rechtsmittel dagegen erhoben habe

- 50 - und deshalb mit der Ausstellung eines Zeugnisses bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides zuzuwarten sei. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da die Einstellungsverfügung überzeugend erscheint. Die Beklagte äusserte sich auch nicht dazu, ob inzwischen ein diesbezüglicher Rechtsmittelentscheid ergangen sei. Die Beklagte rügte (Urk. 92 Rz. 87 ff.), dass die Vorinstanz u.a. von einer falschen Sachverhaltsdarstellung ausgehe. So habe sie im vorinstanzlichen Verfahren ausführlich und mit Verweis auf zahlreich offerierte Beweismittel dargetan, dass der Kläger während laufendem Arbeitsverhältnis rund 30 Kundinnen und Kunden abgeworben habe. Ein solches Verhalten stelle eine arbeitsrechtliche Treuepflichtverletzung dar. Zu dieser Frage habe sie die Kündigungsschreiben aller Kundinnen und Kunden offeriert (Urk. 92 Rz. 87 mit Verweis auf Urk. 11 Rz. 41-43 und Urk. 14/18-24). Zwar finden sich an der bezeichneten Stelle zahlreiche Beweisofferten, doch wurden diese nicht im Kontext mit den Behauptungen zum Arbeitszeugnis vorgebracht. Die Beweisofferten müssen jedoch den einzelnen zu beweisenden Tatsachen im entsprechenden Zusammenhang klar zugeordnet werden. Entsprechend sind die einzelnen Beweisofferten in der Regel unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen (Prinzip der Beweisverbindung; Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; Pahud, a.a.O., Art. 55 N 17; BGer 4A\_415/2021 vom 18. März 2022, E. 5.4.3.). Die Beklagte hatte im Zusammenhang mit dem Zeugnisanspruch des Klägers vor Vorinstanz lediglich die Akten des Strafverfahrens sowie das Schreiben des T.\_\_\_\_\_ vom 21. Oktober 2020 inkl. Beschwerde des Klägers (Urk. 14/27) und die Partei-/Beweisaussage von C.\_\_\_\_\_ als Beweismittel offeriert, nicht dagegen Zeugenbefragungen von Kunden oder deren Kündigungsschreiben

(Urk. 11 Rz. 116 ff.; Urk. 28 Rz. 114 ff.). Der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs zufolge der Unterlassung der Abnahme anderer als dieser genannten Beweismittel ist somit verfehlt. Die Beklagte rügte nicht explizit, dass der Beizug der Akten des Strafverfahrens und die Einvernahme von C. \_\_\_\_\_ unterblieben seien. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 93 S. 72), fehlt zudem auch eine

- 51 - substantiierte Darlegung der behaupteten Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht, welche bei der Abfassung des Zeugnisses berücksichtigt werden sollte. Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, ist es nicht Aufgabe des Gerichts, die Akten nach entsprechenden Behauptungen und Beweisanträgen zu durchforsten (Urk. 93 S. 72). Die Beklagte hat diese Anforderungen nicht erfüllt, weshalb der Vorinstanz zu folgen ist, wonach der Kläger einen Anspruch auf die Formulierung "gute Arbeitsergebnisse" hat (vgl. Urk. 93 S. 72). Erst im Berufungsverfahren - und damit verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und nicht zu beachten - hat die Beklagte mit Verweis auf Behauptungen zum Zeugnisinhalt neu u.a. auch die Befragung von ehemaligen Kunden zu diesem Thema als Zeugen offeriert (Urk. 92 Rz. 87). Auf die Frage der allfälligen Treue- und Sorgfaltspflichtverletzung ist daher nicht näher einzugehen, da sie nicht nachgewiesen ist. Es erübrigt sich daher auch, sich mit der weiteren Kritik der Beklagten (Urk. 92 Rz. 92 ff.) auseinanderzusetzen, da diese von ihr weitgehend in den Kontext der Treue- und Sorgfaltspflichtverletzung gestellt wird. Zudem verweist die Beklagte bezüglich des Sachverhalts wiederum auf Vorbringen und Beweisofferten, welche sie nicht im Zusammenhang mit dem Zeugnisanspruch des Klägers (Urk. 11 Rz. 116 ff.), sondern andernorts (z.B. Urk. 1 Rz. 28 und 29; Urk. 14/15+16; Urk. 5/27) geltend gemacht hatte, womit die Beweisverbindung fehlt. Zusammenfassend ist die Berufung der Beklagten bezüglich dieser Thematik unbegründet und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen. 9. Zusammenfassend ist das vorinstanzliche Urteil in teilweiser Gutheissung der Berufung wie folgt zu ändern: Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger Lohn in der Höhe von Fr. 23'637.70 zuzüglich Verzugszins von 5% ab 1. August 2020 zu bezahlen. Eine Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 1 und 2 OR ist dem Kläger nicht zuzusprechen. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis gemäss Wortlaut im vorinstanzlichen Urteil auszustellen. Der Streitwert für das Zeugnis ist auf Fr. 8'064.-- zu bemessen (Urk. 93 S. 75). IV. 1.a) Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu verlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert

- 52 - wurde von der Vorinstanz zutreffend auf Fr. 94'616.90 (inkl. Fr. 8'064.60 für das Zeugnis) beziffert. Der Kläger dringt mit seiner Klage im Umfang von Fr. 31'702.30 (Fr. 23'637.70 plus Fr. 8'064.40) durch, was rund einem Drittel entspricht. Die vorinstanzlichen Gerichtskosten sind dem Kläger daher zu 2/3 (Fr. 8'000.--) und der Beklagten zu 1/3 (Fr. 4'000.--) aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Zudem hat der Kläger 2/3 der Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 600.--, also Fr. 400.--, zu tragen. Die Beklagte hat ihm Fr. 200.-- dieser Kosten zu ersetzen. Die Kosten des Verfahrens sind vorab aus dem vom Kläger geleisteten Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'540.-- (Art. 111 Abs. 1 ZPO; Prot. I S. 3) zu beziehen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 540.-- zu ersetzen. Im Mehrbetrag (Fr. 3'460.--) wird die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung stellen. b) Zuzugabe des mehrheitlichen Unterliegens des Klägers hat dieser der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die Grundgebühr

beläuft sich auf Fr. 10'540.-- (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Für die weiteren Rechtsschriften sowie die Teilnahme an der Instrukti- onsverhandlung rechtfertigt sich ein Zuschlag von rund Fr. 7'000.-- (§ 11 Abs. 1-3 AnwGebV). Die vom Kläger zu leistende Parteientschädigung beläuft sich somit auf Fr. 5'846.60 (1/3 von Fr. 17'540.--) bzw. Fr. 6'296.80 (inkl. 7,7 % MwSt). 2.a) Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt Fr. 44'743.-- (Fr. 29'678.90 + Fr. 7'000.-- + Fr. 8'064.--). Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren bemisst sich auf Fr. 6'500.-- (§ 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV). Die Beklagte dringt mit ihrer Berufung im Umfang von Fr. 6'041.20 bezüglich der Lohnforderung durch (Fr. 29'678.90 - Fr. 23'637. 70). Sie obsiegt bezüglich der Pönalen in der Höhe von Fr. 7'000.-- und unterliegt bezüglich des Arbeits- zeugnisses (Fr. 8'064.--). Insgesamt unterliegt die Beklagte damit zu 7/10. Dem- gemäss ist die Entscheidungsgebühr zu 7/10 (Fr. 4'550.--) der Beklagten und zu 3/10 (Fr. 1'950.--) dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Kosten sind vorab aus dem von der Beklagten geleisteten Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.-- zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO; Urk. 97). Der Kläger ist

- 53 - zu verpflichten, der Beklagten den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 450.-- zu ersetzen. Im Mehrbetrag (Fr. 1'500.--) wird die Gerichtskasse dem Kläger Rech- nung stellen. b) Ausserdem hat die Beklagte dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfah- ren eine auf 2/5 reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'720.-- plus Fr. 132.50 (7,7% MwSt), also insgesamt Fr. 1'852.50, zu bezahlen (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV) zu bezahlen. Es wird beschlossen:

