

I. Zivilabteilung

Z1 2021 23

Oberrichter lic.iur. P. Huber, Abteilungspräsident
Oberrichter Dr.iur. F. Horber
Oberrichter Dr.iur. A. Staub
Gerichtsschreiber MLaw Chr. Kaufmann

Urteil vom 24. November 2022
(berichtigt mit Urteil vom 1. Dezember 2022)

in Sachen

A. _____,

vertreten durch lic.iur. B. _____,

**Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungs-
beklagter,**

gegen

C. _____ AG,

vertreten durch Dr.iur. D. _____,

**Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungs-
klägerin,**

betreffend

Forderung aus Arbeitsvertrag

(Berufungen gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 22. Juni 2021)

Rechtsbegehren

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungsbeklagter

Berufung

1. Es sei Ziffer 1.1 des vorinstanzlichen Teilentscheids dahingehend abzuändern, dass die Berufungsbeklagte verurteilt wird, dem Berufungskläger den Betrag von CHF 135'898.80 nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 92'606.40 vom 21. September 2017 bis 30. September 2017 und Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 135'898.80 seit dem 1. Oktober 2017 zu bezahlen (Teilklage, Mehrforderungen vorbehalten). Zudem sei der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreibung Nr. E. _____ (Zahlungsbefehl vom 27. Dezember 2017) des Betreibungsamtes F. _____ zu beseitigen und definitive Rechtsöffnung im Forderungsumfang von CHF 135'898.80 nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 92'606.40 vom 21. September 2017 bis 30. September 2017 und Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 135'898.80 seit dem 1. Oktober 2017 zu erteilen.
2. Eventualiter sei Ziffer 1.1 des vorinstanzlichen Teilentscheids aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Begründung des Berufungsklägers an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Die übrigen Ziffern des vorinstanzlichen Teilentscheids haben unverändert zu bleiben.
4. Alles unter o/e-Kostenfolge zulasten der Berufungsbeklagten.

Anschlussberufungsantwort

1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter o/e-Kostenfolge zulasten der Berufungsklägerin.

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,

Berufung

- 1.1 In Gutheissung der vorliegenden Berufung seien die Dispositivziffern 1.1 und 1.2 des angefochtenen Teilentscheids des Kantonsgerichts Zug vom 22. Juni 2021 aufzuheben und es sei demgemäss die Klage vollumfänglich abzuweisen.
- 1.2 In Gutheissung der vorliegenden Berufung sei die Dispositivziffer 2.1 des angefochtenen Teilentscheids des Kantonsgerichts Zug vom 22. Juni 2021 aufzuheben und es sei demgemäss die Widerklage im Umfang von CHF 244'658.16, nebst Zins von 5 % seit dem 8. Mai 2018, gutzuheissen.
2. Eventualiter sei in Gutheissung der vorliegenden Berufung der angefochtene Teilentscheid des Kantonsgerichts Zug vom 22. Juni 2021 hinsichtlich der Dispositivziffern 1.1, 1.2 und 2.1 aufzuheben und es sei die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen der Berufungsinstanz an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. In Gutheissung der vorliegenden Berufung seien die Dispositivziffern 3-5 des angefochtenen Teilentscheids des Kantonsgerichts Zug vom 22. Juni 2021 aufzuheben und es seien Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % MWST auf der Parteientschädigung) des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens dem Kläger und Widerbeklagten bzw. Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

Berufungsantwort und Anschlussberufung

- 1.1 Es sei die Berufung des Klägers und Widerbeklagten sowie Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.
- 1.2 Es sei von der Anschlussberufung der Anschlussberufungsklägerin Vormerk zu nehmen und es sei in Gutheissung der Anschlussberufung die Dispositivziffer 1.3 des angefochtenen Teilentscheids des Kantonsgerichts Zug vom 22. Juni 2021 aufzuheben sowie demgemäss die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. An den Rechtsbegehren gemäss Berufung vom 24. August 2021 wird im Übrigen vollumfänglich festgehalten.
3. Es seien Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % MWST auf der Parteientschädigung) des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens dem Anschlussberufungsbeklagten aufzuerlegen.

Sachverhalt

- 1.1 Die C. _____ AG (vormals G. _____ AG; nachfolgend: Beklagte oder BC) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in J. _____ (vormals in _____). Ihr Aktienkapital beträgt CHF 250'000.00, eingeteilt in 500 vinkulierte Namenaktien zu CHF 500.00. Die Beklagte bezweckt _____. Sie wurde von A. _____ (nachfolgend: Kläger oder PN oder P) und von K. _____ (nachfolgend auch CS oder C) im April 2009 _____ gegründet. Der Kläger hielt 15 der 500 Namenaktien (= 3 %) und K. _____ die restlichen 485 Namenaktien (= 97 %). L. _____ war bzw. ist seit der Gründung der Beklagten Präsidentin des Verwaltungsrats. Der Kläger war ebenfalls seit der Gründung bis im August bzw. September 2017 Delegierter des Verwaltungsrats und Geschäftsführer der Beklagten (vgl. hinten Sachverhalt Ziff. 6.1). K. _____ ist seit September 2017 Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten (act. 1/2 und 1/5).
- 1.2 Im Weiteren gründeten der Kläger und K. _____ im Mai/Juni 2009 die Muttergesellschaft der Beklagten, die M. _____ AG. Bei der Gründung dieser Gesellschaft wurden sämtliche Aktien der Beklagten als Sacheinlage in die M. _____ AG eingebracht. Der Kläger ist Minderheitsaktionär dieser Holdinggesellschaft und hält 15 der 500 Namenaktien (= 3 %). Die restlichen 485 Namenaktien der M. _____ AG (= 97 %) werden von K. _____ gehalten. Dieser fungiert als Präsident und L. _____ als Mitglied des Verwaltungsrats; der Kläger war bis im September 2017 Mitglied des Verwaltungsrats (act. 1/4 und 1/5).
- 1.3 Daneben gehören dem Kläger die N. _____ GmbH mit Sitz in O. _____ (nachfolgend: N. _____ GmbH oder N. _____; vormals P. _____ GmbH [nachfolgend: P. _____ GmbH]; act. 1/18) und K. _____ die Q. _____ mit Sitz in R. _____ (nachfolgend: Q. _____ AG oder Q. _____; act. 1/25).
- 2.1 Vor der Gründung der Beklagten schlossen der Kläger und K. _____ am 19. März 2009 folgende schriftliche Vereinbarung ab (act. 1/8, wobei die Beklagte als "Newcom" bezeichnet wurde):

"Vereinbarung

Nachfolgende Vereinbarungen gelten als Grundlage für die auszufertigenden Verträge, welche die Zusammenarbeit von A. _____ (PN) und K. _____ (CS) in den definierten Bereichen regeln mit der neu zu gründenden Firma (Newcom).

1. Geschäftsführervertrag

- a. Grundgehalt: CHF 5500 brutto pro Monat. [anstatt 4000]
- b. Provision: Nach Umsatz und Ertrag definiert:
2 % vom Umsatz + 20 % vom Ertrag = Provision brutto.
Ertrag in dieser Definition = Verkaufserlös minus Einkaufspreis minus alle Fracht- und Lagerkosten, minus alles sonst. Kosten, jedoch vor Steuern.

Total Vergütung GF sollte bei guter Ertragslage bei 2.5 Mio. Umsatz etwa CHF 120-140'000 betragen, bei 5.0 Mio. Umsatz etwa CHF 225-250'000, bei 10 Mio. Umsatz etwa CHF 300-350'000 betragen.

- c. Spesen gem. Abrechnungen.
- d. Delegierter des VR
- e. Aufgabenbereich (resp. Supervising von)
 - Budget
 - Liquiditätsplanung
 - Aufbau des Verkaufs (_____, Restposten, Parallelimporte, weiteres), d.h. Aufbau Kundenstamm, Verkäuferteam, Lieferanten.
 - Qualitätssicherung
 - Alle weiteren organisatorischen Belange.
- f. Bankkonto. Limite CHF 25'000

2. Aktionärsvertrag

- a. Liste der Geschäfte, die Firma Newcom exklusiv betreibt (Liste als Anhang) [...]
- b. Todesfall [...]
- c. Vorkaufsrecht [...]
- d. Aufgabenteilung
 - PN: Geschäftsführung, VR bei Newcom, ab 20 % Anteile VRP bei Newcom
 - CS: Finanzen, d.h. insbes. Jahresabschluss, Autorisierung Zahlungen, Liquiditätsplanung (in Zusammenarbeit mit PN), dito Budgetplanung, Zusammenarbeit mit Banken; VRP bei Holding. [VRP bei Newcom am Anfang eventuell Drittperson i.A. von CS, dies könnte Vorteile haben nach aussen, wenn man bei Konkurrenten von CS einkauft um Markt CH zu bearbeiten; zu diskutieren]
 - Unterschriften Regelung: CS einzeln (oder VRP, der CS vertritt), PN kollektiv.
Ab 49 % CS und PN nur noch beide kollektiv.
- e. Vergütungen
 - PN: gemäss GF-Vertrag, Erhöhung Anteile siehe Beteiligungsmodell
 - CS: ... ??? [gemäss Beschluss Geschäftsleitung/VR Ende Jahr]
- f. Einschuss zusätzliches Kapital als Darlehen, Bridgefinancing etc.
 - Bei kurzfrist. Einschuss von Kapital durch einen der beiden Aktionäre wird vorgängig von Fall zu Fall über Vergütung und Rückvergütung entschieden.
- g. Sobald die Firma Newcom mehr als 50 % ihres Aktienkapitals aufgebraucht hat, wird diese im ordentlichen Verfahren liquidiert.

- h. Dividenden: Erträge werden grundsätzlich als Dividende ausgeschüttet (gegenüber der Holding steuerbegünstigt). Benötigt die Firma zwecks Expansion zusätzliches Kapital, kann die ausgeschüttete Dividende als Darlehen der Newcom zur Verfügung gestellt werden [...]

3. Beteiligungsmodell

- a. Ebene=Muttergesellschaft (Holding, Inhaberaktien), die alle Inhaberaktien an Newcom hält
- b. Das Beteiligungsmodell umfasst den Zeitrahmen von 0 bis 10 Jahren, maximum, nach Absprache sind die 10 Jahre jederzeit verkürzbar (oder auch verlängerbar, je nach Geschäftslauf).
- c. Umsatzziel in 7 Jahren: 10 Mio., Ertragsziel 25 %
Beteiligungsziel: Start PN mit 3 % (d.h. CHF 7500 Nominal Einzahlung bei Gründung) nach 5 Jahren 49 %, nach 8-10 Jahren 75 % (letzte beiden durch Erwerb gemäss Absatz d-g).
- d. Die Berechtigung zum Erwerb von Beteiligungen durch PN werden nach Umsatz und Ertrag berechnet.
- e. Berechnung pro Jahr [...]
- f. Erwerb [...]
- g. Erwerb von Aktien nach Ablauf von 31.12.2010 [...]

4. Holdingstruktur

[...]

5. Vertrag zwischen Newcom und P. _____ GmbH

- a. Konkurrenzklausel, Newcom ist alleiniger Abnehmer von _____ für das Präferenzoll-Projekt. Konventionalstrafe 250'000 [...]
- [...]

6. Sonstiges

[...]"

- 2.2 Vor der Unterzeichnung der Vereinbarung merkte der Kläger in einer E-Mail vom 5. März 2009 unter anderem Folgendes an (act. 1/9):

"[...] Das Grundgehalt des Geschäftsführerlohns kann in den ersten 3 Monaten 6000 Franken betragen. Beim Anlaufen der Geschäfte kann die Differenz entsprechend von der Provision abgezogen werden [...]"

- K. _____ kommentierte dies mit E-Mail vom 5. März 2009 wie folgt (act. 1/9):

"[...] Bist du nicht so sicher, dass es läuft? [...] Du sagtest CHF 4000. Ist das zu knapp? Es bringt natürlich nichts, wenn Du Dir privat nur noch 'Würstchen aus der Dose' leisten kannst. Andererseits finde ich eine gute Provision für beide besser [...]"

- 2.3 Die vom Kläger und K. _____ unterzeichnete Vereinbarung vom 19. März 2009 sollte als Grundlage für weitere, noch auszufertigende Verträge – namentlich einen Geschäftsführer-Arbeitsvertrag und einen Aktionärsvertrag – dienen. Gestützt darauf wurden denn auch Vertragsentwürfe für einen Geschäftsführer-Arbeitsvertrag zwischen der Beklagten und dem Kläger (act. 1/11) und für einen Aktionärsbindungsvertrag zwischen dem Kläger und

K. _____ (act. 1/12) aufgesetzt, die von den Vertragsparteien jedoch nie unterzeichnet wurden.

2.3.1 K. _____ übermittelte dem Kläger die Vertragsentwürfe mit E-Mail vom 15. März 2010 und hielt Folgendes fest (act. 1/10):

"Hallo _____
Endlich... anbei die Verträge. Tut mir leid, sie sind seit langer Zeit bei mir liegen geblieben. Ich habe sie durchgesehen und ich denke es stimmt alles, aber das ist auch schon länger her, aber es kann nicht schaden, alles nochmals in Ruhe durchzuarbeiten [...]"

2.3.2 Dem (nicht unterzeichneten) Geschäftsführer-Arbeitsvertrag lässt sich hinsichtlich des "Gehalts", der "Provision" und der "Spesen" Folgendes entnehmen (act. 1/11 Ziff. 8, 9 und 10):

8. Gehalt: SFR 5'500.00 brutto pro Monat
9. Provision: Die Provision ist nach Umsatz und Ertrag definiert. Die jährliche Brutto-Provision beträgt 2 % vom Umsatz und 20 % vom Ertrag [...]
10. Spesen: Spesen werden gemäss separater Abrechnung vergütet."

2.4 Am 2. Januar 2014 schrieb der Kläger die folgende E-Mail an K. _____ (act. 1/20):

"Hallo _____
beiliegend die Aufstellung [...] der besprochenen Position basierend auf 2 % der Umsätze 2011 + 2012 [...]"

Jahr	Umsatz	2 %
2011	1'402'393.67	28'047.8734
2012	1'392'815.62	27'856.3124 [...]"

Darauf antwortete K. _____ mit E-Mail vom 3. Januar 2014 (12:10 Uhr) wie folgt (act. 1/20):

"Hallo _____
Könntest Du mir bitte die Detailaufstellung zu den Umsätzen senden, was genau in den Zahlen enthalten sind. Könnte es sein, dass die Umsätze BC an Q. _____ in der Abrechnung mit enthalten sind? Bitte sende mir zudem die Abrechnung der bisher bezogenen Beträge, damit ich Deine Kalkulation nachvollziehen kann [...] Da der Vertrag mit der Umsatzprovision auf Dich persönlich lautet, müssen wir ein Papier unterschreiben, dass dies Deine Verkaufsprovision gemäss Vertrag (den Du übrigens auch noch unterschreiben solltest) ist [...]"

Hierzu liess sich der Kläger mit E-Mail vom 3. Januar 2014 wie folgt vernehmen (act. 7/29):

"[...] Die Zahlungen der definierten Umsatzprovisionen von 2 % auf dem Gesamtumsatz habe ich wie bisher auf meine GmbH übertragen. In diesen Abrechnungen sind die Umsätze von BC an Q. _____ enthalten selbstverständlich ausser diese, welche ich bzw. BC auch keinen Aufwand hatte wie bsp. diese an XY. _____ im 2009. Für die erwähnten Zahlung bitte ich ein Beleg für die Buchhaltung auszustellen [...]"

Daraufhin hielt K. _____ in einer E-Mail vom 3. Januar 2014 (18:58 Uhr) Folgendes fest (act. 7/29):

"[...] Umsätze: Als wir im 2011 mit den Umsätzen von BC an Q. _____ anfangen, hattest da nicht Du selber die Initiative ergriffen und gesagt, dass diese keine 'normalen' Umsätze sind? – das ist meine Erinnerung. Denn normale Umsätze sind Kundenaquisition oder Deine Kunden oder Kunden von mir, die ich an BC gegeben habe [...] Bitte überlege nochmals an was Du Dich erinnern kannst – ich spreche nicht von 2009/XY. _____, das ist ja sowieso 'Schnee von gestern' [...]"

2.5.1 In einer vom Kläger und von K. _____ im Frühjahr 2015 unterzeichneten Aktennotiz wurde sodann Folgendes festgehalten (act. 1/21):

1. Vorschlag C für neue Beteiligung
 - a) Beteiligung neu = ... (% , Prov. wie bisher, kein 20 % an Ebit) [...]
 - d) es wird der alte Vertrag unterschrieben zusammen mit dem neuen. Im März 2015. und GF-Vertrag und DelVR [...]
 - e) dies, wenn wir uns mit allem anderen auch einig sind (Pkt 3 und 4) [...]
 3. [...] zusätzliche Liquidität möglich von C (temporär): bis zu USD 500K, jedoch Zins zu bespr.
 4. Weitere Zahlen
 - a) Festlegen Provision P bis und mit 2012 (alte Abrg, Umsatz an Q. _____)
 - b) Festlegen Provision P 2013 (tatsächlich fakturierte, nicht Rückstellliste, sonst kompliziert)
 - c) Festlegung Provision P 2014 (dito), evtl. Rückstellung auf 01.01.2015?
 - d) jedes Jahr detaillierte Prov. Abrg seitens P
 - e) Festlegung Arbeitsvergütung C und Flug _____ 2009-2014
 - f) Festlegung Rückvergütung LOR 20K, als Vergütung an C, nicht als GU
 - g) weitere Liquidität von C Privat (bis USD 500K) oder Q. _____ oder P: es wird mit Zins 4.5 % abgegolten (wichtig: nicht warten müssen auf Rückz., wenn C anfragt).
 - h) Vergütung für 2014 für Liquidität an Q. _____, muss bei CS 4.53 % bezahlen.
- => Dieses Milchbüchlein wird von CS geführt und von P/C regelmässig visitiert.

[Unterschrift Kläger und K. _____]"

2.5.2 Am 27. Januar 2015 unterzeichneten der Kläger und K. _____ in einem Notizbuch (sogenanntes "Milchbüchlein") folgende Einträge (act. 1/22):

"Provision
Bis und mit 2012 abgerechnet und bezahlt [Unterschriften]

Provision Jahr 2013
CHF 1'616'530 / 2 %
= 32'330.60
Abrechnung folgt, noch nicht bezahlt [Unterschriften] [...]"

2.6 In der E-Mail vom 8. März 2015 fragte K. _____ den Kläger nach einer "detaillierte[n] Abrechnung für Deine Provision 2013 und 2014" (act. 21/9).

- 2.7 Gemäss dem auf dem Kontoblatt vom 22. Januar 2016 aufgeführten "Konto 3296 Provisionen" der Buchhaltung des Jahres 2015 der Beklagten erhielt der Kläger am 31. Dezember 2015 "Provisionen" im Umfang von CHF 26'867.35, wobei als Buchungstext "2 % Prov. vom Verkaufserlös" vermerkt wurde und als Gegenkonto das "Konto 2110 Darlehen Aktionäre" aufgeführt war (act. 7/25a). Mit Rechnung vom 31. Dezember 2015 forderte die N. _____ GmbH von der Beklagten wegen "Consultings" einen Betrag von CHF 26'867.35 (act. 7/10). Gemäss dem am 14. November 2018 gedruckten Auszug der Buchhaltung des Jahres 2015 wurden die ehemals unter dem Buchungstext "2 % Prov. vom Verkaufserlös" aufgeführten "Provisionen" im Umfang von CHF 26'867.35 neu unter dem Buchungstext "Verkaufsprovision N. _____ GmbH" ausgewiesen (act. 7/30 und 25/24).
- 3.1 An den ordentlichen Generalversammlungen der Beklagten erteilte deren Aktionärin, d.h. die M. _____ AG bzw. der Kläger und K. _____ als Aktionäre der M. _____ AG, dem Verwaltungsrat der Beklagten für die Geschäftsjahre 2009/2010 bis 2015 jeweils wie folgt die Décharge (vgl. die Protokolle der ordentlichen Generalversammlungen in act. 21/22):
- "Entlastung des Verwaltungsrates
Die nicht in der Geschäftsleitung tätigen Aktionäre erklären, dass sie die Geschäftsführung des abgelaufenen Jahres guthessen."
- 3.2 Im Frühjahr 2015 fielen K. _____ im Zuge der Vorbereitung der Revision des Geschäftsjahrs 2014 diverse Doppelbuchungen und geschäftlich gebuchte Privatbezüge des Klägers auf, woraufhin er den Kläger darauf aufmerksam machte (act. 29 Rz 11; act. 33 Rz 8; act. 29/2-4 [act. 29/2 = Buchhaltungskonto "Betriebsaufwandvorschuss"]).
- 3.3 Gemäss einer Besprechungsnotiz vom 25. September 2015 vereinbarten der Kläger und K. _____ Folgendes (act. 7/8):
- "1) Zusätzliche Liquidität von K. _____ an BC [...]
- 2) Arbeitsteilung
- PN: Verkauf, Marketing, Instruktion betr. Umpacken für Kunden.
- CS: - Finanzen
- Lagereingänge, Lagerbewirtschaftung und Umpacken.
- 3) Gemäss Bespr. im Februar 2015 Neue Aufteilung der Aktien per 11.2015 [oder 1.1.2015; unleserlich {Anmerkung des Gerichts}]
- PN = 40 %, CS = 60 %, dafür kein Bonus, jedoch Provision wie bisher. Die Anteile werden zum Nominalwert übernommen. Details in sep. Vertrag."
- 3.4 Mit E-Mail vom 19. Dezember 2015 forderte K. _____ den Kläger dazu auf, die "aktuelle Liste aller Maestro-Buchungen 2015" mit seinen Spesenbelegen abzugleichen (act. 21/10), und hängte der E-Mail unter anderem den entsprechenden Bankkontoauszug des Jahres 2015 an (act. 25 Rz 221; act. 29 Rz 7; act. 25/41).
- 4.1 Im Zusammenhang mit den in der Buchhaltung der Beklagten vorhandenen Darlehen der N. _____ GmbH von insgesamt CHF 92'606.40 schlossen die N. _____ GmbH ["Gläubigerin"] und die Beklagte ["Gesellschaft"] am 29. April 2015 folgende Rangrücktrittsvereinbarung ab (act. 1/35):

- "1. Die Forderung der Gläubigerin gegenüber der Gesellschaft im Betrag von CHF 92'606.40 wird dem Rangrücktritt unterstellt.
2. Die vom Rangrücktritt erfasste Forderung darf weder ganz noch teilweise zurückbezahlt, sichergestellt, durch Verrechnung getilgt, verpfändet, abgetreten oder auf andere Weise verändert werden. Vorbehalten bleiben der Forderungsverzicht oder die ganze oder teilweise Umwandlung der Forderung in Eigenkapital der Gesellschaft.
3. Die vom Rangrücktritt erfasste Forderung wird in der Bilanz der Gesellschaft gesondert ausgewiesen und gekennzeichnet.

[...]"

- 4.2 Bereits mit E-Mail vom 2. April 2015 hatte der Kläger dem damaligen Revisor der Beklagten unter anderem Folgendes mitgeteilt (act. 7/31):

"Gemäss Absprache mit der Bank bewirkt der Rangrücktritt, dass das Darlehen rechnerisch zum Eigenkapital gezählt wird. Somit haben wir eine grössere Flexibilität beim Kontokorrent. Wir senden Ihnen die entsprechend formulierten Rangrücktrittsbestätigungen zu [...]"

- 4.3 Am 21. Dezember 2015 zahlte die Beklagte der N._____ GmbH den Darlehensbetrag von CHF 92'606.40 zurück und führte als Zahlungsgrund "Rückzahlung Darlehen gem. Vereinbarung" an (act. 7/32). Am 22. Dezember 2015 überwies der Kläger der Beklagten den identischen Betrag von CHF 92'606.40 mit dem Buchungstext "Privatdarlehen" (act. 1/34).
5. In der ersten Jahreshälfte 2017 fanden zwischen dem Kläger und K._____ Gespräche über den Erwerb der Aktienmehrheit an der M._____ AG durch den Kläger statt, die letztlich jedoch scheiterten (act. 1/24; act. 7/16; act. 7/17; act. 1 Rz 18 ff.; act. 7 Rz 31 ff.).
- 6.1 Mit Schreiben vom 31. Juli 2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 30. September 2017 und stellte ihn per sofort frei (act. 1/3 und 1/30). Diesbezüglich hielt die Beklagte unter anderem fest, dass der Kläger während der Dauer der Freistellung – vorbehaltlich einer anderweitig angetretenen Stelle – seinen Monatslohn erhalte, ihm jedoch "kein Anspruch auf Auszahlung einer Gewinnbeteiligung oder Provisionszahlung" zustehe (act. 1/3 Ziff. 1 und 5).
- 6.2 Mit Schreiben vom 8. August 2017 teilte der Kläger der Beklagten unter anderem mit, dass er die Kündigung als missbräuchlich erachte und führte im Weiteren Folgendes aus (act. 1/6):
- "Ich besitze Darlehensforderungen gegenüber der G._____ AG. Bis zum 31. Dezember 2015 (siehe Bilanz) beläuft sich diese Forderung auf CHF 128'583.62. Hinzu kommen Darlehensforderungen für die Jahre 2016 und 2017. Diese meine Darlehen kündige ich hiermit per 20. September 2017."
7. Mit Schreiben vom 7. September 2017 reichte die Beklagte bei der Staatsanwaltschaft des Kantons H._____ gegen den Kläger eine Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs,

Sachentziehung, mehrfachen Betrugs, eventualiter mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung und/oder weiterer Tatbestände ein (act. 7/24).

8.1 Mit Eingabe vom 9. Oktober 2018 reichte der Kläger beim Kantonsgericht Zug gegen die Beklagte Klage mit folgendem Rechtsbegehren ein (act. 1):

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger einen Betrag von CHF 161'169.65 nebst Zins zu 5 % auf dem Betrag von CHF 92'606.40 vom 21. September 2017 bis 30. September 2017 und Zins zu 5 % auf dem Betrag von CHF 161'169.65 seit dem 1. Oktober 2017 zu bezahlen; Mehrforderungen bleiben vorbehalten.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger vollständige Einsicht in ihre Jahresrechnung 2017 inklusive Belege, insbesondere in die Erfolgsrechnung 2017, zu gewähren; eventualiter sei diese Einsicht einem vom Gericht bestimmten Sachverständigen (Art. 322c Abs. 2 OR) zu gewähren.
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger einen nach Auskunftserteilung gemäss Ziff. 2 hiervor noch zu beziffernden Betrag (mindestens CHF 30'000.00 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2017) zu bezahlen.
4. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. E. _____ (Zahlungsbefehl vom 27. Dezember 2017) des Betreibungsamtes F. _____ zu beseitigen und dem Kläger definitive Rechtsöffnung im unter Ziff. 1 hiervor genannten Forderungsumfang zu erteilen.
5. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger ein Arbeitszeugnis auszustellen, das seine Leistungen im Zeitraum 2009 bis 30. September 2017 adäquat und wohlwollend ausweist bzw. würdigt.
6. Auf eine allfällige (von der Beklagten im Schlichtungsverfahren bereits anhängig gemachte) Widerklage sei nicht einzutreten; eventualiter sei diese abzuweisen.
7. Unter o/e-Kostenfolge zulasten der Beklagten.

Zur Begründung der Ziff. 1-4 seines Rechtsbegehrens führte er im Wesentlichen aus, dass ihm die Beklagte eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und variable Lohnforderungen für die Jahre 2016 und 2017 sowie Darlehensrückzahlungen schulde. Die offene variable Lohnforderung für das Jahr 2017 werde er nach entsprechend gewährter Einsicht in die Jahresrechnung 2017 beziffern können (act. 1).

8.2 In der Klageantwort und Widerklage vom 18. Januar 2019 beantragte die Beklagte Folgendes (act. 7):

1. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei der Kläger und Widerbeklagte widerklageweise zur Zahlung von CHF 270'829.88, nebst 5 % Verzugszins auf CHF 245'344.05 seit 23. März 2018 sowie nebst 5 % Verzugszins auf CHF 25'485.83 seit 18. Januar 2019, zu verurteilen, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. I. _____ des Betreibungsamtes H. _____ vollumfänglich zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Widerbeklagten (zuzüglich 7,7 % MWST auf der Prozessentschädigung).

Mit der Widerklage machte sie Ersatzforderungen infolge verschiedener Pflichtverletzungen des Klägers geltend (act. 7).

8.3 In der Replik und Widerklageantwort vom 8. Juli 2019 stellte der Kläger folgendes Rechtsbegehren (act. 21):

1. An den Rechtsbegehren der Klage vom 9. Oktober 2018 wird vollumfänglich festgehalten.
2. Die mit Widerklage vom 18. Januar 2019 gestellten Rechtsbegehren seien vollumfänglich abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden kann.
3. Unter o/e-Kostenfolge zulasten der Beklagten und Widerklägerin.

8.4 In der Duplik und Widerklagereplik vom 4. November 2019 hielt die Beklagte am Rechtsbegehren gemäss Klageantwort und Widerklage fest (act. 25). Ebenso bestätigte der Kläger in seiner Widerklageduplik vom 27. Januar 2020 sein Rechtsbegehren gemäss Replik und Widerklageantwort (act. 29). Mit Eingabe vom 20. Februar 2020 nahm die Beklagte im Rahmen des unbedingten Replikrechts Stellung zur Widerklageduplik (act. 33), woraufhin sich hierzu mit Eingabe vom 9. März 2020 wiederum der Kläger vernehmen liess (act. 35).

8.5 Am 13. Januar 2021 wurde im Zusammenhang mit den vom Kläger geltend gemachten Darlehensrückzahlungen S._____, Mitarbeiter der _____ (nachfolgend: Bank), als Zeuge einvernommen (act. 38 und 45).

8.6 Nachdem die Parteien am 13. Januar 2021 auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet hatten (act. 46), reichten der Kläger am 9. März 2021 (act. 52) und die Beklagte am 8. April 2021 (act. 55) die schriftlichen Parteivorträge ein.

