

Urteil vom 12. September 2017

ZK1 2016 36

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,
Kantonsrichter Walter Christen, Hannelore Räber,
Pius Schuler und Jörg Meister,
Gerichtsschreiberin lic. iur. Cornelia Spörri-Kessler.

In Sachen **A.**_____,
Klägerin und Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

C._____,
Beklagter und Berufungsgegner,
vertreten durch Rechtsanwalt D._____,

betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag
(Berufung gegen das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 22.
August 2016, ZEO 2014 13);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Am 27. Februar 2007 stellte der „E. _____“ bzw. der Beklagte, als Inhaber des Einzelunternehmens (vgl. Vi-KB 3), die Klägerin rückwirkend per 1. Januar 2007 zu einem 80 %-Pensum als Verkaufsleiterin für Anzeigen und Abonnements für die Fachzeitschrift F. _____ ein. Nebst anfallenden Spesen – für die Büromiete Fr. 400.00 pro Monat – wurde ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 6'600.00 zuzüglich 13. Monatslohn festgesetzt (Vi-KB 10 = Vi-BB 9), welcher sich im Jahr 2008 auf Fr. 7'400.00 und ab 1. Januar 2009 auf Fr. 8'000.00 erhöhte (Vi-KB 16, 70 und 77). Am 23./30. April 2013 verkaufte der Verlag bzw. der Beklagte die Zeitschrift „F. _____“ der G. _____ (Vi-KB 24 = Vi-BB 11). Am 22. Juni 2013 kündigte er der Klägerin das Arbeitsverhältnis fristlos (Vi-KB 33).

B. Am 24. Februar 2014 beantragte die Klägerin beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe was folgt (Vi-act. A/I):

1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR den Betrag von **CHF 24'000.00** an Schadenersatz zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 23.06.2013.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR sowie Art. 336b OR den Betrag von **CHF 24'000.00** an Entschädigung zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 23.06.2013.
3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von **CHF 8'000.00** aus vereinbarter Gewinnbeteiligung für das Jahr 2012 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 23.06.2013.
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von **CHF 13'119.00** aus ausstehenden Löhnen und Spesen zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 27.06.2013.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF x.-, **mindestens** aber **CHF 10'000.00** aus vereinbarter Gewinnbeteiligung für das Jahr 2013 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 23.06.2013.

6. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 44.45% des kumulierten Reingewinns des E._____ für den Zeitraum 1.10.2005 bis und mit 30. Juni 2013, mindestens aber **CHF 66'675.00**, eventualiter wieviel, zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 23.06.2013.
7. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ein **qualifiziertes Arbeitszeugnis** mit folgendem Wortlaut auszustellen: „(...)“.“
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Mit Klageantwort vom 30. April 2014 verlangte der Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Ziffern 1-6. Ziffer 7 sei mit welchen Modifikationen gutzuheissen, im Übrigen abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (Vi-act. A/II).

Die Vergleichsgespräche vom 3. September 2014 endeten ergebnislos. Für den Fall einer fehlenden künftigen Einigung verzichteten die Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung (Vi-act. D1).

Replicando hielt die Klägerin am 17. Dezember 2014 an ihren Anträgen fest, forderte aber mit Rechtsbegehren Ziffer 4 neu Fr. 13'453.10 und stellte im Rechtsbegehren Ziffer 6 zusätzlich den Eventualantrag, die zwischen den Parteien bestehende einfache Gesellschaft sei rückwirkend per 30. Juni 2013 aufzulösen und der Gewinn anteilmässig zu verteilen (Vi-act. A/III).

Mit Duplik vom 20. April 2015 beehrte der Beklagte die Abweisung der Forderungsklage und verwies im Übrigen auf die bisherigen Anträge, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (Vi-act. A/IV).

Am 11. März 2016 wurden die Parteien im Rahmen der Beweisaussage befragt und H._____ als Zeuge einvernommen (Vi-act. D2-D4).

Am 13. bzw. 27. Juni 2016 nahmen die Parteien zum Beweisergebnis Stellung (Vi-act. D7 und D8). Eine weitere (unaufgeforderte) Eingabe der Klägerin datiert vom 6. Juli 2016 (Vi-act. D9).

C. Mit Urteil vom 22. August 2016 erkannte der Einzelrichter was folgt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin brutto Fr. 17'830.00 nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 27. Juni 2013 sowie netto Fr. 3'623.10 nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 27. Juni 2013 zu bezahlen.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beklagte die Klage im Umfang des eingeklagten Arbeitszeugnisses anerkennt und sich verpflichtet, der Klägerin ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut auszustellen: „(...)“

Im Umfang der Klageanerkennung wird die Klage als gegenstandslos beschrieben.

3. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
4. Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.00, werden zu vier Fünfteln der Klägerin (Fr. 8'000.00) und zu einem Fünftel dem Beklagten (Fr. 2'000.00) auferlegt. Die von der Klägerin geschuldeten Gerichtskosten werden von ihrem Kostenvorschuss von Fr. 8'000.00 bezogen. Der Beklagte hat der Gerichtskasse Fr. 2'000.00 zu bezahlen.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Prozessschädigung von Fr. 9'000.00 zu bezahlen.
6. [Rechtsmittel]
7. [Zufertigung]

D. Dagegen erhob die Klägerin am 22. September 2016 fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Es seien die Dispositiv-Ziffer 3, 4 und 5 aufzuheben und
 - 1.1 die Beklagte in Gutheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR den Betrag von **CHF 24'000.00** an Schadenersatz zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 23.06.2013;

- 1.2 die Beklagte in Gutheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 337c OR sowie Art. 336a OR den Betrag von **CHF 24'000.00** an Entschädigung zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 23.06.2013;
 - 1.3 die Beklagte in Gutheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin 44.45% des kumulierten Reingewinns des E._____ für den Zeitraum 1.10.2005 bis und mit 30.06.2013, **mindestens** aber **CHF 66'675.00**, eventualiter wieviel, zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% seit 23.06.2013.
2. *Eventualiter* seien die Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 5 aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung zurückzuweisen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten sowohl im Verfahren vor Vorinstanz als auch im Verfahren vor Berufungsinstanz.

Mit Berufungsantwort vom 24. Oktober 2016 ersuchte der Beklagte um Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (KG-act. 7).

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 5. November 2016 hielt die Klägerin an ihren Anträgen fest (KG-act. 9).

Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Die vorliegende arbeitsrechtliche Streitigkeit ist aufgrund ihres Streitwerts von mehr als Fr. 30'000.00 im ordentlichen Verfahren – ohne Anwendung der verstärkten Fragepflicht und der sozialen Untersuchungsmaxime – zu beurteilen (vgl. Art. 243 und 247 ZPO).

2. Die Klägerin macht vorab verfahrensbezogene Rügen geltend.

a) Sie lässt vortragen, es sei in Verletzung von Art. 154 ZPO auf den Erlass einer Beweisverfügung verzichtet worden, weshalb sie nicht ordnungsgemäss Stellung zum Beweisergebnis habe nehmen können und wodurch auch ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei.

Unter der Geltung der bisherigen kantonalen Zivilprozessordnung bezeichnete das Gericht nach Abschluss des Hauptverfahrens die noch zu erhebenden Beweise und traf die für die Abnahme nötigen Anordnungen (§ 117 aZPO). § 117 aZPO gebot nach konstanter Praxis des Kantonsgerichtes nicht die Eröffnung eines formellen Beweisbeschlusses, sondern beinhaltete nur die Pflicht des Richters, nach Abschluss des Hauptverfahrens, in welchem die Parteien ihre Beweisanträge zu stellen haben (§ 102/103 aZPO), zu prüfen, über welche streitige Tatsachen noch Beweis zu erheben ist. Ebenso wenig verlangt das neue Recht in jedem Einzelfall zwingend den Erlass einer Beweisverfügung (Art. 154 ZPO; KG SZ, Urteil ZK1 2015 51 vom 13. September 2016; KG SZ, Beschluss ZK1 2015 38 und 41 sowie ZK2 2015 39 vom 15. Dezember 2015 E. 3.d; KG SZ, Urteil ZK1 2011 16 vom 14. Februar 2012 E. 2e/cc; KG SZ, Urteil ZK1 2011 26 vom 30. August 2011 E. 2a mit Hinweisen). Die Parteien verzichteten vorliegend auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Vi-act. D1). Über die am 11. März 2016 stattfindenden Befragungen und damit über die zugelassenen Beweismittel wurden sie durch die Vorladungen vom 25. Januar 2016 informiert (Vi-act. E31-E33) und konnten anlässlich dieser Ergänzungsfragen stellen (Vi-act. D2-D4) sowie zu den Beweisabnahmen nachträglich Stellung nehmen (Vi-act. D6-D8). Unter diesen Umständen besteht im vorliegenden Fall kein Grund (vgl. auch Guyan, Basler Kommentar, 2. A. 2013, N 13 zu Art. 154 ZPO), das Fehlen einer (schriftlichen) Beweisverfügung zu beanstanden, zumal sich das Gesetz über die Form ausschweigt (Passadelis, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2010, N 10 zu Art. 154 ZPO) und vielmehr

