

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA190044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

## Urteil vom 16. Dezember 2020

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung und Anschlussberufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Horgen vom 22. Mai 2019 (AH170008-F)**

\* \* \* \* \*

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 25'000.00 brutto (inkl. Arbeitgeberbeiträge) sowie CHF 5'000.00 netto (Versicherungsleistungen), zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 1. August 2016, zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich 8 % MWST, zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Arbeitsgericht, vom 22. Mai 2019:**

(Urk. 70 S. 47 f.)

1. Die Beklagte wird in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger Fr. 6'000.– (brutto inklusive Arbeitgeberbeiträgen) nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2016 zu bezahlen. Die Beklagte wird ferner verpflichtet, die gesetzlich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge sowie die gesetzlich geschuldeten Beiträge für die berufliche Vorsorge abzuführen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. [Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage]

**Berufungsanträge:**

**des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 69 S. 2):**

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 22. Mai 2019 (Geschäfts-Nr.: AH170008) aufzuheben und das vor erster Instanz gestellte Rechtsbegehren vollumfänglich gutzuheissen, welches lautete:

1. 'Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 25'000.00 brutto (inkl. Arbeitgeberbeiträge) sowie CHF 5'000.00 netto (Versicherungsleistungen), zuzüglich Zinsen zu 5% seit dem 1. August 2016, zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich 8% MWST, zu Lasten der Beklagten.'
2. Eventualiter sei das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen.
3. Es seien die Akten aus dem Verfahren vor der Vorinstanz beizuziehen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich 7.7 % MWST, zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 78 S. 2):

"Die Berufung vom 4. Dezember 2019 sei abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

#### **Anschlussberufungsanträge:**

der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 78 S. 2):

- "1. Auf die Klage vom 21. März 2017 sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei Ziff. 1 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Horgen vom 22. Mai 2019 (AH170008-F) betreffend die Verpflichtung aufzuheben, dem Kläger Fr. 6'000 (brutto inklusive Arbeitgeberbeiträge) nebst 5% Zins seit dem 1. August 2016 zu zahlen und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 80 S. 2):

- "1. Die Anschlussberufung sei abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich 7.7% MWST, zu Lasten der Beklagten."

## **Erwägungen:**

### **I. Sachverhalt und Prozessverlauf**

#### 1. Sachverhalt

1.1. Der Kläger ist Versicherungsbroker und war bei der Beklagten vom 1. November 2010 bis 31. Juli 2016 in dieser Funktion tätig. Neben dem Vertrag vom 30. August 2010 (Urk. 4/3) bestand zwischen den Parteien auch eine Partnerschafts-Vereinbarung (Urk. 4/4).

1.2. Die Parteien vereinbarten einen reinen Provisionslohn, wobei der Kläger die Höhe seiner Akontobezüge selber bestimmen konnte (Urk. 4/3 und 4/4). Von den vom Kläger erwirtschafteten Courtagen / Provisionen, die von den Versicherungen an die Beklagte bezahlt wurden, behielt die Beklagte als Infrastrukturanteil 10% oder 33% (bzw. 30%) ein, je nach Art des Geschäftes. Der restliche Anteil wurde der Kostenstelle des Klägers gutgeschrieben. Von dieser Kostenstelle erfolgten die Akontobezüge des Klägers. Des Weiteren wurden dieser Kostenstelle sämtliche weiteren Kosten wie die üblichen Lohnnebenkosten (AHV, ALV, KTG, BVG), Spesen etc. belastet, einschliesslich der entsprechenden Arbeitgeberbeiträge (Urk. 69 S. 3 f. Rz 8, Urk. 2 S. 3 f.).

1.3. Anfangs Dezember 2015 wurde der Kläger krank und war zu 100% arbeitsunfähig. Da sich sein Zustand nicht besserte und eine Wiederaufnahme seiner Tätigkeit bei der Beklagten ausgeschlossen war, kündigte er die Arbeitsstelle mit Schreiben vom 20. April 2016 auf den 31. Juli 2016.

1.4. Mit der vorliegenden Teilklage verlangt der Kläger Fr. 5'000.- netto für zurückbehaltene Versicherungsleistungen im Geschäftsjahr 2011, Fr. 6'000.- brutto gemäss Saldo seiner Kostenstelle per 31. Dezember 2015 und Fr. 19'000.- brutto für Courtagen während seiner Arbeitsunfähigkeit im Geschäftsjahr 2016.

## 2. Prozessverlauf

2.1. Am 23. März 2017 reichte der Kläger bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C.\_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2016 sowie die Klageschrift ein (Urk. 1 und 2). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 63 S. 2 f. = Urk. 70 S. 2 f.).

2.2. Das vorinstanzliche Urteil vom 22. Mai 2019 wurde den Parteien am 4. November 2019 zugestellt (Urk. 64/1-2). In der Folge erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2019 rechtzeitig Berufung (Urk. 69). Mit Schreiben vom 10. Dezember 2019 wurde dem Rechtsvertreter der Beklagten mitgeteilt, dass der Kläger Berufung erhoben habe (Urk. 74). In der Folge reichte dieser mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 (Urk. 75) eine aktuelle Vollmacht ein (Urk. 76). Mit Verfügung vom 25. Februar 2020 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 77). Gleichzeitig mit der Berufungsantwort vom 26. März 2020 erhob die Beklagte Anschlussberufung (Urk. 78 S. 2). Mit Verfügung vom 9. April 2020 erfolgte die Fristansetzung zur Anschlussberufungsantwort (Urk. 79). Die Anschlussberufungsantwort vom 18. Mai 2020 ging fristgerecht ein und wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 80). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **II. Prozessuales**

### 1. Vereinfachtes Verfahren

Der Streitwert der vorliegenden Klage beträgt Fr. 30'000.-, womit das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 1 ZPO). In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest, d.h. es gelangt die sog. eingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO).

## 2. Berufungsverfahren

2.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Rechts- und auch Tatfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür grundsätzlich nicht. Sie sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). 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.). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei seiner Prüfung weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragene Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des

erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.H. auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C\_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 und BGE 137 III 385 E. 3). Die eben genannten Anforderungen an eine Berufungsbegründung gelten auch im vereinfachten Verfahren (vgl. BGer 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; OGer ZH LA120023 vom 19.11.2012, E. 4a). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift (oder in der Berufungsantwort) in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3). Die nämlichen Anforderungen an eine Begründung gelten auch für die Anschlussberufungsbegründung und für die Anschlussberufungsantwort (Art. 313 ZPO).

2.2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.H.). Diese Einschränkung bezüglich des Novenrechts gilt auch im Anwendungsbereich der sog. sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 625; 142 III 413 E. 2.2.2), welcher der vorliegende Rechtsstreit unterliegt. Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

### 3. Rechtsschutzinteresse bei Teilklage zur Kostenminimierung

3.1. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Teilklage zur Kostenminimierung zulässig ist, erwog die Vorinstanz zusammenfassend, dass es ein berechtigtes Interesse darstelle, durch Erhebung einer Teilklage in den Genuss der Vorteile des kostenlosen und von der Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahrens zu kommen. Dass der Kläger vorliegend seinen Gesamtanspruch in Teilklagen unterteile, um von der Kostenlosigkeit des Verfahrens zu profitieren, habe gemäss der geltenden Rechtsprechung und überwiegenden Lehrmeinung als schützenswert zu gelten. Die drei klägerischen Ansprüche stünden sodann in einem sachlichen Konnex, handle es sich doch bei allen um Forderungen im Rahmen des (aufgelösten) Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. Vom Kläger sei bloss zu verlangen, substantiiert darzulegen, es würden den eingeklagten Betrag übersteigende Forderungen bestehen. Dieser Substantiierungspflicht komme er ohne weiteres nach, indem er für jeden einzelnen eingeklagten Anspruch jeweils erkläre, es bestehe eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung (vgl. Urk. 2 Rz. 11, 17 ff. und 22 ff.). Aus der jeweiligen Begründung der einzelnen klägerischen Ansprüche sei es sodann sowohl dem Gericht möglich, die Begründetheit der geltend gemachten Forderung zu beurteilen, als auch der Gegenseite, sich dagegen zu verteidigen. Indem der Kläger seiner Substantiierungspflicht nachkomme und überdies mit teilklageweiser Geltendmachung seiner Gesamtforderung ein berechtigtes monetäres und prozessuales Interesse verfolge, sei er in seinem Verhalten zu schützen und entsprechend auf die vorliegende Klage einzutreten (Urk. 70 S. 7 Ziff. 1.4.).