8.7 In der Zwischenzeit hatte die Staatsanwaltschaft H._____ den Kläger im Zusammenhang mit der Strafanzeige der Beklagten (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 7) mit Strafbefehl vom 15. Oktober 2020 wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig gesprochen (act. 43/1). Nachdem der Kläger dagegen Einsprache erhoben hatte (act. 44/2), bestätigte das Strafgericht des Kantons H._____ im Urteil vom 10. Juni 2021 den Schuldspruch (act. 59/1 und 62/5). Gegen dieses Urteil reichte der Kläger mit Eingabe vom 3. September 2021 Berufung beim Appellationsgericht des Kantons H._____ ein (act. 70/1).

8.8 Am 22. Juni 2021 erliess das Kantonsgericht Zug, 2. Abteilung, folgenden (Teil-)Entscheid (act. 61; Verfahren A2 2018 42):

"1.1 Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten den Nettobetrag von CHF 43'292.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2017 zu bezahlen, und es wird festgehalten, dass der Kläger und Widerbeklagte die Betreuung Nr. E._____ des Betreibungsamtes F._____ im Umfang von CHF 43'292.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2017 fortsetzen kann.

1.2 Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten innert einer Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Teilentscheids

vollständige Einsicht in ihre Jahresrechnung 2017 inklusive Belege, insbesondere in die Erfolgsrechnung 2017, zu gewähren.

Dem Kläger und Widerbeklagten wird hiermit eine Frist von 30 Tagen seit Ablauf der Frist gemäss Ziff. 1.2 des Dispositivs angesetzt, innert der er seine Forderung gemäss Ziff. 3 seines Rechtsbegehrens zu beziffern hat. Unterbleibt eine Bezifferung innert Frist, wird auf den Hauptanspruch im Sinne von Ziff. 3 seines Rechtsbegehrens nicht eingetreten.

- 1.3 Im Übrigen wird die Klage (zurzeit) abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
 - 2.1 Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von CHF 555.80 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2018 zu bezahlen, und es wird festgehalten, dass die Beklagte und Widerklägerin die Betreuung Nr. I. _____ des Betreibungsamtes H. _____ im Umfang von CHF 555.80 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2018 fortsetzen kann.
 - 2.2 Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.
 3. Die Prozesskosten für die Klage werden im Endentscheid berücksichtigt.
 4. Die Gerichtskosten für die Widerklage werden wie folgt festgesetzt:

CHF 27'000.00 Entscheidgebühr

Die Gerichtskosten werden der Widerklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 27'000.00 verrechnet.
 5. Die Widerklägerin hat dem Widerbeklagten eine Parteienschädigung für die Widerklage von CHF 41'000.00 zu bezahlen.
 6. [Rechtsmittelbelehrung]"
9. Gegen diesen (Teil-)Entscheid reichten sowohl die Beklagte mit Eingabe vom 24. August 2021 (act. 62) wie auch der Kläger mit Eingabe vom 26. August 2021 (act. 63) beim Obergericht des Kantons Zug innert Frist je Berufung mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein. In der Berufungsantwort vom 18. Oktober 2021 schloss der Kläger auf kostenfällige Abweisung der Berufung der Beklagten (act. 70). Mit Eingabe vom 13. Oktober 2021 stellte die Beklagte ihrerseits Antrag auf Abweisung der Berufung des Klägers und erhob zugleich Anschlussberufung mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 69). In einer weiteren Eingabe vom 29. Oktober 2021 nahm die Beklagte sodann im Rahmen des unbedingten Replikrechts Stellung zur Berufungsantwort des Klägers und wies auf ein weiteres Urteil des Strafgerichts des Kantons H. _____ vom 25. Oktober 2021 hin, mit welchem der Kläger in einem nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Sachverhalt erneut wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verurteilt wurde (act. 72 und 72/1). In der Anschlussberufungsantwort vom 22. November 2021 stellte der Kläger seinerseits Antrag auf kostenfällige Abweisung der Anschlussberufung der Beklagten (act. 74). Zu dieser Eingabe reichte die Beklagte am 29. Dezember 2021 wiederum eine Stellungnahme ein (act. 80).

Es wurden kein zweiter Schriftenwechsel und keine Berufungsverhandlung durchgeführt.

Erwägungen

1. Die zutreffenden Ausführungen des Kantonsgerichts zur Zuständigkeit der Zuger Gerichte sind zu Recht unbestritten geblieben, weshalb ohne Weiteres darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 61 E. 1).
2. Das erstinstanzliche Urteil blieb in einigen Punkten unangefochten. Der besseren Übersicht halber ist dazu Folgendes festzuhalten:
 - 2.1 Vor Kantonsgericht machte der Kläger gegenüber der Beklagten einen Betrag von insgesamt CHF 161'169.65 geltend, bestehend aus
 - CHF 25'270.85 als Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR infolge missbräuchlicher Kündigung (act. 61 E. 3);
 - CHF 43'292.40 als "Umsatzprovision" bzw. Umsatzbeteiligung für das Geschäftsjahr 2016 (act. 61 E. 4);
 - CHF 92'606.40 als Darlehensrückforderung (act. 61 E. 5).Zudem ersuchte er um Einsicht in die Geschäftsbücher der Beklagten zur Berechnung der Umsatzbeteiligung für das Geschäftsjahr 2017 (act. 61 E. 4.5.2) sowie um Berichtigung des von der Beklagten ausgestellten Arbeitszeugnisses vom 7. Juli 2017 (act. 61 E. 6).
 - 2.2 Widerklageweise verlangte die Beklagte vom Kläger einen Betrag von CHF 270'829.88, bestehend aus
 - CHF 14'367.00 als Schadenersatzforderung wegen "Hinterziehung/Falschdeklaration Mehrwertsteuer" (act. 61 E. 8.2);
 - CHF 6'995.10 als Schadenersatzforderung wegen "Ankauf von Wein" (act. 61 E. 8.3);
 - CHF 17'901.57 als Schadenersatzforderung wegen "nicht eingetriebener Ausstände der G. _____ AG gegenüber Kunden" (act. 61 E. 8.4);
 - CHF 7'165.10 als Schadenersatzforderung wegen "Fehlbetrags Kassenbestand per 31. Dezember 2015" (act. 61 E. 8.5);
 - CHF 3'242.15 als Schadenersatzforderung wegen "Privatnutzung von Lagerraum" (act. 61 E. 8.6);
 - CHF 3'240.00 als Schadenersatzforderung wegen "Zweckentfremdung der Büroräumlichkeiten" (act. 61 E. 8.7);
 - CHF 555.80 als Schadenersatzforderung wegen "Auszahlung Rückvergütung T. _____ AG an N. _____ anstatt an Beklagte" (act. 61 E. 8.8);
 - CHF 860.20 als Schadenersatzforderung wegen "Telefonkosten während eines Privat-aufenthalts des Klägers in Dubai" (act. 61 E. 8.9);
 - CHF 3'950.05 als Schadenersatzforderung wegen "N. _____-Festnetzanschlusses beim Kläger zu Hause" (act. 61 E. 8.10);
 - CHF 212'180.91 als Schadenersatzforderung wegen "Bezügen und Zahlungen mit Maestro-Karten ohne geschäftliche Begründung bzw. ohne Beleg" (act. 61 E. 9);
 - CHF 372.00 als Schadenersatzforderung wegen "diversen weiteren Forderungen (Räumung privater Sachen aus den Büroräumlichkeiten der Beklagten sowie Ersatz eines neuen Schlüsselsets für das Postfach)" (act. 61 E. 10).

- 2.3 Das Kantonsgericht hiess die Klage im Umfang von CHF 43'292.40 (Umsatzbeteiligung für das Geschäftsjahr 2016) nebst Zins gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Einsicht in ihre Jahresrechnung 2017 zu gewähren. Hinsichtlich der Entschädigungsforderung wegen missbräuchlicher Kündigung wies es die Klage ab. Im Weiteren wies es die Klage mit Bezug auf die Darlehensrückforderung "zurzeit" ab (act. 61 E. 5.4.3) und trat auf das Zeugnisberichtigungsbegehren des Klägers nicht ein (act. 61 E. 6.2). Auf der anderen Seite hiess das Kantonsgericht die Widerklage der Beklagten im Umfang von CHF 555.80 (Schadenersatzforderung wegen "Auszahlung Rückvergütung T. _____ AG an N. _____ anstatt an Beklagte") nebst Zins gut; im Übrigen wies es die Widerklage ab (act. 61 E. 8-11).
- 2.4 In seiner Berufung wendet sich der Kläger gegen die "derzeitige" Abweisung der Klage hinsichtlich der Darlehensrückforderung von CHF 92'606.40 und macht insgesamt einen Betrag von CHF 135'898.80 (d.h. die Darlehensrückforderung und die ihm erstinstanzlich zugesprochene Umsatzbeteiligung für das Geschäftsjahr 2016 von CHF 43'292.40) geltend. Demgegenüber verlangt die Beklagte mit ihrer Anschlussberufung die vollumfängliche und nicht bloss die "derzeitige" Abweisung der Klage hinsichtlich der Darlehensrückforderung. In ihrer eigenen Berufung beantragt sie zudem, dem Kläger sei entgegen dem erstinstanzlichen Urteil weder eine Umsatzbeteiligung für das Geschäftsjahr 2016 zuzusprechen noch Einsicht in ihre Jahresrechnung 2017 zu gewähren; auch diesbezüglich sei die Klage (vollumfänglich) abzuweisen. Hingegen sei ihre Widerklage im Umfang von CHF 244'658.16 gutzuheissen (Schadenersatzforderungen von CHF 14'367.00 wegen "Hinterziehung/Falschdeklaration Mehrwertsteuer"; CHF 6'995.10 wegen "Ankauf von Wein"; CHF 7'165.10 wegen "Fehlbetrags Kassenbestand per 31. Dezember 2015"; CHF 3'950.05 wegen "N. _____ - Festnetzanschlusses beim Kläger zu Hause"; CHF 212'180.91 wegen "Bezügen und Zahlungen mit Maestro-Karten ohne geschäftliche Begründung bzw. ohne Beleg").
- 2.5 Demgegenüber hat der Kläger die Abweisung der Klage bezüglich der Entschädigungsforderung wegen missbräuchlicher Kündigung und das Nichteintreten auf das Zeugnisberichtigungsbegehren sowie die Gutheissung der Widerklage hinsichtlich der Schadenersatzforderung von CHF 555.80 wegen "Auszahlung Rückvergütung T. _____ AG an N. _____ anstatt an Beklagte" nicht angefochten. Andererseits hat die Beklagte gegen die Abweisung der Widerklage betreffend die Schadenersatzforderungen von CHF 17'901.57 wegen "nicht eingetriebener Ausstände der G. _____ AG gegenüber Kunden", von CHF 3'242.15 wegen "Privatnutzung von Lagerraum", von CHF 3'240.00 wegen "Zweckentfremdung der Büroräumlichkeiten", von CHF 860.20 wegen "Telefonkosten während eines Privataufenthalts des Klägers in Dubai" sowie von CHF 372.00 wegen "diversen weiteren Forderungen" keine Berufung erhoben. In all den eben erwähnten Punkten ist das erstinstanzliche Urteil somit in Rechtskraft erwachsen, weshalb sich diesbezüglich weitere Ausführungen erübrigen.
3. Bevor auf die einzelnen Rügen der Parteien eingegangen wird, ist in prozessualer Hinsicht Folgendes festzuhalten:
- 3.1 Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO).

Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des

erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dabei muss die Berufungsklägerin aufzeigen, inwiefern und weshalb sie den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet bzw. weshalb (zulässige) Noven oder neue Beweismittel einen anderen Schluss aufdrängen. Um diesen Anforderungen nachzukommen, genügt es nicht, wenn die Berufungsklägerin lediglich auf ihre Vorbringen vor erster Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Vielmehr muss sie im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen ihre Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_72/2021 vom 28. September 2021 E. 7.3.2 m.w.H., insbesondere auf BGE 142 III 413 E. 2.2.2; 138 III 374 E. 4.3.1).

Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Lässt die Berufung insgesamt oder hinsichtlich eines bestimmten Streitpunkts eine (hinreichende) Begründung vermissen, so tritt die Berufungsinstanz darauf nicht ein. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO entbindet nicht von einer gehörigen Begründung der Rechtsmitteleingabe. Ebenso wenig besteht eine Pflicht des Berufungsgerichts, die Berufung zur Verbesserung zurückzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_350/2019 vom 26. Oktober 2020 E. 4.1 und 5A_342/20020 vom 4. März 2021 E. 3.3, je m.w.H.).

- 3.2 Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie (a.) ohne Verzug vorgebracht werden; und (b.) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen echten und unechten neuen Vorbringen. Bei den echten Noven geht es um Tatsachen, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens, d.h. nach dem Zeitpunkt, in welchem im erstinstanzlichen Verfahren letztmals neue Tatsachen vorgetragen werden konnten, entstanden sind. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Neu im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist eine Tatsache nicht nur dann, wenn sie der Geltendmachung eines gänzlich neuen Standpunkts in tatsächlicher Hinsicht dient, sondern auch dann, wenn die novenwillige Partei damit eine bereits vor erster Instanz vorgetragene Behauptung (nachträglich) substantiiert bzw. substantiiert behauptet. Will eine Partei im Berufungsverfahren unechte Noven vortragen, obliegt es ihr präzise aufzuzeigen, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren die ihr zumutbare Sorgfalt hat walten lassen. Sie hat namentlich präzise darzulegen, aus welchen Gründen sie nicht in der Lage gewesen sein soll, die neu behaupteten Tatsachen und Beweismittel bereits in erster Instanz in den Prozess einzubringen. Bei echten Noven ist das Kriterium der Neuheit (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) ohne Weiteres gegeben. Folglich hat die novenwillige Partei darzutun, dass sie die neue Tatsache im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO "ohne Verzug" vorgebracht hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.1.3.2 f. m.w.H.).

4. In der Sache streiten sich die Parteien vorab um die Stellung von K._____ und dessen Verantwortungsbereich bei der Beklagten, wobei sich der Streit insbesondere um die Frage dreht, ob und allenfalls in welchem Umfang die Handlungen und das Wissen von K._____ der Beklagten zuzurechnen sind. Während der Kläger K._____ bis zu dessen Verwaltungsratsmandat ab dem September 2017 als faktisches Organ der Beklagten und ihn als zuständig für die Finanzen bzw. die Buchhaltung der Beklagten betrachtet, behauptet die Beklagte, der Kläger habe als operativer Leiter während seiner gesamten Tätigkeit für die Beklagte die Finanzverantwortung innegehabt und dabei die externe Treuhandfirma U._____ AG bzw. den für diese tätigen V._____ mit der Führung der Buchhaltung beauftragt (act. 61 E. 8.1.5).
- 4.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass K._____ zwar erst am 29. September 2017 als formelles Organ der Beklagten im Handelsregister eingetragen worden sei (act. 1/2). Als Mehrheitsaktionär der Muttergesellschaft und damit wirtschaftlich Hauptberechtigter habe er aber bedeutend in die Geschäfte der Beklagten eingegriffen und die Willensbildung in der Gesellschaft massgebend mitbestimmt, weshalb er für die Zeit davor als faktisches Organ zu gelten habe. Dass er bei der Beklagten seit der Gründung faktische Organstellung innegehabt habe, sei denn auch unbestritten geblieben (act. 1 Rz 17). Ausserdem habe der Kläger nachgewiesen, dass sich K._____ – nebst dem Kläger – mindestens seit dem Jahr 2010 regelmässig in tragender Rolle um die Buchhaltung der Beklagten gekümmert bzw. jedenfalls Einblick in die Buchhaltung gehabt habe. Entsprechend habe K._____ teilweise direkt mit den Revisoren kommuniziert, mit diesen Abreden getroffen und ihnen Anweisungen erteilt. Anfragen der Revisionsstelle an den Kläger habe dieser kommentarlos an K._____ weitergeleitet. Aus diversen E-Mails gehe sodann hervor, dass sich K._____ vertieft mit der Buchhaltung auseinandergesetzt und stets vollen Einblick in die Buchhaltung gehabt habe (act. 21/3-11). Beispielsweise sei ersichtlich, dass er über die Buchhaltung der Beklagten sowie die Lagerbestände am 19. Februar 2014 Bescheid gewusst und auch Buchungen des Klägers kontrolliert und revidiert habe (act. 21/7). Mithin habe sich K._____ bereits vor dem Jahr 2015 gründlich mit der Buchhaltung der Beklagten befasst, selbst wenn in dieser Zeit noch der Kläger die Hauptverantwortung getragen haben sollte. Spätestens ab dem Jahr 2015 habe K._____ die Hauptverantwortung für die Buchhaltung übernommen. Dies gehe zum einen aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Kläger und K._____ vom 15. März 2017 hervor. Darin habe der Kläger erwähnt, dass K._____ im Jahr 2015 die Finanzleitung komplett übernommen habe, wobei ihm dieser nicht widersprochen habe (act. 25/3: "[...] Seit deiner kompletten Übernahme der Finanzleitung im 2015 wird es für mich immer schwieriger alle Zusammenhänge im Kopf zu behalten und vieles ohne vorh. Absprache erfolgt"). Zum anderen hätten die Parteien in der handschriftlichen und unterzeichneten Besprechungsnotiz vom 25. September 2015 bestätigt, dass alleine K._____ für die Finanzen zuständig sei (act. 7/8 Abs. 2; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.3). Gemäss dem Kläger habe es durch diese Vereinbarung keine Zuständigkeitsänderung gegeben, da gemäss seiner Auffassung die Finanzverantwortung bereits zuvor bei K._____ gelegen habe (act. 21 Rz 28). Jedenfalls sei erstellt, dass K._____ zumindest ab dem Jahr 2015 die Finanz(mit)verantwortung innegehabt habe und bereits zuvor regelmässig in die Buchhaltung involviert gewesen sei. Das Wissen von K._____ sei – so die Vorinstanz implizit – der Beklagten zuzurechnen (act. 61 E. 2 und 8.1.5 f.).
- 4.2 Dem hält die Beklagte in ihrer Berufung im Wesentlichen Folgendes entgegen:

4.2.1 Die Darstellung der Vorinstanz, wonach K. _____ bei der Beklagten eine faktische Organstellung innegehabt habe und er für die Finanzen sowie die Buchhaltung der Beklagten verantwortlich gewesen sei, sei unzutreffend. K. _____ habe sich weder seit dem Jahr 2010 um die Buchhaltung gekümmert noch habe er ab dem Jahr 2015 die Hauptverantwortung für die Finanzen getragen. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der Kläger während seiner gesamten Tätigkeit vom April 2009 bis zum 31. Juli 2017 (resp. bis zum Abwahldatum) als Verwaltungsratsdelegierter der Beklagten für deren gesamte operative Führung umfassend verantwortlich gewesen sei. Als Delegierter des Verwaltungsrats sei er definitionsgemäss und auch in Tat und Wahrheit jenes Mitglied des obersten Leistungsgremiums gewesen, welches für die operative Führung der Gesellschaft die Verantwortung getragen habe. Dies erfasse auch die Verantwortung für administrative Belange wie das Führen der Buchhaltung. Diese Verantwortung sei im Entwurf des Geschäftsführer-Arbeitsvertrags und in der Vereinbarung vom 19. März 2009 nachweislich dem Kläger zugewiesen worden (act. 1/8 und 1/11; act. 62 Rz 23 und 26 f.; act. 69 Rz 29).

4.2.2 Allgemein komme einem Delegierten des Verwaltungsrats in Bezug auf die operative Führung eine besondere Stellung und damit verbunden ein besonderes Vertrauensverhältnis zu. Der Kläger habe nach der Gründung der Beklagten einen externen Treuhänder, d.h. die U. _____ AG bzw. V. _____, bestimmt, was die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nachgewiesen und der Kläger nicht bestritten habe. Dieser habe den Treuhänder instruiert und mit ihm jeweils die provisorischen Jahresabschlüsse vorbereitet. Derselbe Treuhänder sei auch für die N. _____ GmbH des Klägers tätig gewesen, was unmissverständlich zeige, dass das buchhalterische Tagesgeschäft im Aufgabenbereich des Klägers und des von diesem instruierten und überwachten externen Buchhalters gelegen habe. Diese Zuständigkeiten seien auch im Jahr 2015 nicht geändert worden, als der Kläger vorgegeben habe, die Geschäftsziele wegen der angeblich zu grossen administrativen Belastung nicht erreicht zu haben, und es infolgedessen zur Vereinbarung gemäss der Besprechungsnotiz vom 25. September 2015 gekommen sei, worin sich der Kläger zu einer vermehrten Zusammenarbeit hinsichtlich Finanzen und Lagerbewirtschaftung sowie zu einer vermehrten Konzentration auf Verkauf und Marketing verpflichtet habe (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.3). Wie der Kläger selbst festgehalten habe, gehe aus der Besprechungsnotiz keine Zuständigkeitsänderung hervor (act. 21 Rz 28; act. 25 Rz 14). Diese [von K. _____ gewährte] Unterstützung des Klägers in gewissen Teilbereichen habe auch zu keinen Änderungen hinsichtlich des buchhalterischen Tagesgeschäfts geführt; dieses sei nach wie vor vom operativ einzig hauptverantwortlichen Kläger und dessen Buchhalter V. _____ geführt worden. Weiter habe die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt, dass der Kläger während seiner gesamten Tätigkeit für die Beklagte die ihm zugewiesene Verantwortung im Bereich der Finanzen und Buchhaltung durchaus wahrgenommen habe: Der Kläger habe die Zusammenarbeit mit V. _____ auch nach dem September 2015 weitergeführt. Wie bisher habe er diesem seine Belege für Barbezüge und Spesen direkt gesandt, sich die Kontenblätter des provisorischen Jahresabschlusses 2016 mit E-Mail vom 19. Januar 2017 zukommen lassen und die Buchhaltungsordner bei der Revisionsstelle eigenhändig abgeholt, ohne dafür quittieren zu müssen. Damit habe die Beklagte die operative Verantwortung des Klägers für die alltägliche Buchhaltungsführung nachgewiesen. Dieser habe überdies in seinem Lebenslauf professionelle Kenntnisse in Buchhaltung und Controlling aufgeführt. Ausserdem habe sich K. _____ gemäss eigener Aussage des Klägers "jahrelang lediglich um die Kapitalbeschaffung gekümmert" [ehe er – so der Kläger weiter – ab dem Jahr 2015 "zunehmend und

ohne Befugnis sowie im eigenen bzw. im Interesse der Q._____ in den operativen Geschäftsbetrieb" eingegriffen habe; act. 21 Rz 13). Auch habe die Vorinstanz die E-Mail vom 2. Juli 2017 der Verwaltungsratspräsidentin an den Kläger nicht berücksichtigt, worin sie dem Kläger diverse Fragen – unter anderem auch zu finanziellen Belangen – gestellt habe (act. 1/28; act. 62 Rz 26-32).

- 4.2.3 Ferner habe die Vorinstanz die tatsächlichen Abgrenzungen im Bereich Finanzen verkannt und K._____ zu Unrecht pauschal eine tragende Rolle hinsichtlich der Buchhaltung zugewiesen. Unter dem Begriff der "Führung der Buchhaltung" sei grundsätzlich das (administrative) Tagesgeschäft zu sehen, d.h. die operative Verbuchung einzelner Geschäftsvorfälle sowie ein- und ausgehender Rechnungen und die Kontrolle von Rechnungen sowie die Kontrolle und Kontierung von Spesenbelegen etc. Wer für die Buchhaltung verantwortlich sei, kümmere sich um die einzelnen Buchungen (inkl. Verfassung der dazugehörigen Buchungstexte) sowie um die einzelnen Kontenblätter und habe Einsicht in die einzelnen Buchungsvorgänge. Dafür seien nachweislich der Kläger und der externe Treuhänder V._____ zuständig gewesen. K._____ sei auf dieser Stufe nie eine konstante Aufgabe oder eine Verantwortung bzw. gar eine tragende Rolle zugekommen. Gegenteiliges habe der Kläger, der sich auf diese Darstellung stützen wolle, nie bewiesen.

Neben der Führung der Buchhaltung sei die Erstellung des Jahresberichts gesondert zu betrachten. Wohl basiere der Jahresbericht auf den einzelnen oder zusammengefasst ausgewiesenen Saldi der einzelnen Buchhaltungskonten. Die Erstellung des Jahresberichts beinhalte aber vielmehr rechnungslegungsrechtlich dominierte Vorgänge, wie z.B. die Bildung von Rückstellungen oder Ähnlichem. Den Abschluss hätten der Kläger und der externe Buchhalter V._____ erstellt. Unbestrittenermassen sei der Kläger als Delegierter und Mitglied des Verwaltungsrats verantwortlich für die Erstellung des Geschäftsberichts gewesen, zumal es sich dabei um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe gemäss Art. 716a Abs. 1 OR handle. K._____ habe in seiner Eigenschaft als Hauptaktionär der Muttergesellschaft den Kläger stets nur beratend unterstützt. Unter den Oberbegriff der Finanzen habe die Vorinstanz zusätzlich die Tätigkeit im Bereich der Liquiditätsplanung subsumiert. Diese stehe aber nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit der eigentlichen tagtäglichen Buchführung. Vielmehr basiere die Liquiditätsplanung auf den feststehenden und potentiellen Warendispositionen, ein- und ausgehenden Zahlungen sowie der Liquiditätsbeschaffung bei Dritten (z.B. bei Banken). Aus diesem Teilbereich ergebe sich aber keine Zuständigkeit genereller Natur; weder ganz allgemein für sämtliche irgendwie gearteten Belange im Bereich Finanzen noch für eine vertiefte, tägliche Befassung mit einzelnen Buchungen.

Indem die Vorinstanz pauschal und undifferenziert von einer "Finanzverantwortung" [von K._____] ausgehe, verkenne sie tatsachenwidrig, dass ausser dem Kläger und seinem externen Buchhalter V._____ niemand mit der alltäglichen Führung der Buchhaltung befasst gewesen sei (act. 62 Rz 33 und 98).

- 4.2.4 Unzutreffend sei auch die Feststellung der Vorinstanz, dass der Kläger Anfragen der Revisionsstelle kommentarlos an K._____ weitergeleitet habe. Die E-Mail der Revisionsstelle vom 21. März 2012 richte sich direkt an den Kläger und nicht an K._____. Der Kläger werde darin zur Beantwortung verschiedener Fragen rund um den Jahresabschluss aufgefordert (act. 21/5). Demgegenüber enthalte die weitergeleitete E-Mail, auf welche sich die Vorin-

stanz bezogen habe, Revisionsdokumente des Geschäftsjahres 2011, welche Orientierungskopien für den Hauptaktionär gewesen seien (act. 21/5). Generell hätten der Vorinstanz keine Beweise vorgelegen, gemäss denen K._____ oder andere Mitarbeiter der Beklagten – ausser dem Kläger – Belege für die Buchhaltung an V._____ gesendet hätten. Auch die Kontakte mit der Revisionsstelle hätten sich auf Themen der Jahresabschlüsse und nicht der tagtäglichen Führung der Buchhaltung bezogen. Somit lasse sich nicht ableiten, K._____ habe aufgrund der Unterstützungstätigkeiten vollständigen Einblick in die Buchhaltung gehabt bzw. sei über alle einzelnen Buchungen im Bilde oder gar für diese verantwortlich gewesen (act. 62 Rz 34 f.).

4.2.5 Ebenfalls unzutreffend sei die Erwägung der Vorinstanz, wonach K._____ bei der Beklagten die Stellung einer faktischen Organperson innegehabt habe. Die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid auf pauschale Aussagen abgestellt, ohne diese auch nur ansatzweise zu begründen. Entgegen deren Auffassung habe die Beklagte die faktische Organstellung von K._____ mit den Ausführungen – insbesondere zur Vorgeschichte und zur Aufgabenverteilung unter den Beteiligten – bestritten. Daraus gehe gesamthaft und im Einzelnen hervor, dass K._____ keine "allesentscheidende" Einflussnahme auf die Willensbildung bei der Beklagten ausgeübt habe. Die unzutreffende Erwägung der Vorinstanz, die Stellung von K._____ als faktischem Organ sei angeblich unbestritten geblieben, basiere dagegen einzig auf der begriffsjuristischen Betrachtungsweise, die Beklagte habe einem spezifischen Satz in einer spezifischen Randziffer nicht wortwörtlich widersprochen. Die "irrigte Erwägung" sei aber in der Gesamtheit von der Beklagten widerlegt worden (act. 62 Rz 36-39).

4.3 Demgegenüber teilt der Kläger die Auffassung der Vorinstanz. Die U._____ AG bzw. V._____ seien ihm in keiner Form nähergestanden als K._____. Letzterer sei jeweils in die Korrespondenz mit V._____ eingebunden worden (vgl. die E-Mail von V._____ vom 13. Juni 2015 [act. 7/4]). Weitere E-Mails von und an K._____ zeigten für die Geschäftsjahre 2009 bis 2016, dass Letzterer tatsächlich für die Buchhaltung zuständig gewesen sei und von sämtlichen Bezügen und Zahlungen des Klägers gewusst habe (act. 21/3-11). Inwiefern es von Belang sein solle, dass die U._____ AG neben der Beklagten auch für die N._____ GmbH tätig gewesen sei, sei nicht ersichtlich und habe die Beklagte bis heute nicht dargelegt (act. 70 Rz 21).

4.4 Die Frage, ob K._____ faktisches Organ der Beklagten war (vgl. zu den Voraussetzungen: Kunz, Materielle Organschaft ["faktische VR"]: Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, S. 173 ff., 176 ff.), kann vorliegend offenbleiben. Inwiefern eine bestimmte Person ohne formelle Organstellung für eine Gesellschaft rechtsgeschäftlich handeln kann und darf, ergibt sich nämlich nicht aus der allfälligen Stellung als faktisches Organ, sondern alleine aus dem bürgerlichen oder kaufmännischen Stellvertretungsrecht gemäss Art. 32 ff. bzw. Art. 458 ff. OR (vgl. BGE 146 III 37 [= Pra 2020 Nr. 36]; Schmidt/Burckhardt, BGER 4A_445/2018: Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft durch ein faktisches Organ, AJP 2020 126 ff.; Bernet/von der Crone, Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft, SZW/RSDA 2020 84 ff.).

4.4.1 Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet (vgl. Art. 32 Abs. 1 OR; bürgerliches Stellvertretungsrecht).