von einer Mehrzahl von jederzeit abänder- und ergänzbaren Beweisverfügungen spricht. Das Argument der Klägerin, es sei für sie nicht ersichtlich gewesen, ob noch weitere Beweiserhebungen folgen würden, greift damit ins Leere. Wie sie vorbringt, fehlte es sodann mangels Erlass einer Beweisverfügung zwar an einer Bestimmung, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Indessen macht die Klägerin nicht geltend, inwieweit ihr aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfügung ein erheblicher Nachteil entstand und ob insbesondere ihr grundrechtlicher Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt wurde (vgl. auch CAN Nr. 1/2017, S. 24). Sie substantiiert nicht näher, inwieweit die fehlende Beweisverfügung ein Hindernis für eine ordnungsgemässe Stellungnahme zum Beweisergebnis bildete. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus der klägerischen Eingabe vom 5. November 2016 (KG-act. 9), zumal die Klägerin nicht ins Blaue hinaus, sondern zu den konkreten abgenommenen Beweisen Stellung nehmen musste bzw. konnte. Weiter betreffen die dortigen Vorbringen die Frage, ob und aus welchen Gründen ein Beweis abzunehmen ist. Selbst eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgrund nicht abgenommener Beweise würde keine Verletzung von Art. 154 ZPO darstellen. Im Übrigen sind die aufgeführten Hinweise auf konkrete Rügen in der Berufungsschrift über nicht berücksichtigte Beweisofferten verspätet und kann es nicht Aufgabe des Gerichts sein, die Berufungsschrift nach allfälligen Rügen zu durchsuchen, welche einen erheblichen Nachteil oder eine Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör begründen könnten, um so einen (verfahrensrechtlichen) Grund für die Aufhebung des angefochtenen Urteils zu finden. Zu beachten ist schliesslich, dass auch in der gegenüber der kantonalen Rechtsprechung (so auch Basel [vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A. 2013, § 18 N 146]) grundsätzlich förmlich strengeren Lehre dafür gehalten wird, dass namentlich aus verfahrensökonomischen Gründen ausnahmsweise auf eine (schriftliche) Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO verzichtet werden kann (vgl. Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, N 34 ff. zu Art. 154 ZPO; Meier, Schweizerisches Zivil-

prozessrecht, 2010, S. 312 f.; Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. A. 2014, N 3a zu Art. 154 ZPO; Brönnimann, Berner Kommentar, 2012, N 5 ff. zu Art. 154 ZPO).

b) Die Klägerin verlangt weiter die Zulassung ihres Protokollberichtigungsbegehrens.

Die Protokolle der Parteibefragungen sowie der Zeugeneinvernahme wurden der Klägerin am 4. April 2016 zugestellt (Vi-act. D6). Das Protokollberichtigungsbegehren stellte sie im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 27. Juni 2016 und damit mehr als zweieinhalb Monate später (Vi-act. D8). Gemäss Lehre müssen Berichtigungsbegehren unverzüglich nach Kenntnismahme des vermeintlichen Fehlers gestellt werden (vgl. Pahud: in Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N 24 zu Art. 235 ZPO; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Leuenberger/Hasenböhler, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 18 zu Art. 235 ZPO; Nägeli, in: Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O., N 14 zu Art. 235 ZPO; Killias, Berner Kommentar, a.a.O., N 19 zu Art. 235 ZPO; vgl. auch BGer, Urteil 4A_160/2013 vom 21. August 2013 E 3.4). Ob das Begehren aufgrund der offenen Frist – mit Zustellung der Protokolle am 4. April 2016 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis angesetzt (Vi-act. D7) – als rechtzeitig einzustufen wäre, kann an dieser Stelle offen gelassen werden (vgl. hierzu Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 47 zu Art. 317 ZPO). So hielt der Vorderrichter fest, dass die Aussagen der Klägerin im Zusammenhang mit den weiteren Aussagen und Urkunden in der Beweiswürdigung ohnehin in dem Sinne gewürdigt würden, wie dies zu berichtigen gewünscht sei (vgl. angef. Urteil E. 3b, S. 12 f. mit Verweis auf E. 7e/gg und hh, S. 38), wozu sich die Klägerin nicht äussert bzw. welche Erwägung sie nicht in Abrede stellt. Die Forderung der Klägerin über Fr. 8'000.00 aus vereinbarter Gewinnbeteiligung für das Jahr 2012 wurde vom Vorderrichter denn auch gutgeheissen (vgl. angef. Urteil E. 7e/kk, S. 39), was im Berufungsver-

fahren unbeanstandet blieb. Eine Rückweisung des Prozesses an den Vorderrichter erübrigt sich in diesem Punkt damit von vornherein. Zudem sind die Ausführungen tatsächlicher Natur (dem wesentlichen Inhalt nach) zu protokollieren und macht die Klägerin nicht geltend, sie habe die im Rahmen der Beantwortung der ersten bzw. achten Frage (vgl. Vi-act. D2, S. 1 und 3) zusätzlich ausgeführt, es handle sich bei dem von ihr am 13. Juni 2013 erhaltenen Brief um jenen des Beklagten vom 11. Juni 2013 (Vi-BB 12) bzw. es seien für die Jahre 2011 und 2012 je Fr. 20'000.00 vereinbart gewesen; vielmehr dürfte es sich um eine nachträgliche ergänzende Erklärung handeln (vgl. Vi-act. D8, Ziffer A/5., S. 5).

c) Schliesslich beanstandet die Klägerin in prozessualer Hinsicht, dass der Vorderrichter das Editionsbegehren über den vollständigen E-Mailverkehr vom 28. August 2013 als unzulässig eingestuft habe. Die Editionsbegehren seien als sogenannte Beweiseinwendungen in den Prozess eingebracht worden und daher nicht nach Art. 229 ZPO zu beurteilen. Selbst wenn dem so wäre, seien die Editionsbegehren rechtzeitig gestellt worden.

aa) Einerseits ist nicht ersichtlich, inwieweit es sich bei den Vorbringen um Beweiseinwendungen handeln soll, da weder die Frage der Tauglichkeit eines Beweismittels noch die Zulässigkeit der Beweisführung im Raum steht. Ausserdem schliesst weder die (vermeintlich oder wirklich) fehlende Glaubwürdigkeit einer Person noch ein eigenes Interesse dieser deren Zeugnisfähigkeit aus. Mit diesen Fragen hat sich das Gericht bei der Beweiswürdigung auseinanderzusetzen (Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N 12 zu Art. 169 ZPO; Weibel/Walz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 6 zu Art. 169 ZPO). Andererseits berechtigen Beweiseinwendungen nicht, dass mit ihnen ungeachtet des Vorliegens der Novenvoraussetzungen neue Beweisanträge gestellt werden, da es sich bei Letzteren nicht um prozessuale Vorbringen handelt.

bb) Wie die Klägerin selber ausführte, wurde ihr BB 27 sodann als KB [recte BB] 26 – durch welchen Beleg sie erst Kenntnis von der entsprechenden E-Mail-Korrespondenz erhalten haben will – mit der Klageduplik am 22. April 2015 zugestellt (vgl. Vi-act. E27). Erhält eine Partei nach dem zweiten Schriftenwechsel (oder der Instruktionsverhandlung) Kenntnis von Noven, müssen sie ohne Verzug bzw. unverzüglich nach deren Entdeckung, das heisst in der Regel innert zehn Tagen, mit einer Noveneingabe vorgebracht werden. Das Gleiche gilt, wenn die beklagte Partei mit der Duplik Noven vorgetragen hat, die der klagenden Partei Anlass geben, ihrerseits Noven vorzutragen (Leuenberger, a.a.O., N 22 f. zu Art. 225 ZPO und N 10 zu Art. 229 ZPO). Selbst wenn zwischen dem 22. April 2015 und dem 27. Juni 2016 (Datum der Stellungnahme der Klägerin zum Beweisergebnis [Vi-act D8]) lediglich am 11. März 2016 die bereits erwähnten Befragungen stattfanden, hätte die Klägerin das Editionsbegehren mithin früher einreichen müssen. Das klägerische Argument, die Dokumente hätten erst anlässlich der Zeugenbefragung eine Bedeutung für den Prozess erhalten, da der Zeuge H. _____ unter anderem behauptet habe, es habe keine weitere Korrespondenz gegeben, vermag daran nichts zu ändern, da der Klägerin – wie sie selber vorbringt – bereits mit Erhalt von Vi-BB 27 klar war, dass es sich beim Mailverkehr um die „Seite 1 von 3“ handelt. Zudem führte der Zeuge in seiner Antwort zur Frage 36 lediglich aus, *er denke wirklich nicht*, dass es noch weitere E-Mails gegeben habe, und dass es für ihn abgeschlossen gewesen sei (Vi-act. D4, S. 6). Er bezog sich überdies offensichtlich auf die Zeit nach dem 28. August 2013. Kommt hinzu, dass Zeugen Wahrnehmungs-, Verarbeitungs- und Erinnerungsstörungen unterliegen (Leu, a.a.O., N 41 zu Art. 157 ZPO). Die Klägerin selber erwähnte in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2016, dass die Erinnerung an länger zurückliegende Ereignisse naturgemäss verschwimme (Vi-act. D8, S. 7). Es erscheint daher konstruiert, wenn die Klägerin vorbringen lässt, die Dokumente hätten erst anlässlich der Zeugenbefragung eine Bedeutung für den Prozess erhalten. Auf jeden Fall hätte die Klägerin früher um Edition ersuchen müssen, um allfällige weitere Korrespondenzen nachzuweisen. Wenn sie dies

nachträglich über die Prüfung der Glaubhaftigkeit nachzuholen versucht, ist dies nicht zu schützen. Das klägerische Argument, die Stellungnahme zum Beweisergebnis habe den ersten Zeitpunkt dargestellt, in welchem sie sich nochmals habe äussern können, greift damit ins Leere.