3.2. Die Beklagte beantragt im Rahmen ihrer Anschlussberufung erneut, dass auf die Klage vom 21. März 2017 nicht einzutreten sei (Urk. 78 S. 2). Sie macht dazu geltend, wenn der Kläger seinen behaupteten Gesamtanspruch nur deshalb aufteile, um keine Gerichtskosten zu bezahlen, dieses Verhalten nicht schützenswert sei. Vielmehr würde der Kläger die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.- und damit das kostenlose Verfahren zweckentfremden. Die Zweckentfremdung stelle einen Rechtsmissbrauch dar. Nach Auffassung der Beklagten handle der Kläger nicht nach Treu und Glauben, wenn er seine drei geltend gemachten Forderun-



gen auf Fr. 30'000.- reduziere. Wenn der Kläger aber nicht gutgläubig handle, fehle ihm die Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO. Fehle eine Prozessvoraussetzung, trete das Gericht auf die Klage nicht ein. Da die Vorinstanz auf die Klage eingetreten sei, verletze sie zum einen Art. 52 ZPO und zum anderen Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO (Urk. 78 S. 7 Rz 27-29).

3.3. Diese Vorbringen der Beklagten, welche im wesentlichen Wiederholungen von vor Vorinstanz gemachten Ausführungen (Urk. 40) darstellen, setzen sich nicht mit den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Damit genügen sie den Anforderungen an eine Begründung nicht. Nach dem unter E. II/2.1. Dargelegten erweist sich die Anschlussberufung der Beklagten in diesem Teil als unbegründet und es ist nicht weiter auf ihre diesbezüglichen Ausführungen einzugehen.

### **III. Materielles**

#### **1. Ausgangslage**

1.1. Sowohl die Parteien als auch die Vorinstanz gehen von einem Arbeitsvertrag aus; darauf ist im Folgenden abzustellen. Zwischen den Parteien ist zusammenfassend strittig, ob der Kläger neben dem ihm während seiner Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit/Unfall von der Versicherung ausbezahlten Taggeldern auch Anspruch auf die ihm zurechenbaren Courtagen hat. Ebenfalls strittig sind die von der Beklagten geltend gemachten Verrechnungsforderungen in der Höhe von rund Fr. 43'000.-.

1.2. Die Vorinstanz hat gemäss den drei eingeklagten Teilbeträgen zwischen drei Forderungen (1-3) unterschieden:

Forderung 1: Fr. 5'000.- netto für zurückbehaltene Versicherungsleistungen im Geschäftsjahr 2011 (Gesamtforderung: Fr. 11'434.-)

Forderung 2: Fr. 6'000.- brutto gemäss Saldo Kostenstelle Kläger per 31. Dezember 2015 (Gesamtforderung: Fr. 12'425.-).

Forderung 3: Fr. 19'000.- brutto für Courtagen während Arbeitsunfähigkeit im Geschäftsjahr 2016 (Gesamtforderung: Fr. 105'358.19).

Sodann hatte sich die Vorinstanz mit den drei von der Beklagten geltend gemachten Verrechnungsforderungen (zu viel Lohn 2011, zu viel ausbezahlte Provisionen aus dem Portefeuille D.\_\_\_\_\_ und zu Unrecht ausbezahlte Pauschalspesen) zu befassen.

1.3. Die Vorinstanz hat die Klage einzig in Bezug auf die Forderung 2, welche die Beklagte grundsätzlich anerkennt, diesbezüglich aber Verrechnung geltend macht, gutgeheissen und sie im Übrigen abgewiesen. Ebenfalls hat sie die geltend gemachten Verrechnungsforderungen der Beklagten abgewiesen.

1.4. Der Kläger verlangt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Zurechnung des gesamten, von ihm mit Teilklage geltend gemachten Betrages. Die Beklagte beantragt in ihrer Anschlussberufung eventualiter, es sei das vorinstanzliche Urteil betreffend die Verpflichtung aufzuheben, dem Kläger Fr. 6'000.- (brutto inklusive Arbeitgeberbeiträge) nebst Zins seit dem 12. August 2016 zu zahlen und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Sie hält einzig die dritte Verrechnungsforderung betreffend Pauschalspesen nicht länger aufrecht.

Nachfolgend ist detailliert auf die einzelnen Rügen der Parteien einzugehen.

## 2. Forderung 3: Fr. 19'000.- brutto für Courtagen während Arbeitsunfähigkeit im Geschäftsjahr 2016

### 2.1. Anspruch auf Versicherungsleistung (Krankentaggeld) und Lohn

2.1.1. Der Kläger macht berufsungsweise geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch gewürdigt, indem sie die Gleichwertigkeit bezüglich der Taggeldversicherung angenommen habe und davon ausgegangen sei, dass die fraglichen Courtagen / Provisionen für künftig zu erbringende Arbeitsleistungen bezahlt worden seien. Er führt dazu aus, dass die Vorinstanz zur Begründung ihres Entscheids zwei Prüfungen vorgenommen habe, nämlich erstens wer das Lohnausfallrisiko (Krankentaggeld) versichert habe und ob dies eine gleichwertige Lösung dargestellt habe und zweitens für welchen Zeitraum die fraglichen Courtagen /

Provisionen bezahlt worden seien, d.h. seien diese für bereits erbrachte Leistungen bezahlt worden oder würden diese Zahlungen Entschädigungen für künftige zu erbringende Arbeitsleistungen darstellen (Urk. 69 S. 5 Rz 17).

2.1.2. Unter dem Titel "Voraussetzungen" prüfte die Vorinstanz die Frage, ob ein Arbeitnehmer gleichzeitig einen Anspruch auf Taggeld und Lohn während der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit hat. Konkret gehe es darum, ob der Kläger als Versicherungsbroker, dessen Lohn gemäss seinem Standpunkt allein auf variablen Provisionseinnahmen beruht habe, auch während der Zeit, in welcher er keine Arbeitsleistung habe erbringen können, Anspruch auf die ihm zurechenbaren Courtagen habe. Sie erwog dazu, die Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit werde häufig wie vorliegend mit einer Krankentaggeldversicherung abgedeckt. Vertragliche Vereinbarungen, wonach die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR durch eine Krankentaggeldversicherung abgedeckt werde, seien zulässig, müssten allerdings schriftlich vereinbart werden und die vertragliche Lösung müsse mindestens gleichwertig sein (SENTI, Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen, AJP 5/2015, Ziff. 6.1.8., S.710 [nachfolgend SENTI-Lohnfortzahlung]). Anerkanntermassen gleichwertig und in der Praxis häufig sei eine paritätisch finanzierte private Taggeldversicherung, die dem Arbeitnehmer (allenfalls nach einer Karenzfrist von zwei bis drei Tagen) einen direkten Leistungsanspruch auf 80% des Lohnausfalls während 720 innerhalb von 900 aufeinander folgenden Tagen gewähre (PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Balser Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 324a N 53 [nachfolgend: BSK OR I-BEARBEITER] sowie BGE 135 III 640 E. 2.3.2; vgl. Urk. 70 S. 12).

Diese Ausführungen der Vorinstanz sind zutreffend und blieben zudem unangefochten.

2.1.3. Unter Hinweis auf die Ausführungen des Klägers, wonach er die Krankentaggeldversicherung allein bezahlt und damit sein Lohnausfallrisiko selber versichert habe, prüfte die Vorinstanz, ob die Beklagte eine Krankentaggeldversicherung für den Kläger abgeschlossen habe, oder ob es sich vielmehr um eine private Krankentaggeldversicherung des Klägers handle. Sie erwog dazu, dass der

Vertragsübersicht zur Kollektiv-Krankenversicherung (Urk. 37/1) zu entnehmen sei, dass die Versicherungsnehmerin die Beklagte und nicht der Kläger selbst sei. Dies entspreche der gesetzlichen Regelung gemäss Art. 67 Abs. 3 lit. a KVG, wonach Kollektivversicherungen von Arbeitgebern für ihre Arbeitnehmer und ihre Arbeitnehmerinnen abgeschlossen werden könnten, indessen nicht von Arbeitnehmern selbst. Sodann sei in der Partnerschafts-Vereinbarung vom 30. August 2010 (Urk. 4/4) in Ziffer 2 vorgesehen gewesen, dass die allgemeinen Betriebskosten von jedem Partner anteilmässig getragen würden. Die allgemeinen Betriebskosten umfassten dabei die Beteiligungen für Sozialversicherungen Innendienst (UVG, UVGZ, KTG, BVG, etc.) sowie persönliche Lohnnebenkosten (Sozialbeiträge / Vorsorge etc.). Die Prämienabrechnung sei über die Kostenstelle des Klägers erfolgt (vgl. Urk. 4/11) und nicht als Lohnabzug. In der Partnerschafts-Vereinbarung vom 30. August 2010 (Urk. 4/4) sei sodann nicht festgehalten worden, dass aus dem Infrastrukturanteil, welcher die Beklagte jeweils von den Courtageneinnahmen des Klägers in Abzug gebracht habe, auch die Prämien der Krankentaggeldversicherung finanziert würden. Dass die Prämien der Kostenstelle des Klägers belastet worden seien, bedeute nicht, dass der Kläger diese auch allein bezahlt habe. Vielmehr habe dies der vereinbarten Form der Abrechnung entsprochen und sei bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien so gehandhabt worden. Zusammenfassend handle es sich um eine Abrechnungsform, die zwischen den Parteien vereinbart worden sei. Daraus lasse sich nicht ableiten, der Kläger habe sein Lohnausfallrisiko selbst versichert (Urk. 70 S. 12 f. Ziff. 1.3.1.2.-1.3.1.3.).