## **E. 8**

Juni 2018 sind somit bei einer Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips bloss allfällige effektiv angefallene Auslagen – die in den Lohnberechnungen der Beklagten teilweise auch zu finden sind (act. 5/6-7; jeweils unter 'Sonstige Ausla- gen') – von den Bruttoerträgen abzuziehen, nicht jedoch die Pauschalspesen ge- mäss Ziffer 7 dieses Arbeitsvertrages. Entsprechend ergibt sich für die Lohnbe- rechnungen Oktober bis Dezember 2018 (act. 5/6) sowie Januar bis März 2019 (act. 5/8) Korrekturbedarf, wobei die konkrete Berechnung anzustellen ist, nach- dem die weiteren strittigen Punkte (betr. die bereits erwähnten Lohnberechnun- gen insb. die Berücksichtigung von arbeitgeberseitigen Sozialversicherungsbeiträ- gen) betrachtet wurden (vgl. hinten Ziff. III.3.7.)." Die Beklagte meinte, dass man entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch mittels einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu keinem andern Schluss kommen könne. Wenn die Vorinstanz ausführe, dass es sich bei den in Ziffer 6 genannten "allfälligen Spesen" nicht um Spesen handeln könne, welche in Ziffer 7 desselben Vertrages geregelt seien, verkenne sie, dass der Kläger dies selbst ausdrücklich so verstanden habe. Er habe ausgeführt, dass ein Lohnabzug dem Charakter einer "pauschalen Spesenentschädigung" widersprechen würde

- 16 - (Urk. 1 Rz. 12). Mit andern Worten gebe er zu, dass er im Zeitpunkt der Vertrags- unterzeichnung davon ausgegangen sei, dass der Begriff "allfällige Spesen" sich auf die unter Ziffer 7 des Arbeitsvertrages geregelten Spesen beziehe. Es be- stehe kein Grund für eine anderweitige Auslegung des Vertrages (Urk. 92 Rz. 15). Hätte diesbezüglich kein Konsens vorgelegen, hätte der Kläger den Arbeitsvertrag vom 8. Juli 2019 (Urk. 5/2) sicher nicht unterschrieben (Urk. 92 Rz. 16). Diesen Vorbringen der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Sie sind nicht geeignet, die Argumentation der Vorinstanz zu widerlegen. Es kann keine Rede davon sein, dass der Kläger dies so verstand, wie die Beklagte dies behauptet

und selber verstehen will; auch hat der Kläger dieser Regelung nicht explizit zugestimmt. Es besteht - wie oben erwähnt - eben kein tatsächlicher Konsens bezüglich der Spesenregelung zwischen den Parteien. Der Kläger brachte stets klar zum Ausdruck, dass er es als vertragswidrig erachte, wenn die in Ziffer 7 des Arbeitsvertrages vom 8. Juni 2018 geregelten Pauschalspesen von seinem Lohn abgezogen würden. Dies widerspreche dem Charakter von Pauschalspesen und prelle ihn um seinen Anspruch aus Art. 7 des Arbeitsvertrages (Urk. 1 Rz. 12). Entgegen der Ansicht der Beklagten kann der Wortlaut von Ziffer 6 des Arbeitsvertrages nicht nur dahingehend verstanden werden, dass alle Aufwände - darunter auch die Pauschalspesen - von den erwirtschafteten Bruttoerträgen zwecks Ermittlung des Bruttolohnes in Abzug zu bringen seien (Urk. 92 Rz. 17). Wie die Vorinstanz zutreffend erwoh und worauf zu verweisen ist (Urk. 93 S. 18), würde dies keinen Sinn ergeben. In Ziffer 7 findet sich denn auch der Hinweis darauf, dass diese Pauschalspesen ausbezahlt (nicht abgezogen) werden, was nur bedeuten kann, dass sie zusätzlich zu der gemäss Ziffer 6 errechneten Entschädigung entrichtet werden, wogegen in Ziffer 6 klar von einem Abzug der "allfälligen" Spesen von der vereinbarten Entschädigung gesprochen wird (Urk. 5/1). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ergibt sich für die Lohnabrechnungen Oktober bis Dezember 2018 (Urk. 5/6) sowie Januar bis März 2019 (Urk. 5/8) entsprechender Korrekturbedarf (vgl. dazu die konkrete Berechnung in Urk. 93 S. 30 f.). dd) Der Kläger machte geltend, dass die rückwirkende Anpassung der Lohnabrechnungen Januar bis März 2019 erfolgt sei, weil er die unzulässige Überwälzung der Arbeitgeberbeiträge moniert und die Auszahlung des Fehlbetrages verlangt habe (Urk. 1 Rz. 16). Der Geschäftsführer der Beklagten habe darauf erwidert, dass er unter diesen Umständen nicht mehr bereit sei, das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten; er werde die Kündigung aussprechen müssen. Alternativ sei ihm ein Arbeitsvertrag mit Datum vom 8. Juli 2019 (Urk. 5/2) vorgelegt worden, den er zur Vermeidung der Kündigung habe unterschreiben müssen. Darin sei in Ziffer 7 vorgesehen worden, dass er vom Umsatz nicht - wie bis anhin - 80% erhalten sollte, sondern bis zu einem Umsatz von 600'000.-- nur noch 73%. Damit sei er mehr oder weniger so gestellt worden, wie wenn er beim ursprünglichen Entlohnungsmodell die Arbeitgeberbeiträge selbst hätte tragen müssen. Diese Änderung sei mit sofortiger Wirkung rückwirkend ab April 2019 und unter Umgehung der geltenden Rechtsordnung und des Arbeitnehmerschutzes erfolgt und deshalb rechtsmissbräuchlich. Die Änderungskündigung könne daher keine Gültigkeit entfalten. Er sei deshalb der Auffassung, dass er für die ganze Zeit des Arbeitsverhältnisses (1. Oktober 2018 bis 31. Juli 2020) Anspruch auf 80% der Bruttoerträge habe (Urk. 1 Rz. 16). Demgegenüber führte die Beklagte aus, es handle sich um eine Vertragsänderung, die auf Initiative des Klägers zustande gekommen sei (Urk. 11 Rz. 73; Urk. 28 Rz. 81). Die Vorinstanz erachtete die vorgenommene Vertragsänderung im Arbeitsvertrag vom 8. Juli 2019 (Urk. 5/2) als gültig, was auch für die "rückwirkende Implementierung" ab April 2019 bzw. dem zweiten Quartal 2019 gelte. Es sei demgemäss von einer gültigen Vertragsänderung auszugehen und der Arbeitsvertrag vom 8. Juli 2019 bereits ab Beginn des zweiten Quartals 2019 anzuwenden (Urk. 93 S. 19 f.). Die Parteien äusserten sich dazu im Berufungsverfahren nicht (Urk. 92 und 100), weshalb von diesem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt - Gültigkeit des Arbeitsvertrages vom 8. Juli 2019 - auszugehen ist. Wie die Vorinstanz festhielt, sind ab der Vertragsänderung vom 8. Juli 2019 gemäss Arbeitsvertrag von den ins Profitcenter fallenden Bruttoerträgen nicht nur die Fixkosten, sondern neu auch die Pauschalspesen abzuziehen (Urk. 93 S. 20).