Handlungsbevollmächtigter ist, wer vom Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes – ohne Erteilung der Prokura – zum Betrieb des ganzen Gewerbes oder zu bestimmten Geschäften in seinem Gewerbe als Vertreter bestellt wird und sich daher die Vollmacht auf alle Rechtshandlungen erstreckt, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (vgl. Art. 462 Abs. 1 OR; kaufmännisches Stellvertretungsrecht).

Die direkte Vertretungswirkung tritt – sowohl bei der bürgerlichen Stellvertretung gemäss Art. 32 Abs. 1 OR wie auch bei der kaufmännischen Stellvertretung gemäss Art. 458 ff. OR – ein, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hat und einem Dritten beim Abschluss des Rechtsgeschäfts erklärt, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts beim Vertretenen entstehen sollen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_524/2017 vom 26. Januar 2018 E. 6.2; Watter, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 32 OR N 12, Art. 458 OR N 13 f. und Art. 462 OR N 7). Vertretungsmacht ist die Rechtsmacht des Vertreters, mit Wirkung für den Vertretenen zu handeln. Rechtsgeschäftlich wird die Vertretungsmacht des Vertreters durch eine Bevollmächtigung des Vertretenen eingeräumt. Die Bevollmächtigung kann formfrei erteilt werden und ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. In die Kategorie der stillschweigenden Bevollmächtigung gehört die (interne) Duldungsvollmacht. Sie liegt vor, wenn dem Vertretenen der Wille zur Vollmachtserteilung fehlt, er aber vom Auftreten eines anderen als seinem Vertreter Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet. Vergleichbar verhält es sich bei der (internen) Anscheinsvollmacht. Der Vertretene hat hier vom Vertreterhandeln keine Kenntnis, hätte dieses aber bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennen müssen und verhindern können, sodass der Vertreter dieses Verhalten als Bevollmächtigung verstehen darf. Die Vertretungsmacht ist stets Voraussetzung für ein Handeln mit Wirkung für Dritte; fehlt sie, tritt diese Wirkung allenfalls durch Gutgläubensschutz (Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR) oder durch Genehmigung (Art. 38 OR) ein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_562/2019 vom 10. Juli 2020 E. 4.1 und 5.1.2 m.w.H.; Watter, a.a.O., Art. 32 OR N 13 f. und Art. 33 OR N 14 f.; Müller, Haftung für Unterschriften im Namen einer Gesellschaft, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, 2010, S. 182).

Auch wenn keine (interne) Duldungs- oder Anscheinsvollmacht (bzw. keine darüber hinausgehende Vollmachtskundgabe) besteht, kann unter bestimmten Umständen ein Vertretungsgeschäft zwischen dem Vertretenen und dem Dritten gestützt auf den Gutgläubensschutz von Art. 33 Abs. 3 OR zustande kommen. Dies ist dann der Fall, wenn eine "externe Anscheins- oder Duldungsvollmacht" vorliegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_710/2014 vom 3. Juli 2015 E. 2, nicht publiziert in: BGE 141 III 289; BGE 120 II 197 E. 2a), welche eine Vollmachtskundgabe im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR zu begründen vermag (vgl. Zäch/Künzler, Berner Kommentar, 2. A. 2014, Art. 33 OR N 152). Der Vertretene ist nicht deshalb gebunden, weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten oder Unterlassen an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite nach dem Vertrauensprinzip in guten Treuen auf einen bestimmten Mitteilungswillen (bzw. eine entsprechende Vollmachtskundgabe im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR) schliessen durfte. Die Bindungswirkung tritt somit nicht bereits dann ein, wenn der Dritte auf den Bestand einer Vollmacht schliessen darf, sondern bloss dann, wenn das Verhalten oder Unterlassen des Vertretenen objektiv als drittgerichtete Vollmachtskundgabe im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR zu werten ist. Hat der Vertretene Kenntnis vom Auftreten des Vertreters, schreitet aber dagegen nicht ein, wird ihm eine externe Duldungs-

vollmacht unterstellt. Kennt er das Verhalten des Vertreters nicht, könnte er es aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit kennen und verhindern, liegt eine externe Anscheinsvollmacht vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_562/2019 vom 10. Juli 2020 E. 6.3.1 m.w.H., BGE 120 II 197 E. 2b.bb; Müller, a.a.O., S. 186 f.).

Das Wissen des Vertreters wird dem Vertretenen zugerechnet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_19/2013 vom 30. April 2013 E. 3.1.1; Watter, a.a.O., Art. 32 OR N 5 und 25).

- 4.4.2 Vorliegend hatte die Beklagte zweifellos davon Kenntnis, dass K. _____ seit ihrer Gründung für sie auftrat. Dies zeigt ohne Weiteres die "Kaufmännische Handlungsvollmacht nach Art. 462 OR", die K. _____ von der einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidentin L. _____ am 18. April 2017 rückwirkend auf den Zeitpunkt der Gründung der Beklagten erteilt wurde (act. 25/6). Da die Beklagte jedoch gegen das Auftreten von K. _____ nicht einschritt, lag seit ihrer Gründung eine externe Duldungsvollmacht vor, welche ohne Weiteres eine drittgerichtete Vollmachtsgabe im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR darstellte, worauf der Kläger vertrauen durfte. Hinzu kommt, dass L. _____ am 18. April 2017 sämtliche Handlungen von K. _____ "in der Vergangenheit seit der Gründung der Beklagten" genehmigte (act. 25/6), womit sogar eine direkte Vertretungswirkung eingetreten ist. Im Übrigen betitelte selbst die Beklagte in ihrer Berufung K. _____ als "Vertreter der Beklagten" (act. 62 Rz 41).
- 4.5 Ferner ist zwischen den Parteien unbestritten, dass der Kläger Geschäftsführer der Beklagten war, weshalb ihm grundsätzlich auch die Buchführung oblag (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 6.3.1 f.; s. auch act. 7 Rz 19 und act. 21 Rz 26, wonach der Kläger unbestrittenermassen die externe Treuhandfirma U. _____ AG bzw. den für diese tätigen V. _____ bestimmte). Demgegenüber vermochte der Kläger nicht zu beweisen, dass K. _____ bereits seit der Gründung der Beklagten für die Buchhaltung verantwortlich gewesen sei (Art. 8 ZGB). Dass K. _____ – so die Vorinstanz (vgl. act. 61 E. 8.1.5) – teilweise direkt mit den Revisoren kommuniziert, mit diesen Abreden getroffen und ihnen Anweisungen erteilt habe und der Kläger an ihn gerichtete Anfragen der Revisionsstelle an K. _____ weitergeleitet habe, bedeutet nicht, dass diesem die einzelnen Buchungen in der Buchhaltung bekannt waren oder hätten bekannt sein können bzw. müssen. Daran vermag offenkundig auch der Umstand nichts zu ändern, dass ihm offenbar die Lagerbestände am 19. Februar 2014 bekannt waren und er entsprechende Buchungen konsultierte (act. 21/7). Der (impliziten) Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach sich K. _____ schon vor dem Jahr 2015 derart gründlich mit der Buchhaltung der Beklagten befasst habe, dass er von den einzelnen Buchungen wusste bzw. hätte wissen können (und dieses Wissen der Beklagten anzurechnen sei), kann somit nicht gefolgt werden.

Wer sich ab dem Jahr 2015 für die Buchhaltung verantwortlich zeigte – ob der Kläger oder K. _____ oder beide –, kann schliesslich ebenfalls offenbleiben, ist doch erstellt, dass einerseits K. _____ von den Privatbezügen des Klägers in den Geschäftsjahren 2014 und 2015 wusste (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.2 und 3.4 sowie hinten E. 7.3.1) und daher auch in den Geschäftsjahren 2016 und 2017 mit solchen Privatbezügen rechnen musste und andererseits der Kläger wusste, dass solche Privatbezüge nicht toleriert werden (vgl. hinten E. 7.3.3).

5. Hinsichtlich der Geschäftsjahre 2016 und 2017 ist zwischen den Parteien umstritten, ob die Beklagte dem Kläger – nebst dem monatlichen Bruttolohn von CHF 5'500.00 – zusätzlich einen variablen Lohnanteil schuldet und die Parteien gegebenenfalls eine Umsatzbeteiligung im Sinne von Art. 322a OR oder eine Provision im Sinne von Art. 322b OR vereinbart haben.
- 5.1 Hat der Arbeitnehmer vertraglich Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist gemäss Art. 322a OR für die Berechnung des Anteils das Ergebnis des Geschäftsjahres massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist (Abs. 1). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist (Abs. 2). Ist ein Anteil am Gewinn des Unternehmens verabredet, so ist dem Arbeitnehmer überdies auf Verlangen eine Abschrift der Erfolgsrechnung zu übergeben (Abs. 3).

Ist demgegenüber eine Provision des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften verabredet worden, so entsteht der Anspruch darauf, wenn das Geschäft mit dem Dritten rechtsgültig abgeschlossen ist (Art. 322b Abs. 1 OR).

- 5.2 Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Als innere Tatsache lässt sich der Wille nicht direkt beweisen. Vielmehr muss aus Indizien auf einen solchen Willen geschlossen werden können. Bei der Ermittlung des wirklichen Willens sind alle Tatsachen und Faktoren zu berücksichtigen, aus denen auf die Willenslage bei Abgabe der Vertragserklärung geschlossen werden kann. Infolgedessen gibt es keine eigentliche Hierarchie der Auslegungsmittel. Grundlage der Auslegung ist der Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen oder des aufgrund solcher Erklärungen zustande gekommenen Vertragstextes. Als weitere oder ergänzende Auslegungsmittel gelten alle Umstände, die geeignet sind, zur Feststellung des wirklichen Willens der Parteien bei Vertragsabschluss beizutragen, namentlich die Entstehungsgeschichte des Vertrags, die Begleitumstände, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss, der Vertragszweck sowie Verkehrssitte und Usancen. Bleibt der tatsächliche Parteiwille unbewiesen, ist der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln. Dabei sind die Erklärungen und Verhaltensweisen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (normative oder objektivierte Auslegung). Bei der objektivierten Auslegung ist nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung (vgl. BGE 144 III 43 E. 3.3; 138 III 659 E. 4.2.1; 132 III 626 E. 3.1; 121 III 118 E. 4b.aa; Wiegand, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 18 OR N 11 ff. und 49, je m.w.H.; Jäggi/Gauch/Hartmann, Zürcher Kommentar, 4. A. 2014, Art. 18 OR N 65, 356 f. und 360 f.).

Kommt der Vertrag in Stellvertretung zustande, ist bei der Vertragsauslegung der innere Wille des Vertreters massgebend, den sich der Vertretene auch dann anrechnen lassen muss, wenn dieser von seinem eigenen tatsächlichen Willen abweicht (vgl. BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 140 III 86 E. 4.1 [= Pra 2014 Nr. 79]; Watter, a.a.O., Art. 32 OR N 23).

Ein Vertrag kann auch stillschweigend oder konkludent zustande kommen, indem der Geschäftswille aus dem Verhalten der Parteien abgeleitet wird, wobei für die Auslegung des

Vertragsinhalts die Umstände allein massgeblich sind (vgl. Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A. 2016, N 27.10 m.H.; Jäggi/Gauch/Hartmann, a.a.O., Art. 18 OR N 385).

- 5.3 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dem Kläger sei der Beweis gelungen, dass sich die Parteien (zumindest durch konkludentes Verhalten) auf eine Umsatzbeteiligung im Sinne von Art. 322a OR und – trotz der von den Parteien regelmässig fälschlicherweise benutzten Bezeichnung – nicht auf eine Provision im Sinne von Art. 322b OR zugunsten des Klägers geeinigt hätten (act. 61 E. 4.2 f.).
- 5.3.1 In der zwischen dem Kläger und K. _____ am 19. März 2009 abgeschlossenen Vereinbarung (act. 1/8) hätten die [Vertrags-]Parteien festgehalten, dass dem Kläger 2 % des Umsatzes ("Umsatzprovision") und 20 % des Ertrags ("Gewinnbeteiligung") als "Provision" zukommen sollten. Die Vereinbarung hätte als Grundlage für die noch auszufertigenden Geschäftsführer- und Aktionärsverträge dienen sollen. Diese weiteren Verträge (act. 1/11 und 1/12) seien dann in der Folge zwar nicht unterzeichnet worden, da sich die Parteien – gemäss der von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen Darlegung des Klägers – nicht über Nebenpunkte hätten einigen können (act. 1 Rz 12 und 16; act. 7 Rz 64). Dass sich die Parteien aber in den Hauptpunkten – namentlich auch bei der "Provisionsregelung" – tatsächlich einig gewesen seien, ergebe sich aus verschiedenen Dokumenten. Zunächst sei dem im Vorfeld des Vertragsabschlusses ergangenen E-Mail-Verkehr zwischen K. _____ und dem Kläger vom 5. März 2009 zu entnehmen, dass die Vereinbarung einer "Provision" nebst dem Grundlohn dem Willen der Parteien entsprochen habe (act. 1/9). Später habe K. _____ in der E-Mail an den Kläger vom 15. März 2010, welcher die Entwürfe des Aktionärs- und des Geschäftsführervertrags anhängt gewesen seien, festgehalten, dass er die Verträge durchgesehen habe und denke, es stimme alles (act. 1/10). Die umstrittene "Provisionsregelung" finde sich auch in Ziff. 9 des Entwurfs des ausgearbeiteten, aber nicht unterzeichneten Geschäftsführer-Arbeitsvertrags wieder (act. 1/11). Weder dem Wortlaut noch der Korrespondenz zwischen den Parteien sei zu entnehmen, dass sich der Umsatz lediglich auf die Geschäfte des Klägers hätte beschränken sollen (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.1-2.3.2; act. 61 E. 4.3.1).
- 5.3.2 Ein entscheidendes Indiz für den seinerzeitigen tatsächlichen Willen der Parteien sei das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss. Aus der Art und Weise, wie der Kläger und die Beklagte den Vertrag betreffend Umsatzbeteiligung gelebt hätten, liessen sich Rückschlüsse auf den Willen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ziehen.

In der E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Kläger und K. _____ vom 2./3. Januar 2014 habe K. _____ die "Umsatzprovision" von 2 % bestätigt sowie explizit auf den Geschäftsführer-Arbeitsvertrag Bezug genommen und dessen Unterzeichnung durch den Kläger gefordert (act. 1/20). Aus der Korrespondenz sei ersichtlich, dass der "Umsatzprovisionsanspruch" des Klägers von 2 % grundsätzlich unstrittig gewesen sei. Mit seiner E-Mail vom 8. März 2015 sowie seiner Unterschrift vom 27. Januar 2015 in einem Notizbuch ["Milchbüchlein"] habe K. _____ den "Provisionsanspruch" erneut bestätigt bzw. anerkannt (act. 21/9 und 1/22). Dasselbe gehe aus der von beiden Parteien unterzeichneten Aktennotiz einer Sitzung zwischen dem Kläger und K. _____ im Frühjahr 2015 hervor, worin sich die Parteien über eine Vertragsänderung betreffend Ebit geeinigt hätten, aber die streitgegenständliche "Um-

satzprovision" hätten beibehalten wollen (act. 1/21). Diese Einigung sei wiederum in einer handschriftlichen Gesprächsnotiz vom 25. September 2015 bestätigt worden (act. 7/8). Sämtliche "Umsatzprovisionen", welche dem Kläger gemäss verschiedenen Aktenstücken zugesprochen worden seien, seien mit 2 % des Gesamtumsatzes berechnet worden und nicht etwa nur mit den vom Kläger getätigten Geschäften; so auch die unbestrittenermassen für das Jahr 2015 zugesprochene "Umsatzprovision". Der Gesamtumsatz ergebe sich dabei aus der Position "Ertrag aus Lieferung und Leistung" der Erfolgsrechnung 2015 der Beklagten (vgl. für das Jahr 2015: Ertrag aus Lieferungen und Leistungen = CHF 1'343'719.85; gewährte "Provision" bzw. Umsatzbeteiligung = CHF 26'867.35, was ungefähr den vereinbarten 2 % dieses Gesamtumsatzes entspreche; act. 7/25a; act. 21/16 [Erfolgsrechnung vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015]; act. 21 Rz 66). Somit ergebe sich sowohl aus dem Wortlaut der Vereinbarung vom 19. März 2009 (act. 1/8 Ziff. 1.b) als auch aus den dem Kläger effektiv gewährten Umsatzbeteiligungen, dass sich die geschuldete Umsatzbeteiligung anhand des Gesamtumsatzes der Beklagten und nicht etwa nur anhand des Umsatzes des Klägers alleine berechne (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4-2.7 und 3.3; act. 61 E. 4.3.2).

5.3.3 Demgegenüber seien die diversen Einwände der Beklagten gegen die Vereinbarung einer Umsatzbeteiligung unbehelflich.

5.3.3.1 Die Beklagte habe eingewendet, bei der Vereinbarung vom 19. März 2009 (act. 1/8) habe es sich nur um eine Absichtserklärung und nicht um eine rechtsverbindliche Vereinbarung gehandelt, weshalb diese nicht zur Begründung eines "Provisionsanspruchs" herangezogen werden könne. Im Weiteren stelle die im Frühjahr 2015 unterzeichnete Aktennotiz nach Auffassung der Beklagten keine ausreichende Grundlage für den Anspruch auf "Umsatzprovision" dar, da diese nur gegolten hätte, "wenn wir uns mit allem anderen auch einig sind" (act. 1/21 Ziff. 1 lit. e), mithin wenn die weiteren Konditionen vom Kläger erfüllt worden wären. Dem sei – so die Vorinstanz – entgegenzuhalten, dass beide Parteien die Vereinbarung vom 19. März 2009 unterschrieben und sich auf die Umsatzbeteiligung geeinigt hätten. In der Folge hätten sie – wie bereits dargelegt – die Umsatzbeteiligung von 2 % wiederholt im E-Mail-Verkehr bestätigt. Hinsichtlich der Aktennotiz sei festzuhalten, dass von weiteren Konditionen keine Rede sei. Es handle sich um eine ausgedruckte Liste, welche ans Meeting mitgebracht und handschriftlich ergänzt worden sei. Mit ihrer Unterzeichnung hätten die Parteien bestätigt, dass sie sich einig geworden seien (d.h. "Provision" wie bisher und keine 20 % Gewinnbeteiligung mehr). Damit sei die Umsatzbeteiligung für das Jahr 2015 entsprechend zugestanden worden, was belege, dass sich die Parteien zumindest punkto Umsatzbeteiligung einig gewesen seien. Mithin habe der Anspruch des Klägers auf 2 % am jährlichen Gesamtumsatz eine ausreichende Grundlage (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.1 und 2.5.1; act. 61 E. 4.4.5 und 4.4.7).

5.3.3.2 Weiter habe die Beklagte vorgebracht, dass die vom Kläger geforderte "Provision" von CHF 26'867.35 im Jahr 2015 einmalig gewesen [und aus Kulanz gewährt worden] sei. Da diese "Provision" nur durch ein weiteres Darlehen von K. _____ hätte bezahlt werden können, sei die "Provision" als Ausnahme und einzig unter der Bedingung gewährt worden, dass diese erst ausbezahlt werde, wenn die Darlehen zurückgeführt seien und die Liquidität eine Auszahlung zulasse (act. 7 Rz 24 und 58 f.). Gegen diese Auffassung der Beklagten sprächen – so die Vorinstanz – zum einen die obigen Ausführungen, welche einen dauernden Anspruch auf eine Umsatzbeteiligung belegen würden. Zum anderen widerlege die von

K. _____ unterzeichnete Aktennotiz vom 27. Januar 2015 (act. 1/22) die Behauptung einer einmaligen "Kulanzprovision", habe er doch darin bestätigt, dass die "Provision[en]" bis und mit 2012 abgerechnet und bezahlt worden seien und in der Folge weitere "Provisionen" ausstehend gewesen seien (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.5.2; act. 61 E. 4.4.2).

Sodann habe die Beklagte geltend gemacht, man habe eine Rechnung gefunden, gemäss welcher die N. _____ GmbH [von der Beklagten] einen der "Provision" für das Jahr 2015 entsprechenden Betrag eingefordert habe (act. 7 Rz 24 und 58; act. 7/10). Hierbei sei – so die Vorinstanz – impliziert worden, dass der Kläger sich die (bedingte und noch nicht final zugesprochene) "Provision" durch eine gefälschte Rechnung seiner Gesellschaft verschafft habe. Die Beklagte verkenne jedoch, dass der Kläger bereits in der Klage ausgeführt habe, er habe diese "Provision" an die N. _____ GmbH abgetreten und als Darlehen stehen gelassen, um die Liquidität in der Beklagten zu belassen. Die Forderung der N. _____ GmbH sei somit unproblematisch. Ein entsprechender Hinweis [des Klägers] finde sich auch im E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien vom 3. Januar 2014 (act. 1 Rz 14; act. 7/29): "Die Zahlungen der definitiven Umsatzprovisionen von 2 % auf den Gesamtumsatz habe ich wie bisher auf meine GmbH übertragen" (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4 und 2.7; act. 61 E. 4.4.3).

Die Beklagte habe dem Kläger ausserdem vorgeworfen, er habe in der Buchhaltung der Beklagten den Buchungstext seiner "Provision" für das Jahr 2015 von "2 % Provision vom Verkaufserlös" in "Verkaufsprovision N. _____ GmbH" abgeändert, um den deutlichen Bezug zur Berechnungsbasis und zu ihm als Arbeitnehmer zu beseitigen (act. 25 Rz 98; act. 7/25a, 7/30 und 25/24). Diese Argumentation sei jedoch – so die Vorinstanz – nicht rechtserheblich, zumal sich alle relevanten Erkenntnisse sowohl auf die alte wie auch die angeblich abgeänderte Buchhaltung abstützen liessen. Im Übrigen habe K. _____ die Buchhaltung im Jahr 2015 geführt (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.7; act. 61 E. 4.4.6).

Ferner habe die Beklagte entgegnet, der Kläger habe die für das Geschäftsjahr 2016 vereinbarten Ziele (u.a. Absatz des gekauften _____, Beibringung einer Bürgschaft) nicht erreicht und das während der Arbeitszeit entwickelte Getränk "W. _____" nicht auf die Beklagte, sondern die N. _____ GmbH eintragen lassen. Deshalb habe man dem Kläger in einem Gespräch zu Beginn des Jahres 2017 mitgeteilt, dass er in diesem Jahr keine "Gratifikation" erhalten werde (act. 7 Rz 25 ff.). Gemäss den vorliegenden Unterlagen und den vorstehenden Ausführungen sei – so die Vorinstanz – jedoch davon auszugehen, dass die Umsatzbeteiligung unbedingt geschuldet gewesen sei. Da allfällige Fehler des Klägers keinen Einfluss auf seine Lohnansprüche bzw. Umsatzbeteiligung hätten haben können bzw. die Beklagte ihm diese nicht einseitig habe aberkennen dürfen, sei dieses Argument der Beklagten somit nicht zu hören. Bei allenfalls relevanten Pflichtverletzungen des Klägers hätte die Beklagte die Verrechnungseinrede erheben und die Voraussetzungen einer Schadenersatzforderung dartun können, was sie jedoch nicht getan habe (act. 61 E. 4.4.4). Offenbleiben könne, weshalb die "Provision" in den Lohnausweisen 2013-2017 nie aufgeführt worden sei. Dies sei wohl aus steuerlichen Gründen geschehen, was zwar verwerflich wäre, aber vorliegend nicht relevant sei (vgl. act. 1/14 und 25/21-23; act. 61 E. 4.4.8).

5.3.3.3 Schliesslich habe die Beklagte eingewendet, man habe die "Kulanzprovision" an die Nachreichung einer korrekten Abrechnung geknüpft, wobei "Umsätze der Beklagten an die

Q._____ " (abdisponierte Ware) nicht umsatzrelevant gewesen seien. Ausgangslage sei nicht der Gesamtumsatz gewesen, sondern nur der vom Kläger erwirtschaftete Umsatz, was aus der E-Mail-Korrespondenz vom 2./3. Januar 2014 hervorgehe. Einzig Umsätze aus Geschäften mit Kunden des Klägers oder mit Kunden, die dem Kläger von K._____ überlassen worden seien, berechtigten zu einer "Provision" (act. 7 Rz 67; act. 7/29). Im erwähnten E-Mail-Verkehr vom 2./3. Januar 2014 habe – so die Vorinstanz – K._____ vom Kläger wissen wollen, ob die Umsätze von BC an Q._____ in der Abrechnung enthalten seien und gemeint, dass diese Umsätze nicht "provisionsrelevant" seien, da dafür keine Kundenakquisitionen erfolgt seien (act. 7/29). Aus der Buchhaltung sei aber ersichtlich, dass dem Kläger am 31. Dezember 2015, also weit nach der diesbezüglichen Diskussion vom 2./3. Januar 2014, eine volle Umsatzbeteiligung zugesprochen worden sei (act. 7/25a). Es sei eine "Provision" von 2 % des "Verkaufserlöses" (d.h. Ertrag aus Lieferungen und Leistungen), mithin eine "Provision" von CHF 26'867.35, verbucht worden, was rund 2 % des Gesamtumsatzes von CHF 1'343'719.85 (act. 1/17) entsprochen habe. Da die "Provision" für das Jahr 2015 im Nachgang zur Diskussion vom 2./3. Januar 2014 dann doch unter Anwendung des Gesamtumsatzes berechnet worden sei, sei davon auszugehen, dass sich die Parteien entsprechend geeinigt hätten, zumal zum damaligen Zeitpunkt bereits K._____ die Verantwortung für die Buchhaltung übernommen habe (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4 und 2.7; act. 61 E. 4.4.1).

Mit Rechnung vom 6. Mai 2010 habe der Kläger im Namen der P._____ GmbH von der Beklagten unter der Referenz "Provisionsberechnung 2009" folgenden Betrag eingefordert (act. 7/26 bzw. 21/18):

Aufstellung	Bemerkung	CHF
Umsatzbetrag gesamt	31.12.2009	280'484.35
XY._____ Abzug		69'460.00
Umsatzberechnung effektiv		210'024.35
Umsatzprovision 2 %		4'220.50
MWST 7,6 %		320.75
Betrag		4'541.25
[...]"		

Aus dieser Rechnung könne die Beklagte jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Bezeichnenderweise handle es sich dabei um die einzige Abrechnung, bei welcher ein Abzug ["XY._____ Abzug"] vom Gesamtumsatz vorgenommen worden sei. Dieser Abzug habe gemäss den nachvollziehbaren Ausführungen des Klägers daher gerührt, dass der Beklagten wegen dieser Position kein Aufwand entstanden sei und die Parteien sie deshalb nicht zum Gesamtumsatz der Beklagten hinzugezählt hätten. Dies gehe denn auch aus dem 2. Absatz der E-Mail des Klägers an K._____ vom 3. Januar 2014 hervor (act. 21 Rz 68; act. 7/29). Sämtliche Unterlagen wiesen somit darauf hin, dass zur Bestimmung der "Umsatzprovision" vom Gesamtumsatz auszugehen sei. Die Beklagte habe sodann nicht dargelegt, welche Abzüge vom Gesamtumsatz konkret angebracht gewesen wären. Soweit die Beklagte im Weiteren moniert habe, dass neben dem Kläger noch ein anderer Mitarbeiter in der Akquisition angestellt gewesen sei und nicht klar sei, ob der Kläger den kausalen Beitrag für die "Provision" geleistet habe, habe sie verkannt, dass die Parteien nicht eine Provision im Sinne von Art. 322b OR, sondern einen Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR vereinbart und diese Vergütung lediglich konstant falsch bezeichnet hätten. Die Unterlagen zeigten, dass die

Parteien die "Provision" als Anteil am Geschäftsumsatz vereinbart hätten, weshalb es sich rechtlich um einen Anteil am Geschäftsergebnis (eine sog. Umsatzbeteiligung) und nicht um eine Provision handle. Da die Parteien die "Provision" anhand des Gesamtumsatzes vereinbart hätten, sei irrelevant, wer die Geschäfte akquiriert habe. Ein kausaler Beitrag werde dabei nicht gefordert (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4; act. 61 E. 4.2 und 4.4.1).

- 5.3.4 Somit sei erstellt, dass zwischen den Parteien eine Vereinbarung bestehe, wonach der Kläger Anspruch auf eine Umsatzbeteiligung von 2 % auf dem Gesamtumsatz der Beklagten habe, welcher als Lohnbestandteil für das Jahr 2016 und "pro rata temporis" [bzw. anteilmässig] für das Jahr 2017 bestehe bzw. noch offen sei.

Gemäss dem Bericht der Revisionsstelle der Beklagten vom 8. März 2017 habe deren Gesamt-Jahresumsatz im Jahr 2016 CHF 2'164'619.00 betragen (act. 1/33; Ertrag aus Lieferungen und Leistungen). Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch von CHF 43'292.40 (= 2 % davon) sei somit ausgewiesen (act. 1 Rz 30; act. 1/23) und dem Kläger zuzusprechen. Wie bei der Umsatzbeteiligung im Jahr 2015 habe der Kläger Anspruch auf Auszahlung der 2 %, d.h. von CHF 43'292.40, womit es sich dabei um den Nettobetrag handle. Ebenso sei der beantragte Verzugszins von 5 % seit dem 1. Oktober 2017 (Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. September 2017; Art. 339 Abs. 1 OR; Art. 102 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 OR) geschuldet (act. 61 E. 4.5 und 4.5.1).

Für das Geschäftsjahr 2017 würden dem Kläger die Unterlagen zur Berechnung der Umsatzbeteiligung fehlen, weshalb er diesen Anspruch mit einer Stufenklage geltend gemacht habe. Bei Stufenklagen seien das Hilfsbegehren auf Information und der Hauptanspruch in der Weise objektiv gehäuft, dass über das Hilfsbegehren zuerst zu entscheiden sei. Nach Erteilung der Information und entsprechender Bezifferung könne über das Hauptbegehren entschieden werden. Gemäss den vorstehenden Ausführungen bestehe ein grundsätzlicher Anspruch des Klägers auf die Umsatzbeteiligung auch für das Geschäftsjahr 2017. Der materiellrechtliche Anspruch auf Auskunftserteilung stütze sich direkt auf Art. 322a Abs. 2 und 3 OR. Demzufolge sei dem Kläger antragsgemäss vollständige Einsicht in die Jahresrechnung 2017, insbesondere in die Erfolgsrechnung 2017 (inklusive Belege), zu gewähren (act. 61 E. 4.5.2).