2.1.4. Der Kläger rügt diese Feststellung der Vorinstanz und macht geltend, dass für die Prüfung der Frage, wer das Lohnausfallrisiko "versichert" habe und damit die Frage der Gleichwertigkeit der Versicherung, der zwischen den Parteien vereinbarte Abrechnungsmodus relevant sei. Gemäss dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 30. August 2010 und der zeitgleich abgeschlossenen Partnerschafts-Vereinbarung sei grundsätzlich ein Abzug für die Betriebskosten der Beklagten, was als Infrastrukturanteil bezeichnet worden sei, vereinbart worden. Mit diesem Abzug hätten anteilmässig sämtliche Kosten der Beklagten durch die verschiedenen Berater gedeckt werden sollen, inkl. eines Gewinns für

die Beklagte in einem nicht näher bezifferten Umfang. Sämtliche weitere Kosten, die den Kläger betroffen hätten, seien seiner Kostenstelle, d.h. seinen um den Infrastrukturanteil bereinigten Umsätzen belastet worden. Dazu hätten auch die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile betreffend die Krankentaggeldversicherung gehört. Da der Kläger systembedingt als Angestellter nicht persönlich eine Taggeldversicherung abschliessen können, sei diese verständlicherweise im Rahmen der kollektiven Taggeldversicherung der Beklagten integriert worden (Urk. 69 S. 6 Rz 18 f.). Die Vorinstanz stelle sich zu dieser Frage auf den Standpunkt, der Umstand, dass die Prämien der Kostenstelle des Klägers belastet worden seien, habe der vereinbarten Abrechnungsart entsprochen. Daraus könne nicht abgeleitet werden, dass der Kläger sein Lohnausfallrisiko selber versichert habe (Urk. 69 S. 20). Hierbei verkenne die Vorinstanz, dass gemäss dem Vertrag und der Partnerschafts-Vereinbarung vom 30. August 2010 mit dem Infrastrukturanteil sämtliche Betriebskosten der Beklagten gedeckt worden seien. Sämtliche weitere Kosten, die den Kläger betroffen hätten, seien durch seine Kostenstelle und damit durch seine Umsätze, von denen der Infrastrukturanteil bereits abgezogen worden sei, gedeckt worden. Faktisch habe der Kläger somit ein selbständiges kleines Unternehmen innerhalb der Beklagten geführt und für sämtliche ihn betreffenden Kosten selber aufkommen müssen. So habe er auch selber die Höhe seiner Auszahlungen so bestimmen müssen, dass genügend finanzielle Mittel für die Deckung der ihn betreffenden Kosten zur Verfügung gestanden hätten. Vor diesem Hintergrund sei klar, dass der Kläger auch die vollen Kosten für die Lohnausfallversicherung selber getragen und damit das Lohnausfallrisiko faktisch selber versichert habe. Der Umstand, dass er der Kollektivversicherung der Beklagten angeschlossen gewesen sei, stelle nur eine formelle Notwendigkeit dar, die gar nicht anders hätte gelöst werden können. Die Vorinstanz habe hier den Sachverhalt falsch gewürdigt und fälschlicherweise die Gleichwertigkeit bezüglich der Taggeldversicherung angenommen. Bereits aus diesem Grund stünden dem Kläger die Courtagen / Provisionen (Forderung 3) für den Zeitraum 1. Januar bis 31. Juli 2016 zu, dies nebst den Krankentaggeldern. Gleiches gelte für die Forderung 1 (Urk. 69 S. 6 f. Rz 21).

2.1.5. Die Beklagte macht dazu geltend, dass die Behauptung des Klägers, er habe faktisch ein selbständiges kleines Unternehmen innerhalb der Beklagten geführt und für sämtliche Kosten aufkommen müssen, neu und im Berufungsverfahren nicht zu hören sei (Urk. 78 S. 9 Rz 39). Diese Behauptung der Beklagten trifft nicht zu: Der Kläger hat bereits in der Klageschrift ausgeführt, dass sich aus den beiden zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen ergebe, dass sich die Beklagte jeglichen unternehmerischen Risikos entledigt, bzw. dieses auf den Kläger abgewälzt habe. Der Kläger habe seinen Lohn, der während des laufenden Arbeitsverhältnisses in Form von Akontozahlungen ausbezahlt worden sei, selber bestimmen können. Den Lohn, sowie sämtliche Kosten und Arbeitgeberbeiträge wie z.B. Taggeldversicherung, BVG, Betriebskosten, Spesen etc. habe der Kläger selber erwirtschaften und über seine Kostenstelle bezahlen müssen (Urk. 2 S. 3 Rz 6). Sinngemäss stimmen die beiden Vorbringen des Klägers überein, weshalb es sich - entgegen der Behauptung der Beklagten - nicht um ein Novum handelt.

2.1.6. Wie die Beklagte zutreffend einwendet (Urk. 78 S. 9 Rz 39), ist unklar, was der Kläger aus der entsprechenden Behauptung ableiten will. Die Darstellung des Klägers in der Berufung steht der vorinstanzlichen Erwägung, die Belastung der Prämien auf der Kostenstelle des Klägers entspreche der vereinbarten Form der Abrechnung, nicht entgegen. Auch der Schluss der Vorinstanz, nicht der Kläger selbst habe sein Lohnausfallrisiko versichert, ist daher im arbeitsvertraglichen Kontext nicht zu beanstanden. Der Kläger behauptet in diesem Zusammenhang nicht, dass die Beklagte fälschlicherweise oder entgegen den Abmachungen zwischen den Parteien die Prämien für diese Taggeldversicherung der Kostenstelle des Klägers belastet hat.

2.2. Die Vorinstanz prüfte in der Folge, ob die von der Allianz-Versicherung entrichteten Versicherungsleistungen als gleichwertig im Sinne von Art. 324 Abs. 4 OR qualifiziert werden können (Urk. 70 S. 13 Ziff. 1.3.1.4.) und befasste sich im Rahmen dieser Prüfung mit der Frage, ob die in den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit des Klägers fallenden Courtagen als Provisionen zu qualifizieren sind und diese auf Geschäften beruhten, welche während der Arbeitsunfähigkeit des Klägers abgeschlossen wurden.

2.2.1. Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Provision sind zutreffend und wurden von den Parteien nicht angefochten. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf verwiesen werden (Urk. 70 S. 16 Ziff. 1.3.2.4.).

2.2.2. Die Vorinstanz erwog, dass die Beweislast, welcher Lohn vereinbart worden sei, und dass er die entsprechende Leistung erbracht habe, beim Kläger liege, der daraus Rechte ableiten wolle. Der Kläger trage vorliegend die Beweislast dafür, dass die Courtagen kausal durch seine Tätigkeit erwirtschaftet worden und entsprechend als Provisionen im Sinne von Art. 322b OR zu qualifizieren seien. Dementsprechend auferlegte die Vorinstanz dem Kläger den Hauptbeweis dafür, dass seinen kausalen Leistungen für die angefallenen Courtagen im Zeitraum vom Dezember 2015 bis zum Juli 2016 zu einem früheren Zeitpunkt erbracht worden seien bzw. dass er im Vorjahr darauf hingewirkt habe, dass seine Kunden auch im Folgejahr über ihn die Versicherungen laufen liessen. Die Beklagte wurde zum Gegenbeweis zugelassen (Beweissatz 2, Urk. 59 S. 3). Es wurden die Beweisaussagen des Klägers und von E.\_\_\_\_\_ und die Zeugenaussage von F.\_\_\_\_\_ eingeholt (Prot. I S. 20-44).

2.2.3. Nach durchgeführtem Beweisverfahren stellte die Vorinstanz im Rahmen der Würdigung (Urk. 70 S. 22 ff.) fest, dass beide Parteien zwischen Neu- und Folgegeschäften unterschieden hätten. Während Neugeschäften die Akquisition eines Kunden zugrunde liege, bestehe bei Folgegeschäften die Tätigkeit in der Betreuung eines bereits bestehenden Kunden. Die Beklagte nehme diese Unterscheidung zur Grundlage, um betreffend die Vergütung des Versicherungsbrokers zwischen Abschluss- und Betreuungsprovisionen zu unterscheiden. Bei Neugeschäften sei die Leistung des Versicherungsbrokers kausal für den Vertragsabschluss. Entsprechend werde eine Abschlussprovision entrichtet und dabei handle es sich um eine Provision im Sinne von Art. 322b OR. Hingegen würden bei Folgegeschäften keine neuen Versicherungsmandate vermittelt oder abgeschlossen. Demzufolge stehe der Betreuungsaufwand des Versicherungsbrokers im Vordergrund und es werde eine Betreuungsprovision entrichtet, wobei es sich dabei nicht um eine Provision im Sinne des Gesetzes handle (Urk. 70 S. 23).