3. Die Klägerin macht Ansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung geltend. Vorab ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nach Art. 337 Abs. 1 OR gegeben sind.

a) Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR). Das Gericht beurteilt nach freiem Ermessen, ob wichtige Gründe vorliegen (Art. 337 Abs. 3 OR). Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt, welche objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A. 2012, N 2 zu Art. 337 OR; Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, 3. A. 1996, N 3 zu Art. 337 OR; BGE 130 III E. 3.1, S. 220 f.; BGE 142 III 579 E. 4.2, S. 579; BGer, Urteil 4A_169/2016 vom 12. September 2016 E. 4). Zudem müssen sie tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 130 III E. 3.1, S. 221; BGE 142 III 579 E. 4.2, S. 579). Wiegt die Verfehlung hingegen weniger schwer, kann sie nur dann eine fristlose Kündigung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt erfolgte (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6. A. 2015, N 3 zu Art. 337 OR mit Hinweis auf BGE 127 III 313; BGE 142 III 579 E. 4.2, S. 579). Aus der Verwarnung muss erkennbar sein, welche Verhaltensweisen nicht

toleriert werden und wie sich der Arbeitnehmer in Zukunft verhalten soll. Dabei ist die ausdrückliche Androhung der fristlosen Kündigung im Wiederholungsfall klarheitshalber empfehlenswert (Emmel, in: Huguenin/ Müller-Chen, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N 5 zu Art. 337 OR). Zu berücksichtigen ist weiter auch die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Je kürzer diese Dauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Entlassung zu berechtigen (BGer, Urteil 4A_625/2016 vom 9. März 2017 E. 3.2). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen die erforderliche Schwere erreichen, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR; Portmann/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 337 OR; BGer, Urteil 4A_496/2008 vom 22. Dezember 2008 E. 3; BGE 142 III 579 E. 4.2, S. 579). Die Beweislast für Tatsachen, aus welchen die Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung abgeleitet wird, obliegt der Partei, welche die Kündigung erklärte (BGer, Urteil 4A_169/2016 vom 12. September 2016 E. 4). Ist dieser Beweis nicht erbracht, ist die ausserordentliche Kündigung ungerechtfertigt (Staehein/Vischer, a.a.O., N 42 zu Art. 337 OR).

b) Es ist unbestrittenermassen von einem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen, gestützt auf welches die Klägerin im Sinne von Art. 321d weisungsgebunden und gemäss Art. 321b Abs. 2 OR zur sofortigen Herausgabe dessen, was sie in Ausübung ihrer vertraglichen Tätigkeit hervorbrachte, verpflichtet war. Die Klägerin hält dem Vorderrichter zunächst eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor, indem dieser ausführe, dass ihr angeblich bewusst gewesen sein sollte, dass die Frist zur Herausgabe der Versandadressen lediglich bis zum 14. Juni 2013 gesetzt gewesen sei und es sich beim 14. Juli 2013 um einen Schreibfehler gehandelt habe.

aa) Mit Schreiben vom 11. Juni 2013 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass der E._____ ab dem 1. Juli 2013 von der G._____ übernommen werde, und forderte sie gleichzeitig auf, ihm die Versandadressen bis am „Freitag, 14. Juli“ zu mailen. Ein Ignorieren des Schreibens bzw. eine Weitergabe der Versandadressen an Dritte erschwere die vernünftige Auflösung des Arbeitsverhältnisses, komme einer Weiterbeschäftigung bei der G._____ nicht entgegen und zwingt ihn dazu, rechtliche Schritte einzuleiten (Vi-KB 25).

bb) Aus dem alleinigen Umstand, dass der Verlag bzw. die Zeitschrift per 1. Juli 2013 verkauft wurde, musste die Klägerin nicht zwingend schliessen, dass es sich bei dem im Schreiben des Beklagten vom 11. Juni 2013 erwähnten Datum („Freitag, 14. Juli“) um einen Verschreiber handelt. Ebenso wenig kann von ihr verlangt oder erwartet werden, das angegebene Datum auf dessen Übereinstimmung zum Wochentag zu überprüfen bzw. einen allfälligen Fehler diesbezüglich sogleich zu erkennen, nur weil der kurz bevorstehende 14. Juni 2013 ein Freitag war. Dabei hätte der Fehler auch beim angegebenen Wochentag liegen können. In ihrer E-Mail vom 14. Juni 2013 an I._____ und J._____ hielt die Klägerin unter anderem Folgendes fest: *„Er [der Beklagte] will die Adressen bis am **14. Juli** (steht so in seinem Brief), obwohl er weiss, dass ich ab 1. Juli in den Ferien bin.“* (Vi-KB 29 = Vi-BB 14). Wie sie selber vorbrachte, nahm sie hinsichtlich des Datums damit einzig Bezug auf ihre Ferien. Weiteres lässt sich aus der Formulierung nicht ableiten. In diesem Punkt kann der Argumentation des Vorderrichters somit nicht gefolgt werden. Auch in ihrer E-Mail vom 18. Juni 2013 hielt die Klägerin dem Beklagten vor, er habe ihr mit Schreiben vom 11. Juni 2013 Zeit bis zum 14. Juli gegeben (Vi-BB 16). An der Beweisaussage gab die Klägerin zu Protokoll, der Beklagte habe ihr geschrieben, dass sie die Sachen nun früher herauszugeben habe. *„Es sei ja klar, dass es sich um ein falsches Datum handle.“* (Vi-act. D2 Frage 4). Mit Berufung lässt sie geltend machen, sie habe sich hier auf das Schreiben der Rechtsschutzversicherung bezogen. Auf jeden Fall ergibt sich aus den Akten nicht, dass der Beklagte die Klägerin vor deren Kenntnisnahme des

zweiten Schreibens vom 17. Juni 2013 über einen allfälligen Verschreiber aufgeklärt hätte; ebenso wenig wird dies vom Beklagten behauptet. Auf Vorhalt des besagten Schreibens führte die Klägerin anlässlich der Beweisaussage Folgendes aus: *„Ich kenne dieses Schreiben. Aufgrund des ersten Schreibens sagte ich, dass das Datum gar nicht möglich sei, wenn er auf den 1. Juli verkauft habe. Die Unterlagen habe ich dann auch am 25. oder 26. Juni übergeben. Es ist speziell, dass eine Frist angesetzt wird und dann gesagt wird, dass es klar sei, das man etwas anderes gemeint habe.“* (Vi-act. D2 Frage 26, S. 7). Welches Datum die Klägerin als „unmöglich“ erachtete – den 20. Juni 2013 oder den 14. Juli 2013 –, lässt sich ihren Ausführungen nicht klar entnehmen. Der Vorderrichter sah in der Aussage eine Bestätigung für das klägerische Bewusstsein über den Verschreiber. Zu ihrer konkreten Aussage äussert sich die Klägerin im Berufungsverfahren nicht näher. Jedenfalls musste sie nicht ohne weiteres auf einen Verschreiber schliessen. Dabei ist auch das Schreiben der Rechtsschutzversicherung vom 19. Juni 2013, in welchem festgehalten wurde, dass dem Arbeitgeber (in diesem Zusammenhang) ein klares Weisungsrecht zustehe, *„weshalb er auch die Fristen (vom 14. Juli 2013 auf den 20. Juni 2013) jederzeit frei anpassen“* dürfe (Vi-KB 30), zu beachten. Es wurde explizit von einer Fristanpassung und damit einer bewussten Verkürzung gesprochen. Insgesamt kann der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen, dass sie – zumindest bis zum Erhalt des zweiten Schreibens bzw. der dort angesetzten Frist (vgl. nachfolgende Ausführungen) – die verlangten Adressen nicht herausgegeben hatte. Daran vermag nach dem Gesagten nichts zu ändern, dass ihr bewusst war, wie wichtig dem Beklagten bzw. der Käuferin eine baldige bzw. umgehende Erfüllung der Pflicht war (vgl. insb. Vi-KB 29 = Vi-BB 14). Immerhin sandte die Klägerin dem Beklagten am 13. Juni 2013 den Adresssatz von 309 Adressen, *welchen der Beklagte beigesteuert habe* (Vi-KB 28 und 53; vgl. auch Vi-act. A/III Ziff. 9.7, S. 32).

c) aa) Mit Schreiben vom 17. Juni 2013 forderte der Beklagte die Klägerin „letztmals“ auf, die Versandadressen umgehend herauszugeben, der

G._____ umgehend den Ordner mit den eingebuchten Aufträgen für das 2. Halbjahr 2013 zuzustellen, ihm die Rechnungen der Juni-Ausgabe inklusive der Umsatzstatistik zu schicken, bei K._____ die INDesign-Daten der Ausgabe Juni 2013 anzufordern und an ihn weiterzuleiten sowie die kompletten Rechnungen der Juni-Ausgabe umgehend zu verschicken. Er sehe sich gezwungen, sie für die daraus folgenden Schäden haftbar zu machen, falls diese Arbeiten nicht bis am Donnerstag, 20. Juni, erledigt würden. Ebenso ziehe er dann eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Betracht (Vi-KB 26). Mit Schreiben der Rechtsschutzversicherung des Beklagten vom 19. Juni 2013 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass sie wiederholt aufgefordert worden sei, dem Beklagten diverse Geschäftsunterlagen herauszugeben und dass dieser nun ganz dringend auf den Ordner mit den eingebuchten Aufträgen für das 2. Halbjahr 2013 angewiesen sei, um einen erheblichen Schaden abwenden zu können. Die Klägerin wurde darauf hingewiesen, dass sie verpflichtet sei, die Unterlagen umgehend herauszugeben. Sollte sie sich dieser Anordnung widersetzen, werde der Beklagte gezwungen sein, ihr wie angedroht fristlos zu kündigen. Die Dokumente müssten bis spätestens 21. Juni 2013 an diesen gelangen. Die Klägerin wurde aufgefordert, die Dokumente sofort per Express zu schicken mit der Anmerkung, dass die Kosten vom Beklagten rückvergütet würden (Vi-KB 30).

bb) Hinsichtlich der Versandadressen hatte die Klägerin nach dem Gesagten bis zum zweiten Schreiben des Beklagten vom 17. Juni 2013 ihre Herausgabepflicht noch nicht verletzt und stellte dieses eine Fristverkürzung dar. Kommt hinzu, dass die G._____ gemäss den Aussagen des Beklagten diesbezüglich über einen ähnlichen Datensatz verfügte und der Beklagte sich schriftlich garantieren liess, ein fehlendes Eintreffen würde der Adressen nicht schaden, so dass die Herausgabe selbiger für den Verkauf der Zeitschrift nicht von entscheidender Bedeutung war (vgl. Vi-act. D3 Fragen 2 und 38, S. 2 und 9). Mit Schreiben vom 17. Juni 2013 wurde die Klägerin sodann erstmals angehalten, dem Beklagten bzw. der G._____ (Ordner mit den eingebuchten