- 5.4 Dagegen bringt die Beklagte in ihrer Berufung zusammengefasst Folgendes vor:

- 5.4.1 Hinsichtlich der Umsatzbeteiligung bestehe weder eine vertragliche Grundlage noch eine zwischen den Parteien gelebte einheitliche Praxis. Der Kläger habe die Beklagte bis zur Kündigung operativ geleitet, aber nie einen schriftlichen Arbeitsvertrag unterzeichnet. Die Vereinbarung vom 19. März 2009 vermöge diesen Umstand nicht umzustossen, habe sie doch nur als Grundlage für die noch auszufertigenden Verträge gedient, diese aber nicht ersetzt. Zudem habe die Beklagte, welche unbestrittenermassen Arbeitgeberin gewesen sei, diese Vereinbarung gar nicht mitunterzeichnet. Diese Tatsache ignoriere die Vorinstanz, wenn sie ausführe, dass die Vereinbarung von beiden Parteien unterschrieben worden sei. Das sei schlichtweg falsch: Die Beklagte sei im Zeitpunkt der Unterzeichnung am 19. März 2009 noch nicht einmal gegründet gewesen und habe somit gar nicht Partei dieser Vereinbarung sein können. Folglich könne die Vereinbarung vom 19. März 2009 entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht zur Bestimmung oder Auslegung des Willens der Beklagten herangezogen werden. Daran vermöge auch der Entwurf des Geschäftsführer-Arbeitsver-

trags nichts zu ändern, sei dieser doch aufgrund verschiedener Differenzen nie unterzeichnet worden. Es habe also – abgesehen vom Umstand, dass ein Arbeitsverhältnis bestanden habe – klarerweise Dissens zwischen den Parteien unter anderem in Bezug auf die Elemente der Lohngestaltung bestanden. Es liege somit kein unterzeichneter Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten vor, der eine (angeblich bedingungslos geschuldete) 2%ige Umsatzbeteiligung ausweise. Insbesondere treffe auch nicht zu, dass die Beklagte die Ausführungen des Klägers in Bezug auf den nicht zustande gekommenen schriftlichen Arbeitsvertrag nicht substantiiert bestritten habe. Vielmehr habe es der Kläger versäumt, seine Behauptungen überhaupt substantiiert darzulegen. So könne er für seine Behauptung, es sei nur noch über Nebenpunkte diskutiert worden, keinerlei Beweise vorlegen. Die Vorinstanz gehe somit fehl, wenn sie den nicht substantiierten Behauptungen des Klägers folge (act. 62 Rz 91-93).

5.4.2 Falsch sei weiter die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Aktennotiz vom Frühjahr 2015 belege, dass sich die Parteien über die Umsatzbeteiligung einig gewesen seien. Sie ignoriere, dass die getroffene Vereinbarung davon abhängig gewesen sei, dass auch eine Einigung betreffend weitere Punkte zustande komme. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei sehr wohl die Rede von weiteren Konditionen gewesen, nämlich explizit von denjenigen in den Ziff. 3 und 4 der Aktennotiz (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.5.1). Aus dem Zusatz "% Prov. wie bisher" liessen sich zudem keine Rückschlüsse auf den Charakter einer Provision ziehen, d.h. ob diese bedingt oder unbedingt geschuldet sei. Diese Formulierung bedeute vielmehr, dass die bisherige Praxis – soweit eine solche überhaupt bestanden habe – weitergeführt werden solle. Ganz generell könne jedoch nicht von einer konstant gelebten Praxis oder Ähnlichem gesprochen werden, habe doch der Kläger in seiner Stellung als operativer Hauptverantwortlicher der Beklagten gewissermassen die Spielregeln selbst gesetzt bzw. sich irgendwelche von ihm selbst konstruierte Forderungen gewährt. Aus der angeblich gelebten Praxis könne nichts zugunsten des Klägers abgeleitet werden, habe doch nachweislich keine regelmässige Auszahlungspraxis bestanden. Es habe in der Tat keine einzige Auszahlung an den Kläger gegeben, was dieser selbst jahrelang so gehandhabt und nicht bemängelt habe. Eine angeblich gelebte Praxis, die regelmässig und bedingungslos gewesen wäre, wäre aber vom Kläger zu beweisen gewesen. Dieser Beweis sei ihm nicht gelungen. Mehr noch: Die Beklagte habe nachweisen können, dass dem Kläger in den Jahren 2009 bis 2015 keine einzige Provision bzw. Umsatzbeteiligung ausbezahlt worden sei. Vor diesem Hintergrund von einer unbedingt geschuldeten Umsatzbeteiligung zu sprechen, sei aktenwidrig und schlichtweg falsch. Was die angebliche Provision im Jahr 2015 betreffe, ignoriere die Vorinstanz, dass die Beklagte gar nie eine entsprechende Zahlung geleistet habe und der Kläger eine solche somit auch nicht habe nachweisen können. Groteskerweise habe der Kläger mittels seiner N. _____ GmbH jüngst sogar die Beklagte auf Bezahlung der "abgetretene[n] Umsatzprovision 2015" betrieben. Durch die unterbliebene Zahlung habe die Beklagte ganz eindeutig zu erkennen gegeben, dass sie die Forderung des Klägers eben gerade nicht anerkenne. Auch sei bezeichnend, dass der Kläger die angebliche Provision für das Jahr 2015 mit seiner Klage gar nicht eingefordert habe. Ebenfalls habe der Kläger nie irgendwelche Beweise für die angebliche Abtretung vorgelegt, sondern habe schlicht und einfach eine Rechnung mit dem Vermerk "wir danken für Ihren Auftrag" an die Beklagte gestellt, was alles gegen die Gewährung einer Provision spreche. Nur weil der Kläger eine Rechnung gestellt habe, welche erst noch auf seine N. _____ GmbH laute und mit "Consulting" bezeichnet sei (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.7), heisse das noch lange nicht, dass sich die Par-

teilen in konkludenter Weise auf eine Provision für das Jahr 2015 geeinigt hätten. Diese Schlussfolgerung der Vorinstanz sei falsch. Sie verkenne, dass der Kläger regelmässig versucht habe, durch eigenmächtiges Handeln einen Konsens zu fingieren, was keinen Schutz verdiene. Selbst wenn die Provision für das Jahr 2015 vereinbart gewesen wäre, wäre darin – mangels Nachweises früherer Zahlungen – eine einmalige Leistung zu erblicken. Gegenteiliges könne auch dem Auszug aus dem "Milchbüchlein" nicht entnommen werden (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.5.2): Insbesondere sei bezeichnend, dass im erwähnten Dokument an keiner Stelle Bezug zur (angeblichen) Provision im Jahr 2015 genommen werde; dieses könne hierfür also gar keinen Beweis erbringen. Vielmehr thematisiere die Notiz nur die (bestrittenen) Provisionen bis und mit dem Jahr 2013, wobei im Jahr 2010 keine Provision – auch nicht aus Kulanz – verabredet oder gewährt worden und folglich keine Zahlung erfolgt sei und betreffend das Jahr 2013 ausdrücklich ein Vorbehalt angebracht worden sei ("Abrechnung folgt"). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die (bis anhin nicht bezahlte) angebliche Provision im Jahr 2015 sei nicht einmalig gewesen, sei somit ebenfalls aktenwidrig (act. 62 Rz 94-96).

- 5.4.3 Ausserdem sei es nur dem Kläger als Delegiertem des Verwaltungsrats und operativ einzig verantwortlichem Mitglied des Verwaltungsrats möglich gewesen, eigenmächtig die ihm angeblich zustehende Provision und deren Betragshöhe mittels Rechnungen seiner N._____ GmbH zu fakturieren und diese in die Buchhaltung einzufügen. Aus den Jahresrechnungen 2009/10 bis 2016 der Beklagten ergebe sich, dass nie ein variabler Vergütungsanspruch des Klägers bestanden habe. Nirgendwo habe der Kläger eine "Provision" ausgewiesen oder eine "Umsatzbeteiligung" in der Bilanz oder der Erfolgsrechnung zurückgestellt, wozu er als Verwaltungsratsdelegierter jedoch verpflichtet gewesen wäre, ansonsten er gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit und -klarheit sowie gegen das rechnungslegungsrechtliche Vorsichtsprinzip verstossen hätte. Die Vorinstanz sei tatsachenwidrig davon ausgegangen, dass K._____ im Dezember 2015 bzw. Januar 2016 die Verantwortung über die Buchhaltung der Beklagten übernommen habe. Da dies nicht zutreffe, fielen auch Kontenblätter als Beweis gegen die Position der Beklagten ausser Betracht. Unabhängig davon könne sich die Vorinstanz aufgrund der eigenmächtigen Vorgehensweise des Klägers nicht ernsthaft darauf stützen, dass das Kontenblatt vom 22. Januar 2016 (act. 7/25a) Beweis für die Zusprechung einer vollen Umsatzbeteiligung sein soll (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.7). Wie dargelegt, habe der Kläger als operativer Leiter des Tagesgeschäfts die Buchhaltung geführt und sei daher auch für die Buchhaltungseinträge und deren Änderung im Zusammenhang mit der Provision verantwortlich gewesen. Und weiter könne dieser Eintrag, auf welchen sich die Vorinstanz zu Unrecht stütze, der Beklagten deshalb nicht entgegengehalten werden, da die Buchung nachweislich aufgrund einer Rechnung der klägerischen N._____ GmbH als Beleg gebucht worden sei. Die Lohnausweise hätten erwiesenermassen keine Provisionszahlungen ausgewiesen. Auch diesen Umstand habe die Vorinstanz lapidar "unter den Teppich zu kehren" versucht, indem sie gemeint habe, der Grund hierfür könne offenbleiben. Dies könne jedoch nicht angehen, habe sich der Kläger doch gar nie dazu geäußert, geschweige denn die Ausführungen der Beklagten (substanziiert) bestritten. Damit habe er auch anerkannt, dass er jeweils die entsprechenden Lohnausweise in Auftrag gegeben bzw. den Treuhänder instruiert habe, keine Provision auszuweisen. Mit den nicht aufgeführten Provisionszahlungen werde zum Ausdruck gebracht, dass allfällige Zahlungen eben gerade keinen Lohncharakter gehabt hätten. Der Grund der fehlenden Aufführung brauche daher auch nicht offenzubleiben, sondern bestehe ganz eindeutig darin, dass weder

eine Provision als variabler Lohnbestandteil vereinbart noch eine solche gelebt oder ausbezahlt worden sei. Auf diejenigen Handlungen des Klägers, welche genau diese Tatsache beweisen würden (wie z.B. die Lohnausweise oder die Buchhaltungseinträge), sei der Kläger zu behaften (act. 62 Rz 97-101).

5.4.4 Da der Kläger weder eine schriftliche oder mündliche Vereinbarung noch eine konstante Auszahlungspraxis habe nachweisen können, sei der ihm obliegende Beweis misslungen, dass er einen grundsätzlichen bzw. bedingungslosen Anspruch auf einen variablen Lohnbestandteil habe. Es könne insbesondere nicht angehen, dass die Vorinstanz das Verhalten des Klägers schütze, der durch eigenmächtige Handlungen bzw. Aussagen einen Konsens zu konstruieren versuche. Für die Jahre 2016 und 2017 habe der Kläger somit keinen Anspruch auf einen zusätzlichen Lohnbestandteil, habe doch die Beklagte einen solchen weder aus Kulanz noch als Gratifikation versprochen. Auch habe die Beklagte wegen der Pflichtverletzungen des Klägers keine Verrechnungseinrede erheben müssen, da eine allfällige Zahlung [eines variablen Lohnbestandteils] eben in ihrem alleinigen Ermessen gestanden habe (act. 62 Rz 102).

5.4.5 Selbst wenn der Kläger Anspruch auf einen variablen Lohnbestandteil gehabt hätte, wäre darin nicht ein Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR, sondern eine Provision im Sinne von Art. 322b OR zu erkennen gewesen, weshalb der vorinstanzliche Entscheid auch in diesem Punkt falsch sei. Dies ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass sich in den Akten kein einziges Dokument finden lasse, welches die Bezeichnung "Umsatzbeteiligung" oder "Anteil am Geschäftsergebnis" verwende. Vielmehr spreche auch der Kläger stets von einer "Provision", was entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen sehr wohl relevant sei. Denn wenn der Kläger konstant die gleiche Bezeichnung verwende, so sei die einzig logische Erklärung, dass er auch dasselbe – also eine Provision – gemeint habe. Dies habe insbesondere dann zu gelten, wenn – wie vorliegend – für beide Begriffe eine gesetzliche Regelung – mithin auch eine Definition – bestehe. Gegenteiliges wäre nach Art. 8 ZGB von derjenigen Partei zu beweisen, die daraus Rechte ableite, vorliegend also vom Kläger. Hinzu komme, dass der Kläger bereits seit dem Jahr 2006 Gesellschafter und Geschäftsführer seiner N._____ GmbH und damit erwiesenermassen geschäftserfahren sei. Als solcher kenne er den Unterschied zwischen einer Provision und einer Umsatzbeteiligung. Damit habe die Beklagte gestützt auf das Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen, dass sich beide Parteien auf eine Provision geeinigt hätten und für deren Berechnung eben begriffsnotwendig nicht der Gesamtumsatz, sondern nur der vom Kläger selbst generierte Umsatz entscheidend gewesen sei. Dass aus Sicht der Parteien klarerweise überhaupt nur der vom Kläger erwirtschaftete Umsatz relevant gewesen sei, ergebe sich auch aus der E-Mail-Korrespondenz vom 2./3. Januar 2014. Darin schreibe K._____ bezüglich der vom Kläger geforderten Provisionszahlungen: "Könnte es sein, dass die Umsätze von BC an Q._____ in der Abrechnung mitenthalten sind?" Damit habe die Beklagte ausdrücklich ihre Zweifel an der Berechnungsweise des Klägers kundgetan, was die Vorinstanz völlig ignoriert habe. Der Kläger habe daraufhin am 3. Januar 2014 geantwortet, in seiner "Abrechnung [seien] die Umsätze von BC und Q._____ enthalten selbstverständlich ausser diese, welche ich bzw. BC auch keinen Aufwand hatten wie bsp. diese an XY._____ im 2009". "XY._____" stehe dabei als Stichwort stellvertretend für Umsatz, der vom Hauptaktionär der Muttergesellschaft, d.h. von K._____, getätigt worden sei und somit eben nicht Bestandteil einer (Kulanz-)Provision sein könne. Gleiches habe auch für Umsätze mit der Gesellschaft Q._____ zu

gelten, welche K. _____ bekanntlich zur Liquiditätssicherung der Beklagten habe tätigen müssen. Auch der Kläger habe deutlich gemacht, dass nicht der Gesamtumsatz entscheidend sein könne. Er habe bestätigt, dass Umsätze, welche er nicht erwirtschaftet habe ("diese, welche ich bzw. BC auch keinen Aufwand hatten"), auszugrenzen seien. Dies habe die Vorinstanz komplett ignoriert. K. _____ habe die Sichtweise des Klägers umgehend bestätigt: "Umsätze sind Kundenaquisitionen oder Deine Kunden oder Kunden von mir, die ich an BC gegeben habe." Die Beklagte habe damit bestätigt, dass – wenn überhaupt – nur die Umsätze betreffend die vom Kläger akquirierten Kunden zu berücksichtigen seien und eben gerade die Umsätze des Hauptaktionärs, auch noch an dessen eigene Gesellschaft Q. _____, für eine allfällige Provisionsabrechnung vom Gesamtumsatz abzuziehen seien (act. 1/20 und 7/29; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4; act. 62 Rz 103-106).

Die im Jahr 2009 vorgenommene Auszahlung belege das dargelegte übereinstimmende Verständnis der Parteien. So weise die Provisionsberechnung des Jahres 2009, welche der Kläger selbst erstellt habe, explizit einen Abzug für denjenigen Teil des Umsatzes ("XY. _____ Abzug") aus, welchen eben nicht der Kläger selbst erwirtschaftet habe, sondern der Hauptaktionär K. _____. Unverständlich erscheine somit, wieso die Vorinstanz völlig ausser Acht gelassen habe, dass der Kläger nachweislich im Jahr 2009 selbst davon ausgegangen sei, dass – wenn überhaupt eine variable Vergütung geschuldet sei – ein Umsatz des Hauptaktionärs bzw. von K. _____ bei der Bemessung abzuziehen sei. Dies könne – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – mit der (bestrittenen) Provision für das Geschäftsjahr 2015 nicht widerlegt werden: Erstens habe die Beklagte den angeblichen Anspruch nie anerkannt und auch nie eine Zahlung geleistet; und zweitens stünde der Abrechnung des Jahres 2015 immer noch diejenige des Jahres 2009 gegenüber, bei der eben ein Abzug für Umsätze des Hauptaktionärs K. _____ vorgenommen worden sei. Eine einheitliche Praxis könne der Kläger somit nicht nachweisen, weshalb diesem der ihm obliegende Beweis misslinge. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass offenbar selbst die Vorinstanz Zweifel ob ihrer Einschätzung habe, habe diese doch in ihrem Entscheid bezeichnenderweise selbst den Begriff "Provision" verwendet (act. 61 E. 4.4.8). Somit sei festzuhalten, dass – soweit eine Provision dem Grundsatz nach geschuldet wäre – einzig Umsätze aus Geschäften mit Kunden des Klägers oder mit Kunden, die dem Kläger von K. _____ überlassen worden seien, zu einer Provision berechtigen würden. Jedenfalls hätte der Beitrag des Arbeitnehmers "conditio-sine-qua-non" für den Abschluss des Geschäfts sein müssen. Solche Nachweise habe der Kläger jedoch nicht erbracht, womit auch darum sein angeblicher Anspruch abzuweisen sei (act. 62 Rz 107-109 und 111).

- 5.5 Der Beklagten ist vorab insoweit zuzustimmen, als auf die Vereinbarung zwischen dem Kläger und K. _____ vom 19. März 2009 (act. 1/8) nicht abgestellt werden kann, ist doch die Beklagte nicht Vertragspartei dieser Vereinbarung, weil sie zu jenem Zeitpunkt noch nicht gegründet war und L. _____ die Handlungen von K. _____ nur ab der Gründung der Beklagten genehmigte (vgl. vorne E. 4.4.2). Zudem wurde die nicht näher substantiierte Behauptung des Klägers, der Geschäftsführer-Arbeitsvertrag sei lediglich deshalb nicht unterzeichnet worden, da sich die Parteien über Nebenpunkte nicht hätten einigen können, von der Beklagten hinreichend bestritten (act. 7 Rz 60 und 64). Dass hinsichtlich der Umsatzbeteiligung eine Vereinbarung im Sinne des Geschäftsführer-Arbeitsvertrags zustande gekommen ist, ist jedoch mit der E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Kläger und dem die Beklagte vertretenden K. _____ vom 2./3. Januar 2014 erstellt (vgl. vorne E. 4.4.2). Dort wurde –

wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – auf den nicht unterzeichneten Geschäftsführer-Arbeitsvertrag Bezug genommen und zur Berechnung der Umsatzbeteiligungen der Geschäftsjahre 2011 und 2012 auf 2 % des Umsatzes abgestellt, was den Bestimmungen im Vertrag entspricht (act. 1/20; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4). Im Weiteren bestätigten der Kläger und der die Beklagte vertretende K. _____ den Anspruch auf eine Beteiligung von 2 % des Umsatzes für das Geschäftsjahr 2013 erneut mit ihrer Unterschrift im "Milchbüchlein" (act. 1/22; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.5.2). Wer für die Buchhaltung ab dem Jahr 2015 zuständig war, kann auch im vorliegenden Kontext offenbleiben (vgl. vorne E. 4.5), ist doch die Buchung einer Umsatzbeteiligung von 2 % für das Geschäftsjahr 2015 nach dem Gesagten vertraglich abgedeckt. Im Übrigen geht die Umsatzbeteiligung auch aus der im Frühjahr 2015 unterzeichneten Aktennotiz hervor (act. 1/21; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.5.1): Unabhängig davon, ob die Bestimmungen in der Aktennotiz von weiteren Bedingungen abhängig waren oder nicht, wäre die Umsatzbeteiligung – so oder anders – "wie bisher" gewährt worden. An diesem erstellten Parteikonsens vermögen – wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte – auch die nicht korrekt ausgefüllten Lohnausweise nichts zu ändern.

Dass die Parteien sodann eine Umsatzbeteiligung nach Art. 322a OR und nicht eine Provision im Sinne von Art. 322b OR vereinbarten, geht wiederum aus der E-Mail-Korrespondenz vom 2./3. Januar 2014 hervor. In der E-Mail vom 2. Januar 2014 stellte der Kläger hinsichtlich der Geschäftsjahre 2011 und 2012 auf 2 % des Gesamtumsatzes ab und bezog sich dabei offensichtlich – wie es auch die Buchhaltung der Beklagten für das Geschäftsjahr 2015 ausweist (vgl. vorne E. 5.3.2) – auf die Position "Ertrag aus Lieferungen und Leistungen" der Erfolgsrechnung der Beklagten (vgl. act. 21/16 [Erfolgsrechnung der Beklagten des Geschäftsjahrs 2011: Ertrag aus Lieferungen und Leistungen: CHF 1'402'393.67; Erfolgsrechnung der Beklagten des Geschäftsjahrs 2012: Ertrag aus Lieferungen und Leistungen: CHF 1'392'815.62]). Auf Nachfrage von K. _____ bestätigte der Kläger dies denn auch ohne Weiteres mit E-Mail vom 3. Januar 2014 (act. 7/29 ["2 % auf dem Gesamtumsatz"]). Der von K. _____ in diesem Zusammenhang in seiner E-Mail vom 3. Januar 2014 (18:58 Uhr) gestreute Zweifel hinsichtlich "normaler Umsätze" (act. 7/29 ["normale Umsätze sind Kundenaquisition oder Deine Kunden oder Kunden von mir, die ich an BC gegeben habe"]) vermag daran nichts zu ändern, weil sich K. _____ diesbezüglich auch nicht sicher war und beim Kläger nachfragte, woran sich dieser noch erinnern könne (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4). Allein aus diesem Grund kann jedenfalls nicht darauf geschlossen werden, dass – entgegen der Vereinbarung der Parteien – eine Provision im Sinne von Art. 322b OR abgemacht war. Ebenso wenig vermag die Berechnung der Umsatzbeteiligung im Geschäftsjahr 2013, bei welcher ein geringerer Umsatzbetrag (CHF 1'616'530.00; act. 1/22; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.5.2) als derjenige der Erfolgsrechnung 2013 (CHF 1'675'458.69; act. 21/16) herangezogen wurde, die mit der E-Mail-Korrespondenz vom 2./3. Januar 2014 nachgewiesene Vereinbarung der Parteien umzustossen, können sich die Parteien doch im Einzelfall auch auf einen geringeren Betrag einigen (vgl. auch act. 25 Rz 128 lit. c). Nicht entscheidend ins Gewicht fällt schliesslich auch der "XY. _____ Abzug" gemäss der Rechnung vom 6. Mai 2010. Einerseits setzt sich die Beklagte in ihrer Berufung mit der Begründung der Vorinstanz, dass dieser Abzug deshalb erfolgt sei, weil der Beklagten für diese Position kein Aufwand entstanden und sie deshalb von den Parteien nicht zum Gesamtumsatz der Beklagten hinzugezählt worden sei (vgl. act. 61 E. 4.4.1; vorne E. 5.3.3.3), nicht argumentativ auseinander. Damit hat dieser Sachverhalt als erstellt zu gelten bzw. kann diesbezüglich nicht auf die Berufung eingetreten werden (vgl. vorne E. 3.1). Andererseits wäre dieser Abzug – selbst bei hinreichender Berufungsbegründung – nicht dazu

geeignet, die vereinbarte Umsatzbeteiligung in Frage zu stellen, bestätigte doch der die Beklagte vertretende K. _____ in seiner E-Mail vom 3. Januar 2014 (18:58 Uhr), dass der XY. _____-Abzug nichts mit der "Umsatzberechnungsmasse" zu tun habe (act. 7/29 ["ich spreche nicht von 2009/XY. _____"]; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 2.4).

- 5.6 Nach dem Gesagten ist erstellt, dass der Kläger Anspruch auf 2 % des gemäss der Position "Ertrag aus Lieferungen und Leistungen" der Erfolgsrechnung 2016 ausgewiesenen Umsatzes der Beklagten hat. Diese sind ihm – so die Vorinstanz (vgl. act. 61 E. 4.5.1) – als Nettobetrag auszubehalten, was die Beklagte in ihrer Berufung nicht angefochten hat (vgl. vorne E. 3.1). Somit ist dem Kläger für das Geschäftsjahr 2016 als Umsatzbeteiligung ein Betrag von CHF 43'292.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2017 zuzusprechen (2 % von CHF 2'164'619.00 ["Ertrag aus Lieferungen und Leistungen" gemäss der Erfolgsrechnung 2016; act. 1/33 bzw. 21/16]). Die diesbezügliche Berufung der Beklagten ist mithin abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.
- 5.7 Im Weiteren beanstandet die Beklagte, dass sie von der Vorinstanz verpflichtet wurde, dem Kläger "vollständige Einsicht in ihre Jahresrechnung 2017 inklusive Belege, insbesondere in die Erfolgsrechnung 2017, zu gewähren" (act. 61 Dispositiv-Ziff. 1.2).
- 5.7.1 Die Beklagte moniert, die geforderten Unterlagen würden Geschäftsgeheimnisse beinhalten und müssten dem Kläger bereits aus diesem Grund nicht offengelegt werden; gegebenenfalls sei es der Beklagten zu erlauben, Schwärzungen vorzunehmen. Dies habe insbesondere dann zu gelten, wenn – wie vorliegend – ein unrühmlicher Abgang eines leitenden Angestellten vorliege, welcher sich strafrechtlich wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung verantworten müsse, und deshalb die Gefahr bestehe, dass die Geschäftsgeheimnisse in falsche Hände gerieten. Die Beklagte habe mit anderen Worten ein schützenswertes Interesse daran, dass ihre Bücher eben gerade nicht dem Kläger offengelegt würden. Ausserdem sei die Einsicht gemäss Art. 322c Abs. 2 OR nur soweit zu gewähren, als dies zur Nachprüfung erforderlich sei. Die Kontrollrechte des Arbeitnehmers seien mithin auf die nötigen, für die Prüfung der Ansprüche erforderlichen Auskünfte und Einsichtnahmen beschränkt. Die Offenlegung der Jahresrechnung 2017 sei für die Bestimmung des Umsatzes jedenfalls nicht erforderlich. Vielmehr genüge hierzu ein Testat der Revisionsstelle der Beklagten; eventualiter sei einem Sachverständigen Einsicht zu gewähren. Sodann stünde der Anspruch dem Kläger aufgrund dessen Entlassung im Jahr 2017 lediglich "pro rata temporis" zu, was einer Offenlegungsverpflichtung hinsichtlich der gesamten Jahresrechnung ebenfalls zuwiderlaufe (act. 62 Rz 90 und 110).
- 5.7.2 Gemäss Art. 322a Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist dem persönlichen Informations- und Einsichtsrecht des Arbeitnehmers mit dem von der Revisionsstelle der Beklagten lediglich testierten Umsatz der Beklagten nicht Genüge getan. Das persönliche Informations- und Einsichtsrecht des Arbeitnehmers kann nämlich nicht vollständig durch die Kontrolle eines Sachverständigen ersetzt werden. Dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer "oder an dessen Stelle" einem Sachverständigen

digen Einsicht und Aufschluss zu erteilen hat, ist vielmehr "alternativ-kumulativ" und nicht "alternativ-exklusiv" zu verstehen. Die Forderung nach einer effektiven Kontrolle durch den Arbeitnehmer und einen Sachverständigen bedeutet demgegenüber nicht, dass das Informations- und Einsichtsrecht des Arbeitnehmers uferlos ist, stellt doch Art. 322a Abs. 2 OR im letzten Teilsatz zum Schutz des Arbeitgebers verdeutlichend klar, dass nur diejenigen Informationen und Unterlagen offengelegt werden müssen, die für die Nachprüfung der Abrechnung über den Anteil am Geschäftsergebnis erforderlich sind. Wie weit das Informations- und Einsichtsrecht des Arbeitnehmers oder eines Sachverständigen im konkreten Einzelfall geht und was zu den nötigen bzw. erforderlichen Aufschlüssen zu zählen ist, bestimmt sich in erster Linie aufgrund der konkreten Parteivereinbarung. Das Informations- und Einsichtsrecht muss diejenigen Angaben abdecken, welche die relevanten Erfolgsfaktoren für den Anteil am Geschäftsergebnis abbilden. Diese erforderlichen Angaben müssen zudem vollständig und insofern aufbereitet sein, dass eine Nachprüfung erfolgen kann. Neben dieser materiellen Beschränkung auf die erforderlichen Informationen und Unterlagen kann ein Arbeitgeber aus zureichenden Gründen auch verlangen, dass die Informations- und Einsichtsrechte des Arbeitnehmers gegenüber denjenigen eines Sachverständigen eingeschränkt (d.h. Informationen teilweise anonymisiert und/oder abgedeckt) werden. Zureichende Gründe können aus Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen sowie gesetzlichen Schutzpflichten zugunsten Dritter (z.B. Datenschutz) herrühren (vgl. Morf, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2011, N 498-501 m.w.H.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A. 2012, Art. 322a OR N 10).

5.7.3 Die in der Berufung verspätet und unsubstanziert vorgebrachte Behauptung der Beklagten, die geforderten Unterlagen würden Geschäftsgeheimnisse beinhalten, kann nicht mehr gehört werden, legt die Beklagte doch nicht dar, weshalb sie die entsprechende Einwendung nicht schon vor erster Instanz hätte vorbringen können (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO; vorne E. 3.2). Dies gereicht der Beklagten aber insofern nicht zum Nachteil, als die Einsicht bereits von Gesetzes wegen auf die nötigen bzw. erforderlichen Aufschlüsse beschränkt ist. Da aufgrund der konkreten Parteivereinbarung der Umsatz jeweils anhand der Position "Ertrag aus Lieferungen und Leistungen" der Erfolgsrechnung der Beklagten festgelegt wurde, sind dem Kläger lediglich diese Position und die dazugehörigen Belege offenzulegen; alle übrigen Positionen der Bilanz und Erfolgsrechnung dürfen hingegen geschwärzt werden. Der Kläger hat jedoch ein Anrecht auf Kenntnissgabe des gesamten Jahresumsatzes 2017, von welchem danach die Umsatzbeteiligung "pro rata temporis" berechnet wird (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322a OR N 12 m.w.H.). Damit ist die diesbezügliche Berufung der Beklagten im Grundsatz gutzuheissen und das Einsichtsrecht des Klägers entsprechend einzuschränken.