Die Vorinstanz führt weiter aus, dass das Schweizer Recht eine Unterscheidung zwischen Abschluss- und Betreuungsprovisionen wie sie die Beklagte vorbringe, nicht kenne. Vorerst sei festzuhalten, dass es sich bei Neugeschäften um Provisionen im Sinne von Art. 322b OR handle, was von der Beklagten denn auch nicht bestritten werde. Der Kläger selbst mache indessen nicht geltend, dass es sich bei den vorliegend eingeklagten Courtagen aus dem Geschäftsjahr 2016 um Courtagen handle, welchen Neuakquisitionen zugrunde lägen (Urk. 70 S. 23 Ziff. 1.3.4.2.). Strittig dagegen sei die Qualifikation der Courtagen für Folgegeschäfte. Der Kläger gehe davon aus, dass es sich ebenfalls um Provisionen handle und mit der Ausrichtung der Courtagen Leistungen bzw. Betreuungsarbeiten in der Vergangenheit und der Zukunft abgegolten würden. Die Beklagte bestreite, dass es sich um Provisionen handle. E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ stellten sich auf den Standpunkt, dass mit den Courtagen zukünftige durch den Kläger zu erbringende Leistungen entschädigt würden. Der Kläger habe seine Tätigkeit mit jener eines Treuhänders verglichen, welcher Verträge betreue. Eine konkrete Handlung bzw. einen Vertragsschluss als Auslöser der Zahlungspflicht habe er nicht geltend gemacht. Der Kläger bestreite auch nicht, dass während der Zeit seiner krankheitsbedingten Abwesenheit eine andere Person für die Betreuung seiner Kundendossiers zuständig gewesen sei. Stehe fest, dass die fraglichen Courtagen allein für die Betreuung des Kunden ausgerichtet worden seien, mithin nicht in Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss stünden, seien die im Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit des Klägers entrichteten Courtagen nicht als Provisionen im Sinne von Art. 322b OR zu qualifizieren. Massgebend für die Ausrichtung der entsprechenden Courtagen sei vielmehr der Umstand, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Bezahlung der Prämie durch den Kunden die Betreuung des zugrunde liegenden Dossiers wahrgenommen habe. Diese Courtagen stellten folglich keine Provisionen im Sinne von Art. 322b OR dar. Aus den Ausführungen des Klägers, wonach es bei guter Arbeit Ende Jahr nicht zu einer Kündigung komme, lasse sich nicht ableiten, dass die Courtage die Tätigkeit des Vorjahres entschädige. Vielmehr stelle dies einen im Geschäftsverkehr normalen Vorgang dar, dass bei guter Leistung ein Vertrag fortgesetzt bzw. bei schlechter Leistung beendet werde. Insgesamt sei daher den Ausführungen der Beklagten bzw. von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_



Glauben zu schenken, wonach mit der jeweiligen Entrichtung der Courtagen die zukünftige Betreuungsleistung des Klägers abgegolten worden sei (Urk. 70 S. 24). Es bestehe entsprechend der alleinige Anspruch des Klägers auf die von der Allianz-Versicherung entrichteten Taggelder, sofern diese als gleichwertig zur Lohnfortzahlung des Arbeitsgebers qualifiziert werden könnten (Urk. 70 S. 24).

2.2.4. Der Kläger macht im Rahmen seiner Berufung geltend, dass bei der Vorinstanz diesbezüglich ein Überlegungsfehler, bzw. eine willkürliche Beweiswürdigung bestehe. Es sei schlichtweg nicht zutreffend, dass die ausbezahlten Courtagen nicht im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss stehen würden. Mit der Nichtkündigung der Police durch den Kunden, komme es zu einer Verlängerung des Versicherungsvertrages. Es handle sich damit um einen konkludenten Vertragsabschluss für das Folgejahr. Vor diesem Hintergrund sei die Annahme der Vorinstanz, dass es sich bei den entsprechenden Courtagen nicht um eine Provision handeln würde, unhaltbar (Urk. 69 S. 7 Rz 24).

Die Vorinstanz mache einen grundlegenden Überlegungsfehler. So sei es eben gerade nicht richtig, dass auf den Zeitpunkt der Bezahlung der Prämie und auf die in diesem Moment erfolgte Betreuung abzustellen sei. Es dürfe als allgemein anerkannt vorausgesetzt werden, dass Versicherungen in der Regel drei Monate vor Ablauf der Policen gekündigt werden könnten (teilweise auch kurzfristiger). Verpasse der Versicherungsnehmer diese Kündigungsfrist, so verlängere sich der Versicherungsvertrag entsprechend. Vor diesem Hintergrund sei klar, dass der Zeitpunkt der Prämienzahlung und die Betreuung in diesem Zeitpunkt nicht relevant sei für die grundsätzliche Entstehung des Courtagen- / Provisionsanspruchs. Die Arbeiten, bzw. der Betreuungsaufwand durch den Versicherungsbroker, erfolgten vor dem Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist. Dass die Courtage / Provision erst entrichtet werde, nachdem der Versicherungsnehmer die Prämie bezahlt habe, sei klar und werde üblicherweise so vereinbart, ändere aber nichts an der obigen Frage. Vor allem sei nicht nachvollziehbar, warum die Courtagen auf Folgegeschäften keine Provision darstellen sollten. Diese Annahme sei willkürlich und in keiner Weise nachvollziehbar von der Vorinstanz begründet. Es sei erneut darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz selber festgehalten habe, dass es

keine rechtliche Unterscheidung zwischen Abschluss- und Betreuungsprovision gebe. Warum nun eine solche Unterscheidung doch von der Vorinstanz vorgenommen werde, sei schleierhaft (Urk. 69 S. 8 Rz 25).

2.2.5. Der Begriff Betreuungsprovision ist, entgegen der Behauptung des Klägers, keine Erfindung der Beklagten, sondern wird auch in der Literatur verwendet. So hält beispielsweise STUDER in seiner Dissertation "Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz" fest, dass im traditionellen Versicherungsaussendienst zwischen der Abschlusscourtage und der Betreuungscourtage unterschieden werde. Die Abschlusscourtage werde beim Abschluss eines neuen Versicherungsvertrages entrichtet und sei wesentlich höher als die Betreuungscourtage. Damit solle ein finanzieller Anreiz für den Aussendienst geschaffen werden, neue Versicherungsverträge mit neuen oder bestehenden Kunden abzuschliessen. Die Betreuungscourtage werde für den mit der Bestandespflege verbundenen Aufwand entrichtet (HELMUT STUDER, Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz, Dissertation Bern, 2000, S. 142 § 12 I Ziff. 2).

2.2.6. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, unterscheiden auch die Parteien zwischen Neu- und Folgegeschäften. Dass die Unterscheidung auch für den Kläger evident war, zeigt sich daran, dass für den Abschluss eines Versicherungsvertrages eine Provision und für die Bestandespflege eine Courtage entrichtet wurde, die weniger hoch war als die Provision. Angesichts der Rechtsnatur eines Versicherungsvertrags als Dauerschuldverhältnis ist denn auch die klägerische Darstellung, mit der Nichtkündigung der Police sei ein konkludenter Vertragsschluss für das Folgejahr verbunden, unhaltbar.

2.2.7. Der Kläger macht weiter geltend, dass die Vorinstanz den Ablauf der Entschädigungen bei Versicherungsbrokern verkenne. Würde man ihrer Begründung folgen, so käme es im zeitlichen Ablauf zu einer Lücke bei den Entschädigungen. Nachfolgendes Beispiel zu[r] Verdeutlichung: Der Versicherungsbroker bemühe sich im Jahr 2017, einen neuen Kunden zu gewinnen. Er zeige ihm die Vorteile einer Versicherung auf und berate ihn. Der Kunde entscheide sich zum Abschluss einer Versicherung, welche per 1. Januar 2018 neu zu laufen beginne; Vertragsdauer 12 Monate. Der Versicherungsbroker erhalte dafür eine Provision (Ab-

schlussprovision, um den Terminus der Beklagten zu verwenden). Der Versicherungsbroker werde damit für seine erbrachten Dienstleistungen, die zum Vertragsschluss geführt hätten, entschädigt. Während des Jahres 2018 stehe der Versicherungsbroker dann dem Kunden zur Verfügung und betreue diesen, soweit notwendig. Der Kunde sei mit der Versicherung und den Diensten des Versicherungsbrokers zufrieden und es komme zu keiner Kündigung der Police. Der Versicherungsvertrag verlängere sich damit für das Jahr 2019 und die Prämie werde, wie üblich, im Januar 2019 zur Zahlung fällig und werde vom Kunden auch bezahlt. Von dieser Prämie werde dann dem Versicherungsbroker eine Courtage / Provision bezahlt. Folge man nun den Argumenten der Beklagten und der Begründung der Vorinstanz, so würde diese im Januar 2019 entrichtete Courtage / Provision den Betreuungsaufwand des Versicherungsbrokers für das Jahr 2019 abdecken. Seine Aufwendungen, bzw. Betreuungsleistungen im Jahr 2018, mit denen der Kunde wohlgerne zufrieden gewesen sei und die dazu geführt hätten, dass er die Police stillschweigend, oder konkludent, habe verlängern lassen, würden bei dieser Argumentation der Vorinstanz gar nicht entschädigt werden. Diese Auffassung sei schlichtweg falsch und offensichtlich nicht haltbar (Urk. 69 S. 9 f. Rz 29).