- 18 - c) Strittig ist im Weiteren der prozentuale Anteil des Klägers an den Bruttoerträgen ab April 2019. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass der Kläger ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf eine Beteiligung im Umfang von 73% an den massgeblichen Bruttoerträgen habe. Dies bedeute, dass die Beklagte im Zeitraum von April bis Juni 2019 korrekt abgerechnet habe. Entsprechend stünden dem Kläger für diesen Zeitraum keine offenen Forderungen zu. Dasselbe gelte auch für die Zeit von Juli bis Dezember 2019 (Urk. 93 S. 22). Dies wurde im Berufungsverfahren von beiden Parteien nicht gerügt (Urk. 92 und 100). d) Für den Zeitraum Januar bis März 2020 erwog die Vorinstanz, dass die Abrechnung betreffend den Kundenstamm "B.\_\_\_\_\_" korrekt erfolgt sei. Gleiches gelte für diesen Kundenstamm für die Monate April bis Juni 2020, wobei hierfür unbestrittenermassen noch keine Auszahlung erfolgt sei (Urk. 11 Rz. 91), weshalb dem Kläger für diesen Zeitraum ein im Quantitativ anerkannter Anspruch auf Entschädigung in der Höhe von Fr. 14'145.27 netto zustehe (Urk. 93 S. 23). Die Parteien äusserten sich dazu im Berufungsverfahren nicht konkret (Urk. 92 und 100), weshalb in der Folge von diesem Sachverhalt auszugehen ist. Die von der Beklagten verrechnungsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung in der Höhe von gesamthaft Fr. 14'221.-- zufolge Abwerbens von 30 Kunden durch den Kläger während laufendem Arbeitsvertrag (Urk. 11 Rz. 52) wurde von der Vorinstanz nicht geschützt (Urk. 93 S. 35 ff.). 2. a) Es ist unbestritten, dass der Kläger gemäss den Abrechnungen Juli bis September 2019 (Urk. 5/13) und Oktober bis Dezember 2019 (Urk. 5/15) am Kundenstamm "D.\_\_\_\_\_" finanziell beteiligt wurde. Die Vorinstanz erwog, dass die Lohnabrechnungen dieser Monate nicht zu beanstanden seien (Urk. 93 S. 23). Darauf ist nicht mehr einzugehen. b) Dagegen sind sich die Parteien über die Beteiligung des Klägers an den Bruttoerträgen der Kundenstämme "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" ab Januar 2020, welche teilweise auf den Lohnabrechnungen des Klägers figurieren, nicht einig (Urk. 5/13; Urk. 5/15; Urk. 5/18; Urk. 5/20). Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Beklagte in der Lohnabrechnung für den Zeitraum Januar bis März 2020 einen

- 19 - im Verhältnis zu den vorangegangenen beiden Quartalen veränderten Umgang der nicht dem Kläger zustehenden Anteile der beiden Kundenstämme "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" angewendet habe, der im Ergebnis bewirkt habe, dass die gesamten Anteile zugunsten anderer Profitcenter ungeschmälert von der 73%-Beteiligung des Klägers an den seinem Profitcenter zustehenden Bruttoerträgen in Abzug gebracht worden seien (Urk. 93 S. 24). c) Bezüglich der Beteiligung des Klägers an den Bruttoerträgen dieser Kundenstämme für das erste Quartal 2020 gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die von der Beklagten zuvor angewandte Berechnungsweise der Berücksichtigung der Anteile zugunsten anderer Profitcenter auch für das erste Quartal 2020 anzuwenden sei. Die von der Beklagten neu vorgenommene Rechnungsweise bringe für den Kläger eine klare Benachteiligung mit sich, die einen entsprechenden Konsens der Parteien vorausgesetzt hätte. Das Vorliegen eines solchen sei jedoch weder behauptet noch ersichtlich. Die Vorinstanz ging deshalb davon aus, dass der nach wie vor von geringeren Abzügen betroffene Beteiligungsanspruch des Klägers an den Bruttoerträgen auch für die Zeit ab 1. Januar 2020 bestanden habe. Die von der Beklagten zuvor praktizierte Berücksichtigung der Anteile zugunsten anderer Profitcenter sei daher auch für das erste Quartal 2020 zur Anwendung zu bringen (Urk. 93 S. 23 f.). Diesen berechnete sie auf Fr. 4'388.33 (Urk. 93 S. 33). aa) Die Beklagte rügte diese Betrachtungsweise. Wie schon im vorinstanzlichen Verfahren kritisierte sie, dass die Vorinstanz davon ausgehe, dass ein Beteiligungsanspruch des Klägers an den Kundenstämmen "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" für die Zeit

ab 1. Januar 2020 bestanden habe. Sie habe dies im vorinstanzlichen Verfahren wiederholt bestritten. Sie habe dargelegt, dass der Kläger während den Quartalen drei und vier des Jahres 2019 einmalig an den vom Kundenstamm "D.\_\_\_\_\_" erwirtschafteten Bruttoerträgen beteiligt werden sollte und dass es sich hierbei um eine freiwillige Abgeltung ohne rechtliche Verpflichtung gehandelt habe. Auch habe sie mit Verweis auf den geltenden Arbeitsvertrag vom 8. Juli 2019 dargetan, dass es nie eine vertragliche Grundlage für einen Beteiligungsanspruch des Klägers an den Bruttoerträgen der Kundenstämme "D.\_\_\_\_\_" und

- 20 - "E.\_\_\_\_\_" gegeben habe. Erst recht habe es nie eine vertragliche Grundlage gegeben, wonach der Kläger mit 50% an den Bruttoerträgen des Kundenstamms "D.\_\_\_\_\_" und mit 100% an den Bruttoerträgen des Kundenstamms "E.\_\_\_\_\_" beteiligt werden sollte (vgl. auch Urk. 28 S. 19). Mit diesen Vorbringen habe sich die Vorinstanz mit keinem Wort auseinandergesetzt; stattdessen habe sie fälschlicherweise einen Konsens betreffend einen Beteiligungsanspruch des Klägers an den Bruttoerträgen der Kundenstämme "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" für die Zeit ab dem 1. Januar 2020 angenommen (Urk. 92 Rz. 20 ff.). Auch die Bemerkung in der Lohnabrechnung vom 6. Februar 2020 (Urk. 5/15), wonach die Beteiligung des Klägers an den Bruttoerträgen des Kundenstamms "D.\_\_\_\_\_" einmalig erfolgt sei und dass für die Zeit ab dem ersten Quartal 2020 eine definitive Regelung schriftlich hätte erfolgen müssen, habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt. Der Kläger habe eine solche auch nicht zu beweisen vermocht (Urk. 92 Rz. 24). Sodann sei in der Lohnabrechnung vom 14. April 2020 vermerkt, dass in Bezug auf eine mögliche Beteiligung des Klägers keine abweichende Regelung zum Arbeitsvertrag zwischen den Parteien habe gefunden werden können und dass gemäss Arbeitsvertrag keine Anspruchsgrundlage für eine Beteiligung des Klägers an den Erträgen anderer Vermittler bestehe (vgl. Urk. 5/20). Eine solche hätte vertragsgemäss auch schriftlich erfolgen müssen (Urk. 92 Rz. 24). Der Kläger widersprach in seiner Berufungsantwort dieser Auffassung der Beklagten. Aufgrund der Lohnabrechnungen (Urk. 5/19-21) sei auch für das erste Quartal 2020 eine Beteiligung des Klägers an den beiden Stämmen "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" erfolgt und stehe somit ein Grundsatzkonsens ausser Frage. Die Argumentation der Beklagten erscheine widersprüchlich und aktenwidrig (Urk. 100 Rz. 9). Es würde lebensfremd anmuten, dass ein professioneller Vermögensverwalter zwei Kundenstämme bewirtschaftete, ohne dafür finanziell entschädigt zu werden (Urk. 100 Rz. 9). Er bestritt, dass für die veränderte Abrechnungsweise der Beklagten ein Konsens zwischen den Parteien vorgelegen habe. Die Lohnabrechnung Juli bis September 2019 (Urk. 5/13) enthalte keinen entsprechenden Vorbehalt. Ein solcher sei erst einseitig im Jahre 2020 für das vierte Quartal 2019 aufgenommen worden und habe nicht auf einer mündlichen Abmachung beruht. Es habe sich vielmehr um einen einseitigen Vertragsänderungsver-

- 21 - such seitens der Beklagten gehandelt. Dies sei unzulässig und vermöge keinen Konsens zu konstruieren. Der von der Beklagten bemühte einseitige Vermerk sei nicht vor Beginn des ersten Quartals 2020 angebracht worden, denn die Lohnabrechnung für Oktober bis Dezember 2019 (Urk. 5/15) datiere vom 6. Februar 2020, und es sei unklar, wann sie dem Kläger zur Kenntnis gebracht worden sei. Tatsache sei, dass der Beteiligungsanspruch auch später immer wieder Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten gewesen sei und ein Konsens bezüglich eines im Vergleich zum vierten Quartal 2019 neuen Verteilschlüssels nie vorgelegen habe. Zudem weise die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass für das erste Quartal 2020 zunächst eine