6. Weiterhin streitig ist die vom Kläger geltend gemachte Darlehensrückforderung im Umfang von CHF 92'606.40.

6.1 Die Vorinstanz wies die diesbezügliche Klage "zurzeit" ab, was sie wie folgt begründete:

6.1.1 Die Beklagte habe mit der Rangrücktrittsvereinbarung und ihrer Buchhaltung die Darlehen der N. _____ GmbH bzw. des Klägers im Umfang von CHF 92'606.40 anerkannt. Der Einwand der Beklagten, die Darlehen seien unrechtmässig zustande gekommen, indem sie vom Kläger eigenmächtig auf der Basis nicht bestehender Forderungen gebildet worden seien, sei mithin

nicht zu beachten. In der Buchhaltung seien per 31. Dezember 2014 unter dem Konto "Darlehen Aktionäre" Forderungen der N. _____ GmbH im Umfang von insgesamt CHF 92'606.40 (= CHF 34'917.05 + CHF 33'582.25 + CHF 24'107.10) aufgeführt gewesen (act. 25/25). Am 21. Dezember 2015 habe die Beklagte der N. _____ GmbH das bzw. die Darlehen von CHF 92'606.40 mit dem Zahlungsgrund "Rückzahlung Darlehen gem. Vereinbarung" zurückbezahlt (act. 7/32). Tags darauf habe der Kläger der Beklagten den identischen Betrag von CHF 92'606.40 mit dem Buchungstext "Privatdarlehen" überwiesen (act. 1/34). Aufgrund dieses Ablaufs und der zeitlichen Verknüpfung sei mit der Beklagten davon auszugehen, dass es sich beim vom Kläger eingebrachten Betrag von CHF 92'606.40 um dieselbe Buchgeldforderung gehandelt habe, für welche am 29. April 2015 eine Rangrücktrittsvereinbarung geschlossen worden sei. Das Motiv der Rangrücktrittsvereinbarung sei gewesen, ein Sicherungsmittel für einen Kontokorrentkredit zur Verfügung zu stellen, was der Kläger in seiner E-Mail vom 2. April 2015 an den damaligen Revisor der Beklagten selber eingeräumt habe (act. 7/31). Nachdem der Kredit auch beim "Gläubigerwechsel" im Dezember 2015 noch Bestand gehabt habe, habe auch weiterhin das Bedürfnis nach einem Sicherungsmittel bestanden. Faktisch sei mit den Transaktionen vom 21./22. Dezember 2015 lediglich die Gläubigerstellung der Darlehensgeber ausgewechselt worden, wofür die Beklagte einen plausiblen Grund angeführt habe. Die Verbuchung dieses Darlehens als Aktionärsdarlehen sei nicht korrekt gewesen, da nicht die N. _____ GmbH, sondern nur der Kläger indirekter Aktionär der Beklagten gewesen sei. Aus diesem Grund habe der rangrücktrittsberechtigte Betrag rechnerisch nicht mehr zum Eigenkapital gezählt werden können, weshalb der Kontokorrentkredit nach Ansicht der Bank nicht mehr ausreichend gesichert gewesen sei und die Bank daher die Kreditlimite hätte reduzieren müssen, wenn die falsche Verbuchung nicht durch eine Auszahlung [an die N. _____ GmbH] und sofortige, simultane Wiedereinzahlung [durch den Kläger] behoben worden wäre. Auch der Zeuge S. _____, Mitarbeiter bei der Bank, habe diesen grundsätzlichen Zusammenhang zwischen der Kreditgewährung und den Rangrücktritts-erklärungen als Sicherungsmittel bestätigt. Zwar habe sich der Zeuge an die genaue Vereinbarung zwischen den Parteien nicht erinnern können, habe aber bekräftigt, dass es bei der Beklagten verschiedene Darlehen gegeben habe, wobei eine Rangrücktrittsvereinbarung die Möglichkeit der Bank optimiere, einen Kredit zuzusprechen. Dass die Beklagte der N. _____ GmbH das Darlehen trotz Rangrücktritt und bestehendem Bankkredit zurückbezahlt und sich bei der Rückzahlung auf eine "Vereinbarung" bezogen habe ("Rückzahlung Darlehen gem. Vereinbarung"), lasse sich nur damit vernünftig erklären, dass der Kläger mit seiner Zahlung vom folgenden Tag in die Position der N. _____ GmbH eingetreten sei und alle Parteien davon ausgegangen seien, der Rangrücktritt gelte auch bezüglich des neuen Darlehens in der exakt gleichen Höhe weiter. Der Kläger habe denn auch nicht begründet, welche andere "Vereinbarung" hinter der Darlehensrückzahlung an die N. _____ GmbH hätte stecken sollen. Vielmehr seien die Vorbringen des Klägers wenig schlüssig und widersprüchlich. Namentlich für den Umstand, dass die Beklagte der N. _____ GmbH das Darlehen am 21. Dezember 2015 zurückbezahlt und der Kläger tags darauf den genau gleichen Betrag als Privatdarlehen an die Beklagte geleistet habe, habe er keine nachvollziehbare Erklärung gehabt. Dass der Rangrücktritt im Zusammenhang mit einer möglichen Überschuldung der Beklagten vereinbart worden sein solle, lasse sich weder der Rangrücktrittsvereinbarung noch der vorgängigen Korrespondenz entnehmen (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4.1-4.3; act. 61 E. 5.2 und 5.4.1 f.).

- 6.1.2 Die Behauptung des Klägers, wonach das Darlehen der Beklagten unter der Bedingung der Übernahme der Aktien der M. _____ AG durch den Kläger gewährt worden sei und der allfällige Rangrücktritt unter derselben Bedingung gestanden habe, sei bestritten worden und unbewiesen geblieben. Eine derartige Bedingung sei weder der Rangrücktrittsvereinbarung noch dem Kündigungsschreiben zu entnehmen. Wenn die Darlehenshingabe ausserdem im Zusammenhang mit der Übernahme zusätzlicher Aktien der M. _____ AG gestanden haben sollte, erschliesse sich nicht, weshalb der Kläger als Käufer dem angestrebten Kaufobjekt selbst ein Darlehen gewährt habe (act. 61 E. 5.3 und 5.4.2).
- 6.1.3 Gemäss dem Wortlaut der Rangrücktrittsvereinbarung sei – zumindest solange der Kontokorrentkredit noch bestehe – keine einseitige Kündigungsmöglichkeit vorgesehen. Vorbehalte oder Gründe, welche dennoch zur einseitigen Aufhebung der Vereinbarung berechtigen würden, habe der Kläger keine vorgebracht. Folglich habe er die belastete Forderung während der Dauer des Rangrücktritts nicht verändern können; die Aufhebung des Rangrücktritts wäre nur mit Zustimmung der Beklagten möglich gewesen, welche unbestrittenermassen nicht erteilt worden sei. Mangels einer gültigen Kündigung sei somit das Darlehen nicht zur Rückzahlung fällig, weshalb der Antrag auf Rückzahlung des Darlehens zurzeit abzuweisen sei (act. 61 E. 5.4.3).
- 6.2 In seiner Berufung wendet der Kläger dagegen Folgendes ein:
- 6.2.1 Die Vorinstanz gehe ohne den geringsten Beweis der Beklagten mit dieser überein, die Rückzahlung des Darlehens an die N. _____ GmbH vom 21. Dezember 2015 und die Auszahlung des Privatdarlehens des Klägers an die Beklagte vom 22. Dezember 2015 seien dadurch motiviert gewesen, dass die Bank als Sicherheit für einen Kontokorrentkredit nur eine rangrücktrittsgesicherte Darlehensforderung eines Aktionärs als zusätzliches Eigenkapital habe akzeptieren wollen. Mit dieser Gegenbehauptung habe die Beklagte die klägerische Behauptung, wonach für das vom Kläger am 22. Dezember 2015 ausbezahlte Privatdarlehen kein Rangrücktritt gelte, bestritten. Die Behauptung der Beklagten, wonach die Bank im Dezember 2015 nur ein Aktionärsdarlehen mit Rangrücktritt als Sicherungsmittel akzeptiert habe und dies die Motivation für die Rückzahlung am 21. Dezember 2015 und die Einbezahlung des Privatdarlehens am 22. Dezember 2015 gewesen sei, sei indessen frei erfunden; kein einziger ins Recht gelegte Beleg vermöge diese Gegenbehauptung der Beklagten zu stützen. Auch der in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz befragte Zeuge S. _____ habe nicht bestätigt, dass die Bank nur rangrücktrittsgesicherte Darlehen von Aktionären als Sicherungsmittel anerkannt und daher ein rangrücktrittsgesichertes Darlehen vom Kläger persönlich gefordert habe. Bei aufmerksamer Betrachtung hätte die Vorinstanz aus der Zeugenaussage sogar "Gegenindizien heraushören" müssen. Der Zeuge habe nämlich zu Protokoll gegeben, dass es bei der Beklagten mehrere Darlehen gegeben habe. Ausserdem habe er ausgesagt, dass es die Bank grundsätzlich nicht interessiere, wie das Darlehen verbucht sei, denn entscheidend sei für sie lediglich die Bilanz. Der von der Beklagten ins Recht gelegten E-Mail-Korrespondenz vom 2. April 2015 zwischen dem Kläger und dem damaligen Revisor der Beklagten (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4.2) lasse sich – anders als von der Beklagten behauptet – ebenfalls nicht entnehmen, dass vom Kläger persönlich (und nicht von der von ihm beherrschten N. _____ GmbH) ein rangrücktrittbelastetes Darlehen zu gewähren sei. Aus der besagten E-Mail gehe lediglich hervor, dass grundsätzlich irgendein Darlehen mit Rangrücktritt – von wem auch immer – zur Kreditsicherung vorteilhaft sei. Das von

der Vorinstanz angenommene Motiv für die Rückzahlung des Darlehens an die N. _____ GmbH vom 21. Dezember 2015 sei somit nicht nur nicht belegt, sondern aufgrund des Beweisergebnisses gar unwahrscheinlich. Der Beklagten sei damit der Beweis für ihre Gegenbehauptung nicht gelungen (act. 63 Rz 5 f.).

6.2.2 Ganz generell fehle für den Einwand der Beklagten, wonach der Darlehensrückforderung des Klägers eine Rangrücktrittserklärung entgegenstehe, jeglicher Beweis. Dasselbe gelte für die Erwägung der Vorinstanz, wonach im Dezember 2015 weiterhin ein Bedürfnis der Beklagten nach einem Sicherungsmittel bestanden habe. Diese Behauptung sei nicht nur nicht bewiesen, sondern – soweit ersichtlich – in den Vorbringen der Beklagten nicht anzutreffen und damit von der Vorinstanz fälschlicherweise suggeriert worden. Ebenso habe die Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht verkannt, dass ein Rangrücktritt nur zwischen den Vertragsparteien Gültigkeit entfalten könne und der Kläger nicht Partei der Rangrücktrittserklärung vom 29. April 2015 gewesen sei. Ausserdem seien mit der vorbehaltlosen Rückzahlung des rangrücktrittsgesicherten Darlehens am 21. Dezember 2015 die Pflichten aus dem Darlehensvertrag zwischen der Beklagten und der N. _____ GmbH zufolge Tilgung erloschen. Damit sei auch der Rangrücktritt vom 29. April 2015 als Nebenabrede im Sinne von Art. 114 Abs. 1 OR erloschen. Demzufolge habe die Rangrücktrittserklärung auch nicht weiterbestehen und auf ein anderes Darlehen mit anderen Parteien übertragen werden können. Für eine Übertragung der Rangrücktrittsverpflichtung von der N. _____ GmbH auf den Kläger, wofür die Beklagte die Beweislast trage, fehle jeglicher Beweis. Die Vorinstanz habe denn auch die vom Kläger vorgebrachten Indizien nicht berücksichtigt, welche gegen die Annahme einer Rangrücktrittserklärung sprächen. So habe der Kläger in der Replik vorgebracht, dass die "Kurzfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären mit Rangrücktritt" in den Jahresrechnungen 2015 und 2016 ebenso wie bereits in der Jahresrechnung 2014 unverändert im Betrag von CHF 141'706.40 bilanziert gewesen seien (act. 21 Rz 81). Der behauptete Rangrücktritt sei aber erst am 29. April 2015 abgeschlossen und – entgegen der Behauptung der Beklagten in der Duplik (act. 25 Rz 137) – nicht rückwirkend für das Jahr 2014 vereinbart worden. Im Geschäftsjahr 2014 seien demnach bereits Aktionärsdarlehen mit Rangrücktritt im Betrag von CHF 141'706.40 vorhanden gewesen. Der Umstand, dass der Rangrücktritt im Jahresabschluss 2015 nicht zu einer Erhöhung der bilanzierten Aktionärsdarlehen geführt habe, liege auf der Hand: Dieser sei mit der Rückzahlung des Darlehens am 21. Dezember 2015 wieder aufgehoben worden. Diese Tatsache habe die Vorinstanz gänzlich ausser Acht gelassen (act. 63 Rz 7 f.).

6.2.3 Für den Fall, dass davon ausgegangen werde, das am 22. Dezember 2015 eingebrachte Privatdarlehen des Klägers sei mit einem Rangrücktritt belastet gewesen, habe der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren ausgeführt und bewiesen, dass sein Privatdarlehen unter der Bedingung des Vollzugs der vorgesehenen Übernahme zusätzlicher Aktien der M. _____ AG gewährt worden sei. Ein allfälliger Rangrücktritt zulasten des Klägers hätte selbstredend unter derselben Bedingung gestanden. Mit dem Abbruch der Übernahmeverhandlungen und der Entlassung des Klägers sei der Eintritt dieser Bedingung von der Beklagten bzw. K. _____ verunmöglicht worden. Dies habe auch einen allfälligen Rangrücktritt dahinfallen lassen.

Ausserdem sei zu fragen, was mit dem Vermerk "Rückzahlung Darlehen gemäss Vereinbarung" auf der Belastungsanzeige vom 21. Dezember 2015 über CHF 92'606.40 an die

N._____ GmbH gemeint gewesen sei. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach mit der "Vereinbarung" gemeint sein müsse, dass der Kläger am Folgetag den nämlichen Betrag als neues "Aktionärsdarlehen" unter Weitergeltung der alten Rangrücktrittserklärung wieder einbezahlt habe, erschliesse sich nicht aus den Akten. Dies habe umso mehr zu gelten, als weder die Frage nach der "Vereinbarung" noch die gemäss Vorinstanz vermeintlich einzige "vernünftige" Antwort von der Beklagten in der Klageantwort oder Duplik aufgeworfen bzw. behauptet worden sei. Diese vermeintlich "vernünftige Erklärung" der Vorinstanz für die in der Belastungsanzeige vom 21. Dezember 2015 erwähnte "Vereinbarung" sei damit nicht nur tatsachenwidrig, sondern schlicht willkürlich von der Vorinstanz erfunden worden. Da im vorinstanzlichen Verfahren die Frage, was mit dem Vermerk "Rückzahlung Darlehen gemäss Vereinbarung" gemeint gewesen sei, von der Beklagten nicht aufgeworfen und bisher nicht kontradiktorisch thematisiert worden sei, sei dem Kläger an dieser Stelle zu gestatten, die seiner Auffassung nach einzig wirklich "vernünftige" Antwort auf diese Frage zu geben: Es brauche nämlich gar nicht erst spekuliert zu werden, was mit "Vereinbarung" gemeint gewesen sei, da diese Vereinbarung schon bei den Akten sei. Dabei handle sich um die Abmachung zwischen K._____ und dem Kläger, dass Letzterer weitere Aktien an der Muttergesellschaft der Beklagten erwerben sollte (vgl. die Aktennotiz vom Frühjahr 2015 [act. 1/21; "Beteiligung neu"] sowie die Besprechungsnotiz vom 25. September 2015 [act. 7/8; "Neue Aufteilung der Aktien per 11.2015 PN = 40 %, CS = 60 %"]). Wenn der Kläger per Ende 2015 40 % des Aktienkapitals von CHF 250'000.00 der M._____ AG zum Nominalwert übernommen hätte, dann wären das 37 % mehr gewesen, als er mit seinen bisherigen 3 % schon gehabt habe. 37 % von CHF 250'000.00 seien just CHF 92'500.00, also praktisch genau der als Privatdarlehen eingebrachte Betrag. Der unmittelbare Bezug des Privatdarlehens zur vereinbarten Übernahme von zusätzlichen 37 % der Aktien der Muttergesellschaft M._____ AG durch den Kläger könne somit – entgegen der Feststellung der Vorinstanz – nicht ernsthaft bezweifelt werden. Dagegen könne auch nicht eingewendet werden, dass letztlich der Kaufpreis für die zusätzlichen Aktien nicht an die Beklagte, sondern an K._____ zu bezahlen gewesen wäre, sei es doch nicht unüblich, dass bei einer geplanten Übernahme der wirtschaftlichen Berechtigung durch einen Mitarbeiter dieser zunächst durch teilweise "Lohnstundung" (bzw. darlehensweise Überlassung von Provisionen) finanzielle Mittel in der Gesellschaft belasse. Der Rangrücktritt sei somit nur unter der Bedingung des Vollzugs der vorgesehenen Übernahme zusätzlicher Aktien der M._____ AG durch den Kläger gewährt worden.

Auch nach Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip müsse man zum Schluss kommen, dass die Parteien im Hinblick auf die Übernahme eines Aktienpakets nicht einen Rangrücktritt hätten vereinbaren wollen, welcher bei einem Scheitern der Aktienübernahme weiterbestehe. Denn damit wäre die Rückerstattung einseitig in die Willkür der Beklagten gestellt, was in der Konsequenz einer Schenkung gleichkäme. Zwar weise die Vorinstanz die Klage auf die Darlehensrückforderung nur "zurzeit" ab, doch gehe aus der Begründung nicht hervor, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen der Kläger sein im Grundsatz zuerkanntes Darlehen zurückfordern könne. Genau dies hätte die Vorinstanz aber definieren müssen, ansonsten sie der Beklagten ein willkürliches Rückzahlungsverweigerungsrecht eingestehe, was nach dem Vertrauensprinzip nicht als vereinbart angenommen werden könne (act. 63 Rz 9-16).

6.3 Die Beklagte widerspricht diesen Ausführungen und beantragt in der Anschlussberufung, die Klage sei bezüglich der Darlehensrückzahlung nicht bloss "zurzeit", sondern vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung bringt sie zusammengefasst Folgendes vor:

6.3.1 Der Zusammenhang zwischen der Auszahlung der Darlehensvaluta am 21. Dezember 2015 und der Wiedereinzahlung desselben ungeraden Betrages am Folgetag sei als geradezu augenfällig zu bewerten. Die Erwägungen der Vorinstanz seien denn auch nicht "ohne den geringsten Beweis" erfolgt, da bereits der konkrete Ablauf und die zeitliche Verknüpfung Beweis genug für einen Gläubigerwechsel seien. Da der Gläubigerwechsel nachweislich dazu gedient habe, mit der breiteren Eigenkapitalbasis aufgrund eines Aktionärsdarlehens mit Rangrücktritt den Spielraum beim Kontokorrentkredit der Bank zu vergrössern, sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die Rangrücktrittsvereinbarung auch für das neu auf den Kläger als indirekten Aktionär lautende Darlehen gegolten habe. Der Nachweis, dass einzig ein Darlehen eines Aktionärs mit einem Rangrücktritt zur Eigenkapitalbasis bei der Kreditnehmerin gezahlt werde, habe der Kläger selbst gleich doppelt geliefert, indem er einerseits am Tag darauf denselben Betrag als Privatdarlehen wieder einbezahlt und andererseits diesen Zusammenhang während der Vorbereitung der Rangrücktrittsvereinbarung in seiner E-Mail vom 2. April 2015 unumwunden bestätigt habe (act. 7/31; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4.2). Es stehe ausser Frage, dass im Anschluss an diese E-Mail ganz konkret die vorliegende Rangrücktrittsvereinbarung abgeschlossen worden sei. Diese E-Mail habe somit nicht irgendein Darlehen betroffen, sondern genau das verfahrensgegenständliche Darlehen, welches in der Bilanz unter der Rubrik "Kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären mit Rangrücktritt" geführt worden sei. Der Zusammenhang der Vorgänge beim Gläubigerwechsel sowie das Motiv für die Rangrücktrittsvereinbarung seien damit zweifelsfrei belegt. Im Übrigen gehe es gar nicht darum, ob die Bank generell auch andere Sicherungsmittel akzeptiert hätte oder nicht. Beim konkreten Kontokorrent zugunsten der Beklagten sei die besagte Umsetzung in Form eines Aktionärsdarlehens mit Rangrücktritt vorgesehen worden. Insofern laufe auch die klägerische Behauptung, der Zusammenhang zwischen dem rangrücktrittsbelastenden Darlehen und dem diesbezüglichen Gläubigerwechsel seien frei erfunden, völlig ins Leere. Insbesondere seien auch bei der Zeugenaussage von S. _____ keine "Gegenindizien herauszuhören", da dieser den Zusammenhang zwischen rangrücktrittsbelastenden Aktionärsdarlehen und deren Berücksichtigung bei der Eigenkapitalbasis der Kreditnehmerin ausdrücklich bestätigt habe. Dass die Aktionärsstellung begriffsnotwendige Voraussetzung für das Zustandekommen eines Aktionärsdarlehens sei, habe der Kläger zudem unumwunden gleich selbst bestätigt (act. 63 Rz 9; act. 69 Rz 39 f. und 42-45).

6.3.2 Im Weiteren sei offensichtlich, dass auch im Dezember 2015 noch Bedarf nach einem Rangrücktritt bestanden habe, was im Übrigen vom Kläger im vorinstanzlichen Verfahren nie bestritten worden sei. Vielmehr habe er dies gleich selbst bestätigt, indem er die Wiedereinzahlung am 22. Dezember 2015 zwangsläufig selbst vorgenommen habe. Da der Kläger in die Rechtsposition der N. _____ GmbH eingetreten sei, könne auch nicht von einer vorbehaltlosen Rückzahlung gesprochen werden, zumal bei der Auszahlung der Vermerk "Rückzahlung gem. Vereinbarung" angebracht worden sei, welcher eben auf den Gläubigerwechsel sowie den fortbestehenden Rangrücktritt hingewiesen habe. Somit sei die Auszahlung nur unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung und der Weitergeltung der Rangrücktrittsvereinbarung erfolgt.

Das strittige Buchdarlehen sei im Geschäftsjahr 2014 geschaffen worden und demnach erstmals in der Jahresrechnung 2014 aufgetreten. Bereits im Jahr 2014 sei dieses Darlehen nachweislich Teil der Bilanzposition "Kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären mit Rangrücktritt" gewesen (act. 25/25), da die Rangrücktrittsvereinbarung noch vor der Revision der Jahresrechnung 2014 abgeschlossen worden sei. In den Berichtsjahren 2014-2016 sei die Position "Kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären mit Rangrücktritt" anerkanntermassen immer gleich hoch geblieben. Die Forderung des Klägers in der Höhe von CHF 92'606.40 sei in der jeweiligen Position in der Höhe von CHF 141'706.40 mitenthalten. Daher widerspreche sich der Kläger gleich selbst, wenn er meine, der Rangrücktritt habe nicht zu einer Erhöhung der bilanzierten Aktionärsdarlehen im Jahr 2015 geführt, weil der Rangrücktritt mit der Auszahlung an die N. _____ GmbH aufgehoben worden sei. Der Gläubigerwechsel sei somit nachweislich ohne Einfluss auf die Bilanzposition erfolgt. Insofern gehe auch aus den Jahresabschlüssen hervor, dass der Rangrücktritt weiterhin Geltung habe. Dies sei dem Kläger auch vollends bewusst gewesen, was er selber – unter anderem in seinem Schreiben vom 1. April 2017 (act. 1/23) – bestätigt habe (vgl. auch act. 1/36; act. 69 Rz 41 und 46-51).

- 6.3.3 Die Behauptung des Klägers, wonach das von ihm geschaffene Darlehen im Zusammenhang mit einem beabsichtigten Aktienkauf gestanden habe, sei im vorinstanzlichen Verfahren bereits widerlegt und von der Vorinstanz auch deutlich als "wenig schlüssig und widersprüchlich" bewertet worden. Denn abgesehen davon, dass keinerlei Belege für eine solche Behauptung vorlägen, mache es schlicht keinerlei Sinn, wenn der Kläger der Tochtergesellschaft jener Gesellschaft, deren Aktien er angeblich erwerben wolle, ein Darlehen gewähre. Die Einwendung, dass der Kaufpreis an K. _____ zu bezahlen gewesen wäre, sei deshalb stichhaltig, weil die potentiellen Parteien eines Aktienkaufs sich nie darauf geeinigt hätten, dass der Kläger einen Kaufpreisanteil als Darlehen in die Beklagte einzubringen habe. Nachgewiesen sei demgegenüber in vielschichtiger Hinsicht, dass das Darlehen – obschon missbräuchlich geschaffen – als Teil der Eigenmittel angesehen worden sei, damit der Kontokorrentkredit bei der Bank entsprechend habe beansprucht werden können (act. 69 Rz 52, 59 und 61).

Der Kläger sei für den von ihm geltend gemachten Rückerstattungsanspruch beweispflichtig. Wenn er aus dem Buchungsvermerk "Rückzahlung Darlehen gem. Vereinbarung" etwas zu seinen Gunsten ableiten wolle, habe er dies zu beweisen. Bei den Gesprächsnotizen vom Frühjahr 2015 (act. 1/21) oder vom 25. September 2015 (act. 7/8) handle es sich aber jeweils nicht um "Vereinbarungen", die irgendeinen Aktienerwerb durch den Kläger regeln würden. Sodann könne der Erklärung des Klägers betreffend die im Vermerk aufgeführte Vereinbarung nicht gefolgt werden, zumal in der Besprechungsnotiz vom 25. September 2015 gar nicht der "11.2015", sondern der "1.1.2015" aufgeführt sei (act. 7/8; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.3). Die einzig plausible Erklärung für den Vermerk auf dem Auszahlungsbeleg sei jene, welche die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid angeführt habe (act. 69 Rz 54-58).

Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip sei weder erforderlich noch angebracht, da die Fakten eine eindeutige Sprache sprächen. Das vom Kläger missbräuchlich geschaffene und obendrein rangrücktrittsbelastete Buchdarlehen habe nie in einem Zusammenhang zu irgendeinem potentiellen Aktienerwerb durch den Kläger gestanden. Hingegen würden alle Fakten darauf hinweisen, dass das Buchdarlehen zu den Eigenmitteln geschlagen worden sei, wes-

halb die Rangrücktrittsvereinbarung in ihrer nachgewiesenen Form abgeschlossen worden sei. Dies sei insofern denn auch nicht "willkürlich", da dem Kläger bereits bei der Unterzeichnung aufgrund des Vereinbarungstextes klar gewesen sei, dass keine einseitige Änderung möglich sein werde. Insofern sei es auch nicht die Aufgabe der Vorinstanz, dem Kläger darzulegen, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen das Darlehen zurückgefordert werden könne. Dafür sei dieser einzig und allein selber verantwortlich (act. 69 Rz 63 f.).

- 6.3.4 Abgesehen davon habe die Beklagte bereits im vorinstanzlichen Verfahren nachgewiesen, dass das Darlehen, für welches der Kläger einen Rückerstattungsanspruch geltend mache, von diesem gar nie gewährt worden bzw. unrechtmässig zustande gekommen sei. Es fehle somit bereits an der Voraussetzung der Darlehenshingabe. Der Kläger habe eine reine Buchgeldforderung zugunsten seiner N._____ GmbH geschaffen, indem er missbräuchlich erfundene oder nicht bestehende Forderungen in die Buchhaltung eingebracht habe, deren Unrechtmässigkeit erst im Zuge der Aufarbeitung nach der Entlassung des Klägers zu Tage getreten seien. Die Vorinstanz sei hingegen der Ansicht gewesen, die Darlehensforderung sei mit der Rangrücktrittsvereinbarung und deren Erfassung in der Buchhaltung von der Beklagten anerkannt worden. Wenn allerdings der Kläger seine Stellung missbraucht habe, um zugunsten seiner N._____ GmbH eine Buchgeldforderung in Form eines Darlehens zu kreieren, könne darin jedenfalls keine Forderungsanerkennung der Beklagten gesehen werden. Aus denselben Gründen könne auch aus der Rangrücktrittsvereinbarung vom 29. April 2015 keine Anerkennung der vom Kläger erfundenen und von diesem in Verletzung seiner Pflichten missbräuchlich geschaffenen Buchgeldforderung abgeleitet werden. Entsprechend hätte die Vorinstanz die Forderung vollumfänglich und nicht bloss "zurzeit" abweisen müssen (act. 69 Rz 8 ff.).
- 6.4 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beklagten ist vorliegend – der klägerischen Argumentation folgend – davon auszugehen, dass mit der Darlehenshingabe vom 22. Dezember 2015 ein neues Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten begründet wurde und – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die zwischen der N._____ GmbH und der Beklagten abgeschlossene Rangrücktrittsvereinbarung vom 29. April 2015 dem vom Kläger gewährten Privatdarlehen nicht mehr anhaftete.
- 6.4.1 Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geld oder an andern vertretbaren Sachen, der Darlehensnehmer dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte (Art. 312 OR). Ist für die Rückzahlung eines Darlehens weder ein bestimmter Termin noch eine Kündigungsfrist vereinbart noch der Verfall auf beliebige Aufforderung hin, ist es innerhalb sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzubezahlen (vgl. Art. 318 OR). Die Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers ergibt aus dem im Darlehensvertrag implizierten Rückerstattungsversprechen, wobei die Darlehensrückforderung erst bei Vertragsende fällig wird. Zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs hat der Darlehensgeber – vorliegend mithin der Kläger – sowohl die Darlehenshingabe als auch die Rückzahlungsverpflichtung nachzuweisen. Ist die Fälligkeit der Rückzahlung umstritten, trägt gestützt auf Art. 8 ZGB diejenige Partei die Beweislast, die eine zu ihren Gunsten von Art. 318 OR abweichende Vereinbarung über die Beendigung des Darlehens anruft. Mithin hat die Beklagte die von ihr gestützt auf die Rangrücktrittsvereinbarung behauptete Unkündbarkeit der Darlehensrückforderung bzw. deren Stundung zu beweisen (vgl. Maurenbrecher/Schärer, Basler Kommentar,

a.a.O., Art. 312 OR N 11-11b und Art. 318 OR N 34; Maurenbrecher, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, 1995, S. 266).