Aufgrund des dargelegten Beispiels sei es klar, dass die Folgeprovisionen, die der klägerischen Kostenstelle im Zeitraum 1. Januar bis 31. Juli 2016 gutgeschrieben worden seien, Entschädigungen für bereits gegenüber den Kunden erbrachte Dienste im Jahr 2015 darstellten und nicht, wie von der Beklagten behauptet und von der Vorinstanz übernommen, die künftigen Betreuungsarbeiten im Jahr 2016 entschädigen sollten. Dem Kläger stünden die Courtagen / Provisionen, die im genannten Zeitraum zu Gunsten seiner Kostenstelle eingegangen seien (entsprechend Forderung 3), zu (Urk. 69 S. 10 Rz 30).

Da mit den Folgeprovisionen bereits erbrachte Arbeiten entschädigt würden, sei auch klar, dass die Taggeldleistungen unbesehen von diesen Provisionen zu Gunsten des Arbeitnehmers, bzw. des Klägers bestünden. Mit diesen Taggeldern würden künftige Provisionen für Neugeschäfte oder Vertragsverlängerungen, die

aufgrund des momentanen Arbeitsausfalles wegfallen könnten, abgedeckt (Urk. 69 S. 10 Rz 31).

2.2.8. Der Kläger verkennt im angeführten Beispiel, dass die Prämie für die Versicherung in der Regel im Voraus zu bezahlen ist und damit auch die Leistungen für die Betreuung bzw. Bestandespflege im Voraus honoriert werden. Entgegen der Ansicht des Klägers gibt es keinen Unterbruch in der Entschädigung des Brokers, sondern dieser wird beim Abschluss des Vertrages mit einer höheren Provision entschädigt und dann mit den Folgecourtagen, die basierend auf den Prämienzahlungen ausbezahlt werden. Bei diesen Folgegeschäften ist denn auch nicht mehr ein Vertragsschluss der Auslöser für eine Courtage, sondern die i.d.R. stillschweigende Verlängerung der Versicherung mit einer bestimmten Laufzeit.

2.2.9. Der Behauptung des Klägers steht denn auch die eigene Aussage während seiner Befragung entgegen. Anlässlich seiner Beweisaussage vom 22. Mai 2019 wurde er gefragt, ob der Kunde mit seiner Courtage aus Sicht des Klägers die Leistung bezahle, die er im vorangehenden oder im nachfolgenden Jahr erbracht habe oder erbringen werde. Der Kläger antwortete, dass der Kunde überhaupt nichts zahle. Die einvernehmende Richterin präziserte in der Folge ihre Frage: "Wann werden die Leistungen erbracht, die dazu führen, dass zum Beispiel im Jahr 2016 die Courtagen hereinkommen; im Jahr 2015 oder erst im Jahr 2016?". Der Kläger antwortete das Folgende: "Das ist für die Leistung der letzten zwölf Monate, aber gleichzeitig auch für die Zukunft. Das kann man anschauen, wie man will, aber es ist aus Sicht einer Gesellschaft nicht relevant" (Prot. I S. 25 f.).

2.2.10. Die Erwägungen der Vorinstanz erweisen sich damit als zutreffend und es ist davon auszugehen, dass mit der jeweiligen Entrichtung der Courtagen die zukünftigen Betreuungsleistungen des Klägers abgegolten wurden, weshalb auch keine Provisionen im Sinne des Gesetzes vorliegen (Urk. 70 S. 24).

2.3. Die Vorinstanz prüfte in der Folge, ob von der Gleichwertigkeit der Versicherungsleistung i.S.v. Art. 324a Abs. 4 OR ausgegangen werden kann und erwog, ob eine versicherungsrechtliche Abgeltung des Lohnfortzahlungsanspruchs gleichwertig sei, richte sich nach Dauer und Höhe des Versicherungsanspruchs

sowie nach der Beteiligung des Arbeitgebers an der Prämie. Die Gleichwertigkeit sei dabei nicht aus der Sicht des gesamten Betriebs, sondern aus derjenigen des einzelnen Arbeitnehmers zu beurteilen. Die vertragliche sei mit der gesetzlichen Regelung insgesamt zu vergleichen. Gestritten werden könne darüber, ob Gleichwertigkeit auch gegeben sein könne, wenn der Prämienanteil des Arbeitgebers unter 50% liege, die erbrachten Versicherungsleistungen indessen die gesetzlich vorgegebene Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers übersteigen würden (Urk. 70 S. 24 f. Ziff. 1.3.5.1.).

2.3.1. Diese und die weiteren rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu den zwei verschiedenen Berechnungsmethoden (Lohnausfallprinzip und Referenzperiodenprinzip) und insbesondere, dass das Lohnausfallprinzip vorrangig sei, sind zutreffend und blieben unangefochten, weshalb darauf verwiesen werden kann.

2.3.2. Die Vorinstanz erwog weiter, dass vorliegend mittels Courtagenabrechnungen für die Monate Januar bis Juli 2016 ermittelt werden könne, wie hoch das Einkommen des Klägers in diesem Zeitraum gewesen wäre, weshalb nach dem Lohnausfallprinzip vorgegangen werden könne (Urk. 70 S. 25 Ziff. 1.3.5.2.).

2.3.3. Bei der Prüfung, ob die von der Allianz-Versicherung entrichteten Taggelder als gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR qualifiziert werden könnten, stellte die Vorinstanz fest, dass die Krankentaggeldversicherung pro Monat Fr. 6'560.- auszahle und während den ersten 30 Tagen eine Karenzfrist bestehe, wobei im Dezember dem Kläger die übliche Akontozahlung ausbezahlt worden sei. In den Monaten Januar bis Juli 2016 hätten Courtageneinnahmen von Fr. 105'358.19 sowie solche in der Höhe von Fr. 6'745.48 aus dem Portfolio D.\_\_\_\_\_, mithin rund Fr. 112'103.67 resultiert. Da mit den Courtagen der Betreuungsaufwand des Versicherungsbrokers für die ganze Vertragsdauer entschädigt werde, wobei sich diese grossmehrheitlich auf ein Jahr belaufe, seien diese nicht bloss auf die sieben Monate, während welcher der Kläger hätte arbeitstätig sein können aufzuteilen, sondern auf die zwölf Monate der Vertragsdauer. Entsprechend resultiere ein monatlicher Ansatz von Fr. 9'342.- bzw. nach Abzug der AHV- und ALV Beiträge von 12.5% ein solcher von Fr. 8'174.20. Die Krankentaggeldversicherung decke somit während maximal 730 Tagen (Urk. 37/1) rund 70% der effektiv

erzielten Courtageneinnahmen ab. Sodann zeige sich auch bei konkreter Berechnung, dass der Kläger mittels Versicherungslösung besser gestellt sei, als bei Anwendung der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht. Der Kläger habe seine Arbeitsstelle bei der Beklagten am 1. November 2010 angetreten (vgl. Urk. 4/3). Entsprechend sei er zum Zeitpunkt seiner Arbeitsunfähigkeit ab dem 3. Dezember 2016 im 6. Dienstjahr gestanden. Gemäss der Zürcher Skala zur Lohnfortzahlung bei Krankheit bestehe im 6. Dienstjahr eine Lohnfortzahlungspflicht von 14 Wochen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324a N 20). Demzufolge wäre die Beklagte gemäss gesetzlicher Vorschrift zur monatlichen Lohnzahlung an den Kläger in Höhe von brutto Fr. 9'342.– während 14 Wochen verpflichtet gewesen. Bei durchschnittlich 4.33 Wochen pro Monat ergebe dies einen Gesamtbetrag von Fr. 30'205.–. Dem Kläger seien im Zeitraum seiner Arbeitsunfähigkeit vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Juli 2016 Taggelder in Höhe von Fr. 45'920.– entrichtet worden sowie im Dezember 2015 Akontozahlungen von Fr. 8'000.–. Die von den Parteien durch Abschluss einer Krankentaggeldversicherung vorgesehene Regelung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sei als mindestens gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR zu qualifizieren. Entsprechend bestehe kein Anspruch auf über die Krankentaggeldzahlung hinausgehende Lohnzahlung.

2.3.4. Die konkrete Berechnung und die sich daraus ergebende Feststellung der Vorinstanz sind zutreffend und wurden vom Kläger nicht beanstandet. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die von der Krankentaggeldversicherung geleisteten Zahlungen das Kriterium der Gleichwertigkeit im Sinne von Art. 324a OR erfüllen.