Aufträgen für das zweite Halbjahr 2013) die weiteren aufgeführten Unterlagen – nebst den Versandadressen – zukommen zu lassen. Am 18. Juni 2013 telefonierten die Parteien offenbar miteinander. In ihrem E-Mail vom 18. Juni 2013, in welchem die Klägerin Bezug auf das gleichentags geführte Telefongespräche nimmt, teilte sie dem Beklagten mit, dass sie ihm die geforderten Unterlagen aushändigen werde, sobald er ihr gekündigt, einen Vorschlag betreffend Abfindung gemacht sowie weiteres geregelt habe und ihr Anwalt dies eingesehen habe. Gleichzeitig hielt sie fest, dass die Rechnungen versandt und die Unterlagen ihm (dem Beklagten) zugestellt worden seien (Vi-BB 16). Unbestritten ist, dass die Klägerin insbesondere den Ordner mit den eingebuchten Aufträgen für das 2. Halbjahr 2013 noch nicht herausgegeben hatte. Im Schreiben vom 19. Juni 2013 – einem Tag vor Ablauf der gesetzten Frist – wurde die Klägerin ein zweites Mal zur Herausgabe desselbigen aufgefordert, da der Beklagte dringend auf diesen angewiesen sei. Ungeachtet der Frage, auf welche Unterlagen sich die Aufforderung bezog, kann darin lediglich eine Verlängerung der angesetzten Herausgabefrist um einen Tag – vom 20. auf den 21. Juni 2013 – gesehen werden. Gemäss der von der Klägerin eingereichten Notiz mit dem Betreff „20.6.13, 10.30 Tel. mit OF“ hatte sie am 20. Juni 2013 Kenntnis vom Schreiben der Rechtsschutzversicherung (Vi-KB 31). Noch am selben Tag machte sie dem Beklagten per E-Mail, gestützt auf das vorangehende Telefongespräch und gemäss den dortigen Ausführungen unter Beilage der einverlangten Umsatzstatistik, einen Vorschlag über die finanzielle Regelung (vgl. Vi-KB 32). Der Beklagte bestritt und bestreitet, mit der Klägerin am 20. Juni 2013 telefoniert bzw. den Rückgabetermin zurückgenommen zu haben. Die klägerische Behauptung, sie hätten sich geeinigt, die Angelegenheit möglichst unter vier Augen zu erledigen, und der Beklagte habe sie aufgefordert, ihm einen Vorschlag zu übermitteln, blieb unbelegt (Vi-act. A/II Ziff. III/3e, S. 29; KG-act. 7 Ziff. III/5., S. 14). Es ist damit nicht von einer fristgerechten Herausgabe sämtlicher Unterlagen auszugehen, zumal ein Retentionsrecht zu verneinen ist. Weder der Ordner mit den eingebuchten Aufträgen noch die weiteren Unterlagen weisen einen Vermögenswert auf. Wenn auch

den eingebuchten Aufträgen ein Vertragsverhältnis zugrunde steht und im besagten Ordner die entsprechenden vertraglichen Unterlagen gesammelt sind, ist dieser dennoch nicht verwertbar. Ein Wertpapier ist jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann (Art. 965 OR). Den Unterlagen kommt entgegen den Vorbringen der Klägerin weder ein solcher Charakter noch Verkehrsfähigkeit zu. Sodann sind die tatsächlichen Vorbringen der Klägerin zu den Besitzesverhältnissen im Wesentlichen neu und nicht zu hören (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Es kann auf die vorderrichterlichen Ausführungen verwiesen werden (angef. Urteil E. 6d/gg und hh, S. 24 ff.; § 45 Abs. 5 JG).

d) In Anbetracht dessen, dass der Beklagte das Unternehmen bereits im April 2013 verkauft hatte, erscheint die gesetzte Frist bis 20. bzw. 21. Juni 2013 zur Herausgabe der Unterlagen als sehr kurz. Seine Behauptung, er habe die Klägerin bereits anfangs Mai 2013 über den Verkauf informiert (vgl. Vi-act. A/II. Ziff. III/3a und c, S. 28), blieb unbelegt. Er gab denn auch anlässlich der Beweisaussage an, dass er die Klägerin schriftlich über den Verkauf informiert habe. Die späte Information begründete er sinngemäss mit dem Abwarten der Herausgabe einer „Doppelnummer“, da in diesem Zeitpunkt eine Zeitreserve bestünde. Er befürchtete offensichtlich die fehlende Mitwirkung der Klägerin bei der nächsten Auflage, welche für die Herausgabe der Zeitschrift seinen Ausführungen nach unabdingbar war (Vi-act. D3 Frage 33 ff., S. 8 f.). Selbst wenn die Klägerin Vermutungen bezüglich eines Verkaufes anstellte, ging sie selbst nach Ansicht des Beklagten davon aus, dass der Beklagte dies nicht tun würde (vgl. Vi-act. D3 Frage 37, S. 9). Nichtsdestotrotz macht die Klägerin nicht geltend, es sei ihr nicht möglich gewesen, die Unterlagen dem Beklagten in diesem kurzen Zeitraum zukommen zu lassen. Vielmehr nutzte sie die Retention als Druckmittel (vgl. Vi-act. D2 Fragen 31 f.). Bereits mit E-Mail vom 13. Juni 2013 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie werde alles Nötige veranlassen, damit er in den Besitz der gewünschten Un-

terlagen gelange, sobald ihr ein vernünftiger und akzeptabler Vorschlag betreffend Lösung der Angelegenheit schriftlich vorliege (Vi-KB 28). Wenn sich die Klägerin für den Fall des ausbleibenden Entgegenkommens des Beklagten auch ausdrücklich gegen eine Herausgabe stellte, ist dennoch zu beachten, dass sie bis zur fristlosen Kündigung zwar mittels dreier Schreiben zur Herausgabe der Unterlagen aufgefordert wurde, gemäss den obigen Ausführungen aber keine dreimalige Weigerung hierzu vorliegt. Gleichwohl setzte der Beklagte ihr keine weitere Frist an oder strengte direkt ein Editionsverfahren an, obwohl die G. _____ ihn mit Schreiben vom 21. Juni 2013, welches der Beklagte gleichentags in Empfang nahm, um Zustellung noch fehlender, aus ihrer Sicht extrem wichtiger Unterlagen *bis 10. Juli 2013* ersuchte (Vi-BB 20). Kommt hinzu, dass der Beklagte die Klägerin lediglich gut einen halben Monat vor dem Verkauf über diesen informierte, ohne weitere Erklärungen anzubringen oder die Klägerin über den weiteren Verlauf ihres Arbeitsverhältnisses und die Folgen aufzuklären. In Anbetracht der Gesamtumstände ist ihr Verhalten zwar nicht gerechtfertigt, aber nicht gänzlich unverständlich. Insgesamt kann die verweigerte Herausgabe der Unterlagen nicht als eine derart schwere Verfehlung der Klägerin eingestuft werden, die objektiv zu einer für die fristlose Kündigung ausreichenden Zerstörung bzw. Erschütterung der Vertrauensgrundlage geeignet ist.

e) Selbst die fehlende Berechtigung zur Verweigerung der Herausgabe der Unterlagen bedeutet sodann noch nicht ohne weiteres, dass die wegen dieser Weigerung ausgesprochene fristlose Kündigung begründet war. Es stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitsvertrag beruht auf der Voraussetzung gegenseitigen Vertrauens. Die für eine fristlose Kündigung angerufenen Tatsachen müssen geeignet sein, dieses Vertrauen so zu zerstören, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur ordentlichen Beendigung des fristlos Kündigenden nicht mehr zumutbar ist (ZR 85/1986 Nr. 29, S. 65).

Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass der Beklagte die Zeitschrift verkaufen wollte bzw. verkaufte, weil er sich eine Zusammenarbeit mit ihr nicht mehr vorstellen konnte bzw. den persönlichen Umgang mit ihr als absolut untragbar empfand. Er trat mit der G. _____ nach dem Gespräch mit der Klägerin vom 4. Januar 2013 in Kontakt (vgl. insb. Vi-act. D3 Fragen 25, 29 und 32, S. 7 f.). Die fehlende Herausgabe konnte damit tatsächlich nicht (mehr) zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben, was gerade Voraussetzung für eine fristlose Kündigung ist (vgl. BGer, Urteil 4C.67/2003 vom 5. Mai 2003 E. 3.2). Eine weitere Zusammenarbeit der Parteien im bisherigen Verhältnis wäre ausserdem nur noch bis Ende Juni 2013 möglich gewesen, da der Zeitpunkt der Übernahme auf den 1. Juli 2013 festgesetzt wurde (vgl. Vi-KB 24). Die Zusammenarbeit nach der fristlosen Kündigung vom 22. Juni 2013, welche der Klägerin offenbar am 24. Juni 2013 zuging (vgl. Vi-KB 34), hätte damit gerade noch eine Woche bzw. fünf Werktage gedauert, wobei keine weitere gemeinsame Zeitschriftenausgabe geplant war bzw. diese durch die Käuferin erfolgen sollte. Gemäss den erstinstanzlichen Ausführungen des Beklagten wäre der Klägerin vertragskonform gekündigt und sie wohl bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt worden, wenn sie sich „vertragskonform“ verhalten hätte. Im Juni 2013 hätte sie unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist per 30. September 2013 entlassen werden können, soweit sich die Käuferin des Unternehmens nicht doch noch hätte entschliessen können, die Klägerin zu übernehmen (vgl. Vi-act. A/II Ziff. III/3p und t, S. 32 und 34; Vi-act, A/IV Ziff. IV/33, S. 26). In Anbetracht dessen ist nicht zu erkennen, inwieweit die verweigernde Haltung der Klägerin deren Einsatzmöglichkeiten für den Beklagten eingeschränkt hätte. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien konnte mithin nicht in einem derartigen Ausmass zerstört werden, dass die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre (vgl. auch BGer, Urteil 4C.95/2004 vom 28. Juni 2004 E. 3.1).

f) Nach dem Gesagten erfolgte die fristlose Kündigung ungerechtfertigt.

4. Die Klägerin erachtet die ausgesprochene Kündigung nicht nur als ungerechtfertigt, sondern vor allem auch als missbräuchlich.

a) Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, der Beklagte habe Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, Lohn, Pauschalspesen, Gewinnanteilsansprüche sowie aus dessen Sicht insbesondere auch eine Beteiligung der Klägerin am Reingewinn, vereiteln wollen. Wie sie im Nachhinein erfahren habe, habe er in jedem Fall beabsichtigt, sie per 30. Juni 2013 zu entlassen. Er habe die Herausgabe in treuwidriger Weise bzw. im Wissen, dass sie sich aufgrund der verzwickten Situation wahrscheinlich hierzu weigern werde, absichtlich erst in einem möglichst späten Zeitpunkt geltend gemacht. Er habe ihr die Möglichkeit genommen, sich rechtzeitig nach einer Stelle umzusehen, und krass gegen seine Sorgfaltspflicht gemäss Art. 328 OR verstossen. Ausserdem habe er ein falsches verstecktes Spiel gespielt, welches Treu und Glauben krass widerspreche, indem er ihr wider besseres Wissen eine Weiterbeschäftigung bei der Käuferin in Aussicht gestellt und hinsichtlich der Vertragsbeendigung und einer möglichen Weiteranstellung vollständig intransparent gewesen sei. Am 20. Juni 2013 habe er telefonisch Verhandlungsbereitschaft signalisiert und eine Stellungnahme gewünscht, nur um bereits zwei Tage später die fristlose Kündigung auszusprechen. Zudem habe er ihr gegenüber trotz geführter Verkaufsverhandlungen seit Januar 2013 Verkaufsabsichten stets verneint. Aufgrund der Konstellation (zwei beinahe gleichberechtigte Partner) habe der Beklagte sodann über ein eingeschränktes Weisungsrecht verfügt, weshalb er seine Rechte möglichst schonend hätte anwenden und einen reibungslosen Übergang gewährleisten müssen.

b) Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist unter anderem missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausschliesslich deshalb ausspricht, um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR). Darunter fallen vor allem besondere Vergütungen, deren Zahlung an den Bestand des Arbeitsverhältnisses in einem

bestimmten Zeitpunkt geknüpft ist, wie Abgangsentschädigungen, Dienstalterprämien oder Gratifikationen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 336 OR). Die Aufzählung in Art. 336 OR ist nicht abschliessend bzw. in der Praxis sind auch andere Tatbestände als missbräuchliche Kündigungen anerkannt worden. Sie müssen aber einen vergleichbaren Umfang aufweisen, wie die in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten Fälle. Der Missbrauch einer Kündigung kann sich entsprechend dem aus Art. 2 ZGB fliessenden Gebot der schonenden Rechtsausübung nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei den Vertrag rechtmässig kündigt, darf sie insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (vgl. BGE 131 III 535 E. 4.2 = Pra 95/2006 Nr. 44; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 336 OR).

c) Da die Entstehung des vereitelten Anspruchs unmittelbar bevorstehen muss (Portmann/Rudolph, a.a.O., N 12 zu Art. 336 OR), fällt die angebliche Vereitelung einer Beteiligung am Reingewinn in Anbetracht dessen, dass die Klägerin erst im Jahre 2016 das Pensionsalter erreichte oder aber ungeachtet des Zeitpunkts der Auflösung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf den Reingewinn hatte – wie die Klägerin annimmt –, von Vorneherein ausser Betracht. Inwieweit der Beklagte durch die ausgesprochene Kündigung Gewinnbeteiligungsansprüche für die Jahre 2012 und 2013 hätte vereiteln können, wird in diesem Zusammenhang nicht näher begründet und ist nicht ersichtlich. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Kündigung zwecks Einsparung der laufenden Lohnkosten zwar nicht missbräuchlich ist, da der Arbeitgeber auch der entsprechenden Arbeitsleistungen verlustig geht (Stahelin/Vischer, a.a.O., N 23 zu Art. 336 OR), vorliegend der Klägerin im Falle einer ordentlichen Kündigung indessen für weitere drei Monate ohne entsprechende Gegenleistung ein Lohn hätte ausgerichtet werden müssen. In seiner Berufungsantwort hält der Beklagte fest, dass mit Bezug auf frühere Unstimmigkeiten weder eine ordentliche noch eine ausserordentliche Kündigung je zur Diskus-

sion gestanden hätten; kündigungsrelevant sei lediglich die Tatsache der Nichtrückgabe der Unterlagen. Da der Beklagte den Verkauf der Zeitschrift mit dem Verhalten der Klägerin bzw. damit begründete, dass der persönliche Umgang mit der Klägerin für ihn absolut untragbar geworden sei (vgl. Vi-act. D3 Frage 25, S. 7, und Frage 29, S. 8), stünde aber zumindest eine ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, welche noch auszusprechen gewesen wäre, hiermit in Verbindung. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin war für den Beklagten aufgrund des Verkaufs der Zeitschrift beschlossene Sache.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Klägerin bewusst erst nach der Ausfertigung der Juniausgabe über den Verkauf der Zeitschrift informierte, weil er offenbar befürchtete, dass sie an der Herausgabe dieser nicht (mehr) mitgewirkt hätte, wenn sie vom Verkauf gewusst hätte (vgl. Vi-act. D3 Fragen 33 ff., S. 8 f.). Davor verneinte er gegenüber der Klägerin stets (wahrheitswidrig) von dieser befürchtete Verkaufsabsichten. Auch mit der (fristlosen) Kündigung wartete er bis zum 22. Juni 2013 zu, obwohl die Übergabe der Zeitschrift per 1. Juli 2013 erfolgte und er im Kaufvertrag mit der G. _____ vereinbart hatte, die fristgerechte Kündigung der anderen Mitarbeiter „selber rechtswirksam zu organisieren und durchzuführen“ (Vi-KB 24). Die Anwendung von Art. 333 OR bzw. die Zulässigkeit einer solchen Kündigung ist an dieser Stelle nicht zu prüfen, wobei der Beklagte nicht geltend macht, dass entgegen der vertraglichen Vereinbarung die Käuferin der Klägerin die ordentliche Kündigung ausgesprochen hätte.

Zu beachten ist weiter, dass der Beklagte gemäss Kaufvertrag zur Übergabe der Vertriebsadressen und Anzeigenkundendateien an die Käuferin nur verpflichtet war, soweit und sobald sie ihm von der Klägerin vorliegen würden (vgl. Vi-KB 24, S. 2). Ausserdem hatte er sich von der Käuferin zusichern lassen, dass ein fehlendes Eintreffen der Adressen für den Verkauf nicht entscheidend war (vgl. vorn E. 3c/bb). Gemäss seinen eigenen Aussagen seien

sie denn auch zumindest auf die Adressen der Klägerin nicht „scharf“ gewesen (vgl. Vi-act, D3 Frage 2, S. 2, und Frage 38, S. 9). Bezüglich des Ordners mit den eingebuchten Aufträgen weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass der Beklagte diesen – trotz dessen angeblich enormer Wichtigkeit und obwohl er sich bereits am 11. Juni 2013 an sie gewandt sowie im Übrigen bereits im April 2013 den Verkaufsvertrag unterzeichnet hatte – erstmals mit Schreiben vom 17. Juni 2013 herausforderte. Überdies wartete der Beklagte, wie erwähnt, mit der Mitteilung des Verkaufs an die Klägerin lange zu und verschuldete damit die angebliche zeitliche Dringlichkeit selber.

Vor dem Hintergrund, dass der Beklagte gemäss Verkaufsvertrag keinen zeitlich fixierten Termin zur Übergabe der Unterlagen hatte, wirkt nicht nur eine Fristansetzung für die Übergabe der Unterlagen per 14. Juli 2013 – entgegen der Ansicht des Vorderrichters – als plausibel. Darüber hinaus erscheinen auch die späteren sehr kurzen Fristansetzungen und –verkürzungen, während welchen die Klägerin gemäss ihren nicht unglaubwürdigen Sachdarstellung versuchte, eine einvernehmliche Auflösung des langjährigen Arbeitsverhältnisses herbeizuführen (vgl. Vi-KB 28, 31 und 34), geradezu als gesucht, um eine fristlose Entlassung zu provozieren und damit die Ansprüche der Klägerin aus dem Arbeitsvertrag zu vereiteln, zumal der Beklagte bereits seit Anfang 2013 glaubte zu wissen, dass die Klägerin die Unterlagen allenfalls nicht herausgeben würde bzw. er lange auf die Unterlagen warten könne (vgl. Vi-act. D3 Frage 25, S. 7, und Frage 37, S. 9). Ungeachtet dessen, ob die Parteien am 20. Juni 2013 miteinander telefonierten (vgl. hierzu vorn E. 3c/bb), reagierte der Beklagte gemäss Aktenlage auch auf deren gleichentags per E-Mail geschickten Vorschlag über die finanzielle Regelung nicht (vgl. Vi-KB 32). Ebenso wenig informierte er die Klägerin über die geplanten Folgen der Vertragsbeendigung, sondern teilte ihr im Schreiben vom 11. Juni 2013 unter anderem mit, ein Ignorieren des Schreibens komme einer eventuellen Weiterbeschäftigung bei der G. _____ nicht entgegen (Vi-KB 25), obwohl er mit dieser davor vereinbart hatte, dass – nebst ihm – keine anderen Mitarbeiter

übernommen würden (Vi-KB 24). Mit der fristlosen Kündigung verfolgte der Beklagte lediglich eigene Interessen (vgl. BGer, Urteil 4C.110/2005 vom 6. Juli 2005 E. 4.3 = BGE 131 III 535 = Pra 95/2006 Nr. 44). Dabei trieb er mit der Klägerin ein falsches Spiel, mit welchem er in krasser Weise gegen Treu und Glauben versties. Dass die Klägerin ihrer Herausgabepflicht nicht rechtzeitig vollumfänglich nachkam, erscheint demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Hierbei ist auch von Relevanz, dass bei den Parteien nicht von einem üblichen Untergeordnetenverhältnis ausgegangen werden kann, da die Klägerin in strategischen und finanziellen Angelegenheiten offenbar zumindest angehört wurde und der Beklagte für die Herausgabe der Zeitschrift auf die Mitwirkung der Klägerin angewiesen war (vgl. z.B. Vi-KB 5, 51; Vi-act. D3 Frage 15, S. 5, und Frage 35, S. 9). Im operativen Bereich erledigte sie die Sache gemäss den Aussagen des Beklagten tadellos (Vi-act. D3 Frage 63, S. 15); sie sei lange Zeit eine verlässliche, gut gelittene Mitarbeiterin mit Branchenkenntnissen gewesen (Vi-act. A/II Ziff. C/I.4b und e, S. 7 ff.). Umso mehr wäre zu erwarten gewesen, dass der Beklagte bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit offenen Karten gespielt hätte, zumal die Klägerin – welche drei Jahre später pensioniert wurde – die Zeitschrift mit ihm zusammen ins Leben gerufen hatte.