- 6.4.2 In einer Rangrücktrittsvereinbarung verabreden die Parteien – d.h. in der Regel ein Gläubiger und eine schuldnerische Gesellschaft –, dass der Gläubiger im Falle der Insolvenz der Gesellschaft erst befriedigt wird, wenn die Schulden gegenüber allen anderen Gesellschaftsgläubigern voll getilgt sind.

Der sog. *reine Rangrücktritt* bzw. *Rangrücktritt im engeren Sinne* (ohne Stundungserklärung) wirkt erst in der Insolvenz der Gesellschaft. Vor der Insolvenz der Gesellschaft kann der Gläubiger seine (fällige) Forderung jederzeit – auch gegen eine bereits überschuldete Gesellschaft – geltend machen. Demgegenüber setzt der *qualifizierte Rangrücktritt*, der regelmässig dann erklärt wird, wenn gemäss Art. 725 Abs. 2 OR begründete Besorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft besteht, zusätzlich zum Rangrücktritt eine Stundungsvereinbarung voraus (vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht [Aktienrecht], 4. A. 2009, § 13 N 792 f.; Duc, Rangrücktritt und kapitalersetzendes Darlehen im Konkurs- und Nachlassverfahren, ZZZ 2011/2012 S. 204; Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 100 10 688 vom 11. Januar 2011 E. 5.4.3). Dabei wird – bei entsprechender Vereinbarung – einerseits die Forderung des Darlehensgebers auf Darlehensrückzahlung gestundet (eigentliche Stundungsvereinbarung, welche den Eintritt der Fälligkeit der Forderung verhindert) und andererseits der schuldnerischen Gesellschaft ein Verbot auf freiwillige Darlehensrückbezahlung auferlegt (Tilgungs- bzw. Rückzahlungsverbot; vgl. Böckli, Aktienrecht, a.a.O., § 13 N 794 f.; Glanzmann, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung, GesKR 2007 S. 6 ff., 12; Maurenbrecher/Schärer, a.a.O., Art. 312 OR N 15; Witmer, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, 1999, S. 176).

Bei einem sog. *originären bzw. ursprünglichen Rangrücktritt* wird ein vom Gläubiger gewährtes Darlehen von Anfang an – bzw. vor und unabhängig von einer drohenden Überschuldung – mit einem Rangrücktritt versehen. Originäre Rangrücktritte findet man unter anderem im Rahmen von Finanzierungen (wenn z.B. der Abschluss eines Rangrücktritts bezüglich eines Aktionärsdarlehens eine Voraussetzung dafür ist, dass die Bank der schuldnerischen Gesellschaft einen Kredit gewährt). Demgegenüber wird der Rangrücktritt im Zusammenhang mit einer drohenden Überschuldung regelmässig auf eine bereits bestehende Forderung erklärt, weshalb dabei von einem *nachträglichen Rangrücktritt* gesprochen wird (vgl. Glanzmann, a.a.O., S. 10 und 15, Böckli, Aktienrecht, a.a.O., § 13 N 812a; Böckli, Der Rangrücktritt im Spannungsfeld von Schuld- und Aktienrecht, in: Forstmoser/Tercier/Zäch [Hrsg.], Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, 1988, S. 340-343).

- 6.4.3 Entgegen den Ausführungen der Beklagten ist bezüglich des zwischen dem Kläger und der Beklagten neu begründeten Rechtsverhältnisses die Darlehenshingabe des Klägers aufgrund der Zahlung vom 22. Dezember 2015 bewiesen. Mit der vom Kläger am 8. August 2017 per 20. September 2017 ausgesprochenen Kündigung ist die Darlehensrückforderung ausserdem fällig gestellt worden. Damit ist es dem Kläger grundsätzlich gelungen, die rechtsbegründenden Tatsachen – d.h. die Darlehenshingabe und die fällige Rückzahlungsverpflichtung – nachzuweisen. Demgegenüber hat die Beklagte zu behaupten und zu beweisen, dass gestützt auf eine Vereinbarung der Parteien die Fälligkeit der Darlehensrückforderung nicht ein-

treten konnte (vgl. vorne E. 6.4.1; sog. rechtshindernde Tatsache gemäss Urteil des Bundesgerichts 5A_323/2019 vom 24. April 2020 E. 3.3).

6.4.3.1 Im erstinstanzlichen Verfahren behauptete die Beklagte, dass die N._____ GmbH und die Beklagte den Rangrücktritt zwecks "grösserer Flexibilität" bei dem von der Bank gewährten Kontokorrentkredit vereinbart hätten. Nach der Kreditgewährung habe die Bank im Dezember 2015 aufgrund der Überprüfung des Jahresabschlusses 2014 darauf aufmerksam gemacht, dass die Verbuchung als Aktionärsdarlehen nicht korrekt sei. Da das rangrücktrittsbelastete Darlehen nicht vom Kläger als indirektem 3%-Aktionär, sondern von der Nicht-Aktionärin N._____ GmbH gewährt worden sei, habe der rangrücktrittsbelastete Betrag rechnerisch nicht zum Eigenkapital gezählt werden können. Die Besicherung des Kontokorrentkredits sei daher in diesem Umfang nicht mehr gegeben gewesen, weshalb die Kreditlimite hätte reduziert werden müssen, wenn die falsche Verbuchung nicht durch eine Aus- und sofortige Wiedereinzahlung behoben worden wäre. Daraufhin sei der Betrag von der Beklagten am 21. Dezember 2015 an die N._____ GmbH ausbezahlt und vom Kläger am 22. Dezember 2015 wieder an die Beklagte überwiesen worden. Da für die Gewährung des Kredits allfällige übrige Darlehensforderungen hätten zurückstehen müssen, sei ausser Frage gestanden, dass der ehemals rangrücktrittsbelastete Betrag nach der Wiedereinbringung durch den Kläger ebenfalls wieder rangrücktrittsbelastet gewesen sei. Bei der Forderung der N._____ GmbH und jener des Klägers in der Höhe von jeweils CHF 92'606.40 habe es sich um identische Forderungen gehandelt, weshalb sich die jeweiligen Vertragsparteien einig gewesen seien, dass die zwischen der N._____ GmbH und der Beklagten rechtsgültig vereinbarten Konditionen [d.h. der Rangrücktritt] nach der Wiedereinzahlung auch auf die klägerische Forderung Anwendung fänden. Es habe somit zum Zeitpunkt des Parteiwechsels nachweislich dem Willen der Parteien entsprochen, dass die Rangrücktrittsvereinbarung fortlaufend Geltung habe. Damit sei der Kläger verpflichtet gewesen, die belastete Forderung während der Dauer des Rangrücktritts nicht zu verändern. Die Kündigung des Darlehens sei somit nicht rechtsgültig erfolgt, womit kein Anspruch auf Rückzahlung bestehe (act. 7 Rz 75-77; act. 25 Rz 132 und 136).

6.4.3.2 Die Behauptung der Beklagten, wonach sich die "jeweiligen Vertragsparteien" aufgrund "identischer Forderungen" dahingehend geeinigt hätten, dass der auf dem bisherigen Darlehen zwischen der N._____ GmbH und der Beklagten bestehende Rangrücktritt auch auf dem Darlehen zwischen dem Kläger und der Beklagten weiterbestanden habe, ist unbewiesen geblieben. Ebenso ist dem Kläger beizupflichten, dass die Beklagte im Zusammenhang mit dem bei der Darlehensrückzahlung vom 21. Dezember 2015 verwendeten Buchungsvermerk "Rückzahlung Darlehen gem. Vereinbarung" im erstinstanzlichen Verfahren keine Behauptungen aufgestellt hat. Demnach hätte die Vorinstanz mangels entsprechender Behauptungen nicht auf den Buchungsvermerk abstellen dürfen. Dessen ungeachtet blieb ohnehin unbewiesen, auf welche konkrete Vereinbarung sich die Beklagte im Buchungsvermerk bezogen haben soll.

Ferner ist dem Kläger auch insoweit zuzustimmen, als die Beklagte nicht bewiesen hat, dass die Bank ein rangrücktritts gesichertes Darlehen eines Aktionärs verlangte. Zudem ist nicht nachgewiesen, dass die Bank bereits den ursprünglichen Kredit bzw. die Erhöhung der Kreditlimite infolge eines rangrücktritts unterworfenen Darlehens der N._____ GmbH gewährte. Ob die Bank die Kreditlimite tatsächlich erhöhte, vermag die von der Beklagten zum Be-

weis vorgelegte E-Mail des Klägers vom 2. April 2015 jedenfalls nicht zu beweisen (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4.2). Darin teilte der Kläger der Revisionsstelle zwar mit, dass ein Rangrücktritt nach Absprache mit der Bank "grössere Flexibilität beim Kontokorrent" bedeute. Alleine daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Bank der Beklagten tatsächlich einen Kredit bzw. eine Erhöhung der Kreditlimite gewährte. Wie der Kläger weiter zu Recht festhält, kann dies auch nicht der Einvernahme des Zeugen S. _____ entnommen werden (act. 45 Ziff. 17-21). Dagegen spricht im Übrigen auch, dass keine Dreiparteienvereinbarung vorliegt, mit welcher der Bank zugesichert wird, dass der Rangrücktritt nur mit ihrer Zustimmung aufgehoben werden kann (vgl. hierzu Glanzmann, a.a.O., S. 15). Damit ist unwahrscheinlich, dass die Bank per Ende 2015 – erneut ohne eigene Absicherung – ein rangrücktrittsgesichertes Darlehen eines Aktionärs verlangt hat, zumal es auch diesbezüglich – wie der Kläger zu Recht vorbringt – von vornherein an Behauptungen der Beklagten zum weiterhin bestehenden Bedürfnis eines Sicherungsmittels mangelt.

6.4.3.3 Schliesslich trifft es zu, dass gemäss den Bilanzen der Geschäftsjahre 2014-2016 die "Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären mit Rangrücktritt" stets CHF 141'706.40 betragen (act. 21/16). Der Buchhaltung der Beklagten lässt sich per 31. Dezember 2014 unter dem Buchhaltungskonto "Darlehen Aktionäre" Folgendes entnehmen (act. 25/25):

"31.12.2014	[...]	K. _____	4400	32'500.00	[...]
31.12.2014	[...]	N. _____ GmbH	4400	34'917.05	[...]
31.12.2014	[...]	N. _____ GmbH	4400	33'582.25	[...]
31.12.2014	[...]	N. _____ GmbH	4400	24'107.10	[...]
31.12.2014	[...]	K. _____	4400	16'600.00	[...]
Total [...]				141'706.40"	

Somit hat als erstellt zu gelten, dass die in der Buchhaltung bzw. in den Bilanzen erwähnten Verbindlichkeiten von CHF 141'706.40 die CHF 92'606.40 der N. _____ GmbH bzw. des Klägers mitumfassten, obwohl letzterer Betrag – wie der Kläger zu Recht anmerkt – im Geschäftsjahr 2014 gar nicht hätte erscheinen dürfen, da der Rangrücktritt erst am 29. April 2015 erklärt wurde. Letztlich braucht diese Ungereimtheit in der Buchhaltung aber nicht näher untersucht zu werden, ist doch nicht der Eintrag in der Buchhaltung für den Bestand und Inhalt eines möglichen Rangrücktritts wesentlich, sondern alleine das Rechtsgeschäft selbst, d.h. das vom Kläger am 22. Dezember 2015 der Beklagten gewährte Privatdarlehen mit einem allfällig vereinbarten Rangrücktritt. Somit kann die Beklagte alleine aus den Einträgen in der Buchhaltung bzw. in den Bilanzen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

6.4.3.4 Nach dem Gesagten ist nicht erstellt, dass die Parteien am 22. Dezember 2015 auf dem vom Kläger der Beklagten gewährten Darlehen von CHF 92'606.40 einen Rangrücktritt vereinbart haben. Damit durfte der Kläger das Darlehen ohne Weiteres kündigen und zurückfordern.

6.4.4 Im Übrigen müsste die Beklagte das ihr vom Kläger am 22. Dezember 2015 gewährte Darlehen selbst dann zurückbezahlen, wenn die Rangrücktrittsvereinbarung vom 29. April 2015 auch diesem Darlehen angehaftet hätte.

Vorliegend vereinbarten die Beklagte und die N. _____ GmbH einen originären Rangrücktritt, der nicht im Zusammenhang mit einer Überschuldung stand. Zudem enthielt die Rangrücktrittsvereinbarung vom 29. April 2015 keine Stundungsvereinbarung hinsichtlich der

dem Kläger zustehenden Darlehensrückforderung, sondern – nebst anderen Beschränkungen – lediglich ein Tilgungs- bzw. Rückzahlungsverbot der schuldnerischen Gesellschaft (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4.1), womit die Rangrücktrittserklärung im Ergebnis einem *reinen Rangrücktritt* gleichkommt (vgl. vorne E. 6.4.2). Mangels Stundungsvereinbarung durfte der Kläger seine Darlehensrückforderung somit mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen kündigen und entsprechend fällig stellen (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 6.2 und E. 6.4.1 sowie E. 6.4.3). Das in der Rangrücktrittsvereinbarung enthaltene Rückzahlungs- bzw. Tilgungsverbot der Gesellschaft steht dem nicht entgegen, betrifft dieses Verbot doch nur eine freiwillige Rückzahlung der Gesellschaft ("nach ihrem Gutdünken"; vgl. Witmer, a.a.O., S. 176), nicht jedoch eine vom Kläger zu Recht verlangte Rückzahlung. Ebenso wenig wurde die Forderung mit einer Kündigung "auf andere Weise verändert" (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4.1). Diese Bestimmung der Rangrücktrittsvereinbarung bezweckt, die Forderung ihrem Werte nach zu erhalten, nicht aber eine berechtigte Kündigung zu unterbinden. Damit wäre der Kläger selbst in diesem Fall zur Rückforderung des Darlehens berechtigt.

- 6.4.5 Nach dem Gesagten erübrigen sich weitere Ausführungen zu der vom Kläger im Eventualstandpunkt eingenommenen Haltung, wonach das Privatdarlehen des Klägers unter der Bedingung des Vollzugs der vorgesehenen Übernahme zusätzlicher Aktien der M. _____ AG gewährt worden sei.

Da mit der klägerischen Darlehenshingabe vom 22. Dezember 2015 ein neues Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten begründet wurde, ist für das vorliegende Verfahren auch irrelevant, wie die am 21. Dezember 2015 zurückbezahlten Darlehen der N. _____ GmbH zustande kamen und ob die Beklagte diese mit der Rangrücktrittsvereinbarung anerkannt hat. Mangels Relevanz bedarf es somit auch keiner weiteren Ausführungen zur strittigen Frage, ob die von der Beklagten mit der Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 13. Oktober 2021 neu eingereichten Rechnungen der N. _____ GmbH (act. 69/2-4) gestützt auf Art. 317 ZPO (vgl. vorne E. 3.2) noch berücksichtigt werden könnten oder nicht (act. 69 Rz 19-21; act. 74 Rz 8-12).

Schliesslich können auch die von der Beklagten – mit Verweis auf act. 1/23 und 1/36 – erstmals in der Berufungsantwort vorgetragene Behauptungen, dass dem Kläger der auf seinem Privatdarlehen bestehende Rangrücktritt durchaus bewusst gewesen sei (act. 69 Rz 41 und 48), nicht gehört werden, legt die Beklagte doch nicht dar, weshalb sie diese neuen Behauptungen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätte vorbringen können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. vorne E. 3.2). Selbst wenn die Behauptungen aber noch berücksichtigt werden könnten und effektiv ein Rangrücktritt vereinbart worden wäre, würde dies – wie erwähnt – am Ergebnis nichts ändern, fehlt doch die zusätzliche Vereinbarung einer Stundung (vgl. vorne E. 6.4.4).

- 6.5 Somit hat die Beklagte dem Kläger einen Betrag von CHF 92'606.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. September 2017 zu bezahlen (vgl. Art. 102 Abs. 2 sowie Art. 104 Abs. 1 OR) und der Kläger kann für diesen Betrag die eingeleitete Betreuung fortsetzen (Art. 79 SchKG). Insofern ist die Berufung des Klägers gutzuheissen. Demgegenüber ist die Anschlussberufung der Beklagten abzuweisen.
7. Die Beklagte macht mit ihrer Widerklage gegenüber dem Kläger diverse Schadenersatzforderungen geltend, die grösstenteils nach wie vor strittig sind (vgl. vorne E. 2.2 und 2.4).

7.1 Der Kläger bringt dagegen unter anderem vor, dass ihm die Generalversammlung der Beklagten diesbezüglich Décharge erteilt habe und der Beklagten daher von vornherein keine Schadenersatzansprüche zustünden. Dazu ist vorab Folgendes festzuhalten:

7.1.1 Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Der Generalversammlung der Aktionäre steht als oberstes Organ der Aktiengesellschaft allerdings die Befugnis zu, die Mitglieder des Verwaltungsrats zu entlasten (Art. 698 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 5 OR). Ein derartiger Entlastungsbeschluss (sog. Décharge) lässt grundsätzlich allfällige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft oder der Aktionäre gegenüber einem Verwaltungsrat untergehen. Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt aber nur für bekanntgegebene Tatsachen und nur gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber den Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben (Art. 758 Abs. 1 OR).

Der Beschluss bezieht sich zunächst auf Tatsachen, von denen sämtliche Aktionäre unbezogen der Informationsquelle tatsächlich Kenntnis haben, mithin den Aktionären zur Zeit des Beschlusses sonstwie bekannt sind. Auch private Kenntnisse sämtlicher Aktionäre werden der Generalversammlung zugerechnet, was insbesondere bei "geschlossenen Gesellschaften" von Bedeutung sein kann (vgl. Gericke/Waller, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 758 OR N 3 m.w.H.). Ob die Entlastung auch Tatsachen erfasst, die für die Aktionäre lediglich erkennbar sind, ist in der Lehre strittig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 E. 3.2), doch spricht sich die herrschende Lehrmeinung dafür aus (vgl. Böckli, Aktienrecht, a.a.O., § 18 N 451; Binder/Roberto, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Art. 758 OR N 7; Hinsen, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses, GesKR 4/2014 S. 541 ff., 543 f.; Watter/Dubs, Der Déchargebeschluss, AJP 2001 S. 908 ff., 911; a.M. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 36 N 129 und Fn 67; Metzler/Schmuki, Déchargebeschluss der Generalversammlung, AJP 2001 S. 945 ff., 947). Die Beklagte folgt im Übrigen offenbar ebenfalls der herrschenden Lehrmeinung (act. 62 Rz 40 und 65). Mithin ist davon auszugehen, dass auch die für die Aktionäre lediglich erkennbaren Tatsachen von der Décharge erfasst sind.

7.1.2 Eine der Décharge vergleichbare Wirkung kommt der Einwilligung des Geschädigten zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fällt eine Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR ausser Betracht, wenn die ins Recht gefasste Organperson nachzuweisen vermag, dass sie mit dem Einverständnis des Geschädigten gehandelt hat. Die betreffende Organperson kann sich gegenüber der auf Schadenersatz klagenden Gesellschaft auf die haftungsbefreiende Einrede "volenti non fit iniuria" berufen, wenn sie im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis aller Aktionäre gehandelt hat. Ebenso entfällt eine Haftung gegenüber der Gesellschaft, wenn deren Alleinaktionär (bzw. alle Aktionäre) in Kenntnis der Verhältnisse Organhandlungen tolerierten, die normalerweise Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 754 OR begründen. Die Gesellschaft, die eine Verletzung von Vorschriften toleriert hat, kann sich später nicht auf die Verletzung eben dieser Vorschriften berufen. Einer solchen Gesellschaftsklage läge ein widersprüchliches Verhalten zu Grunde, das keinen Rechts-

schutz verdient (vgl. Gericke/Waller, a.a.O., Art. 758 OR N 3; BGE 131 III 640 E. 4.2.1 und 4.2.3 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.1 und 3.2.1).

7.2 Im Zusammenhang mit der von der Beklagten im Umfang von CHF 212'180.91 geltend gemachten "Rückforderung für Bezüge und Zahlungen mit Maestro-Karten ohne geschäftliche Begründung bzw. ohne Beleg" ist zwischen den Parteien strittig, ob die (Spesen-)Bezüge des Klägers geschäftlich begründet waren oder ob es sich um private Bezüge handelte.

7.2.1 Die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz lassen sich wie folgt zusammenfassen:

7.2.1.1 Die Beklagte habe ausgeführt, im Rahmen der Überprüfung der Buchhaltung im Nachgang zur Entlassung des Klägers habe festgestellt werden müssen, dass dieser in den Jahren 2009 bis 2017 mit der ihm zur geschäftlichen Verwendung überlassenen Maestro-Karte beinahe wöchentlich bzw. täglich eigenmächtig Bezüge vorgenommen oder Zahlungen geleistet habe, für welche klarerweise keine geschäftliche Begründetheit vorgelegen habe und/oder für die kein Ausgabenbeleg in der Buchhaltung vorhanden und deren Notwendigkeit somit nicht nachgewiesen gewesen sei. Entsprechend habe der Kläger für diese privaten Bezüge/ Zahlungen Ersatz zu leisten bzw. diese zurückzuerstatten. Die von ihm mit der Maestro-Karte getätigten Zahlungen oder Bezüge würden anhand des jeweiligen Monatsauszugs des Bankkontos nachgewiesen. Im Weiteren werde bestritten, dass mit der "Verabschiedung" gewisser Jahresrechnungen anlässlich der ordentlichen Generalversammlungen die unzähligen unrechtmässigen Privatbezüge des Klägers genehmigt worden seien. Dagegen spreche nur schon, dass Bilanzen und Erfolgsrechnungen die einzelnen unrechtmässigen Bezüge gar nicht detailliert ausweisen würden, womit die Generalversammlung als Organ der Beklagten keine Kenntnisse der Vorgänge gehabt habe und ihr diese nicht entgegengehalten werden könnten. Unzutreffend sei sodann, dass zwischen den Parteien "Vertrauensspesen" vereinbart worden seien.

Demgegenüber habe der Kläger vorgebracht, K. _____ sei als Finanzverantwortlicher der Beklagten nachweislich für die Buchhaltung bzw. für die Aufsicht über die Buchhaltung zuständig gewesen. Er sei somit für den ordentlichen Ablauf und die Koordination zwischen der Beklagten, der externen Buchhaltungsstelle sowie der Revisionsstelle zuständig gewesen. Sein Verantwortungsbereich habe klarerweise die Vollständigkeit und die Berechtigung der in der Buchhaltung und anschliessend in den Jahresabschlüssen verzeichneten Aufwendungen umfasst. Die Buchführung und die Jahresrechnungen der Beklagten für die Geschäftsjahre 2009/2010 bis 2016 seien von der Revisionsstelle geprüft und für gesetzes- und statutenkonform befunden worden. An den ordentlichen Generalversammlungen der Beklagten für die Geschäftsjahre 2009/2010 bis 2015 seien diese Jahresrechnungen genehmigt, die Geschäftsführung des jeweils abgelaufenen Jahres gutgeheissen und dem Verwaltungsrat Entlastung erteilt worden. Da K. _____ vollständige Einsicht in die Buchführung der Beklagten gehabt habe, sich für diese gar verantwortlich gezeigt habe und sämtliche Bezüge oder sonstigen Auslagen des Klägers in die Buchhaltung eingegeben worden seien, könnten sich die Beklagte bzw. K. _____ nicht darauf berufen, dass ihnen die streitigen Bezüge nicht bekannt gewesen seien. Zudem werde bestritten, dass für die streitigen Bezüge und Zahlungen des Klägers keine Belege bzw. kein Nachweis für ihre geschäftliche Begründetheit vorlägen. Die Beklagte habe während der gesamten Anstellungsdauer zu keinem Zeitpunkt einen Bezug oder eine Zahlung des Klägers gerügt oder nachträglich zusätzliche Belege bzw. Nachweise einge-

fordert. Bestritten werde auch, dass die Bezüge und Zahlungen "klar privater Natur" seien. Beide Behauptungen seien von der Beklagten weder genügend substantiiert noch nachgewiesen worden, obwohl sie dafür beweispflichtig sei. Der Arbeitnehmer müsse zwar die geschäftliche Notwendigkeit seiner Auslagen beweisen, wenn er von seinem Arbeitgeber Auslagenersatz fordere. Die Beweislast sei jedoch anders verteilt, wenn eine bereits ausgerichtete Auslage, die darüber hinaus längst als geschäftsmässig begründet in der Buchhaltung verbucht und im revidierten und genehmigten Jahresabschluss aufgenommen worden sei, vom Arbeitgeber zurückgefordert werde. In diesem Fall liege es am Arbeitgeber, die von ihm behauptete geschäftliche Nichtbegründetheit zu beweisen und einen (wesentlichen) Irrtum für die getätigte Auszahlung geltend zu machen. Dies tue die Beklagte jedoch für keine der streitigen Bezüge bzw. Zahlungen. Aus der über acht Jahre dauernden, von der Gegenseite eingestandenen und bis zur Kündigung nie hinterfragten Praxis bei der Beklagten gehe zudem eindeutig hervor, dass zwischen den Parteien Vertrauensspesen vereinbart worden seien, für welche der Kläger keine Belege habe einreichen müssen und für die er die geschäftliche Notwendigkeit nicht zu beweisen brauche (act. 61 E. 9.1).

7.2.1.2 Es sei unbestritten – so die Vorinstanz –, dass die Beklagte dem Kläger jeweils eine Maestro-Karte für ihr Bankkonto bei der Bank überlassen habe und die Maestro-Karten während des jeweiligen Zeitraums zur ausschliesslichen Verfügung des Klägers gestanden hätten und nur von ihm benutzt worden seien. Weiter sei unbestritten und belegt, dass die Geschäftsführung [von der Generalversammlung] gutgeheissen und dem Verwaltungsrat für die Geschäftsjahre 2009/2010 bis 2015 Entlastung erteilt worden sei (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.1). In diesem Zusammenhang könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass ihr die strittigen Bezüge nicht hätten bekannt sein können. Ebenso wenig könne gesagt werden, dass die Generalversammlung als Organ der Beklagten keine Kenntnisse der Vorgänge gehabt habe, sei doch der Aktionärin M. _____ AG das Wissen ihres Hauptaktionärs anzurechnen. K. _____ habe sich seit dem Jahr 2010 regelmässig um die Buchhaltung der Beklagten gekümmert und zumindest ab dem Jahr 2015 die Hauptverantwortung getragen (vgl. vorne E. 4.1). Ebenfalls sei erstellt, dass sämtliche Bezüge oder sonstigen Ausgaben des Klägers mit der Maestro-Karte in die Buchhaltung Eingang gefunden hätten. Im Jahr 2015 sei K. _____ direkt in die Spesenabrechnungen des Klägers involviert gewesen und habe gemäss der E-Mail vom 19. Dezember 2015 Einblick in die Zahlungen und Bezüge mit der Maestro-Karte gehabt (act. 21/10; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.4). Ausserdem habe K. _____ erwiesenermassen auch detaillierte Kenntnis von den Maestro-Bezügen im Jahr 2014 gehabt (act. 29/2-4; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.2). Nichts zu ihren Gunsten ableiten könne die Beklagte mit ihren Erklärungen, wonach K. _____ im Zuge der Vorbereitung der Revision des Geschäftsjahres 2014 im Frühjahr 2015 zufällig – d.h. ohne systematische Kontrolle – erstmals diverse Doppelbuchungen und geschäftlich gebuchte Privatbezüge aufgefallen seien (act. 33 Rz 8). Fakt sei, dass die Beklagte trotz des "Aufdeckens" dieser angeblichen Unregelmässigkeiten der Sache nicht weiter nachgegangen und dem Kläger sowohl für das Geschäftsjahr 2014 wie auch für das Geschäftsjahr 2015 die Décharge erteilt worden sei. Falls sich K. _____ an diesen "privaten Bezügen" des Klägers tatsächlich gestört hätte – er also der Meinung gewesen wäre, diese seien nicht mit der geschäftlichen Tätigkeit des Klägers vereinbar –, wäre er bereits nach der Spesenabrechnung in den Jahren 2014 und 2015 dagegen vorgegangen. Zumindest wäre es ihm zumutbar gewesen, dies zu erkennen und auch die Vorjahre nach entsprechenden Bezügen zu untersuchen. Stattdessen sei dem Kläger am 6. Juni 2016 wiederum die Décharge [für das Geschäftsjahr 2015] erteilt worden, ohne einen Vorbehalt bezüg-

lich allfällig fehlender Spesenbelege zu machen. Falls die Spesenbelege für das Jahr 2015 im Zeitpunkt der Generalversammlung im Juni 2016 noch ausgestanden hätten, wäre einerseits ein entsprechender Vorbehalt angebracht und andererseits angezeigt gewesen, die Spesenbelege der Vorjahre zu kontrollieren. Da eine Décharge auch bezüglich der Tatsachen aus den Vorjahren gelte und diese zuletzt für das Geschäftsjahr 2015 am 6. Juni 2016 erteilt worden sei, könne die Beklagte bezüglich der Tatsachen, welche nicht verheimlicht worden, sondern für K. _____ aus den älteren Buchhaltungen erkennbar gewesen seien, gegenüber dem Kläger nichts mehr geltend machen. Die Décharge vom 6. Juni 2016 gelte somit auch für die Vorjahre, womit die Rückforderungsansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zumindest bis und mit dem Geschäftsjahr 2015 untergegangen seien (act. 61 E. 9.2 und 9.4.4).