Lohnabrechnung erstellt worden und diese hernach am 22. Mai 2020 korrigiert worden sei. Auch dies zeige, dass es nie einen Konsens für eine Abweichung vom Anspruch wie er im Jahr 2019 gehandhabt worden sei, gegeben habe (Urk. 100 Rz. 10). bb) Die Beklagte machte geltend, dass sich im Arbeitsvertrag vom 18. Juli 2019 (Urk. 5/2) keine vertragliche Grundlage für einen Beteiligungsanspruch des Klägers an solchen Kundenstämmen finden lasse (Urk. 11 Rz. 80; 92 Rz. 22). Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, dass die Bemerkung der Beklagten in der Lohnabrechnung (vgl. Urk. 5/15), wonach der Arbeitgeber trotz Fehlens einer Verpflichtung aufgrund der guten Zusammenarbeit rückwirkend auf das erste Quartal 2020 eine abweichende Regelung zum Arbeitsvertrag treffen werde, nicht verbindlich sei, da diesbezüglich kein Konsens vorliege. Es gelte der Arbeitsvertrag sowie die Vereinbarung, dass dem "Stamm B.\_\_\_\_\_" von den "Stämmen D.\_\_\_\_\_" und E.\_\_\_\_\_" prozentual Bruttoerträge angerechnet würden (Urk. 1 Rz. 29). Wie die Beklagte zu Recht bemerkte, findet sich im Arbeitsvertrag keine entsprechende Regelung. Der Kläger führte auch nicht aus, wo diese im Arbeitsvertrag festgehalten sei. Er berief sich somit in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf den Arbeitsvertrag (Urk. 1 Rz. 29). Der Kläger behauptete bezüglich seines Beteiligungsanspruchs an den genannten Kundenstämmen auch, dass sich die Parteien nach einigen Diskussionen darauf geeinigt hätten, dass dem "Stamm B.\_\_\_\_\_" 50% der Bruttoerträge des "Stamm D.\_\_\_\_\_" zugewiesen werden sollten (Urk. 1 Rz. 23). Er bestritt,

- 22 - dass es sich um eine einmalige Absprache gehandelt habe. Die Parteien hätten grundsätzlich eine unbefristete Abmachung getroffen, also nicht nur eine für das dritte und vierte Quartal 2019 (Urk. 1 Rz. 29). Zu prüfen ist, ob zwischen den Parteien - wie vom Kläger behauptet - eine (anderweitige) Vereinbarung darüber geschlossen wurde. Die Beklagte bestritt dies. Es habe diesbezüglich weder Diskussionen gegeben, noch sei eine diesbezügliche Einigung zustande gekommen (Urk. 11 Rz. 82; Urk. 28 Rz. 87). Richtig sei einzig, dass es zu Diskussionen darüber gekommen sei, wie der Kläger für die Vermittlung des Kontaktes zu D.\_\_\_\_\_" von der Beklagten entschädigt werden sollte, da im Arbeitsvertrag keine Vergütung für solche Vermittlungen vorgesehen sei. Sie habe entschieden, für die Vermittlung dieses Kontaktes das Profitcenter des Klägers im Zeitraum von Juli 2019 bis Dezember 2019 an sämtlichen vom Stamm "D.\_\_\_\_\_" erwirtschafteten Bruttoerträgen einmalig zu beteiligen. Trotz diesem Entgegenkommen sei im Anschluss nie eine Einigung betreffend künftiger Beteiligungen zustande gekommen. Diese Zahlungen seien von der Beklagten freiwillig und ohne jegliche Verpflichtung geleistet worden (Urk. 11 Rz. 81 f.). Mit Blick auf die im ersten Quartal 2020 reduzierte Beteiligung führte die Beklagte aus, es habe keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem Kläger gegeben, weshalb nicht ersichtlich sei, wie sie dessen Ansprüche beschnitten haben solle (Urk. 11 S. 86). Da die Beklagte das Vorliegen einer entsprechenden Abmachung bestritt und mit der vorliegenden Konstellation einer einmaligen Auszahlung und der danach erfolgten Reduktion dieser Auszahlung keine Umstände vorliegen, auf die sich der Kläger berufen könnte, trägt er, der daraus Rechte ableitet, die Beweislast für diese Tatsachenbehauptung (Art. 8 ZGB). Wie erwähnt, behauptete der Kläger lediglich, dass sich die Parteien auf eine Aufteilung der Bruttoerträge des Stammes D.\_\_\_\_\_" wie auch des Stammes E.\_\_\_\_\_" an den Stamm B.\_\_\_\_\_" geeinigt hätten (Urk. 1 Rz. 23 und 28). Er unterliess es jedoch gänzlich, nähere Ausführungen bezüglich dieser angeblichen Einigung vorzubringen. Weder führte er aus, wann und wie diese Einigung erfolgt sein soll, ob es sich um eine mündliche oder eine schriftliche Einigung gehandelt habe, ob die Einigung ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten zustande gekommen sei. Zudem

machte der Klä- ger keinerlei nähere Angaben darüber, mit wem er diese Vereinbarung getroffen

- 23 - habe. Er erklärte lediglich, dass diese zwischen den Parteien erfolgt sei. Da es sich bei der Beklagten jedoch um eine juristische Person handelt, kann sie nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe rechtsgültige Handlungen vornehmen (Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB). Es wäre daher erforderlich gewesen, dass der Kläger die betreffende Person bzw. die betreffenden Personen genannt hätte, mit wel- cher bzw. welchen er zu diesem behaupteten Konsens gelangte. Der Kläger machte auch keine Angaben darüber, inwiefern der als Zeuge offerierte D.\_\_\_\_\_ Aussagen zu diesem Sachverhalt machen könnte. So ist z.B. nicht bekannt, ob dieser anlässlich der behaupteten Einigung der Parteien anwesend war und falls nicht, inwiefern er zu diesem Vorgang Angaben machen könnte. In diesem Sinne genügen die Ausführungen des Klägers den Begründungsanforderungen nicht: Gilt wie vorliegend die Verhandlungsmaxime, ist es Sache der Parteien, dem Ge- richt die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Be- weismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Den Parteien obliegt die Behaup- tungslast. Es genügt aber nicht, das Vorhandensein einer Tatsache global zu be- haupten. Eine Tatsachenbehauptung muss, um der Substantiierungspflicht zu ge- nügen, immer so konkret formuliert werden, dass eine substantiierte Bestreitung möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 4). Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu sub- stantiierten sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiel- len Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozes- sualen Verhalten der Gegenpartei. Behauptungen sind hinreichend, wenn sie un- ter der Annahme, sie seien bewiesen, einen Sachverhalt ergeben, den das Ge- richt den entsprechenden Gesetzesnormen zuordnen und gestützt darauf die For- derung zusprechen kann. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Wenn wie vorliegend der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbrin- gen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zer-

- 24 - gliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522 f.; statt vieler auch BGer 4A\_401/2021 vom 11. Februar 2022, E. 4.2.1; BGer 4A\_604/2020 vom 18. Mai 2021, E. 4.1.2; einlässlich ferner BGer 4A\_377/2021 vom 29. Juni 2022, E. 3.1; BGer 4A\_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2.1). Eine mangelnde Substantiierung kann nicht mittels eines Beweisverfah- rens bzw. Erkenntnissen aus dem Beweisverfahren behoben werden. Das Be- weisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu er- gänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1. S. 68 f.; BGer 4A\_255/2022 vom 16. September 2022, E. 4.3.2.; BGer 4A\_392/2021 vom

## **E. 10**

Februar 2022, E. 10.4.1. [je m.w.Hinw.]). Mangels genügender Substantiie- rung war von der Vorinstanz kein Beweisverfahren durchzuführen. Der Sachver- halt bezüglich einer behaupteten Einigung der Parteien betreffend Berücksichti- gung von Bruttoerträgen der Stämme D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ im Profitcenter des Klägers, welche auch für das erste