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht kein Anhörungsrecht vor der Kündigung vor (BGer, Urteil 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.4) und ein Verstoss gegen Art. 333a OR (vgl. Portmann/Rudolph, a.a.O., N 15 zu Art. 333a OR; Pietruszak, in: Honsell, Obligationenrecht, Kurzkomentar, 2014, N 10 zu Art. 333a OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 333a OR; Milani, a.a.O., N 5 zu Art. 333a OR; ZR 2001 Nr. 79 = JAR 2002, S. 233) sowie auch eine Entlassung eines Arbeitnehmers ohne jedes Gespräch mit diesem oder nur eine Woche, nachdem ihm zugesichert wurde, ihn nicht zu entlassen (vgl. BGE 131 III 535 E. 4.2 = Pra 95/2006 Nr. 44; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 336 OR), führen nicht ohne weiteres zur Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Kündigung. Zu beachten ist aber,

dass die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, eine Gesamtwürdigung aller Vorwürfe voraussetzt (BGer, Urteil 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.5), welche die Frage vorliegend – gestützt auf die vorangehenden Ausführungen – bejahen lässt.

d) Nach dem Gesagten ist die vorliegende Kündigung nicht nur ungerechtfertigt, sondern auch missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR. Bei dieser Sachlage erübrigen sich weitere Beweisabnahmen bzw. Zeugenbefragungen.

5. a) Die Klägerin ersucht gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR um Schadenersatz von Fr. 24'000.00, zuzüglich Zins von 5 % seit dem 23. Juni 2013 (KG-act. 1 Rechtsbegehren Ziff. 1.1, S. 2).

Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337 Abs. 1 OR). Der Beklagte schuldet der Klägerin somit den vollen Bruttolohnanspruch. Der Beklagte stellte sich – eventualiter – nicht gegen die Höhe des von der Klägerin geforderten Schadenersatzes von Fr. 24'000.00 (zuzüglich Zins von 5 % seit dem 23. Juni 2013) in der Höhe von drei Monatslöhnen. Da die Kündigungsfrist gemäss Arbeitsvertrag drei Monate beträgt (vgl. Vi-KB 10 = Vi-BB 9), der Lohn zuletzt unbestrittenermassen Fr. 8'000.00 brutto im Monat betrug (vgl. Vi-act. A/II Ziff. III/1a, S. 22; Vi-act. A/III Ziff. 7.1, S. 20; vgl. auch Vi-KB 16 und 70) und der Anspruch gemäss Art. 337c Abs. 1 OR mit dem Zugang der Kündigung fällig wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 337c OR) bzw. der Schadenersatz mit dem Schadenseintritt, also ab dem Zeitpunkt der fristlosen Entlassung, zu verzinsen ist (vgl. BGer, Urteil 4A_474/2010 vom 12. Januar 2011 E. 2.2.2; Portmann/Rudolph, a.a.O., N 1 zu Art. 337c OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 337c OR), ist der Klägerin der von ihr geforderte Schadenersatz zu gewähren. Auch wenn der Vorderrichter

den Schadenersatz selber nicht beurteilte (vgl. Art. Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO), kann an dieser Stelle aus prozessökonomischen Gründen sowie in Anbetracht dessen, dass die Höhe der Forderung vom Beklagten nicht beanstandet wurde und diese sich im Wesentlichen aus dem Gesetz ergibt, von einer Rückweisung des Prozesses an den Vorderrichter abgesehen werden.

b) Die Klägerin verlangt weiter gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR und Art. 336a OR eine Entschädigung im Umfang von drei Monatslöhnen und damit von ebenfalls Fr. 24'000.00, zuzüglich 5 % Zins seit dem 23. Juni 2013 (KG-act. 1 Rechtsbegehren Ziff. 1.2, S. 2). Eventualiter bestehe eine entsprechende Schadenersatzpflicht aufgrund des zumindest überwiegenden Mitverschuldens des Beklagten gestützt auf Art. 337b OR.

aa) Art. 337c Abs. 3 OR sieht als Sanktion bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Sie hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Sie hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten. In aller Regel ist eine Entschädigung geschuldet. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, kann sie verweigert werden (BGer, Urteil 4A_56/2016 vom 30. Juni 2016 E. 4.2.1). Ist die unberechtigte fristlose Kündigung gleichzeitig missbräuchlich nach Art. 336 OR, kann der Arbeitnehmer nicht kumulativ zu jener nach Art. 337c Abs. 3 OR auch noch eine Entschädigung nach Art. 336a OR verlangen. Die Missbräuchlichkeit ist aber bei der Bemessung der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR erhöhend zu berücksichtigen, wobei sich die Höchstgrenze auf sechs Monatslöhne beläuft

(Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 8 zu Art. 337c OR; vgl. auch Emmel, a.a.O., N 4 zu Art. 336a OR). Gleich wie die bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung eines Arbeitnehmers nach Art. 337c Abs. 3 OR geschuldete Geldleistung hat auch jene wegen missbräuchlicher Kündigung eines Arbeitsverhältnisses Straf- und Wiedergutmachungscharakter (BGE 123 III 391 E. 3c, S. 394 = Pra 1998 Nr. 24).

bb) Der Beklagte setzt sich nicht näher mit der Höhe des geforderten Betrags auseinander bzw. beanstandet diese für den Fall, dass die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt oder gar als missbräuchlich eingestuft würde, nicht. Eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen für die ungerechtfertigt ausgesprochene Kündigung erscheint denn auch in jedem Fall – bei Bejahung und Verneinung deren Missbräuchlichkeit – gerechtfertigt. Zwar wird eine Vereinbarung über die Beteiligung der Klägerin am Reingewinn verneint (vgl. nachfolgende Ausführungen unter E. 6), weshalb entgegen den klägerischen Vorbringen nicht von einer vereinbarungswidrigen, bei der Festsetzung der Entschädigung zu berücksichtigenden Bereicherung des Beklagten ausgegangen werden kann. Zu beachten ist aber, dass es für die Klägerin aufgrund ihres Alters – wie auch im Falle einer ordentlichen Kündigung infolge des Verkaufs der Zeitschrift – nicht leicht gewesen sein dürfte, wieder eine Anstellung zu finden. Als nicht unerheblich zu werten sind zudem das Verhalten des Beklagten bzw. dessen mangelnde Information der Klägerin sowie die bereits geschilderten Gesamtumstände der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Auch das anfängliche Zurückhalten von Unterlagen ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Der Beklagte bringt sodann nicht vor, dass ihm die Zahlung dieser wirtschaftliche Schwierigkeiten bereiten würde. Ebenso wenig macht er ausserordentliche Umstände, welche eine Entschädigung ausnahmsweise nicht rechtfertigen würden, noch sind solche ersichtlich.

Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR – wie auch jene nach Art. 336a OR – wird auf dem Bruttolohn berechnet und als Nettobetrag zugesprochen,

da sie nicht sozialversicherungspflichtig ist (Emmel, a.a.O., N 5 zu Art. 336a OR und N 4 zu Art. 337c OR). Sie wird ebenfalls mit der fristlosen Entlassung fällig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 14 zu Art. 337c OR). Der Klägerin sind demnach Fr. 24'000.00 netto zuzüglich Zins von 5 % seit dem 23. Juni 2013 zuzusprechen. Auch an dieser Stelle kann von einer Rückweisung des Prozesses an den Vorderrichter abgesehen werden, da die Höhe der Pönalentschädigung für den Fall, dass die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt oder gar missbräuchlich eingestuft wird, vom Beklagten nicht bestritten wird und die Sache als spruchreif angesehen werden kann.

6. Die Klägerin ersucht sowohl erst- als auch zweitinstanzlich um Verpflichtung des Beklagten, ihr 44.45 % des kumulierten Reingewinns des E. _____ für den Zeitraum vom 1. Oktober 2005 bis und mit 30. Juni 2013, mindestens aber Fr. 66'675.00, eventualiter wieviel, zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 % seit dem 23. Juni 2013. Der Vorderrichter kam zum Schluss, es sei mangels Nachweis einer vertraglichen Abrede kein Gewinnanspruch der Klägerin gegeben.

a) Die Klägerin leitet aus KB 5-9, KB 48-51, KB 53a sowie KB 60a ab, dass beide Parteien von Beginn weg gleichberechtigt gewesen seien und sie die Verwendung der Reserven mit dem Beklagten festgelegt habe. Mit E-Mail vom 12. November 2005 teilte der Beklagte der Klägerin indessen lediglich mit, dass er ohne ihre Mithilfe das Projekt nicht hätte starten können (Vi-KB 5). Hieraus vermag die Klägerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Aus Vi-KB 48-51, 53a und 60a ergibt sich zwar, dass die Parteien die Zeitschrift gemeinsam aufbauten, nicht aber, dass eine Gewinnbeteiligung zugunsten der Klägerin vereinbart worden wäre. Den E-Mails vom 15. Juni 2010 (Vi-KB 6), 7. November 2011 (Vi-KB 7), 13. November 2011 (Vi-KB 8) und 14. November 2011 (Vi-KB 9) lässt sich entnehmen, dass die Klägerin vom Beklagten – zumindest teilweise – über die vorhandenen Reserven informiert und hierzu angehört wurde. Gemäss „Budgetvorschlag OF Ende 2011“, welchen die Kläge-

rin dem Beklagten am 7. November 2011 als Anlage sandte, wäre der Betrag von Fr. 40'000.00 „durch zwei“ auszuführen gewesen. Der Beklagte machte der Klägerin am 13. November 2011 den Vorschlag, im Dezember 2011 Fr. 12'000.00 und am 1. Mai 2012 Fr. 8'000.00 auszuführen. Dass eine Beteiligung der Klägerin am aufgelaufenen Reingewinn – zu einem bestimmten Prozentsatz – vereinbart worden wäre, lässt sich aber diesen Belegen wie auch den E-Mails vom 15. Juni 2010 und 14. November 2011 ebenso wenig entnehmen.

b) In ihrer E-Mail vom 14. Januar 2013 spricht selbst die Klägerin nicht von einer entsprechenden Vereinbarung, sondern lediglich davon, dass es nicht mehr als anständig wäre, wenn der Beklagte ihr zum gegebenen Zeitpunkt etwas vom gemeinsam Erarbeiteten abgeben würde. Der Beklagte hatte der Klägerin vorgängig die Gründung einer GmbH vorgeschlagen, „um die Krise überwinden zu können“. *„Diese wird Deinen Vorstellungen von Gewinnbeteiligung eher gerecht“*, so der Beklagte (Vi-KB 11). Wie bereits vom Vorderrichter festgehalten, würden diese Ausführungen wenig Sinn machen, wenn zum damaligen Zeitpunkt bereits eine entsprechende Gewinnbeteiligung vereinbart worden wäre. Vielmehr erwähnt gar die Klägerin selber, dass die Korrespondenz des Beklagten so wirke, wie wenn bisher keine weitgehende Gewinnbeteiligung vereinbart gewesen wäre (vgl. KG-act. 1 Ziff. 14.5, S. 32). Ob das daran lag, dass der Beklagte die finanziellen Angelegenheiten immer auf später verschob, wie die Klägerin anbringt, kann dabei dahingestellt bleiben bzw. legt dies erst recht keine entsprechende Vereinbarung nahe und es ergibt sich aus den Ausführungen, dass der Beklagte nicht beabsichtigte, die Klägerin im beantragten Sinne am Gewinn beteiligen zu lassen. Er machte der Klägerin anderweitige Vorschläge. Dieser Umstand wie auch die Anmerkung der Klägerin, der Beklagte habe sie arbeiten lassen und gleichzeitig alleine die Lorbeeren geerntet, sprechen gerade gegen eine Vereinbarung am aufgelaufenen Reingewinn. Wie die Klägerin sodann selber vorbrachte, standen zwar

Vorschläge im Raum, wurden sich die Parteien aber – zumindest bis zum 24. Januar 2013 – nicht einig.

c) Die Klägerin macht geltend, sie und der Beklagte hätten am 24. Januar 2013 mündlich eine Aufteilung des Reingewinns vereinbart, was letztlich von H._____ protokolliert worden sei.

aa) In seiner E-Mail vom 28. Januar 2013 mit dem Betreff „Vorschlag der Perioden 2013 - 2016“ hielt der Treuhänder H._____ bezugnehmend auf das Zusammentreffen der Parteien und ihm vom 24. Januar 2013 in der Raststätte Kempthal zusammenfassend unter anderem fest, dass die Zusammenarbeit zwischen den Parteien auch ab dem 1. Januar 2013 normal weitergeführt werde und per Stichtag (oder einem früherem Datum gemäss gegenseitigem Einvernehmen) die Kontosalde der beiden Konten der Schwyzer Kantonalbank sowie der Deutschen Bank zu einem Anteil von 55.55 % dem Beklagten und zu einem Anteil von 44.45 % der Klägerin ausbezahlt würden. Ein entsprechendes Beispiel werde aufgrund des definitiven Jahresabschlusses erstellt (Vi-KB 14 = Vi-BB 5). Die Parteien hatten sich unbestrittenermassen am 24. Januar 2013 mit dem Treuhänder H._____ zusammengesetzt, woraufhin Letzterer „wunschgemäss“ die wesentlichen Punkte des Gesprächs zusammenfasste (vgl. Vi-KB 14 f. = Vi-BB 4 f.). Eine Beteiligung der Klägerin am aufgelaufenen Reingewinn bildete damit Thema zwischen den Parteien. Für einen Vertragsabschluss ist aber ein Wille erforderlich, einen Vertrag begründen zu wollen (Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, 1986, N 19 und 49 zu Art. 3 OR). Mangelt es am erklärten Abschlusswillen zumindest einer Partei, liegt kein Konsens vor. So ist beispielsweise auch die Erklärung der bloss grundsätzlichen Bereitschaft, einen Vertrag abzuschliessen, ohne dass der Erklärende bereits einen (endgültigen) Willen zum Vertragsabschluss kundgibt, kein Antrag im Sinne von Art. 3 OR (Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. A. 2014, N 320 und 369). Mit dem Vorderrichter ist darauf hinzuweisen, dass der Titel („Vorschlag“) die

Verbindlichkeit der Regelung in Frage stellt. Gemäss den übereinstimmenden Aussagen der Parteien schlug der Beklagte die Auszahlung von Monatslöhnen vor, während sich die Klägerin für eine Beteiligung in Prozenten am Gewinn aussprach (vgl. Vi-act. D2 Frage 10, S. 3; Vi-act. D3 Frage 17, S. 5 f.). Die Klägerin hielt dafür, dass an der fraglichen Sitzung eine Abmachung über die Gewinnbeteiligung getroffen worden sei (Vi-act. D2 Frage 10, S. 3). Der Beklagte gab demgegenüber zu Protokoll, dass an der Sitzung vom 24. Januar 2013 nichts vereinbart worden sei (Vi-act. D3 Frage 17, S. 5 f.). Auch H._____ betonte in seinen E-Mails vom 20. Juni 2013 und 28. August 2013, nur einen Vorschlag zusammengestellt zu haben, der als Diskussionsbasis für die beiden Parteien hätte dienen sollen; es sei nichts „beschlossen“ worden (Vi-BB 27). Ebenso verneinte der Zeuge anlässlich seiner Befragung, dass an der Zusammenkunft vom 24. Januar 2013 etwas „beschlossen“ worden sei. Darum stehe das Wort „Vorschlag“ dort. Man habe gesprochen und einen gangbaren Weg aufgezeigt, welchen er zu Papier gebracht habe. Es habe sich um den Vorschlag der Parteien gehandelt, welchen sie für möglich erachtet hätten. Die skizzierte Lösung sei als Möglichkeit festgehalten worden. Was die Parteien im Vorfeld und nach dem Treffen miteinander besprachen bzw. ob später eine Vereinbarung getroffen wurde, wusste der Zeuge nicht (Vi-act. D4 Frage 10 ff.). Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge vom Beklagten beeinflusst wurde, liegen nicht vor. Entsprechendes lässt sich auch nicht aus den Ausführungen von H._____ in seiner E-Mail vom 24. Januar 2013 ableiten. So hielt er unter anderem fest, sich sicher zu sein, dass das Ganze einen grossen (verbindenden) Sinn gehabt habe, er denke, dass es so sein werde, wie der Beklagte gesagt habe, und dass Letzterer sie nun nicht hängen lassen könne, da er sonst auch ihm gegenüber das Gesicht verliere. Der Beklagte habe ihn noch nie angelogen, ein Wort sei ein Wort gewesen. Auf was konkret der Zeuge letzte Aussage bezog, ist unklar. Hätten die Parteien eine verbindliche Vereinbarung getroffen, wären überdies der Sinn des Treffens und dessen Folgen klar gewesen. Ausserdem bat selbst die Klägerin H._____ lediglich um Zusammenfassung des Gesprächs und Notierung

der wichtigsten Punkte, wobei sie hoffte, dass der Beklagte künftig ein wenig „öffner“ werde (Vi-KB 15 = Vi-BB 4). Die Aussagen des Zeugen anlässlich seiner Befragung werden somit nicht durch die Ausführungen in besagter E-Mail widerlegt. Im Übrigen kann auch auf die Ausführungen unter E. 2c/bb verwiesen werden. Das Argument der Klägerin, wenn der Zeuge von einem Vorschlag rede, bringe er zum Ausdruck, dass sich die Parteien noch nicht über eine konkrete in Schweizer Franken ausgedrückte Zahl geeinigt hätten, vermag ebenso wenig zu greifen, da diese bzw. die entsprechenden Kontostände sowie allfällige private Beträge klarerweise erst per Stichtag bzw. vereinbartem Datum bekannt gewesen wären. Der Zeuge bezeichnete die skizzierte Lösung wie bereits erwähnt denn auch explizit als Möglichkeit. Zutreffend ist weiter zwar, dass der Beklagte in seiner E-Mail vom 7. Februar 2013 verneinte, dass das Gespräch mit H. _____ „für die Katz“ gewesen sei. Die Klägerin hatte ihn indessen auf die „Nachfolge“ angesprochen und in diesem Zusammenhang auf seine Zustimmung hingewiesen, dass die Zusammenarbeit weitergeführt werde (Vi-KB 22). Ausserdem kann das Gespräch ungeachtet einer definitiven Regelung nicht „für die Katz“ gewesen sein. In ihrer E-Mail vom 1. Juni 2013 erwähnte die Klägerin mit Bezug auf das Gespräch vom 24. Januar 2013 lediglich, es sei abgemacht worden, dass ein Beispiel der Gewinnverteilung anhand des Jahresabschlusses 2012 vorgelegt werde, worauf der Beklagte erwiderte, er möchte zuerst die Zahlen sehen (Vi-KB 18).

bb) Zu beachten ist weiter, dass gemäss der Zusammenfassung von H. _____ am 24. Januar 2013 offenbar von einer Abgeltung der Klägerin mit Ausscheiden per Stichtag vom 31. Dezember 2016 – die Klägerin hätte in diesem Jahr das Pensionsalter von 64 Jahren erreicht – oder aber in gegenseitigem Einvernehmen auf ein früheres Datum hin die Rede war. Zudem dreht sich der „Vorschlag“ gemäss „Betreff“ um die „Perioden 2013-2016“ (Vi-KB 14). Auf die Frage, ob es sich um eine Abfindung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte handeln sollen, erwiderte der Beklagte, dass es nur darum gegangen sei, was die Klägerin von ihm verbindlich erhalte, wenn sie

bis zur Pensionierung mit 64 Jahren im Verlag bleibe (Vi-act. D3 Frage 18, S. 6). Der Zeuge H._____ wusste nicht mehr genau bzw. konnte im Nachhinein nicht mehr sagen, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Thema war bzw. welches die Voraussetzungen für die getroffene Lösungsmöglichkeit gewesen wären, weshalb 2013 bis 2016 dort stand und das Jahr 2016 aufgelistet war. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Pensionierung wurden seinen Angaben nach am Treffen zumindest thematisiert (Vi-act. D4 Fragen 15 ff., S. 3). Mit den entsprechenden Hinweisen des Vorderrichters bzw. der Feststellung, dass sich die Ausführungen klar auf eine Regelung im Pensionierungsfall beziehen würden, womit er implizit eine Beteiligung am Reingewinn bei vorzeitigem Ausscheiden verneinte (vgl. angef. Urteil E. 8d/cc und g/ee), setzte sich die Klägerin in ihrer Berufung nicht auseinander, weshalb es in diesem Zusammenhang keiner weiteren Auslegung bedarf.

d) Ob die Klägerin „nur einfach“ wertvoll und wichtig war oder aber die Zeitschrift mitgründete und –prägte, ist irrelevant bzw. lässt sich aus beidem nicht ohne weiteres schliessen, dass die Klägerin einen Anspruch am aufgelaufenen Reingewinn hatte. Jedenfalls vermochte sie nicht rechtsgenügend nachzuweisen, dass sie in das gemeinsame Zeitschriftenprojekt nicht eingestiegen wäre, wenn sie nicht über die jährliche Gewinnbeteiligung hinaus am Erfolg beteiligt worden wäre. Zu beachten ist hierbei auch, dass sich die Klägerin in gekündigter Stellung befand und der Beklagte im Jahr 2008 sowie 2009 den Lohn der Klägerin immerhin erhöhte. Gemäss den entsprechenden Lohnausweisen gewährte er in den Jahren 2007, 2008, 2011 und 2012 sodann „Sonderzahlungen“ in der Höhe von jeweils Fr. 12'000.00 bzw. Fr. 20'000.00 (vgl. Vi-KB 16, 70 und 77), wobei der Vorderrichter den Beklagten zusätzlich verpflichtete, der Klägerin für das Jahr Fr. 8'000.00 auszus zahlen, was unangefochten blieb. Welche zahlreichen (weiteren) Beweisofferten inwieweit den Abschluss einer Vereinbarung deutlich aufzeigen sollen, wird von der Klägerin nicht näher erörtert. In E. 8e/cc des angefochtenen Urteils – welche die Klägerin beispielhaft aufführt – lehnte der Vorderrichter die offerier-

ten Zeugenbefragungen von externen Personen ab, weil ein relevanter Zusammenhang zur Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien nicht behauptet würde. Inwieweit dem nicht gefolgt werden könnte bzw. dass bestimmte Personen die entsprechenden Abreden mitbekommen hätten, macht die Klägerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Ebenso wenig führt die Klägerin in ihrer Berufung konkret aus, inwieweit der Vorderrichter in E. 8e/dd den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Zu beachten ist hierbei, dass selbst dann, wenn mit Bezug auf die Zeitschrift von einem gemeinsamen Projekt der Parteien und davon ausgegangen wird, dass der Beklagte den Geschäftsgang mit der Klägerin diskutierte und dabei auch über die Reserve sprach, nicht ohne weiteres Schlüsse über die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien und die konkreten Vereinbarungen gezogen werden können. Selbiges hat mit Bezug auf den allfälligen Beitrag der Klägerin zur Anhäufung des jährlichen Gewinnes und der daraus resultierenden Reserve zu gelten. Dass der Beklagte die Klägerin im Hinblick auf eine entsprechende definitive Regelung immer wieder getröstet hätte, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Lediglich die Klägerin selber sprach sich anlässlich ihrer Befragung dahingehend aus (vgl. Vi-act. D2 Frage 9, S. 3). Dem klägerischen Vorwurf des „Ausnützens“ ist sodann auch entgegenzuhalten, dass der Beklagte als Inhaber der Einzelfirma das finanzielle Risiko trug und die Klägerin zumindest Anspruch auf ihren monatlichen Lohn hatte.

Belegt ist damit einzig, dass gegen Ende des Arbeitsverhältnisses beiderseits Vorschläge über eine Beteiligung der Klägerin am aufgelaufenen Reingewinn gemacht bzw. über eine solche diskutiert wurde. Gerade auch der Umstand, dass die Klägerin die Adressen als Druckmittel zurückbehielt, um einen „vernünftigen und fairen Vorschlag, wie diese Angelegenheit gelöst werden“ könne, vom Beklagten zu erhalten, da „sie ja nicht unwesentlich zum Erfolg von MH beigetragen habe“ (vgl. Vi-KB 28; vgl. auch Vi-act. D2 Fragen 30 ff., S. 8), spricht dafür, dass sie nicht von einem Anspruch am aufgelaufenen Reinge-

winn mit Auflösung des Arbeitsverhältnisses per Verkauf der Zeitschrift ausging.

e) Nach dem Gesagten vermochte die Klägerin weder gestützt auf die „Zusammenfassung“ von H._____ noch auf anderweitige Beweise einen entsprechenden Vertragsabschluss über eine Gewinnbeteiligung – weder im Umfang des verworfenen Vorschlags von acht bis neun Monatslöhnen (vgl. KG-act. 1 Ziff. 14.6, S. 33) noch zu einem Anteil von 44.45 % – nachzuweisen. Ebenso wenig sind Anhaltspunkte ersichtlich, dass sie gestützt auf das besagte Treffen oder anderweitig davon ausgehen durfte, der Beklagte habe sich dazu verpflichtet, ihr einen Anteil am aufgelaufenen Reingewinn auszuzahlen. Der Vorderrichter gelangte damit zu Recht zum Schluss, dass mangels Nachweis einer vertraglichen Abrede kein Gewinnanspruch der Klägerin gegeben ist, wobei im Übrigen auch auf dessen Ausführungen verwiesen werden kann (vgl. angef. Urteil E. 8, S. 39 ff.; § 45 Abs. 5 JG). Bei dieser Sachlage erübrigen sich weitere Beweisabnahmen, insbesondere auch zur Bezifferung der Forderung (vgl. KG-act. 1 Ziff. 14.11, S. 37 f.). Ebenso ist an dieser Stelle irrelevant, ob im Kaufvertrag vom 30. April 2013 auf expliziten Wunsch des Beklagten vereinbart wurde, dass die Klägerin von der G._____ nicht übernommen wird (vgl. Vi-KB 24 = Vi-BB 11; KG-act. 9 Ziff. 9, S. 6).

7. Zusammenfassend ist die Berufung teilweise gutzuheissen. Die Dispositivziffern 1, 4 und 5 sind im Sinne der Erwägungen anzupassen.

a) Hinsichtlich der erstinstanzlich streitigen Forderungen von Fr. 146'128.10 dringt die Klägerin im Umfang von Fr. 69'453.10 durch. Das geforderte Arbeitszeugnis mit einem unbeanstandeten Streitwert von Fr. 8'000.00 wurde vom Beklagten anerkannt, womit die Klägerin auch diesbezüglich obsiegte (vgl. angef. Urteil E. 1b, S. 9 f., E. 2b, S. 10 f., und E. 10, S. 47). Insgesamt erscheint eine hälftige Kostentragung der Parteien für das erstinstanzliche Verfahren als angemessen. Die Parteientschädigungen sind

gegenseitig wettzuschlagen. Die Dispositivziffern 4 und 5 sind entsprechend anzupassen.

b) Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien ebenso je hälftig aufzuerlegen, da Forderungen von Fr. 114'675.00 streitig waren und die Klägerin im Umfang von Fr. 48'000.00 durchdrang, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass die Klage bezüglich der Frage der Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung, welche Grundlage für den Schadenersatz bzw. die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 1 und 3 OR bildet, vorliegend gutgeheissen wurde;-

erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositivziffern 3, 4 und 5 des angefochtenen Urteils des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 22. August 2016 aufgehoben und wie folgt ersetzt:
 - a) Zusätzlich zu der in Rechtskraft erwachsenen Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR Schadenersatz im Umfang von Fr. 24'000.00 brutto nebst Verzugszins von 5 % seit dem 23. Juni 2013 sowie gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 24'000.00 netto nebst Verzugszins von 5 % seit dem 23. Juni 2013 zu leisten.
Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
 - b) Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 10'000.00 werden den Parteien je zur Hälfte (je Fr. 5'000.00) auferlegt. Im Umfang von Fr. 8'000.00 werden sie vom Gerichtskostenvorschuss der Klägerin bezogen. Der Beklagte hat der Gerichtskasse Fr. 2'000.00 und der Klägerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 3'000.00 zu bezahlen.
 - c) Die erstinstanzlichen Parteientschädigungen werden gegenseitig wettgeschlagen.

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 9000.00 werden je zur Hälfte (je Fr. 4'500.00) den Parteien auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss der Klägerin bezogen. Der Beklagte hat der Klägerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 4'500.00 zu bezahlen.
3. Die Parteientschädigungen werden gegenseitig wettgeschlagen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 114'675.00.
5. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/R), Rechtsanwalt D._____ (2/R), an die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

13. September 2017 kau