7.2.1.3 Für die Bezüge mit der Maestro-Karte ab dem Geschäftsjahr 2016 sei keine Décharge mehr erteilt worden. Zwar sei der Arbeitnehmer für die geschäftliche Begründetheit jedes einzelnen Bezugs mit seiner Maestro-Karte beweispflichtig. Doch sei vorliegend angesichts der jahrelangen Übung zwischen den Parteien – gemäss welcher der Kläger keinen detaillierten Nachweis für seine Kartenbezüge habe erbringen müssen und die Beklagte die Angaben des Klägers in der vorgelegten Form akzeptiert und sich nicht um die Detailbelege der Bezüge gekümmert habe – davon auszugehen, dass die Beklagte die Bezüge stillschweigend genehmigt habe. Dies gelte umso mehr, als K. _____ auch nach dem 6. Juni 2016 jederzeit Einblick in die Buchhaltung und die Bezüge des Klägers gehabt und die Bezüge bis nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nie ernsthaft in Frage gestellt habe. Da der Kläger mit dem Einverständnis der Beklagten gehandelt habe, könne er sich somit auf die haftungsbefreiende Einrede "volenti non fit iniuria" berufen (act. 61 E. 9.5.2).

7.2.1.4 Selbst wenn im Übrigen nicht von einer Genehmigung der Beklagten auszugehen wäre, lägen bei der gegebenen Sachlage (jahrelange Übung, Spesen ohne Belege bezahlt) zumindest Vertrauensspesen vor, für welche die Anforderungen an den Nachweis stark herabgesetzt seien. Wenn eine geschäftliche Begründetheit der Spesen einigermaßen nachvollziehbar sei, obliege es der Beklagten, den Gegenbeweis zu erbringen, dass es sich bei den Bezügen mit der Maestro-Karte um privat begründete Bezüge des Klägers gehandelt habe. Der Kläger habe vorgebracht, die Bargeldbezüge von total rund CHF 20'000.00 seien geschäftlich begründet gewesen und in Ausübung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer und Verwaltungsratsdelegierter der Beklagten entstanden. Die Tätigkeit des Klägers habe insbesondere das Besuchen, Ausführen und Akquirieren von (potentiellen) Kunden und Geschäftspartnern sowie diverse Aussendienst-Aufgaben umfasst. In dieser Funktion habe der Kläger unter anderem Geschäftsreisen im In- und Ausland unternommen und zahlreiche Geschäftsessen abgehalten. Da die Bargeldbezüge – so die Vorinstanz – ungefähr den Bezügen aus den Vorjahren entsprochen hätten und die Beklagte nicht bestritten habe, dass der Kläger die von ihm umschriebenen Tätigkeiten ausgeführt habe, erschienen diese Bezüge geschäftlich begründet und damit gerechtfertigt. Gegenteiliges habe die Beklagten weder substantiiert noch bewiesen. Dasselbe habe hinsichtlich der Bezüge an Tankstellen im Betrag von rund CHF 5'250.00 sowie der diversen Bezüge in Restaurants im Betrag von rund CHF 1'000.00 zu gelten, habe die Beklagte doch nicht bestritten, dass der Kläger ein Fahrzeug für seine geschäftlichen Tätigkeiten benötigt und zahlreiche Geschäftsreisen im In- und Ausland unternommen habe sowie im Rahmen seiner Tätigkeit mit Geschäftspartnern und Kunden Restaurants habe besuchen müssen. Dasselbe habe schliesslich auch für die weiteren von

der Beklagten beanstandeten Bezüge zu gelten ([...]). Der von der Beklagten geforderte Rückerstattungsanspruch in der Höhe von CHF 212'180.91 sei daher abzuweisen (act. 61 E. 9.5.3-9.6).

7.3 Diesen Erwägungen des Kantonsgerichts kann so nicht gefolgt werden.

7.3.1 Der Vorinstanz ist vorab insoweit zuzustimmen, als für K. _____ bestimmte Tatsachen bezüglich einer möglichen Verantwortlichkeit des Klägers im Zusammenhang mit dessen Spesen(-abrechnungen) im Zeitpunkt der Déchargeerteilungen am 8. Juni 2015 für das Geschäftsjahr 2014 bzw. am 6. April 2016 für das Geschäftsjahr 2015 erkennbar waren. Dies gilt insbesondere für die klägerischen Spesen der Geschäftsjahre 2014 und 2015, bei denen es im Frühjahr bzw. Dezember 2015 für K. _____ erkennbare Hinweise auf eine mögliche Verantwortlichkeit des Klägers gab (vgl. act. 29/4 und act. 33 Rz 8 bzw. act. 25/41 und act. 25 Rz 221 sowie act. 29 Rz 7). Die Beklagte bringt in ihrer Berufung zwar vor, dass gestützt auf die E-Mail vom 19. Dezember 2015 und deren Anhang (act. 21/10) für K. _____ entsprechende Privatbezüge des Klägers nicht erkennbar gewesen seien, zumal Bezüge – soweit geschäftlich begründet – grundsätzlich hätten stattfinden dürfen und Zahlungen mit der Maestro-Karte deshalb nicht prinzipiell auffällig gewesen seien, weshalb keine Veranlassung für irgendwelche ausserordentliche Prüfungsmassnahmen bestanden habe (act. 62 Rz 41-46). Dabei verkennt sie jedoch, dass die Vorinstanz nebst der E-Mail vom 19. Dezember 2015 insbesondere darauf abstellte, dass "K. _____ erwiesenermassen auch detaillierte Kenntnis von den Maestro-Bezügen im Jahr 2014" (act. 29/2-4) hatte. Diesbezüglich anerkannte die Beklagte, dass K. _____ im Zuge der Vorbereitung der Revision des Geschäftsjahrs 2014 im Frühjahr 2015 diverse Doppelbuchungen und geschäftlich gebuchte Privatbezüge aufgefallen seien (act. 33 Rz 8; vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.2 und E. 4.5). Gestützt auf diese Erkenntnis hätte K. _____ klarerweise auch die im Jahr 2015 vom Kläger mit der Maestro-Karte getätigten Bezüge hinterfragen müssen, wobei entsprechende Privatbezüge zweifellos erkennbar gewesen wären. Erkannte er bereits im Jahr 2014 – trotz der von der Beklagten vorgebrachten klägerischen "Vertuschungsmassnahmen" wie der Verbuchung der Bezüge auf das Konto "Betriebsaufwandvorschuss" (act. 62 Rz 46-50) – entsprechende Privatbezüge des Klägers, wäre ihm dies auch im Jahr 2015 gelungen. Nach dem Gesagten steht einem Rückforderungsanspruch der Beklagten für die Geschäftsjahre 2014 und 2015 die von der Generalversammlung der Beklagten am 8. Juni 2015 bzw. 6. April 2016 erteilte Décharge entgegen.

7.3.2 Im Übrigen kann der Vorinstanz jedoch nicht gefolgt werden. Ob K. _____ nach den erwähnten Hinweisen betreffend die Geschäftsjahre 2014 und 2015 – wie die Vorinstanz meint – aufgrund entsprechender Erkennbarkeit auch die Geschäftsjahre 2009-2013 nach derartigen (Spesen-)Bezügen hätte durchsuchen müssen, kann offenbleiben. Selbst wenn nämlich für K. _____ entsprechende Tatsachen auch für die Geschäftsjahre 2009-2013 im Zeitpunkt der Déchargeerteilungen am 8. Juni 2015 bzw. 6. April 2016 erkennbar gewesen wären, hätte die Generalversammlung – wie sogleich darzulegen ist – ohnehin keine rückwirkende Décharge erteilt; diesbezüglich verkennt die Vorinstanz offensichtlich die Tragweite des Déchargebeschlusses in zeitlicher Hinsicht.

In dem bereits von der Vorinstanz zitierten Urteil 4A_155/2014 vom 5. August 2014 (act. 61 E. 9.4.2) hielt das Bundesgericht fest, dass die Entlastungswirkung eines Déchargebeschlusses

ses in zeitlicher Hinsicht in der Regel die Geschäftstätigkeit des abgelaufenen Geschäftsjahres erfasst, für das Rechnung gelegt und um Décharge ersucht wird. Zur Frage, ob sich ein Entlastungsbeschluss auch auf Vorfälle aus früheren, dem betreffenden Geschäftsjahr vorangehenden Perioden auswirken kann, führte es zwar aus, dass ein allgemeiner und vorbehaltloser Entlastungsbeschluss für das abgelaufene Geschäftsjahr grundsätzlich auch Vorfälle aus früheren Geschäftsjahren abdeckt, von denen die Generalversammlung seit der letzten Déchargeerteilung Kenntnis erlangte (a.a.O., E. 6.3). Diese Schlussfolgerung darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass auch die – wie vorliegend – auf das abgelaufene Geschäftsjahr *begrenzt bzw. beschränkt* erteilte Décharge (vgl. act. 21/22: "Entlastung des Verwaltungsrates [...] Die nicht in der Geschäftsleitung tätigen Aktionäre erklären, dass sie *die Geschäftsführung des abgelaufenen Jahres* gutheissen" [Hervorhebung hinzugefügt]) automatisch eine entsprechende Rückwirkung beinhaltet; dies trifft nur auf einen allgemeinen und vorbehaltlosen Entlastungsbeschluss zu ("Den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung wird Entlastung erteilt"). Das Bundesgericht stellte dies im zitierten Urteil klar, indem es festhielt, "dass es der Generalversammlung unbenommen bleibt, einen in zeitlicher und/oder materieller Hinsicht einschränkenden Vorbehalt anzubringen, wenn sie von Verfehlungen aus früheren Geschäftsjahren Kenntnis erhält und diese von einem generellen Entlastungsbeschluss für das abgelaufene Geschäftsjahr ausnehmen will" (a.a.O., E. 6.3; vgl. auch Hinsin, a.a.O., S. 544 f.; Hänni, La portée matérielle et temporelle de la décharge, GesKR 1/2015 S. 121 ff., 127 f.).

7.3.3 Ebenso wenig kann sich der Kläger auf die Einrede "volenti non fit iniuria" berufen, wusste er doch, dass die Beklagte derartige Privatbezüge nicht tolerierte und im Buchhaltungskonto "Betriebsaufwandvorschuss" – mithin als Forderung der Beklagten gegenüber dem Kläger – verbuchte (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 3.2 und E. 4.5; act. 29/2; act. 29 Rz 11; act. 33 Rz 8; act. 62 Rz 61).

7.3.4 Nicht zu überzeugen vermag schliesslich die vorinstanzliche Feststellung, dass bei der gegebenen "Sachlage (jahrelange Übung, Spesen wurden ohne Belege bezahlt)" von Vertrauensspesen auszugehen sei bzw. die Beklagte die Bezüge stillschweigend genehmigt habe. Wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 62 Rz 51-56 und 82 f.), finden sich diesbezüglich keine stichhaltigen Hinweise in den Akten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb zur Auszahlung der Spesen – entgegen dem Entwurf des Geschäftsführer-Arbeitsvertrags (act. 1/11 Ziff. 10: "Spesen werden gemäss separater Abrechnung vergütet") – nicht entsprechende Abrechnungen und Belege erforderlich gewesen sein sollen, was auch dem Kläger bewusst war (act. 21/17 S. 3 ["Jeweils auf Jahresende wurden die entsprechenden Spesenabrechnungen erstellt"]; act. 25/8 ["Die Belege für den Akonto-Bezug werde ich Herrn V._____ bis 15. Mai 2017 zusenden"]), zumal er teilweise entsprechende Belege einreichte (act. 62 Rz 52 m.w.H.; vgl. auch act. 21/10 ["Anbei die aktuelle Liste {...} zum Abgleich mit Deinen Spesenbelegen"] und act. 29 Rz 32 ["Der Kläger entsprach diesem Wunsch und übergab {...} daraufhin sämtliche Belege {...}"]).

Wie die Beklagte weiter zu Recht vorbringt (act. 62 Rz 72-75), hat der Kläger die geschäftliche Begründetheit seiner Spesenbezüge – soweit möglich mit entsprechenden Belegen – zu beweisen (vgl. act. 61 E. 9.5.1). An den Beweis der zu ersetzenden Auslagen dürfen zwar nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden (vgl. BGE 131 III 439 E. 5.1). Dies bedeutet aber nicht, dass bei entsprechenden Beweisschwierigkeiten die Beweislast umgekehrt wer-

den darf. Die Vorinstanz durfte der Beklagten somit nicht den Beweis auferlegen, dass es sich bei den klägerischen Bezügen mit der Maestro-Karte um privat begründete Bezüge handelte (act. 61 E. 9.5.3). Die blossen Behauptungen des Klägers, die Bezüge in den Jahren 2016/2017 seien geschäftlich begründet gewesen, und die Feststellung der Vorinstanz, die von der Beklagten nicht bestrittene Tätigkeit des Klägers habe das Besuchen, Ausführen und Akquirieren von (potentiellen) Kunden und Geschäftspartnern sowie diverse Aussendienst-Aufgaben umfasst (inkl. Geschäftsreisen im In- und Ausland und zahlreiche Geschäftsessen), können den geforderten Beweis jedenfalls nicht erbringen. Vor diesem Hintergrund vermag – wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 62 Rz 57-62 und 84-87) – die vorinstanzliche Begründung nicht zu überzeugen.

- 7.3.5 Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung der Beklagten hinsichtlich der klägerischen (Spesen-)Bezüge in den Geschäftsjahren 2009-2013, 2016 und 2017 als begründet, weshalb die Sache in teilweiser Gutheissung der Berufung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Vorinstanz wird (erneut) zu prüfen haben, ob die strittigen (Spesen-)Bezüge des Klägers in den Geschäftsjahren 2009-2013, 2016 und 2017 gerechtfertigt waren oder nicht. Demgegenüber ist die Berufung der Beklagten hinsichtlich der klägerischen (Spesen-)Bezüge in den Geschäftsjahren 2014 und 2015 abzuweisen.
- 7.4 Bezüglich der Schadenersatzforderung wegen "Hinterziehung/Falschdeklaration Mehrwertsteuer" erwoh die Vorinstanz, die Beklagte habe dem Kläger vorgeworfen, dass er im Namen der Beklagten pflichtwidrig einen unzulässigen Vorsteuerabzug geltend gemacht habe. Gemäss dem Schreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung (nachfolgend: ESTV) vom 4. Dezember 2015 habe die ESTV eine Vorsteuerkorrektur vorgenommen, weshalb die Beklagte der ESTV den Betrag von CHF 12'997.00 habe zurückerstatten müssen (act. 7/33; Schreiben der ESTV vom 4. Dezember 2015: "Da A. _____ als Delegierter des Verwaltungsrates der G. _____ AG tätig ist und auch einziger Gesellschafter der [N. _____ GmbH] ist, war Ihnen bekannt, dass die geltend gemachten Vorsteuern aus den verbuchten Leistungsbezügen von N. _____ in deren MWST-Abrechnungen nicht deklariert worden sind. Wir belasten Ihnen deshalb die geltend gemachten Vorsteuern aus den verbuchten Leistungsbezügen von N. _____ wie folgt zurück: [...] CHF 12'997.00"). Die Beklagte habe aber nicht substantiiert, worin ihr Schaden bestehe. Wenn es sich bei der Massnahme der ESTV bloss um eine Korrektur gehandelt habe, sei anzunehmen, dass der Betrag von der Beklagten ohnehin geschuldet gewesen wäre, weshalb es an den Haftungsvoraussetzungen der Kausalität und des Schadens mangeln würde. Überdies sei festzuhalten, dass dem Kläger für das massgebende Jahr [Geschäftsjahr 2015] die Décharge [am 6. April 2016] erteilt worden sei. Die Aktionäre der Beklagten, d.h. die M. _____ AG bzw. der Kläger und K. _____, hätten an diesem Datum vom Strafbescheid der ESTV vom 7. März 2016 (act. 7/35) gewusst (act. 29/6; E-Mail von K. _____ an den Kläger vom 22. Dezember 2015: "Ich habe soeben die Verfügung Mwst von Herr V. _____ bekommen. Eingang ist der 4.12. [...]"). weshalb der Kläger infolge der Décharge von einer allfälligen Haftung – sowohl für den angeblichen "Schaden Vorsteuerabzug" von CHF 12'997.00 als auch für die Busse von CHF 1'370.00 (insgesamt CHF 14'367.00) – befreit worden sei (act. 61 E. 8.2).

Ob – wie die Beklagte in ihrer Berufung ausführt (act. 62 Rz 113 f.) – der Schaden hinreichend substantiiert worden sei und die Haftungsvoraussetzungen zu bejahen seien, braucht vorliegend nicht näher beurteilt zu werden. Im Berufungsverfahren unangefochten blieb nämlich

die vorinstanzliche Feststellung, dass sowohl der Kläger wie auch K. _____ vom Schreiben der ESTV vom 4. Dezember 2015 sowie vom Strafbescheid der ESTV vom 7. März 2016 und damit von den Handlungen des Klägers und deren Konsequenzen im Zeitpunkt der Déchargeerteilung am 6. April 2016 Kenntnis hatten (vgl. vorne E. 3.1). Damit sind die Handlungen des Klägers bzw. die Tatsachen von der am 6. April 2016 gewährten Décharge erfasst, was eine entsprechende klageweise Geltendmachung verunmöglicht. Nichts daran zu ändern vermag auch der von der Beklagten erhobene Einwand, die diesbezüglich in der Buchhaltung vorhandene Rückforderung im Zusammenhang mit der Verfehlung des Klägers komme inhaltlich und faktisch einem deutlichen Vorbehalt gleich, welcher einem allgemein gehaltenen Déchargebeschluss vorgehe (act. 62 Rz 117; act. 25/28 und 25/29). Sie verkennt dabei, dass die in der Buchhaltung erfasste Rückforderung (über CHF 12'997.00; act. 25/28) noch nichts über deren Berechtigung aussagt. Hinsichtlich der hierzu wesentlichen klägerischen Handlungen wäre vielmehr ein Vorbehalt im Rahmen der Déchargeerteilung am 6. April 2016 anzubringen gewesen, was jedoch nicht geschah. Damit ist die dagegen erhobene Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

8. Schliesslich sind die weiteren, von der Beklagten widerklageweise geltend gemachten, im Berufungsverfahren noch strittigen Schadenersatzforderungen zu beurteilen.
- 8.1 Zur Schadenersatzforderung aus dem "Ankauf von Wein" ist in rechtlicher Hinsicht vorab Folgendes festzuhalten:

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt bzw. das Geschäft nachträglich genehmigt oder die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen, was namentlich dann der Fall ist, wenn ein Voranstellen eigener Interessen ausgeschlossen werden kann, weil objektive Kriterien – etwa Markt- oder Börsenpreise – bestehen. Dieselben Regeln gelten auch für die Doppelvertretung zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe. Auch in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung des Vertretenen bzw. durch ein neben- oder übergeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht. Ausserdem muss gemäss Art. 718b OR der Vertrag schriftlich abgefasst werden, wenn die Gesellschaft beim Abschluss eines Vertrags durch diejenige Person vertreten wird, mit der sie den Vertrag abschliesst, und der Vertrag laufende Geschäfte betrifft, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000.00 übersteigt. Dabei wird das Schriftlichkeitserfordernis als kumulative Anforderung zu den weiteren Voraussetzungen verstanden; insofern erscheint die Schriftform als Gültigkeitserfordernis (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_300/2016 vom 7. November 2016 E. 4.4.2 m.w.H.).

- 8.1.1 Im Zusammenhang mit der Schadenersatzforderung aus dem "Ankauf von Wein" warf die Beklagte dem Kläger vor, er habe in seiner Funktion als Verwaltungsratsdelegierter für die Beklagte den Ankauf, die Vorbereitung für den Versand und den Import von Wein aus Italien zwecks Weiterverkaufs veranlasst. Durch verschiedene Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit diesem Geschäft habe ein Totalverlust der Ware resultiert. Der Kläger habe über

seine N. _____ GmbH von der X. _____ Wein im Gegenwert von EUR 7'642.60 bestellt und diesen von der Y. _____ Ltd. nach Z. _____ liefern lassen. Anschliessend habe er die importierte Ware über seine N. _____ GmbH mit Rechnung vom 20. Juni 2016 über CHF 15'285.20 zulasten der Beklagten fakturiert und mit seinem Barbezug [vom 3. August 2015] in der Höhe von EUR 15'150.00 verrechnet. Damit habe der Kläger in der Konsequenz mittels nicht genehmigter Selbstkontrahierung bzw. durch Verletzung seiner Treue- und Sorgfaltspflicht die Beklagte geschädigt, indem er den für EUR 7'642.60 [= CHF 8'290.10] eingekauften Wein gegenüber der Beklagten über die von ihm beherrschte N. _____ GmbH mit CHF 15'285.20 in Rechnung gestellt habe. Entsprechend stehe der Beklagten eine Schadenersatzforderung in der Höhe von CHF 6'995.10 zu [= CHF 15'285.20 abzüglich CHF 8'290.10].

Der Kläger bestritt sowohl eine nicht genehmigte Selbstkontrahierung als auch eine Verletzung seiner Treue- und Sorgfaltspflicht und führte aus, der aus Italien erworbene Wein sei noch nicht fertig verarbeitet und ungekellert in Plastikbehältern abgefüllt gewesen. Da die erste Weinlieferung aus Italien auf dem Weg in die Schweiz fermentiert sei und die Ware an den Lieferanten habe zurücktransportiert werden müssen, seien überdies weitere Zusatzkosten entstanden. Bis das Endprodukt bei der Beklagten habe abgeliefert werden können, seien für die N. _____ GmbH noch zahlreiche Arbeitsschritte, Material- und Transportkosten sowie weitere Aufwendungen angefallen. Zudem sei noch eine Gewinnmarge hinzugekommen, welche der gängigen Praxis entsprochen habe. Der für die Weinlieferung in Rechnung gestellte Betrag sei marktgerecht gewesen und von der Beklagten genehmigt worden. Ein Schaden, für welchen der Kläger Ersatz leisten müsste, sei der Beklagten nicht entstanden und wäre darüber hinaus nicht genügend substantiiert und bewiesen worden.

- 8.1.2 Die Vorinstanz wies die Forderung der Beklagten ab. Sie erwog, die Beklagte hätte einen Schaden der Gesellschaft substantiiert behaupten und beweisen müssen, werde der Schaden doch auch im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem hypothetischen Stand, den sein Vermögen ohne die Pflichtverletzung hätte, definiert. Einen solchen Schaden habe die Beklagte jedoch nicht hinreichend substantiiert behauptet. Eine Vermögenseinbusse bei der Beklagten würde nämlich nur dann vorliegen, wenn der Kläger ihr den Wein nicht zu marktgerechten Preisen beschafft hätte und sie beim Weiterverkauf daher eine tiefere Gewinnmarge als entgangenen Gewinn erlitten hätte. Einen solchen Vorgang habe die Beklagte aber weder substantiiert behauptet noch bewiesen, weshalb die Forderung bereits mangels Schadens abzuweisen sei. Hinzu komme, dass K. _____ vom Geschäft gewusst und es zumindest konkludent genehmigt habe, habe er doch ab dem Jahr 2015 die Buchhaltung der Beklagten hauptsächlich geführt. Er habe somit gewusst, dass der Kläger im Zusammenhang mit dem Weinkauf am 3. August 2015 CHF [recte: EUR] 15'150.00 bar abgehoben habe. Als die Rechnung des Weinlieferanten vom 13. Juni 2016 [über EUR 7'642.60] (act. 7/36) und die Rechnung der N. _____ GmbH vom 20. Juni 2016 (act. 7/38) [bei der Beklagten] eingetroffen seien, sei die Höhe der Rechnung der N. _____ GmbH nicht beanstandet worden, obwohl für K. _____ ersichtlich gewesen sein müsse, dass sich die Beträge nicht gedeckt hätten. Aus der E-Mail-Korrespondenz vom 25./31. Januar und 11. Februar 2017 gehe überdies hervor, dass K. _____ über Probleme bei diesem Weineinkauf orientiert gewesen sei (act. 29/14 S. 3). Die Doppelvertretung sei somit genehmigt worden und könne dem Kläger nicht vorgeworfen werden. Für eine konkludente Ge-

nehmung reiche bereits aus, dass das Nebenorgan vom Geschäft Kenntnis habe, aber nicht dagegen vorgehe. Somit sei die Forderung der Beklagten auch aus diesem Grund abzuweisen (act. 61 E. 8.3).

8.1.3 Diesen Erwägungen kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden.

8.1.3.1 Zunächst kann auch im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben, wer ab dem Jahr 2015 für die Buchhaltung verantwortlich war (vgl. vorne E. 4.5). Der Kläger hat nämlich nicht näher dargelegt bzw. nicht substantiiert behauptet, in welcher Form die Beklagte das Geschäft genehmigt haben soll (act. 21 Rz 95), wogegen die Beklagte eine Genehmigung stets bestritten hat (act. 7 Rz 102; act. 25 Rz 160). Eine solche fällt daher mangels hinreichender Behauptungen von vornherein ausser Betracht. Ebenso wenig ist eine Ermächtigung hinreichend behauptet und bewiesen worden (act. 29 Rz 19). Im Übrigen trifft es – wie die Beklagte zu Recht einwendet (act. 62 Rz 128-130) – nicht zu, dass sie die Höhe der Rechnung der N._____ GmbH vom 20. Juni 2016 nicht beanstandet habe, wurde doch der Kläger im Januar 2017 unbestrittenermassen mündlich darauf hingewiesen, dass die Beklagte die Rechnung der N._____ GmbH nicht toleriere (act. 7 Rz 26 und 28; act. 21 Rz 32 und 94 f.), ehe die Verwaltungsratspräsidentin der Beklagten den Kläger mit E-Mail vom 2. Juli 2017 schriftlich um Auskunft zum Weingeschäft ersuchte (act. 1/28). Vor diesem Hintergrund kann von einer konkludenten Genehmigung nicht die Rede sein. Dass K._____ gemäss der E-Mail-Korrespondenz vom 25./31. Januar und 11. Februar 2017 über Probleme mit dem Weineinkauf orientiert war (act. 29/14), vermag daran nichts zu ändern (vgl. dazu auch die schriftliche Urteilsbegründung des Strafgerichts des Kantons H._____ vom 10. Juni 2021 E. I.2, worin der Kläger im Zusammenhang mit dem Weingeschäft wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verurteilt wurde; act. 62 Rz 121-123; act. 62/5).

Ausserdem behauptete die Beklagte den Schaden – entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen – hinreichend substantiiert (act. 62 Rz 131-134; act. 7 Rz 99-102; act. 25 Rz 159-166), weshalb die Vorinstanz die Schadenersatzforderung nicht wegen mangelhafter Substantiierung hätte abweisen dürfen. Dennoch ist der geltend gemachte Schadenersatz aus nachfolgenden Gründen – zumindest derzeit – nicht einklagbar.

8.1.3.2 Nachdem der Kläger beim Weingeschäft sowohl für die Beklagte als auch für die N._____ GmbH als deren Vertreter handelte, ist das Weingeschäft – mangels entsprechender Ermächtigung oder Genehmigung der Beklagten – infolge möglicher Interessenkollisionen grundsätzlich unzulässig (sog. Doppelvertretung); es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen, was namentlich dann der Fall sein kann, wenn objektive Kriterien wie z.B. Marktpreise bestehen. Die Vermutung der Unzulässigkeit des Geschäfts hätte – entsprechende Schriftlichkeit des Geschäfts vorausgesetzt – somit allenfalls mit dem Nachweis, dass das Weingeschäft marktkonform abgewickelt wurde, umgestossen werden können (vgl. Straessle/von der Crone, Die Doppelvertretung im Aktienrecht, SZW/RSDA 4/2013 S. 338 ff., 344). Der Kläger verpasste es allerdings, die Marktkonformität bzw. den Abschluss des Geschäfts zu Marktkonditionen hinreichend substantiiert zu behaupten und zu beweisen, weshalb es mithin bei der Unzulässigkeit der Doppelvertretung und der Ungültigkeit des Weingeschäfts bleibt. Im Übrigen ist dieses auch mangels Schriftlichkeit ungültig (vgl. vorne E. 8.1).

Ist das Rechtsgeschäft aber ungültig, erleidet die Beklagte insofern (derzeit noch) keinen Schaden, als sie den eingeklagten Betrag von der N. _____ GmbH zurückfordern kann. Erst wenn die Rückforderung bei der N. _____ GmbH nicht erhältlich gemacht werden kann, ist eine Haftung des Klägers näher zu prüfen (vgl. Watter/Roth Pellanda, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 718b OR N 8; Straessle/von der Crone, a.a.O., S. 341; vgl. in diesem Sinne auch der Kläger in act. 29 Rz 25). Demnach ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Klage in diesem Punkt abgewiesen hat, weshalb die Berufung der Beklagten diesbezüglich abzuweisen ist.

8.2 Zu der von der Beklagten geltend gemachten Forderung "Fehlbetrag Kassenbestand per 31. Dezember 2015" ergibt sich Folgendes:

8.2.1 Die Beklagte macht den Kläger für den "Fehlbetrag Kassenbestand per 31. Dezember 2015" verantwortlich. Zur Begründung führte sie vor Kantonsgericht aus, im Rahmen der Aufarbeitung der Geschehnisse nach der Entlassung des Klägers habe sie festgestellt, dass gemäss der Buchhaltung per 31. Dezember 2015 noch ein Kassenbestand von CHF 7'165.10 ausgewiesen worden sei. Der Barbetrag sei danach vom Kläger per 1. Januar 2016 aus dem Buchhaltungskonto "Kasse" mit dem Vermerk "Saldo Kasse 31.12.2015 PN, Belege nachzureichen" auf das Konto "Betriebsaufwandvorschuss" – d.h. als Forderung der Beklagten gegenüber dem Kläger – ausgebucht worden (vgl. act. 7/43 und 25/34, Buchhaltungskonto "Kasse" [Zeile mit Datum 01.01.2016]). Der Kläger habe jedoch nie Belege nachgereicht. In seiner Funktion als operativ verantwortlicher Delegierter des Verwaltungsrats habe er es pflichtwidrig unterlassen, den Bargeldbestand zu wahren und damit der Beklagten einen Schaden in der Höhe von CHF 7'165.10 zugefügt. Die provisorische Buchhaltung für das Geschäftsjahr 2016 habe dem Kläger bereits am 19. Januar 2017 vorgelegen, womit er Gelegenheit gehabt hätte festzustellen, dass seine angeblich eingereichten Belege nicht ordentlich verbucht worden seien. Mithin hätte er immer noch die Möglichkeit gehabt, die fehlenden Belege für eine geschäftliche Verwendung der Mittel beizubringen. Letzteres habe er jedoch zugestandenermassen nicht getan.