Quartal 2020 gegolten hätte, ist daher nicht erstellt. Demnach ist davon auszugehen, dass keine vertragliche Grundlage für die Auszahlung einer Entschädigung betreffend die Kundenstämme D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ab Januar 2020 vorliegt. Somit besteht kein Anspruch des Klägers auf die von der Vorinstanz errechneten Fr. 4'388.33 (Urk. 93 S. 33). Der vorinstanzliche Entscheid ist diesbezüglich anzupassen. Ergänzend ist noch zu bemerken, dass die eingereichten Lohnabrechnungen auch eher darauf hindeuten, dass keine Einigung - wie vom Kläger behauptet - zwischen den Parteien zustande gekommen ist. In der Lohnabrechnung Oktober bis Dezember 2019 wurde von der Beklagten festgehalten, dass die Aufteilung der Erträge des Stamms "D.\_\_\_\_\_" für das vierte Quartal einmalig sei und einvernehmlich nach mündlicher Absprache ab dem ersten Quartal 2020 eine definitive Regelung nach schriftlicher Absprache erfolge (Urk. 5/15). In der Lohnabrechnung Januar bis März 2020 wurde festgehalten, dass keine solche Regelung habe gefunden werden können (Urk. 5/20). Wie es sich damit genau verhält, kann jedoch dahingestellt bleiben, da aufgrund der obigen Erwägungen nicht vom Bestehen einer entsprechenden Vereinbarung ausgegangen werden kann.

- 25 - 3.a) Strittig ist im Weiteren der Lohn des Klägers für den Monat Juli 2020. Es ist unbestritten, dass er während des gesamten Monats Juli 2020 krankheitsbedingt arbeitsunfähig war (Urk. 93 S. 25). Der Kläger hatte für diesen Monat einen Anspruch von Fr. 10'549.95 geltend gemacht, basierend auf dem im zweiten Quartal verwalteten Vermögen (Urk. 1 Rz. 37). Die Beklagte erklärte, dass hierfür vielmehr die vom Profitcenter des Klägers im Juli 2020 effektiv erwirtschafteten Bruttoerträge massgebend seien. Nachdem der Kläger veranlasst habe, dass alle ihm zugewiesenen Kunden das Vermögensverwaltungsverhältnis mit ihr mit sofortiger Wirkung aufgelöst hätten, seien die Erträge auf Fr. 3'396.43 zusammengeschrumpft. Der darauf berechnete Bruttolohn in der Höhe von Fr. 1'685.99 sei in der Lohnabrechnung ausgewiesen. Die Forderung von Fr. 10'549.95 des Klägers für diesen Monat werde bestritten. Vielmehr bestehe gar eine Forderung zu ihren Gunsten von Fr. 975.43 (Urk. 11 Rz. 94 mit Verweis auf Urk. 14/30). Die Vorinstanz ging davon aus, dass für die Berechnung des Lohnanspruchs des Klägers für den Monat Juli 2020 die in diesem Monat tatsächlich erzielten Bruttoerträge des relevanten Kundenstammes "B.\_\_\_\_\_" massgeblich seien (Urk. 93 S. 26). Der Kläger mache geltend, dass der Anspruch einen Drittel von Fr. 25'694.53, somit Fr. 8'564.84 betrage. Die Vorinstanz auferlegte dem Kläger mit Beweisabschluss vom 26. September 2022 den Hauptbeweis dafür, dass er im Juli 2020 mit seinem Kundenstamm Bruttoerträge in dieser Höhe erwirtschaftet habe. Von der Beklagten verlangte die Vorinstanz die Edition der Depotbank-Kundenkontoauszüge der U.\_\_\_\_\_ AG und der V.\_\_\_\_\_ AG betreffend diversen Kunden (Urk. 60). Nach Vorliegen der Auszüge der U.\_\_\_\_\_ AG bezüglich eines Teils der genannten Kunden kam die Vorinstanz zum Schluss, dass sich die hinsichtlich dieser Kunden im Juli 2020 erwirtschafteten Bruttoerträge auf Fr. 5'409.26 belaufen würden (Urk. 93 S. 27). Die Beklagte hatte bezüglich einer weiteren Anzahl von Kunden die betreffenden Kontoauszüge nicht eingereicht, mit der Begründung, dass sie aufgrund der widerrufenen Verwaltungsvollmachten von der V.\_\_\_\_\_ AG keine Auskunft erhalten habe. Da die Beklagte diese Auszüge zuvor auch für diese Kunden offeriert hatte (Urk. 28 Rz. 68), würdigte die Vorinstanz das Verhalten der Beklagten als unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung im Sinne von Art. 164 ZPO und stellte in der Folge auf die Sachdarstellung des Klägers ab (Urk.

- 26 - 93 S. 28), was faktisch einer Umkehr der Beweislast gleichkommt. Hinsichtlich dieser Kunden ging die Vorinstanz von Bruttoerträgen in der Höhe von Fr. 3'155.58 (Differenz zwischen Fr. 8'564.84 und Fr. 5'409.26) aus. Die Vorinstanz erachtete den dem Kläger auferlegten Beweis als gelungen, wonach er mit seinem Kundenstamm im Juli 2020 Bruttoerträge von Fr. 8'564.84 erzielt habe (Urk. 93 S. 29). Die Beklagte rügte diese Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 92 Rz. 28 ff.). Sie machte geltend, dass sie mittels eines Auskunftsschreibens der V.\_\_\_\_\_ AG vom 5. Oktober 2022 (Urk. 69) dargetan habe (Urk. 64), dass die Bank ihr aufgrund der widerrufenen Verwaltungsvollmachten keine Auskunft mehr erteile. Aus dem Umstand, wonach die Beklagte mit ihrer Duplik die Nachreichung der Depotbank-Kundenkontoauszüge aller Kunden als Beweismittel offeriert habe (Urk. 28 Rz. 68), könne unmöglich geschlossen werden, dass sie am 21. Oktober 2022 (recte: 2020), dem Datum der Lohnabrechnung für den Monat Juli 2020 (Urk. 14/3), über alle Depotbank-Kontoauszüge verfügt habe. Deshalb sei ihr nichts anderes übrig geblieben, als deren Nachreichung zu offerieren. Dass die V.\_\_\_\_\_ AG - anders als die U.\_\_\_\_\_ AG (Urk. 66/1-21) - nachträglich keine Einsicht in die Depotbank-Kundenkontoauszüge gewähren würde, sei im Zeitpunkt der Erstellung der Duplik nicht absehbar gewesen (Urk. 92 Rz. 29). Vor diesem Hintergrund könne ihr keine Verweigerung der Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 164 ZPO vorgeworfen werden (Urk. 92 Rz. 30). Diese Rüge der Beklagten ist berechtigt. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass die Beklagte ihre Mitwirkung unberechtigt verweigert hätte. Der Umstand, dass die Beklagte das Nachreichen dieser Depotbank-Kundenkontoauszüge offerierte, kann nicht zweifelsfrei dahingehend interpretiert werden, dass die Beklagte in jenem Zeitpunkt über diese Belege verfügte, ansonsten sie diese wohl damals schon hätte einreichen können oder jedenfalls sofort nach der gerichtlichen Aufforderung. Die Formulierung lässt sich ohne Weiteres auch dahingehend interpretieren, dass die Belege zuerst noch beschafft werden mussten. Dies erscheint auch plausibel, weil die Beklagte andernfalls nicht an die V.\_\_\_\_\_ AG hätte gelangen müssen. Der Kläger machte nicht geltend, dass er Kenntnis davon habe, dass die Beklagte schon im Sommer 2020 über diese Belege verfügt habe. Die Beklagte musste auch die Be-

- 27 - lege der andern Kunden zuerst bei der U.\_\_\_\_\_ AG (Urk. 66/1-21) beschaffen, was ebenfalls darauf hindeutet, dass sie vorher nicht in ihrem Besitz waren. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte ihrer Mitwirkungspflicht in irgendeiner Weise schuldhaft nicht nachkommen wollte, weshalb Art. 164 ZPO keine Anwendung findet. Es ist daher weder auf die Sachdarstellung des Klägers abzustellen, noch ergeben sich aus diesem Umstand grundsätzlich Beweiserleichterungen zu seinen Gunsten. Die Voraussetzungen einer Beweiserleichterung sind hoch und setzen qualifizierte Beweisschwierigkeiten voraus, welche vorliegend nicht gegeben sind (BSK ZPO-Guyan, Art. 157 N 11 und 12). Es kann angesichts der konkreten Umstände nicht von einer eigentlichen Beweisnot gesprochen werden, da der Kläger nach Kenntnis der Tatsache, dass die Beklagte diese Kontoauszüge nicht beschaffen konnte, die Möglichkeit gehabt hätte, eine Herausgabe derselben an das Gericht zu beantragen. Die "Pflicht", die Urkunde an das Gericht herauszugeben, ist in den allgemeinen Vorschriften über die Mitwirkung geregelt (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., § 18 Rz. 66 und 105 ff.). Dies wäre in jenem Verfahrensstadium - vor Beginn der Urteilsphase - noch möglich gewesen. Das Gericht hätte allenfalls bei Gefährdung schutzwürdiger Interessen Dritter (z.B. zu wahrer Geheimnisse) entsprechende Massnahmen treffen können (Art. 156 ZPO). Einen solchen Antrag hat der

Kläger nicht gestellt. Entgegen seiner Auffassung hätte er und nicht die Beklagte ein solches Begehren stellen müssen (Urk. 100 Rz. 16), da letzterer nicht die Beweislast für diese Tatsachenbehauptungen auferlegt worden war (Urk. 60). Da der Kläger für die entsprechenden Behauptungen beweispflichtig ist, hat er demgemäss die Folgen der Beweislosigkeit bezüglich des Fehlens dieser Unterlagen zu tragen. Der Kläger rügte im Berufungsverfahren nicht, dass die Vorinstanz diesbezüglich hätte weitere Beweise abnehmen müssen (Urk. 100 Rz15 ff.; vgl. E. II.1. a.E.). b) Die Vorinstanz ging wie erwähnt davon aus, dass aufgrund der eingereichten Depot-Kundenkontoauszüge der U.\_\_\_\_ AG (Urk. 66/1-21) erstellt sei, dass sich die mit diesen Kunden im Juli 2020 erwirtschafteten Bruttoerträge auf Fr. 5'409.20 belaufen würden (Urk. 93 S. 27).  
Hinsichtlich der weiteren Kunden

- 28 - (F.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_, H.\_\_\_\_, I.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_, K.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_/M.\_\_\_\_, N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_, P.\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_ BV) sei aufgrund der unberechtigten Verweigerung der Mitwirkung der Beklagten der Säumnisfall eingetreten, und zwar im Umfang von brutto Fr. 3'155.58 (Differenz zwischen Fr. 8'564.84 und Fr. 5'409.26). Die Vorinstanz errechnete einen Anspruch des Klägers für den Monat Juli 2020 von netto Fr. 5'391.88 (Urk. 93 S. 34). aa) Aus den oben erwähnten Gründen sind allfällige Erträge bezüglich der Kunden F.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_, H.\_\_\_\_, I.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_, K.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_/M.\_\_\_\_, N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_, P.\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_ BV mangels Beweises durch den Kläger nicht zu berücksichtigen. Wie erwähnt, hatte die Vorinstanz diese auf brutto Fr. 3'155.58 beziffert. Auf die Rüge der Beklagten, wonach der Kläger keinen Anspruch auf die Erträge F.\_\_\_\_ (gemäss der Beklagten recte: "F'.\_\_\_\_") und Q.\_\_\_\_ gehabt habe (Urk. 92 Rz. 32, 35 ff.), braucht deshalb nicht mehr weiter eingegangen zu werden. Die Beklagte machte im Berufungsverfahren geltend, dass für die Berechnung des Lohnes des Klägers für den Monat Juli 2020 höchstens auf die sich aus den bei den Akten liegenden Depot-Kundenkontoauszügen (Urk. 66/1-21) der U.\_\_\_\_ AG ergebenden Fr. 5'409.26 an Bruttoerträgen abgestellt werden könne (Urk. 92 Rz. 33). Dem ist aufgrund der obigen Erwägungen zu folgen. Von diesem Betrag sind 73% an Bruttoerträgen dem Profitcenter des Klägers zuzuschreiben, was Fr. 3'948.60 ergibt. Davon sind 17% Fixkosten (Fr. 671.--) sowie 15% Spesenpauschale (Fr. 592.--) abzuziehen (Urk. 93 S. 34 mit Verweis auf Urk. 14/30); diese Prozentzahlen für Fixkosten und Spesen sind unbestritten (Urk. 93 S. 34). Somit ist von einem Bruttolohn von Fr. 2'685.-- auszugehen. Davon sind noch die Abzüge für Sozialversicherungen von Fr. 215.-- (rund 8%) zu berücksichtigen, was Fr. 2'470.-- ergibt. Unbestritten sind Fr. 250.-- Rückgabe "Schutzgebühr" (Urk. 14/30), Fr. 140.30 Feriensaldo sowie Fr. 286.50 Krankentaggeldversicherung dazu zu addieren (Urk. 93 S. 34 mit Verweis auf Urk. 14/30). Zudem ist gemäss Arbeitsvertrag vom 8. Juli 2019 eine Spesenpauschale von 15%, auf dem Bruttoertrag des Profitcenters (Fr. 3'948.--) von der Beklagten zu bezahlen, nämlich Fr. 592.-- (Urk. 5/2 Ziff. 9; vgl. auch Urk. 93 S. 34). Dies ergibt einen Gesamtanspruch des Klägers von rund Fr. 3'739.-- für den Monat Juli 2020. bb) Die Beklagte nahm in der Lohnabrechnung Juli 2020 jedoch zusätzlich einen Abzug von Fr. 3'439.80 für nicht geschuldete Management-Fee im 1. Quartal 2020 vor (Urk. 14/30). Die Beklagte rügte, dass die Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss gelangt sei, wonach dieser von ihr für den Monat Juli 2020 getätigte Lohnabzug von Fr. 3'489.80 ungerechtfertigt gewesen sei. Die Beklagte hatte geltend gemacht, dass der Kläger den Kunden "Q.\_\_\_\_" und "F'.\_\_\_\_" im ersten Quartal 2020 Gebühren belastet habe, obwohl das Vertragsverhältnis

mit ihnen erst ab 1. Juni 2020 zustande gekommen sei. Die Beklagte habe den Kunden die für das erste Quartal zu Unrecht belasteten Gebühren zurückerstattet, indem sie ihnen für das darauf folgende zweite Quartal keine Gebühren in Rechnung gestellt habe (Urk. 11 Rz. 31 f.; Urk. 28 Rz. 42 und 69). Die Vorinstanz erachtete die Argumentation der Beklagten als widersprüchlich. Sofern das Vermögensverwaltungsverhältnis erst am 1. Juni 2020 gültig zustande gekommen wäre, hätte die Beklagte erst ab diesem Datum Anspruch auf Gebühren gehabt. Dies sei jedoch mit dem Wortlaut der E-Mails vom 16. und 18. Mai 2020 (Urk. 5/29 f.) nicht vereinbar. Dass der Gebührenanspruch der Beklagten für den Zeitraum vom 1. Juni 2020 bis zum Widerruf der Verwaltungsaufträge durch diese Kunden mindestens gleich hoch gewesen sei wie die diesen Kunden für das erste Quartal 2020 in Rechnung gestellten Gebühren, werde seitens der Beklagten nicht behauptet. Ebenso wenig mache die Beklagte geltend, dass sie die Gebühren effektiv an die Kunden zurückbezahlt habe. Der Abzug von Fr. 3'439.80 sei somit nicht gerechtfertigt, weshalb er in der Lohnabrechnung für Juli 2020 keine Berücksichtigung finden könne (Urk. 93 S. 29 f.). Die Beklagte rügte diese Ausführungen. Vor Vorinstanz hatte die Beklagte geltend gemacht, dass der Kläger den Kunden der Beklagten Q.\_\_\_\_\_ und F".\_\_\_\_\_ Gebühren für das erste Quartal belastet habe, obwohl mit diesen dem "Stamm E.\_\_\_\_\_" zugewiesenen Kunden noch gar keine Verträge zustande gekommen seien. Dies habe zur Folge gehabt, dass die Beklagte den Kunden die zu Unrecht belasteten Gebühren von Fr. 5'543.60 wieder habe zurückerstatten

- 30 - müssen bzw. den Kunden für das zweite Quartal keine Gebühren habe belasten dürfen. Gestützt auf die den Kunden für das erste Quartal unrechtmässig belasteten Gebühren seien dem Kläger mit der Lohnabrechnung vom 22. Mai 2020 Fr. 2'913.72 brutto zu Unrecht abgerechnet worden. Zuzüglich der ihm überwiesenen Spesen in der Höhe von Fr. 562.09 seien dem Kläger für das erste Quartal gesamthaft Fr. 3'439.80 zu Unrecht abgerechnet und überwiesen worden. Am 26. Mai 2020 habe die Beklagte den Kläger deshalb aufgefordert, ihr diesen Betrag zurückzuerstatten. Nachdem der Kläger dieser Aufforderung nicht nachgekommen sei, habe sie letztlich den Betrag mit der Lohnabrechnung vom 21. Oktober 2020 in Abzug gebracht (Urk. 11 Rz. 48). Sie habe nie bestritten, bereits für den Zeitraum vor dem 1. Juni 2020 einen Gebührenanspruch gehabt zu haben. Die beiden E-Mails vom 16. Mai 2020 und vom 18. Mai 2020 (Urk. 5/29) würden beide aus dem zweiten Quartal 2020 datieren (Urk. 92 Rz. 36). Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Vorinstanz zu Recht kein Beweisverfahren durchgeführt, da es an einer genügenden Substantiierung der verrechnungsweise geltend gemachten Forderung der Beklagten mangelt. Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, dass sie den Kunden Q.\_\_\_\_\_ und F".\_\_\_\_\_ die zu Unrecht belasteten Gebühren von Fr. 5'543.50 habe zurückerstatten müssen, indem sie ihnen für das zweite Quartal keine Gebühren belastet habe. Sie unterliess jedoch jegliche Substantiierung, wie sie diese Summe berechnet habe (Urk. 11 Rz. 48). Sie unterliess es auch, die für diese Tatsachenbehauptung dazugehörigen Beweismittel genau zu bezeichnen. Es ist unklar, welche Beweismittel dafür angerufen wurden. Die Parteien haben in ihren Rechtschriften alle für ihren Anspruch massgeblichen Tatsachen vorzubringen und die zulässigen Beweismittel zu nennen, wobei die Beweisofferten den behaupteten Tatsachen zuzuordnen sind (Prinzip der Beweisverbindung; Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Es geht z.B. nicht an, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu schildern und sich zum Beweis am Schluss dieser Behauptungen pauschal auf einen Strauss von Beweismitteln oder einer Anzahl von Zeugen oder Beweisaussagen von Parteien zu berufen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, in:

Sutter-Somm et. al., ZPO Komm., Art. 221 N 51). Die Beweisofferten müssen wie erwähnt den einzelnen zu beweisenden Tatsachen klar zugeordnet werden. Entsprechend sind die

- 31 - einzelnen Beweisofferten in der Regel unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 17; BGer 4A\_415/2021 vom 18. März 2022, E. 5.4.3.). Sofern es sich um die zum Beweis offerierten Kontoauszüge der genannten Kunden bei der V.\_\_\_\_\_ AG handeln sollte, ist nicht ersichtlich, wie die Beklagte auf die von ihr behauptete Summe kommt. Aus diesen Kontoauszügen für das erste Quartal 2020 ergeben sich Zahlungen an die Beklagte von Fr. 4'397.30 (Urk. 14/11) bzw. Fr. 874.31 (Urk. 14/12), also zusammen Fr. 5'271.61, was nicht der genannten Summe der angeblich rückerstatteten Gebühren entspricht. Es blieb auch offen, wann und inwiefern die Beklagte diese Zahlungen bzw. Rückerstattungen veranlasst hatte. Aus den weiteren offerierten Urkunden (Urk. 11 Rz. 48) ergeben sich ebenfalls keine konkreten Hinweise auf diese Summe. Dementsprechend lassen sich auch die in der Lohnabrechnung vom 21. Oktober 2020 (Urk. 14/30) aufgeführten Beträge ohne inhaltliche Substantiierung durch die Beklagte nicht nachvollziehen (Urk. 5/21). Zudem ist es grundsätzlich nicht Sache des Gerichts, aus den eingereichten Unterlagen diejenigen herauszufiltern, welche den Standpunkt der behauptenden Partei stützen könnten. Zusammenfassend ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 93 S. 30, 34) davon auszugehen, dass der Abzug in der Höhe von Fr. 3'439.80 in der Lohnabrechnung für den Monat Juli 2020 nicht gerechtfertigt ist. Der Lohnanspruch des Klägers für den Monat Juli 2020 beträgt - wie vorne ausgeführt - Fr. 3'739.--. 4.a) Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Lohnabrechnung Oktober bis Dezember 2018 (Urk. 5/6) im Hinblick auf ihre Ausführungen betreffend Spesenberücksichtigung (Urk. 93 S. 17 ff.) zu korrigieren und der Betrag, welcher dem Kläger unter diesem Titel abgezogen worden sei, zum unbestritten an den Kläger ausbezahlten Betrag zu addieren sei, so dass sich ein Gesamtguthaben des Klägers von netto Fr. 14'990.24 ergebe. Der Anspruch des Klägers betrage somit noch Fr. 2'364.22 (Urk. 93 S. 30).

- 32 - Die Beklagte rügte diese Berechnung mit Verweis auf ihre Begründung (Urk. 93 Rz. 11 - 19) als falsch. Wie sie ausgeführt habe, sei diese Spesenpauschale von den Bruttoerträgen im Profitcenter des Klägers in Abzug zu bringen. Für diesen Zeitraum bestehe demnach kein Lohnanspruch mehr (Urk. 92 Rz. 39). Wie vorne unter Ziff. III. 1. lit. cc) jedoch dargelegt, besteht für die Lohnabrechnungen Oktober bis Dezember 2018 (Urk. 5/6) und Januar bis März 2019 (Urk. 5/8) entgegen der Auffassung der Beklagten bezüglich der zu Unrecht abgezogenen Spesen Korrekturbedarf, weshalb auch den Ausführungen der Beklagten zum Quantitativ nicht gefolgt werden kann (vgl. Urk. 93 S. 30 f.). b) Dieselben Überlegungen gelten wie erwähnt für den Zeitraum Januar bis März 2019 (Urk. 93 S. 18; vorne Ziff. III. lit. c), weshalb die diesbezüglichen Einwendungen der Beklagten nicht zu hören sind (Urk. 92 Rz. 40). Die konkrete Berechnung der Vorinstanz, welche zu einem Guthaben des Klägers von Fr. 3'389.22 führte, wurde von der Beklagten im Übrigen nicht konkret kritisiert (Urk. 92 Rz. 40). Dem Kläger steht für diesen Zeitraum noch ein Anspruch von Fr. 3'389.22 zu (Urk. 93 S. 31). c) Die Beklagte rügte auch die von der Vorinstanz vorgenommene Korrektur von Fr. 4'388.33 für die Beteiligung des Klägers an den Kundenstämmen "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" im Zeitraum Januar bis März 2020 (Urk. 92 Rz. 41). Wie vorne unter II. Ziff. 2 lit. c) bb) dargelegt ist davon auszugehen, dass keine vertragliche Grundlage für diesen Anspruch bestand und diese Forderung des Klägers

deshalb abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid dementsprechend zu korrigieren ist.

d) Weiter beanstandete die Beklagte die Berechnung der Vorinstanz für den Lohnanspruch des Klägers im Monat Juli 2020 und errechnete unter Berücksichtigung des Abzugs für nicht geschuldete Management-Fees von Fr. 3'439.80 einen Anspruch zugunsten des Klägers von noch Fr. 300.92 (Urk. 92 Rz. 42). Wie vorne unter III. Ziff. 3. lit. b) bb) dargelegt, ist der Abzug in der Höhe von Fr. 3'439.80 zu Unrecht erfolgt. Es ist von einem Gesamtanspruch des Klägers für den Monat Juli 2020 von Fr. 3'739.-- auszugehen (vgl. vorne III Ziff. 3 lit. aa).

- 33 - e) Es ist folglich von Lohnansprüchen des Klägers von: - Fr. 2'364.22 (für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2018; Urk. 93 S. 30; vorne Ziff. III 1. lit. b) cc); - Fr. 3'389.22 (für den Zeitraum Januar bis März 2019; Urk. 93 S. 31; vorne Ziff. III 1. lit. b) cc); - Fr. 0.-- (für den Zeitraum Januar bis März 2020 betreffend Kundenstämme "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" ; vorne Ziff. III. 2. lit. c) bb); - Fr. 14'145.27 (für den Zeitraum April bis Juni 2020 betreffend Kundenstamm "B.\_\_\_\_\_" ; vgl. vorne Ziff. III. 1. lit. d); Urk. 93 S. 23, 34); - Fr. 3'739.-- (Juli 2020; vgl. vorne Ziff. III 3. lit. b) aa); d.h. insgesamt Fr. 23'637.70 netto auszugehen. 5.a) Die Beklagte machte verrechnungsweise eine Schadenersatzforderung in der Höhe von gesamthaft Fr. 14'221.-- geltend (Urk. 11 Rz. 52). Sie begründete diese im Wesentlichen damit, dass der Kläger während laufendem Arbeitsverhältnis in Verletzung seiner Treuepflicht über 30 Kunden abgeworben habe, worauf diese ihr jeweiliges Vermögensverwaltungsverhältnis mit der Beklagten in den Monaten Juni und Juli 2020 mit sofortiger Wirkung widerrufen hätten (Urk. 11 Rz. 36 ff., insb. Rz. 41). Mit dem verwalteten Vermögen der entsprechenden Kunden habe die Beklagte im zweiten Quartal 2020 Bruttoerträge in der Höhe von gesamthaft Fr. 31'229.73 erzielt, weshalb nach Abzug des dem klägerischen Profitcenter zuzurechnenden Anteils von 73% und der arbeitgeberseitigen Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 547.20 sowie unter Hinzurechnung der vom Kläger geschuldeten Fixkostenpauschale ein der Beklagten entgangener Nettoertrag von monatlich Fr. 3'555.34 verbleibe (Urk. 11 Rz. 51). Da sie davon ausgehe, dass der Kläger frühestens per 1. August 2020 aktiv hätte Kunden anwerben und mindestens vier Monate gebraucht hätte, um deren Abwerbung vorzubereiten und durchzuführen, mache sie verrechnungsweise entgangene Nettoer-

- 34 - träge für die Monate August bis November 2020 in der Höhe von insgesamt Fr. 14'221.-- (4x Fr. 3'555.34) geltend (Urk. 11 Rz. 52; Urk. 28 Rz. 52 ff.). Der Kläger bestritt die Verrechnungsforderung (Urk. 22 Rz. 65). Er habe die Kunden, welche er vor dem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien akquiriert und auch bereits vor seiner Anstellung bei der Beklagten betreut sowie schliesslich zu dieser mitgebracht habe, nicht abgeworben, sondern lediglich über die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses informiert, was zulässig gewesen sei, zumal kein arbeitsvertragliches Konkurrenz- oder Abwerbverbot bestanden habe (Urk. 22 Rz. 43 ff.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es die Beklagte versäumt habe, das Fundament für ihre verrechnungsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung substantiiert darzulegen, weshalb die Verrechnungsforderung nicht zu schützen sei (Urk. 93 S. 41) b) Die Vorinstanz prüfte das Verhalten des Beklagten unter dem Titel der Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 OR) und den Schadenersatzfolgen bei einer allfälligen Verletzung derselben (Art. 321e OR). Was die rechtlichen Erörterungen zu diesem Thema anbelangt, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 93 S. 36 ff.). Die Vorinstanz ging davon aus, dass sachverhaltsmässig unbestritten sei, dass die von der

behaupteten Abwerbung betroffenen Kunden einerseits durch den Kläger akquiriert worden seien und er diese auch grossmehrheitlich vor Eingehung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten akquiriert habe (Urk. 93 S. 38). Die Beklagte behauptete, der Kläger habe seine Treuepflicht verletzt, indem er die Kunden während laufendem Arbeitsverhältnis abgeworben habe, derweil der Kläger geltend machte, er habe die Kunden bloss über die ausgesprochene Kündigung informiert (Urk. 11 Rz. 36 ff.; Urk. 22 Rz. 43 ff.; Urk. 28 Rz. 52 ff.). Die Vorinstanz erwog dazu das Folgende (Urk. 93 S. 38 ff.): "Vorliegend kann letztlich offen bleiben, ob der Kläger tatsächlich Kunden abgeworben oder diese lediglich über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten

- 35 - informiert hat, da die Beklagte den von ihr behaupteten Schaden nicht korrekt berechnet. Wie erwähnt, berechnet sie den Schaden bis Ende November 2020 und macht dabei geltend, dass ihr ab August 2020 monatlich derselbe Betrag (Fr. 3'555.30) entgangen sei, weil der Kläger die Kunden im Juni bzw. Juli 2020 abgeworben habe. Den ihr konkret entgangenen Betrag berechnet die Beklagte für den Juli 2020, wobei sie wiederum auf die im zweiten Quartal 2020 realisierten Bruttoerträge abstellt (act. 11 Rz. 36 ff.; act. 28 Rz. 52 ff.). Ein derartiges Vorgehen lässt sich offensichtlich nicht mit der Schadensberechnung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vereinbaren. Um den Schaden per Ende November 2020 zu ermitteln, hätte die Beklagte darlegen müssen, welche Gebühren sie den betroffenen Kunden bis Ende November 2020 hätte belasten können, wenn der Kläger sie nicht gemäss beklagtischer Behauptung im Juni bzw. Juli 2020 abgeworben hätte. In der Vermögensverwaltung ist es üblich, den Kunden Gebühren zu belasten, die von der Höhe des verwalteten Vermögens abhängen. Aus den eingereichten Urkunden ist ersichtlich, dass dies auch bei der Beklagten der Fall war, wobei der Prozentsatz offenbar proportional zur Höhe des verwalteten Vermögens abnimmt (act. 14/14; vgl. auch act. 14/9 f. sowie act. 30/37 ff.). Statt auf die Zahlen des zweiten Quartals 2020 abzustellen, welche für die Berechnung eines Schadens per Ende November 2020 offensichtlich nicht massgeblich sind, hätte die Beklagte konkret darlegen müssen, wie hoch die verwalteten Vermögen der einzelnen Kunden per Ende November 2020 gewesen wären, wenn das schädigende Ereignis, sprich die behaupteten Abwerbbehandlungen des Klägers während des laufenden Arbeitsverhältnisses, nicht passiert wäre. Basierend auf diesen Vermögensständen hätte die Beklagte für jeden Kunden – je nach vertraglicher Vereinbarung mit den Kunden – die Gebühren berechnen können, die sie per Ende November 2020 den Kunden hätte belasten können. Von dieser hypothetischen Gebührensumme per Ende November 2020 wäre das effektiv per November 2020 belastete Gebührentotal, also der Betrag Null, abzuziehen. Zu berücksichtigen wären sodann etwaige Aufwendungen, welche der Beklagten im Falle der Weiterbetreuung der betroffenen Kunden bis zum November 2020 entstanden wären, wozu namentlich Anteile zugunsten der statt dem Kläger mit der Kundenbetreuung betrauten Vermögensverwalter zählen dürften (vgl. hierzu auch

- 36 - Ziff. IV.3.4.). Der verbleibende Betrag wäre der Schaden. Eine solche Schadensberechnung wäre zwar aufwändig, aber möglich, da Aktien- und Wechselkurse bekannt sind und – angesichts der in den Vermögensverwaltungsverträgen festgelegten Anlageprofile (act. 14/9 f.; act. 30/37 ff.) – davon hätte ausgegangen werden können, dass bis Ende November 2020 dieselbe Anlagestrategie weiterverfolgt worden wäre. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang von einer Vergleichshypothese. An einer solchen führt vorliegend kein Weg vorbei.

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