3. Forderung 1: Fr. 5'000.- netto für zurückbehaltene Versicherungsleistungen im Geschäftsjahr 2011

3.1. Der Kläger hält in seiner Berufung fest, das bereits Gesagte treffe auch auf die Forderung 1 zu, welche von der Vorinstanz mit Verweis auf ihre Ausführungen zur Forderung 3 abgewiesen worden sei (vgl. Urk. 70 Erw. 2.4.2.2., S. 34). Wie bereits ausgeführt, betreffe die Forderung 1 den Infrastrukturabzug, den die Beklagte auf Taggeldleistungen im Jahr 2011 vorgenommen habe. Aufgrund der gemachten Ausführungen sei klar, dass nebst dem Lohn, der aus den erwirtschaft-

teten Courtagen bezahlt werde, auch das Taggeld dem Kläger zustehe. Des Weiteren stellten die damaligen Taggeldleistungen keinen Umsatz dar, von dem die Beklagte berechtigt gewesen wäre, den Infrastrukturanteil abzuziehen. Hierfür bestehe keine rechtliche Grundlage. Der Kläger habe vor diesem Hintergrund einen klaren Anspruch auf Rückzahlung des zu Unrecht vorgenommenen Abzugs unter dem Titel Infrastrukturanteil. Die Begründung der Vorinstanz, dass die Forderung nicht gerechtfertigt sei, da einerseits eine Gleichwertigkeit bei der Taggeldversicherung vorliege und andererseits kein Anspruch auf Taggelder nebst Courtagen bestehen würde, sei, wie bereits dargelegt, das Resultat einer falschen Würdigung des Sachverhalts (Urk. 69 S. 10 f. Rz 32).

3.2. Ein berechtigter Einwand der Beklagten in der Berufungsantwort ist, dass der Kläger sich bei seinen Ausführungen nicht auf Unfalltaggelder beziehe und nur zu Krankentaggeldern schreibe (Urk. 78 S. 9 Rz 39). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Kläger den Unfall erlitt, bevor er bei der Beklagten eintrat. Er behauptet in diesem Zusammenhang auch nicht, dass er die Prämie der Unfallversicherung (H. \_\_\_\_\_), welche die entsprechenden Unfalltaggelder ausbezahlt hatte, selber habe bezahlen müssen. Dies ändert allerdings nichts an der Fragestellung.

3.3. Die Vorinstanz führte zur Forderung 1 aus, dass der Kläger bei seiner vorherigen Arbeitgeberin, der G. \_\_\_\_\_ Consulting AG, obligatorisch unfallversichert (Urk. 2 Rz 11) gewesen sei. Die H. \_\_\_\_\_-Versicherung habe der Beklagten infolge des bei der früheren Arbeitgeberin des Klägers eingetretenen Unfallereignisses für die Zeit vom 9. März 2011 bis zum 15. August 2011 Unfalltaggelder für die vollständige bzw. die teilweise Arbeitsunfähigkeit (Urk. 4/10) überwiesen. Die Beklagte bringe diesbezüglich vor, es sei zwar zutreffend, dass sie Fr. 11'434.- als Infrastrukturanteil des von der H. \_\_\_\_\_-Versicherung überwiesenen Betrages von Fr. 34'646.- zurückbehalten habe. Jedoch habe sie dem Kläger während seiner Arbeitsunfähigkeit weiterhin Lohn bezahlt. Insgesamt habe sie Fr. 37'064.90 bezahlt, welche sie verrechnungsweise aufgrund eines Irrtums betreffend ihrer Zahlungspflicht zurückfordere (Urk. 26 Rz 31 ff.). Der Kläger bestreite sodann nicht, diese Lohnzahlungen von der Beklagten erhalten zu haben (Urk. 36 Rz 143).

3.4. Die Ausführungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen (Urk. 70 S. 33 Ziff. 2.4.2.1.) sind zutreffend und wurden nicht bestritten, weshalb darauf verwiesen werden kann. Wie bereits bei der Forderung 3 dargelegt (vgl. vorstehend E. III. Ziff. 2.2.10.) ist die vorinstanzliche Feststellung, wonach mit den Courtagen die zukünftige Betreuungsleistung des Klägers abgegolten wurde, zutreffend. Es erübrigt sich, weiter auf die diesbezüglichen Ausführungen des Klägers einzugehen.

3.5. In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob die dem Kläger ausbezahlten Unfalltaggelder gleichwertig im Sinne von Art. 324b Abs. 1 OR sind. Sie erwog, dass die H.\_\_\_\_-Versicherung dem Kläger für die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit im Geschäftsjahr 2011 Taggelder im Umfang von Fr. 34'646.– bezahlt habe. Als versicherter Verdienst für die Bemessung der Taggelder gelte dabei im Sinne von Art. 15 Abs. 2 UVG der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn des Klägers bei der G.\_\_\_\_ Consulting AG in der Höhe von Fr. 120'000.– (Urk. 4/10). Gemäss vom Kläger unbestrittenem Standpunkt der Beklagten habe diese dem Kläger während der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit weiterhin Lohn im Umfang von Fr. 37'946.80 [recte Fr. 45'809.20] bezahlt (vgl. zur Berechnung E. IV. 4.2.1.). Grundlage der von der Beklagten aufgestellten Berechnung bilde dabei der Personalaufwand des Klägers gemäss seiner Kostenstelle des Geschäftsjahres 2011 (Urk. 4/11). Der Kläger mache nicht geltend, ihm sei während der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit zu wenig Lohn entrichtet worden oder Courtageneinnahmen entgangen bzw. die von der H.\_\_\_\_-Versicherung geleisteten Taggelder in der Höhe von Fr. 34'646.– hätten nicht vier Fünftel des massgeblichen Lohnes im Sinne von Art. 324b Abs. 1 OR entsprochen. Diesbezüglich wäre der Kläger behauptungs- und beweisbelastet gewesen. Seinen Anspruch stütze der Kläger vielmehr auf die pauschale Geltendmachung eines gleichzeitigen Anspruchs auf Versicherungsleistungen und Courtagen. Wie in Erwägung 1.3.4.3. festgestellt, habe der Kläger nicht Anspruch auf Lohnfortzahlung und Courtagen. Der Kläger habe dennoch für die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit Taggelder in der Höhe von Fr. 23'212.– auf der Kostenstelle gutgeschrieben sowie Lohnzahlungen in der Höhe von Fr. 37'946.80 [recte Fr. 45'809.20] ausbezahlt, insgesamt rund Fr. 61'158.90 [recte Fr. 69'021.20] erhalten. Dies übersteige 80% des massgeblichen Lohnes im Sin-



ne von Art. 324b Abs. 1 OR. Entsprechend sei festzuhalten, dass die Beklagte zwar zu Unrecht Fr. 11'434.- als Infrastrukturanteil zurückbehalten habe, indessen der Kläger durch Bezahlung von Lohn in Höhe von Fr. 37'946.80 [recte Fr. 45'809.20] durch die Beklagte nicht weniger erhalten habe als ihm zustehen würde. Die Forderung sei demzufolge abzuweisen (Urk. 70 S. 33 Ziff. 2.3.2.2.).

3.6. Diese Ausführungen und die konkreten Berechnungen der Vorinstanz wurden vom Kläger nicht bestritten. Sie sind zutreffend, weshalb es bei der vorinstanzlichen Feststellung bleibt. Damit kann auch offen bleiben, wie es sich mit der Verjährungseinrede der Beklagten (Urk. 78 S. 10 ff.) verhält.

4. Forderung 2: Fr. 6'000.- brutto gemäss Saldo Kostenstelle Kläger per 31. Dezember 2015

4.1. Die Beklagte anerkennt, dass die Kostenstelle des Klägers per 31. Dezember 2015 einen positiven Saldo von Fr. 12'425.68 aufgewiesen hat, erklärt jedoch bezüglich des geltend gemachten Betrags von Fr. 6'000.- die Verrechnung mit einer Forderung von Fr. 32'442.80 für dem Kläger irrtümlich zu viel bezahlten Lohn im Geschäftsjahr 2011.

4.2. Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur ungerechtfertigten Bereicherung und insbesondere zum Irrtum (Urk. 70 S. 36 Ziff. 4.3.) sind zutreffend und wurden von der Beklagten nicht angefochten, weshalb darauf verwiesen werden kann.

4.3. Die Vorinstanz erwog, dass der Bereicherungskläger, vorliegend die Beklagte, die Beweislast für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen, aus denen er Rechte ableite, trage. Insbesondere habe er zu beweisen, dass er das Bestehen der Verbindlichkeit irrtümlich angenommen habe. Demgemäss trage die Beklagte die Beweislast dafür, dass sie dem Kläger während der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit im Geschäftsjahr 2011 trotz Ausrichtung von Unfalltaggeldern im Umfang von 67% versehentlich weiterhin Lohn bezahlt habe. Die Vorinstanz auflegte der Beklagten diesbezüglich den Hauptbeweis und der Kläger wurde zum Gegenbeweis zugelassen (Beweissatz 1, Urk. 59 S. 2). Der Kläger und E.\_\_\_\_\_

wurden zur Beweisaussage zugelassen und F. \_\_\_\_\_ als Zeuge befragt (Prot. I S. 20-44).

4.4. Die Vorinstanz kam im Rahmen ihrer Würdigung zum Schluss, dass F. \_\_\_\_\_, der im massgeblichen Moment für die Buchhaltung der Beklagten zuständig gewesen sei, sich nicht mehr genau an die Abmachungen habe erinnern können. Er habe nicht ausgeführt, sich betreffend der doppelten Zahlung in einem Irrtum befunden zu haben. Vielmehr habe er bestätigt, dass die doppelte Zahlung in der Erfolgsrechnung betreffend die Kostenstelle des Klägers für das Geschäftsjahr 2011 ersichtlich gewesen sei. Damit gelinge es der Beklagten nicht, zu beweisen, dass die Courtagen neben der Gutschrift der Unfalltaggelder irrtümlich ausbezahlt worden seien. Selbst wenn indessen davon auszugehen wäre, dass sich die Beklagte bei der Bezahlung von Lohn an den Kläger in einem Irrtum befunden hätte, sei ihr die Sorgfaltspflichtverletzung entgegenzuhalten, welche einer Rückforderung des geltend gemachten Anspruches ebenfalls entgegenstehe. E. \_\_\_\_\_ habe anlässlich des Beweisverfahrens ausgesagt, dass ihm das Versehen aufgefallen sei, als er mit dem vorliegenden Verfahren konfrontiert worden sei und die Abrechnungen im Detail studiert habe. Der Zeuge F. \_\_\_\_\_ habe sodann auf Vorhalt der Erfolgsrechnung betreffend die Kostenstelle des Klägers für das Geschäftsjahr 2011 (Urk. 4/11) erklärt, dass auf dieser ersichtlich sei, dass dem Kläger sowohl Taggelder als auch Lohn bezahlt worden sei. Bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte die Beklagte entsprechend die Doppelzahlung erkennen können oder müssen. Da die Beklagte zusammenfassend keinem Irrtum unterlegen sei und sie sich überdies die Sorgfaltspflichtverletzung entgegenzuhalten habe, sei ein Rückforderungsanspruch der Beklagten für die vermeintlich versehentlich geleisteten Lohnzahlungen an den Kläger im Geschäftsjahr 2011 zu verneinen und die Verrechnungsforderung entsprechend abzuweisen (Urk. 70 S. 39 f. Ziff. 4.4.).

4.4.1. Die Beklagte macht in ihrer Anschlussberufung geltend, dass aus den Einvernahmen der Herren F. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ nicht abgeleitet werden könne, dass die doppelte Zahlung irrtumsfrei, also wissentlich und willentlich, ausgelöst worden sei (Urk. 78 S. 29 Rz 157). Beide, E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_, seien der Meinung gewesen, dass einem Arbeitnehmer nicht Unfalltaggelder und Lohn zustünden.

E.\_\_\_\_\_ habe ausgesagt, dass ihm nicht bewusst gewesen sei, dass dem Kläger im Jahr 2011 Provisionen und Taggelder gutgeschrieben worden seien. E.\_\_\_\_\_ habe gesagt, es liege in der Natur der Sache, "dass sich Taggelder und Lohnzahlungen beissen" (Urk. 79 S. 29 Rz 158). F.\_\_\_\_\_ habe ausgesagt, er habe im Jahr 2011 die Buchhaltung der Beklagten geführt. Zu den Gutschriften 2011 habe die Vorinstanz unter Vorhalt von Urk. 4/11 gefragt, ob daraus erkennbar sei, dass dem Kläger im Jahr 2011 sowohl Fr. 23'212.- von Taggeldern wie auch Fr. 93'600.- an Courtagen gutgeschrieben worden seien. Herr F.\_\_\_\_\_ habe lediglich geantwortet: "Ja, das würde das belegen". Die Vorinstanz habe die Aussage von F.\_\_\_\_\_ so gewürdigt, dass sich daraus nicht ergebe, dass die Beklagte die Zahlung irrtümlich geleistet habe. Es lasse sich daraus aber nur ableiten, dass die Beklagte alles korrekt verbucht habe. F.\_\_\_\_\_ habe sich zum Irrtum nicht geäußert. Er habe auch nicht ausgesagt, dass die Auszahlung schon richtig gewesen sei. Da der Kläger keinen Anspruch auf Unfalltaggelder und Lohn habe, die Beklagte aber trotzdem beides ausbezahlt habe, habe ein offensichtlicher Irrtum vorgelegen. So seien auch die Aussagen von E.\_\_\_\_\_ zu verstehen, der bestätigt habe, dass sich "Taggelder und Lohnzahlungen beissen". Wenn die Vorinstanz also zum Ergebnis komme, ein Irrtum habe nicht vorgelegen, stelle sie den Sachverhalt unrichtig fest. Das stelle einen Berufungsgrund nach Art. 310 lit. b ZPO dar (Urk. 78 S. 30 Rz 159-161).

Die Beklagte rügt mit Blick auf die von der Vorinstanz festgehaltene Sorgfaltspflichtverletzung, dass nach Art. 63 Abs. 1 OR der Entreicherte das Geleistete zurückfordern könne, wenn er einen Irrtum über die Schuldpflicht nachzuweisen vermöge. Ein Irrtum nach Art. 63 OR liege selbst dann vor, wenn der Leistende einen Irrtum hätte erkennen können. Klarer noch das Bundesgericht, das entschieden habe, "dass der Irrtum, aus dem eine Nichtschuld bezahlt werde, nicht entschuldbar zu sein brauche; vielmehr berechtigt jede Art, Rechtsirrtum oder Tatirrtum, entschuldbarer oder unentschuldbarer Irrtum, zur Rückforderung" (BGE 129 III 646 E. 3.2.). Nach dieser Rechtsprechung komme es auf die angebliche Sorgfaltspflichtverletzung nicht an. Wenn die Vorinstanz aber verlange, dass die Beklagte den Irrtum sorgfältigerweise hätte erkennen müssen, verletze sie Bun-

desrecht und setze damit den Berufungsgrund der unrichtigen Rechtsanwendung nach Art. 310 lit. a ZPO (Urk. 78 S. 30 f. Rz 162-165).

4.4.2. Der Kläger hält in der Anschlussberufungsantwort fest, dass die Vorinstanz den Sachverhalt und die Aussagen von F.\_\_\_\_\_ korrekt gewürdigt habe. Grundsätzlich sei es an der Beklagten zu beweisen, dass sie sich damals, als dem Kläger der Lohn und ein Teil des Taggeldes ausbezahlt worden sei, in einem Irrtum befunden habe. Diesen Beweis habe sie bislang nicht erbringen können. Es sei erneut daran zu erinnern, dass F.\_\_\_\_\_ damals Präsident des Verwaltungsrates (mit Einzelunterschrift) gewesen sei. Des Weiteren habe die Zuständigkeit für Lohnzahlungen und die Buchhaltung der Beklagten bei ihm gelegen. Er hätte sich damals bezüglich Lohnzahlung und Taggeldzahlung in einem Irrtum befinden müssen. Dass sich die Beklagte, bzw. F.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt stellten, dass sich "Taggelder und Lohnzahlungen im vorliegenden Verfahren beissen würden" sei auch nicht weiter erstaunlich, da die Beklagte andernfalls ja den Forderungen des Klägers nachkommen müsste (Urk. 80 S. 4 Rz 12). In diesem Zusammenhang wäre zu erwarten gewesen, dass der damals zuständige Verwaltungsratspräsident F.\_\_\_\_\_ bei seiner Befragung vor der Vorinstanz ausgeführt hätte, dass er sich damals bezüglich der Zahlung geirrt hätte und dass die Zahlung versehentlich an den Kläger gegangen sei. Dies habe er jedoch mit keinem Wort getan (Urk. 80 S. 5 Rz 13).

4.4.3. Der als Zeuge befragte F.\_\_\_\_\_ konnte sich erinnern, um welchen Zeitraum es gegangen ist, denn er führte betreffend Beweissatz 1 [Der Beklagten wird der Hauptbeweis auferlegt, dass sie sich bezüglich der Ausrichtung des Lohnes an den Kläger vom 9. März 2011 bis zum 20. Juni 2011 sowie vom 21. Juni 2011 bis zum 15. August 2011 geirrt hat bzw. die entsprechenden Lohnzahlungen an den Kläger irrtümlicherweise geleistet hat.] aus, dass das kurz nach dem Eintritt des Klägers bei der Beklagten gewesen sei (Prot. I S. 39). Auf Vorhalt, dass in dieser Zeit der Kostenstelle des Klägers Provisionen sowie Taggelder der Unfallversicherung abzüglich 33% gutgeschrieben worden seien und ob ihm bewusst gewesen sei, dass der Kostenstelle des Klägers sowohl die Courtagen wie auch Taggelder der Unfallversicherung gutgeschrieben worden seien, sagte der Zeuge

F.\_\_\_\_\_: "Das liegt zu weit zurück, um mich genau an den Inhalt der Vereinbarung erinnern zu können. Was die Leistung der Taggelder betrifft, war die Beklagte ja nicht involviert, sondern dies war eine Sache zwischen dem Kläger und der H.\_\_\_\_ Versicherung. Der Kläger musste damals den Auftrag geben, wohin und unter welchen Voraussetzungen diese Taggelder überwiesen wurden". Auf die Frage, ob er im Jahr 2011 für die Auszahlung der Courtagen und der Taggelder zuständig gewesen sei, sagte der Zeuge F.\_\_\_\_: "Ja. Ich habe damals die Buchhaltung der Beklagten geführt." (Prot. I. S. 39). Auf Vorhalt der Erfolgsrechnung der Kostenstelle des Klägers für die Periode 01.01.2011-31.12.2011 (Urk. 4/11) und auf die Frage, ob aus dieser Abrechnung erkennbar sei, dass dem Kläger im Jahr 2011 sowohl Fr. 23'212.- an Taggeldern wie auch Fr. 93'600.- an Courtagen gutgeschrieben worden seien, sagte der Zeuge: "Ja, das würde das belegen." (Prot. I S. 40).

4.4.4. Der Zeuge F.\_\_\_\_, der im damaligen Zeitpunkt in der Geschäftsleitung der Beklagten und zudem für die Buchhaltung zuständig war, hat sich anlässlich seiner Befragung nicht einmal andeutungsweise dazu geäußert, dass die Saläre und Zulagen beim Kläger falsch oder irrtümlich verbucht worden sind. Selbst wenn sich der Zeuge F.\_\_\_\_ nicht zum Irrtum geäußert haben sollte, wie die Beklagte dartut, so ist seinen Aussagen auch nicht zu entnehmen, dass sich die Beklagte bei der Auszahlung des Lohnes in einem Irrtum befunden hätte. Damit ist ihr der von der Vorinstanz auferlegte Beweis nicht gelungen und erweist sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz als zutreffend, weshalb nicht weiter auf die diesbezüglichen Darlegungen der Beklagten einzugehen ist.

4.5. Die Beklagte macht weiter eine Verrechnungsforderung gegenüber dem Kläger von Fr. 10'290.27 aus behaupteter falscher Abrechnung des Portfolios D.\_\_\_\_ geltend (Urk. 36 Rz 164 ff.).

4.5.1. Die Vorinstanz auferlegte dem Kläger den Hauptbeweis für die Behauptung, dass für die Provisionen für das Portfolio D.\_\_\_\_ für die ersten 3 Jahre d.h. bis Ende 2014 ein Ansatz von 40% für den Kläger und danach die normalen Ansätze vereinbart waren (Beweissatz 3, Urk. 59 S. 3 f.). Der Kläger und E.\_\_\_\_ wurden zur Beweisaussage zugelassen und F.\_\_\_\_ als Zeuge befragt (Prot. I S.

20-44). Die Vorinstanz fasste die relevanten Aussagen der Befragten zusammen (Urk. 70 S. 41 ff. Ziff. 5.3.) und kam im Rahmen ihrer Würdigung zum Schluss, dass sich aus den Aussagen von F.\_\_\_\_\_ klar ergebe, dass er sich betreffend die Auszahlung der üblichen Ansätze nicht in einem Irrtum befunden habe. E.\_\_\_\_\_ habe ausgeführt, davon erst im Rahmen der Vorbereitung des Verfahrens Kenntnis erhalten zu haben und verweise betreffend die Abrechnung auf F.\_\_\_\_\_. Damit sei keine irrtümliche Zahlung der üblichen Ansätze bewiesen. Vielmehr liege im Zusammenspiel mit der E-Mail vom 23. August 2010 an den Kläger (Urk. 27/20) eine gewollte konkludente Vertragsänderung zu Gunsten des Klägers seit dem 1. Januar 2014 vor. Die Verrechnungsforderung der Beklagten sei in diesem Punkt entsprechend abzuweisen (Urk. 70 S. 44 f.).

4.5.2. Die Beklagte rügt diese Ausführungen der Vorinstanz. Sie macht im Rahmen ihrer Anschlussberufung geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem sie diesbezüglich auf die Aussage von F.\_\_\_\_\_ abgestellt habe, obwohl dieser selber darauf hingewiesen habe, dass das Ganze weit zurückliege und in der Tat eine Befristung auf 3 Jahre vor Abschluss der schriftlichen Vereinbarung abgemacht gewesen sei. Dem stehe die schriftliche Vereinbarung entgegen, die keine Befristung auf 3 Jahre vorsehe und die Aussage des Klägers selbst, der keine anderslautende Verabredung behauptete, sondern sich lediglich auf Branchenüblichkeit berufe (Urk. 78 S. 31 f. Rz 170).

4.5.3. Mit E-Mail vom 23. August 2010 teilte F.\_\_\_\_\_ dem Kläger das Folgende mit: "Es ist geplant, Dir einen Teil des bisherigen Portefeuille von D.\_\_\_\_\_ zur Betreuung zu übergeben. Aus diesem Portefeuille wird von uns während einer Übergangszeit noch eine Courtage an D.\_\_\_\_\_ erbracht (damit er die Kunden für uns bei der Stange hält). An Dich würden 40% der Courtagen gutgeschrieben. Neu- und Anschlussgeschäfte aus dem bestehenden Bestand werden als Neugeschäfte bewertet und vollumfänglich zu Deinen Gunsten gutgeschrieben. Aus diesem Portefeuille sollten somit ca. CHF 20'-25'000 zusätzliche Courtagen resultieren" (Urk. 27/20).

4.5.4. In seiner Befragung als Zeuge wurde F.\_\_\_\_\_ gefragt, was betreffend der Courtagen für das Portfolio D.\_\_\_\_\_ vereinbart worden sei. Er antwortete wie

folgt: " D.\_\_\_\_\_ brachte beim Eintritt bei der Beklagten seine eigene Firma ein. Anstatt ihm seine Firma abzukaufen hat die Beklagte mit ihm vereinbart, dass ihm bei einem Austritt oder Pensionierung sein Portfolio zum Zeitpunkt des Austritts oder der Pensionierung durch eine jährliche Entschädigung während einer gewissen Zeitdauer abgekauft werden würde. Das waren ungefähr 30% des Portfolios, die ihm über drei Jahre entschädigt wurden. Der Rest des Portfolios ging in die Betreuung des Klägers über und dafür hat der Kläger dann einen Teil der Courtagen gutgeschrieben erhalten" (Prot. I S. 43). Auf Vorhalt von Ziffer 4 der Partnerschaftsvereinbarung, wonach die Firma dem Kläger einen Teil am Portefeuille des ausgetretenen Partners D.\_\_\_\_\_ zu Betreuung übergibt und von den aus dem Bestand resultierenden Courtageeinnahmen 40% der Kostenstelle A.\_\_\_\_\_ gutgeschrieben werden (Urk. 4/4 S. 2) und auf die Frage, ob er wisse, weshalb dem Kläger nicht immer die vereinbarten 40% der Courtagen und ab dem Jahr 2014 dann die normalen Ansätze gutgeschrieben worden seien, sagte der Zeuge, dass der Kläger das Portfolio D.\_\_\_\_\_ im Jahr 2011 übernommen habe. Nachdem dieses nach drei Jahren aus Sicht der Beklagten abgegolten gewesen sei, habe man es wieder wie ein normales Portfolio behandelt (Prot. I S. 43 f.).

4.5.5. Die E-Mail vom 23. August 2010 wurde im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien von F.\_\_\_\_\_ an den Kläger geschrieben. Daraus und auch aus den Aussagen des Zeugen F.\_\_\_\_\_ geht hervor, dass für die Beklagte klar war, dass der anfängliche Abrechnungsmodus beim Portfolio D.\_\_\_\_\_ nur für eine Übergangszeit gewählt wurde. Aufgrund der Abmachungen mit dem ausgetretenen D.\_\_\_\_\_, war das Portfolio nach drei Jahren diesem gegenüber abgegolten. Dies hatte auch einen Einfluss auf den Abrechnungsmodus gegenüber dem Kläger, welcher Teile aus dem Portfolio D.\_\_\_\_\_ zur Betreuung übernommen hatte, was logisch und schlüssig ist. Angesichts dessen, dass die Parteien nach drei Jahren den Abrechnungsmodus wechselten, wie im Vorfeld angedacht und der Branchenüblichkeit entsprechend, ist mit der Vorinstanz von einer konkludenten Vertragsänderung auszugehen, weshalb die diesbezügliche Verrechnungsforderung der Beklagten abzuweisen ist.

## 5. Fazit

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen sind sowohl die Berufung des Klägers als auch die Anschlussberufung der Beklagten, soweit auf diese eingetreten werden kann, abzuweisen.

### **IV.**

Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Die Vorinstanz erwog unter Hinweis auf die zahlreichen Verrechnungsforderungen der Beklagten, dass diese damit massgeblich zur Komplexität und zum Umfang des Verfahrens beigetragen hätten, weshalb es angemessen erscheine, keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Diese Feststellungen wurden nicht beanstandet und erscheinen angemessen, weshalb es damit sein Bewenden hat. Die Ausgangslage im Berufungsverfahren mit der Anschlussberufung der Beklagten präsentiert sich analog, weshalb auch für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Horgen vom 22. Mai 2019 wird bestätigt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,



1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. Dezember 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:  
sd