Der Kläger bestritt, dass er die Kasse der Beklagten "geplündert" habe. Zudem sei auch nicht er, sondern K. _____ für die Buchhaltung zuständig gewesen. Somit habe die Verantwortung für den Kassenbeleg K. _____ obliegen. Die entsprechenden Belege habe der Kläger K. _____ nach dessen Anfrage vom 19. Dezember 2015 (act. 21/10) zugestellt. Daraufhin sei ihm der definitive Bericht der Revisionsstelle von K. _____ mit E-Mail vom 1. Februar 2016 zugestellt worden, weshalb er in der Folge davon ausgegangen sei, dass die von ihm bereitgestellten Belege in die Buchhaltung eingegeben und der provisorisch verbuchte Vorschuss (Kassenbestand) mit seiner Gegenforderung verrechnet worden sei. Er habe an der ordentlichen Generalversammlung der Beklagten für das Geschäftsjahr 2016 nicht teilgenommen. Das Protokoll dieser Generalversammlung liege ihm nicht vor und sei von der Beklagten auch nicht eingereicht worden. Aus dem Umstand, dass die Jahresrechnung 2016, welche (fälschlicherweise) eine Forderung gegen ihn ausweise, revidiert und anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der Beklagten abgenommen worden sei, lasse sich folglich keine Anerkennung des Klägers betreffend die Forderung von CHF 7'165.10 ableiten (act. 61 E. 8.5.1).

- 8.2.2 Die Vorinstanz erachtete die Forderung der Beklagten als unbegründet. Eine Haftung des Klägers bedinge einen Schaden der Gesellschaft, welcher durch ein Fehlverhalten des Klägers kausal verursacht worden sei. Die Beklagte habe es allerdings unterlassen, die Voraussetzungen einer Haftung substantiiert darzulegen. Zum einen sei nicht ersichtlich, welchen Schaden die Beklagte erlitten habe, wenn nach ihrer – vom Kläger allerdings bestrittenen – Darstellung der Kassenbestand in eine Forderung der Beklagten gegenüber dem Kläger umgebucht worden sei. Ein Schaden entstehe sodann auch nicht, wenn der Kläger es bloss unterlassen habe, Spesenbelege einzureichen. Falls die Beklagte geltend machen wolle, dass sie noch immer eine Forderung gegenüber dem Kläger von CHF 7'165.10 habe, hätte sie dies mittels einer aktuellen Buchhaltung und nicht jener aus dem Jahr 2016 nachweisen müssen. Zum anderen sei auch eine Sorgfaltspflichtverletzung des Klägers nicht genügend dargelegt. Da K. _____ ab dem Jahr 2015 für die Buchhaltung der Beklagten verantwortlich gewesen sei, habe es ihm obliegen, die Belege für die Buchungen sicherzustellen bzw. fehlenden Belegen nachzugehen. Der beweispflichtigen Beklagten gelinge es daher nicht, diese Schadenersatzforderung zu substantiieren und zu beweisen (act. 61 E. 8.5.2).
- 8.2.3 Dagegen bringt die Beklagte in ihrer Berufung vor, sie habe in tatsächlicher Hinsicht dargetan, dass gemäss Buchhaltung der Kassenbestand per 31. Dezember 2015 CHF 7'165.10 betragen habe, was der Kläger nicht bestritten habe. Weiter habe sie dargelegt, dass der Bar- bzw. Kassenbetrag vom Kläger (oder auf dessen Instruktion hin von Buchhalter V. _____) per 1. Januar 2016 aus dem Buchhaltungskonto "Kasse" mit dem Vermerk "Saldo Kasse 31.12.2015 PN, Belege nachzureichen" ausgebucht worden sei. Der Kläger habe dabei nicht bestritten, dass er diese Buchung gemacht oder veranlasst habe. Die allgemein gehaltene Aussage, er sei generell nicht für die Buchhaltung zuständig gewesen, könne nicht als hinreichend substantiierte Bestreitung gelten und sei ausserdem von der Beklagten generell widerlegt worden. Die dargelegte Handlung des Klägers sei einzig dahingehend zu verstehen, dass dieser den Kassenbestand an sich genommen bzw. Ausgaben damit getätigt habe, für welche Belege nachzureichen gewesen wären. Ohne Nachreichung von Belegen fehle es aber an einer Grundlage für die Ausgabe oder Barentnahme, d.h. der Kläger habe den Betrag zurückzuerstatten. Indem die Beklagte ausgeführt habe, der Kassenbestand habe per 31. Dezember 2015 CHF 7'165.10 betragen, habe sie den Vermögensstand vor dem schädigenden Ereignis genannt. Als schädigendes Ereignis habe sie dann die (Bar-)Entnahme durch den Kläger genannt und auf der Basis der fehlenden Belege auf das schädigende Ereignis verwiesen, da die fehlenden Belege die fehlende Gegenleistung widerspiegeln hätten. Selbstredend entstehe ein Schaden nicht durch die fehlenden Belege, wie es die Vorinstanz indirekt formuliert habe. Der dargelegte Sachverhalt zeige anhand der fehlenden Belege jedoch den fehlenden Gegenwert, welcher zum Schaden geführt habe. Nach dem schädigenden Ereignis sei der Vermögensbestand der Beklagten um den fehlenden Kassenbestand reduziert gewesen, woraus sich die Differenz ergeben habe. Aus der Sachverhaltsdarstellung ergebe sich somit substantiiert die Schadenshöhe bzw. der Schadensbetrag. Zudem könne rein die Tatsache, dass die Beklagte den vorliegend geltend gemachten Anspruch in der Buchhaltung als bestehenden Anspruch führe, nicht dazu führen, dass der ihr entstandene Schaden entfalle, werde doch die Differenz in den Vermögensständen durch den parallel entstehenden Ersatzanspruch nicht beseitigt, ansonsten die geltende Differenztheorie an einer solchen These scheitern würde. Abgesehen davon zeige der Eintrag des Rückforderungsanspruchs, welcher dem Kläger als Verwaltungsratsdelegierten und damit operativen Hauptverantwortlichen zwangsläufig habe bekannt sein müssen, dass dieser den Anspruch der Beklagten gekannt haben müsse und diesen offensichtlich nicht bestritten habe.

Aus der Pflichtverletzung des Klägers in Bezug auf den Kassenbestand ergebe sich denn auch gerade die Forderung bzw. der Anspruch gegenüber diesem. Und wenn die Beklagte den Nachweis für den Bestand der Forderung erbringen wolle, sei sie dahingehend eingeschränkt, die Forderung zum Entstehungszeitpunkt darzulegen. Sei die Forderung im Jahr 2016 entstanden, sei sie in diesem Jahr in die Buchhaltung aufgenommen worden, weshalb die Buchhaltung 2016 als Beweis diene. Die Buchhaltung der Folgejahre würde höchstens die Anfangssaldi zeigen, jedoch nicht die Forderung selbst nachweisen, zumal ein späterer Untergang oder eine Veränderung der Forderung ja gar kein Thema gewesen sei, wofür eine aktualisierte Buchhaltung einzig einen denkbaren Nutzen hätte bringen können. Somit sei der Beklagten der geltend gemachte Anspruch im Zusammenhang mit dem Kassenbestand von CHF 7'165.10 [nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2018] zuzusprechen (act. 62 Rz 136-140).

8.2.4 Die Einwände der Beklagten sind begründet. Auch vorliegend kann offenbleiben, wer sich für die Buchhaltung ab dem Jahr 2015 verantwortlich zeigte (vgl. vorne E. 4.5), ist doch erstellt, dass der Kläger wusste, dass er für den entnommenen Kassenbetrag entsprechende Belege nachzureichen hatte (act. 29 Rz 32). Der Nachweis hinsichtlich solcher Belege ist ihm jedoch nicht gelungen. Die E-Mail von K. _____ vom 19. Dezember 2015 (act. 21/10) hatte damit offensichtlich nichts zu tun, betraf diese doch nicht die Belege betreffend den entnommenen Kassenbetrag. Wie die Beklagte sodann zutreffend vorbringt, hat sie die Schadenersatzforderung hinreichend substantiiert behauptet und bewiesen. Damit ist die Berufung der Beklagten diesbezüglich gutzuheissen und der Kläger hat der Beklagten den Betrag von CHF 7'165.10 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2018 (vgl. act. 61 E. 1; act. 7/99 und 7/100) zu ersetzen. Die Beklagte kann für diesen Betrag die eingeleitete Betreuung fortsetzen (Art. 79 SchKG).

8.3 Schliesslich ist die Rückforderung aufgrund des "N. _____-Festnetzanschlusses beim Kläger zu Hause" zu beurteilen.

8.3.1 Hinsichtlich dieser Rückforderung brachte die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren vor, der Kläger habe ihr gegenüber behauptet, er brauche einen Festnetzanschluss bei sich zu Hause, um im Homeoffice arbeiten zu können. Diesen Festnetzanschluss mit der Nummer _____ habe er aber als Telefonnummer der N. _____ GmbH angegeben und auch privat genutzt. Er habe zudem das Abonnement um das Fernsehangebot erweitert. Insgesamt seien bei der Beklagten im Zusammenhang mit dem Festnetzanschluss Kosten in der Höhe von CHF 3'950.05 angefallen. Als damaliger Delegierter des Verwaltungsrats und Geschäftsführer habe der Kläger durch sein pflicht- und treuwidriges Verhalten zugelassen, dass die Beklagte am Vermögen geschädigt worden sei, indem er für die Dienstleistung zugunsten seiner N. _____ GmbH die Kosten von der Beklagten habe begleichen lassen. Entsprechend stehe der Beklagten ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch zu. Insbesondere das Fernsehabonnement sei nicht Teil einer Zusatz- oder Spesenvergütung gewesen, da dafür jede geschäftliche Begründung komplett gefehlt habe.

Der Kläger erwiderte, den streitigen Festnetzanschluss hätten er und K. _____ im Jahr 2012 für das Ladengeschäft der Beklagten _____ installieren lassen. Als dieser Laden im Januar 2013 geschlossen worden sei, sei der Festnetzanschluss im gemeinsamen Einvernehmen an die Adresse _____ übertragen worden, um dem Kläger die Möglichkeit zu geben, seiner Arbeit für die Beklagte von zu Hause aus nachzugehen (Homeoffice). Die nachträgliche Hinzufügung des Fernsehabonnements "Swisscom TV Plus 2.0" sei ebenfalls im Einvernehmen mit K. _____ im Sinne einer Zusatz- bzw. Spesenvergütung zugunsten

des Klägers veranlasst worden. Der Kläger habe in dieser Sache stets im Übereinkommen mit der Beklagten bzw. mit K. _____ gehandelt. Er habe sich nicht pflicht- und treuwidrig verhalten, weshalb die entsprechende Ersatzforderung bestritten werde. Selbst wenn er für einen Teil der geltend gemachten Beträge aufkommen müsste (was bestritten werde), sei dies von der Beklagten – mangels Aufteilung der Kosten für Telefonie und Fernsehen – nicht schlüssig dargelegt, geschweige denn – mangels Beweisen (z.B. Rechnungen) für die der Beklagten angeblich entstandenen Kosten – nachgewiesen worden (act. 61 E. 8.10.1).

8.3.2 Die Vorinstanz wies die Forderung der Beklagten ab, wobei sie vorab festhielt, die Beklagte habe nicht substantiiert bestritten, dass der Kläger den Festnetzanschluss zumindest teilweise auch für den geschäftlichen Gebrauch im Homeoffice benötigt habe. Sodann sei unbestritten, dass die Beklagte folgende Rechnungen der Swisscom beglichen habe (act. 7 Rz 125):

– 8. März 2013 bis 25. Mai 2016 (CHF 58.75 pro Monat)	CHF	2'232.50
– Juli bis August 2016	CHF	256.95
– September 2016 bis Juli 2017 (CHF 129.00 pro Monat)	CHF	1'419.00
– bis zur Kündigung am 11. August 2017	CHF	41.60
Total	CHF	3'950.05

Bei den Kosten zwischen dem 8. März 2013 und 25. Mai 2016 (CHF 58.75 pro Monat) von insgesamt CHF 2'232.50 handle es sich um fixe Abonnementskosten. Für diese Kosten lägen keine Belege in den Akten und die Beklagte habe nicht nachgewiesen, ob nebst den Abonnementskosten weitere Kosten entstanden seien. Daher sei davon auszugehen, dass das Abonnement für den Festnetzanschluss ausgereicht habe, um auch die private Telefonie sowie jene für die N. _____ GmbH zu decken, zumal neben den Abonnementsgebühren keine zusätzlichen Kosten in Rechnung gestellt bzw. von der Beklagten beglichen worden seien. In diesem Umfang sei der Beklagten kein Schaden entstanden, da die Abonnementsgebühren im entsprechenden Umfang ohnehin angefallen wären.

Für die Monate Juli/August 2016 habe die Beklagte zwei Belege eingereicht, nämlich eine Rechnung "Abonnemente Juli-August 2016" in der Höhe von CHF 220.55 sowie eine Rechnung "Abonnement Juli 2016" in der Höhe von CHF 36.40 (act. 25/39). Wie sich diese Beträge im Einzelnen zusammensetzten, gehe aus den Rechnungen ebenso wenig hervor wie aus den Ausführungen in den Rechtsschriften. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, die Zusammensetzung der Forderung aus den Beilagen selber zusammenzusuchen. Ein Schaden für die Periode Juli bis August 2016 sei damit unsubstantiiert geblieben, weshalb es der Beklagten auch nicht weiterhelfe, dass der Kläger seine Behauptung, es habe eine Vereinbarung gegeben, wonach der "Swisscom TV Anschluss" im Sinne einer Spesenvergütung von der Beklagten getragen werde, nicht beweisen könne. Zwar sei unbestritten, dass das Abonnement ab Juli 2016 neu "Swisscom TV" enthalten habe, doch liege es an der Beklagten, ihre Forderung im Einzelnen substantiiert zu behaupten und zu beweisen.

Für die Zeit ab September 2016 bis Juli 2017 (CHF 129.00 pro Monat) habe die Beklagte insgesamt CHF 1'419.00 sowie bis zur Kündigung am 11. August 2017 weitere CHF 41.60 geltend gemacht. Zum Beweis habe sie auf die "Übersicht Telefonkosten und Swisscom Rechnungen des Klägers (August 2016-April 2017)" verwiesen (act. 25 Rz 190; act. 25/39).

Dieser Beilage lasse sich zwar eine Rechnung betreffend September 2016 für ein Abonnement im Betrag von CHF 129.00 entnehmen (act. 25/39). Wiederum gehe aus der Rechnung aber nicht hervor, welchen Anteil das Festnetzabonnement und welchen Anteil "Swisscom TV" ausmache. Soweit mit dem Abonnement auch geschäftliche Telefonate gedeckt worden seien, was unbestrittenermassen teilweise der Fall gewesen sei, liege in diesem Umfang kein Schaden vor. Die Beklagte habe aber nicht dargelegt, welcher Anteil des Abonnements und der Rechnungen die übliche Telefonie und welcher Anteil weitere Dienste, die nicht geschäftlich bedingt gewesen seien, betroffen habe. Somit habe die Beklagte einen Schaden weder substantiiert behauptet noch bewiesen, weshalb ihre Rückforderung im Zusammenhang mit dem N. _____-Festnetzanschluss vollumfänglich abzuweisen sei (act. 61 E. 8.10.2).

8.3.3 Dem hält die Beklagte in ihrer Berufung entgegen, es habe als unbestritten zu gelten, dass der verfahrensgegenständliche Telefonanschluss ab dem 30. Mai 2016 unter anderem von der N. _____ GmbH zweckentfremdet worden sei, was der Kläger in seiner Widerklageduplik eingestanden habe (act. 29 Rz 43). Demgegenüber sei die Schutzbehauptung des Klägers, wonach er den Anschluss für seine Tätigkeit für die Beklagte genutzt habe, von der Beklagten bestritten worden; dies entgegen der Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach teilweise geschäftliche Telefonate unbestritten seien. Damit sei erwiesen, dass der Anschluss an der Heimadresse des Klägers seiner N. _____ GmbH als Festnetzanschluss gedient habe und dies auch ausdrücklich so nach aussen dargestellt worden sei. Gleichzeitig sei erstellt und nicht bestritten, dass die Beklagte im Zusammenhang mit dem ihr zu nichts dienenden Anschluss Kosten in der Höhe von total CHF 3'950.05 getragen habe. Die Treuepflichtverletzung des Klägers sei durch den Schuldspruch des Strafgerichts H. _____ nachgewiesen, d.h. das klägerische Verhalten im Zusammenhang mit dem Anschluss sei erwiesenermassen per se unrechtmässig, denn der Anschluss sei einerseits von der N. _____ GmbH für deren geschäftliche Belange und für das Privatvergnügen des Klägers (TV-Abo) genutzt worden. Wäre der Kläger hingegen seiner Treuepflicht als Geschäftsführer nachgekommen, hätte er sich seinen rein privaten "Bluewin-TV-Anschluss" und den Festnetzanschluss seiner N. _____ GmbH nicht heimlich von der Beklagten finanzieren lassen, sondern diesen selbst bezahlt. Eine geschäftliche Begründetheit für den Bezug dieser Leistung habe es jedenfalls nicht gegeben. Insofern sei die Beklagte hinsichtlich des gesamten geltend gemachten Betrags in ihrem Vermögen geschädigt. Ohne die schädigende Treuepflichtverletzung des Klägers wäre der Vermögensstand der Beklagten um den Betrag der bezahlten Anschluss-/Abonnementsgebühr höher. Als damaliger Delegierter des Verwaltungsrats und damit operativer Geschäftsführer habe der Kläger die Beklagte mit seinem pflicht- und treuwidrigen Verhalten in diesem Umfang geschädigt, indem er für eine Dienstleistung zugunsten seiner eigenen N. _____ GmbH die Kosten von der Beklagten habe begleichen lassen. Der Anspruch der Beklagten sei demzufolge im geltend gemachten Umfang von CHF 3'950.05 gutzuheissen (act. 62 Rz 141-145).

8.3.4 Dieser Einwand der Beklagten kann nicht gehört werden. Die Beklagte verpasst es insbesondere, sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich der fehlenden Substantiierung und des fehlenden Beweises auseinanderzusetzen und zeigt nicht auf, inwiefern ihre Behauptungen hinreichend substantiiert seien und mit entsprechenden Belegen bewiesen werden könnten. Daran vermag – wie die Vorinstanz zutreffend wiedergab (act. 61 E. 8.1.4) – auch der für den Sachverhalt ab Ende Mai 2016 ergangene Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung des Strafgerichts H. _____ vom 10. Juni 2021 (act. 62/5)

nichts zu ändern, zumal bezeichnenderweise auch im dortigen Verfahren der genaue Deliktsbetrag offenbleiben musste, da sich die geltend gemachten Beträge nicht anhand entsprechender Unterlagen verifizieren liessen (a.a.O., E. I.3). Somit ist diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten (vgl. vorne E. 3.1).

9. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung des Klägers gutzuheissen und die Anschlussberufung der Beklagten abzuweisen ist (vgl. vorne E. 6.5).

Die Berufung der Beklagten ist teilweise gutzuheissen, was die Forderung von CHF 7'165.10 wegen "Fehlbetrags Kassenbestand per 31. Dezember 2015" (vgl. vorne E. 8.2.4) sowie die Rückweisung an die Vorinstanz hinsichtlich der "Bezüge und Zahlungen mit Maestro-Karten ohne geschäftliche Begründung bzw. ohne Beleg" betreffend die Geschäftsjahre 2009-2013, 2016 und 2017 anbelangt (CHF 14'369.85 + CHF 13'084.20 + CHF 9'520.60 + CHF 27'130.44 + CHF 51'900.79 + CHF 16'584.35 + CHF 12'200.43 = CHF 144'790.66; act. 7 Rz 468; vgl. vorne E. 7.3.5). Demgegenüber ist die Berufung der Beklagten abzuweisen bzw. darauf nicht einzutreten, soweit diese die eingeklagten Schadenersatzforderungen von CHF 14'367.00 wegen "Hinterziehung/Falschdeklaration Mehrwertsteuer" (vgl. vorne E. 7.4.2), CHF 6'995.10 wegen "Ankaufs von Wein" (vgl. vorne E. 8.1.3.2), CHF 3'950.05 wegen "N. _____-Festnetzanschlusses beim Kläger zu Hause" (vgl. vorne E. 8.3.4) sowie die "Bezüge und Zahlungen mit Maestro-Karten ohne geschäftliche Begründung bzw. ohne Beleg" in Bezug auf die Geschäftsjahre 2014 und 2015 im Betrag von CHF 67'390.25 (CHF 45'723.05 + CHF 21'667.20; act. 7 Rz 468; vgl. vorne E. 7.3.5) betreffen.

Aufgrund der (teilweisen) Rückweisung und des Umstandes, dass die Vorinstanz unter Berücksichtigung des vorliegenden Urteils nicht nur über die Klage abschliessend zu befinden, sondern auch bezüglich der Widerklage einen neuen Entscheid zu fällen haben wird und demnach die gesamten Prozesskosten neu zu verteilen sein werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO), sind die Dispositiv-Ziff. 3-5 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und zur (Neu-)Verteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

10. Die Prozesskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese Grundregel gilt auch für das Rechtsmittelverfahren der ZPO (vgl. Schmid/Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. A. 2021, Art. 106 ZPO N 1a unter Hinweis auf BGE 145 III 153 E. 3.3.1 f.) Vorliegend rechtfertigt es sich allerdings, die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO der Vorinstanz zu überlassen, und zwar aus folgenden Gründen:
 - 10.1 Nach dem Rückweisungsentscheid hat die Vorinstanz – unabhängig davon, welche Partei an das Obergericht gelangt ist – aufgrund der ursprünglichen Parteibegehren neu zu urteilen, weshalb der endgültige Ausgang der Streitsache offen ist. Unter diesen Umständen macht es Sinn, dass die Vorinstanz im neuen Entscheid auch die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens verteilt, wobei ihr ein erhebliches Ermessen zusteht. Die Festsetzung der Kostenhöhe bleibt aber in jedem Fall Sache der Rechtsmittelinstanz (vgl. Sterchi, Berner Kommentar, 2012, Art. 104 ZPO N 16; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 104 ZPO N 11; Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 104 ZPO N 7).

- 10.2 Bei der Festsetzung der Entscheidgebühr sind im Rechtsmittelverfahren die für die Vorinstanz geltenden Ansätze und Bemessungsgrundsätze anwendbar. Im erstinstanzlichen Verfahren betrug der Streitwert CHF 462'500.00 (act. 61 E. 12.1). Aufgrund des besonders umfangreichen und schwierigen Falls rechtfertigt es sich vorliegend, die Entscheidgebühr für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren auf CHF 35'000.00 festzusetzen (§ 15 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 sowie § 3 und § 4 Abs. 1 KoV OG; inkl. der Kosten für den Zwischenentscheid vom 5. Januar 2022 betreffend Sicherstellung der Parteientschädigung [vgl. act. 81; s. dazu auch BGE 148 III 182 E. 3.2]).
- 10.3 Die Festsetzung der Parteientschädigungen im obergerichtlichen Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren richtet sich nach dem noch in Betracht kommenden Streitwert (§ 8 Abs. 1 AnwT). Dieser beträgt rund CHF 410'555.00 (Berufung des Klägers und Anschlussberufung der Beklagten: CHF 165'898.80 [Umsatzbeteiligung 2016 CHF 43'292.40 + Auskunftsbegehren CHF 30'000.00 + Darlehensrückforderung CHF 92'606.40]; Berufung der Beklagten: CHF 244'658.16 [Bezüge und Zahlungen mit Maestro-Karten CHF 212'180.91 + Hinterziehung/Falschdeklaration Mehrwertsteuer CHF 14'367.00 + Ankauf von Wein CHF 6'995.10 + Fehlbetrag Kassenbestand CHF 7'165.10 + N. _____-Festnetzanschluss CHF 3'950.05]; vgl. vorne E. 2; act. 61 E. 12.1), woraus sich ein Grundhonorar der Rechtsanwälte von CHF 21'611.00 ergibt (§ 3 Abs. 1 AnwT). Vorliegend rechtfertigt es sich, das Grundhonorar aufgrund der Verantwortung der Rechtsanwälte, der Schwierigkeit des Falles und des notwendigen Zweitaufwands gestützt auf § 3 Abs. 3 AnwT um ein Drittel (= CHF 7'203.60) auf CHF 28'814.60 zu erhöhen. Zudem ist gestützt auf § 5 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 AnwT ein Zuschlag von 50 % (= CHF 14'407.30) zu gewähren, da es sich um einen komplizierter Prozess mit unverhältnismässig grossem Aktenmaterial handelt, beide Seiten Berufung erhoben haben und die Beklagte zudem eine Anschlussberufung erhoben hat, was faktisch zu einem doppelten Schriftenwechsel geführt hat. Für weitere Erhöhungen oder Zuschläge besteht kein Anlass. Vom Betrag von CHF 43'221.90 können im Rechtsmittelverfahren zwei Drittel, d.h. gerundet CHF 28'815.00, zugesprochen werden (§ 8 Abs. 1 AnwT).

Der Kläger und die Beklagte machen in ihren Honorarnoten je eine Auslagenpauschale von CHF 1'000.00 gelten (act. 83 und 84). Gemäss § 25 Abs. 2 AnwT kann der Ersatz notwendiger Auslagen pauschal mit 3 % des Honorars berechnet werden, weshalb beiden Parteien nur Auslagen im Umfang von gerundet CHF 865.00 zuzusprechen sind. Die Beklagte hat im Rechtsmittelbegehren – im Unterschied zum Kläger – den Ersatz der Mehrwertsteuer verlangt. Somit ist der Beklagten zusätzlich die beantragte Mehrwertsteuer von 7,7 % hinzuzurechnen (= gerundet CHF 2'285.00; § 25a Abs. 1 AnwT), was eine Parteientschädigung von CHF 31'965.00 ergibt. Mangels eines entsprechenden Antrags im Rechtsmittelbegehren kann demgegenüber dem Kläger die Mehrwertsteuer nicht hinzugerechnet werden (vgl. Weisung des Obergerichts Zug über die Mehrwertsteuer in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 29. Juli 2015 Ziff. 2.1.1), weshalb die Parteientschädigung des Klägers auf CHF 29'680.00 festzulegen ist.

Urteilsspruch

1. In Gutheissung der Berufung des Klägers sowie in teilweiser Gutheissung der Berufung der Beklagten und in Abweisung der Anschlussberufung der Beklagten werden die Dispositiv-

Ziff. 1.1, 1.2 Abs. 1 und 1.3 des Entscheids des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 22. Juni 2021 aufgehoben und wie folgt geändert (*Änderungen kursiv*):

"1.1 Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten den Nettobetrag von CHF 43'292.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2017 *sowie den Betrag von CHF 92'606.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. September 2017* zu bezahlen, und es wird festgehalten, dass der Kläger und Widerbeklagte die Betreuung Nr. E. _____ des Betreibungsamtes F. _____ im Umfang von CHF 43'292.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2017 *und von CHF 92'606.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. September 2017* fortsetzen kann.

1.2 Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten innert einer Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids vollständige Einsicht *in die Position "Ertrag aus Lieferungen und Leistungen" der Erfolgsrechnung 2017 der Beklagten, inklusive Belege*, zu gewähren.

[Abs. 2 unverändert]

1.3 Im Übrigen wird *die Klage abgewiesen*, soweit darauf eingetreten werden kann."

2. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Beklagten werden die Dispositiv-Ziff. 2.1 und 2.2 des Entscheids des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 22. Juni 2021 aufgehoben.

2.1 Die Dispositiv-Ziff. 2.1 des angefochtenen Entscheids wird wie folgt geändert (*Änderungen kursiv*):

"2.1 Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von *CHF 7'720.90* nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2018 zu bezahlen, und es wird festgehalten, dass die Beklagte und Widerklägerin die Betreuung Nr. I. _____ des Betreibungsamtes H. _____ im Umfang von *CHF 7'720.90* nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2018 fortsetzen kann.

2.2 Hinsichtlich der von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachten "Rückforderung für Bezüge und Zahlungen mit Maestro-Karten ohne geschäftliche Begründung bzw. ohne Beleg" wird die Sache betreffend die Geschäftsjahre 2009-2013, 2016 und 2017 im Sinne der Erwägungen zur Weiterführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.3 Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Widerklage wird abgewiesen, soweit der angefochtene Entscheid diesbezüglich nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Die Dispositiv-Ziff. 3-5 des Entscheids des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 22. Juni 2021 werden aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neuverteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten an die Vorinstanz zurückgewiesen.

4.1 Die Entscheidunggebühr für das Berufungs- und das Anschlussberufungsverfahren wird auf CHF 35'000.00 festgesetzt. Die Verteilung dieser Gebühr wird dem Kantonsgericht in seinem Endentscheid überlassen, wobei es darauf hingewiesen wird, dass die vom Kläger bzw. von der Beklagten für das Berufungsverfahren geleisteten Gerichtskostenvorschüsse CHF 10'000.00 bzw. CHF 25'000.00 betragen.

- 4.2 Für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren wird die Parteientschädigung des Klägers auf CHF 29'680.00 und diejenige der Beklagten auf CHF 31'965.00 (inkl. MWST) festgesetzt. Die Verteilung der Parteientschädigungen wird dem Kantonsgericht in seinem Endentscheid überlassen.
5. Gegen diesen Entscheid mit einem Streitwert von über CHF 30'000.00 ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdeggründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.
6. Mitteilung an:
- Parteien
 - Kantonsgericht Zug, 2. Abteilung (Verfahren A2 2018 42)
 - Schlichtungsbehörde Arbeitsrecht (zur Kenntnisnahme)
 - Gerichtskasse (im Dispositiv)

Obergericht des Kantons Zug
I. Zivilabteilung

lic.iur. P. Huber
Abteilungspräsident

MLaw Chr. Kaufmann
Gerichtsschreiber

versandt am: