

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN210006-L vom 22. Juli 2022

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2022-07-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AN210006-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN210006-L du 22 juillet 2022

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN210006-L del 22 luglio 2022

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 22. Februar 2021 (Datum Poststempel) liess der Kläger die vorliegende Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren einreichen (act. 1). Die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 11 + 12, datiert vom 28. Januar 2021 (act. 3); die dreimonatige Frist zur Klageeinreichung (Art. 209 Abs. 3 ZPO) wurde gewahrt.

- 3 -

E. 1.1

Vorbringen des Klägers Der Kläger macht geltend, er sei ein langjähriger loyaler Mitarbeiter gewesen und sei unmittelbar nach seiner Beförderung fristlos entlassen worden. Dies nicht etwa, weil er sich etwas habe zuschulden kommen lassen habe oder ein entsprechender Verdacht vorgelegen wäre. Vielmehr habe er als bereits 54-Jähriger nach 28 Jahren tadelloser Tätigkeit bei der B.____-Gruppe als "Bauernopfer" hinhalten müssen. Die fristlose Entlassung habe den Kläger äusserst hart getroffen. Er sei in einem Alter gewesen, in welchem es schwierig sei eine neue Stelle zu finden. Der Kläger habe bis heute keine gleichwertige Stelle gefunden. Die Beklagte habe auch seine Karrierechancen zerstört. Sie habe ihn zuerst bei mehreren Strafverfolgungsbehörden belastet und ihn anschliessend auch noch bei seiner neuen Arbeitgeberin angeschwärzt. Dieses anschliessende Verhalten der Beklagten habe bewirkt, dass offen sei, ob der Kläger je wieder eine vergleichbare Stelle finden werde. Aus diesem Grund sei ihm ein Schadenersatz von fünf Netto-Monatslöhnen im Betrag von Fr. 149'401.25 zuzusprechen. Da der Kläger nicht alle Vergütungen berücksichtige, belaufe sich die verlangte Strafzahlung nur auf 31% der Total Compensation der Jahre 2017 und 2018. (act. 1 Rz. 34, act. 29 Rz. 129 ff.).

E. 1.1.1

Der Kläger bringt vor, dass er aufgrund seiner Funktion aus dem Management Incentive Program (MIP) der Beklagten berechtigt gewesen sei. Bei

- 55 - normaler Kündigung durch den Arbeitgeber würden am letzten Arbeitstag alle MIPs "vesten", die noch nicht "gevested" seien, und könnten dann verkauft werden (act. 5/20 S. 4 erster Absatz). Bei Kündigung aufgrund von "material breach, wholly or partly, of obligations under employment contract" (act. 5/20 S. 4 zweiter Absatz) würden die MIPs demgegenüber verfallen bzw. müssten umgehend verkauft werden. Bei ordentlicher Kündigung hätte dem Kläger zugestanden, dass die nun verfallenen Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 am letzten Arbeitstag fällig geworden seien und somit hätten verkauft werden können. Der Kläger habe Anspruch auf Optionen aus den Programmen

MIP 18, MIP 19 und MIP 20. Nehme man entsprechend den Wert dieser zu Unrecht verfallenen Optionen am 30. September 2019, dann ergebe dies eine Forderung von Fr. 67'320.– (Fr. 21'420.– für 102'000 Optionen mit Wert von 0.21 gemäss MIP 18, Fr. 24'225.– für 127'500 Optionen mit Wert von 0.19 gemäss MIP 19 und Fr. 21'675.– für 127'500 Optionen mit Wert von 0.17 gemäss MIP 20; act. 1 Rz. 31; act. 5/21; act. 31/29).

E. 1.1.2

Es habe weder ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung noch eine wesentliche Vertragsverletzung durch den Kläger vorgelegen. Die Beklagte könnte nicht einmal angeben, wann die angebliche Vertragsverletzung begangen worden sein soll. Die Beklagte habe die "korrupten Vorgänge" seit Anfang 2017 untersucht und den Kläger am 6. Juli 2017 befragt. Zurecht habe die Beklagte dem Kläger damals keine "wesentliche Vertragsverletzung" vorgeworfen. Vielmehr habe sie ihm weiterhin Optionen gewährt und ihn per 1. Februar 2019 sogar befördert. Die Beklagte könne auch nicht darlegen, dass die zweite interne Untersuchung zu anderen Ergebnissen führte als die erste und eine wesentliche Vertragsverletzung zum Vorschein gebracht habe (act. 29 Rz. 102, Rz. 124 f.).

E. 1.1.3

Zudem sei die von der Beklagten geltend gemachte Verfallklausel unwirksam. Die Optionen gemäss dem MIP seien geschuldet, hätten Lohncharakter und seien insbesondere keine freiwilligen Gratifikationen. Der Kläger habe die Optionen gemäss dem MIP gratis als Gegenleistung für seine Arbeit erhalten. Der Kläger habe für den Erwerb der Optionen kein Geld investiert. Die Optionen und der Erlös aus dem Verkauf der Optionen hätten einen Lohnbestandteil gebildet

- 56 - und seien auch als Lohn besteuert worden. Eine Sonderregelung habe nur insofern bestanden, als die Optionen gemäss dem Steuerruling, welches die B.____ besorgt habe, erst im Jahr des Verkaufs respektive der Ausübung hätten deklariert werden müssen. Verfallregeln bei Optionen, die wie die vorliegenden Optionen Lohncharakter hätten, seien unzulässig. Der Kläger sei kein Anleger und habe sich nicht wie ein Anleger verhalten. Die von der Beklagten angerufene Verfallklausel wäre deshalb auch dann unwirksam, wenn der Kläger eine wesentliche Vertragsverletzung begangen hätte, was bestritten werde. Es sei völlig abwegig, die gemäss dem MIP bereits zugeteilten Optionen nachträglich in eine Gratifikation umzuwandeln. Die vorliegenden Optionen hätten weder bei der Zuteilung noch nach der Zuteilung eine Gratifikation dargestellt. Selbst wenn sie bei der Zuteilung eine Gratifikation dargestellt hätten, dürfte die Beklagte die Optionen dem Kläger nach der Zuteilung nicht nach Belieben entziehen (act. 29 Rz. 126; act. 46 Rz. 95).

E. 1.1.4

Die Erlöse aus dem Verkauf von Optionen seien dem Kläger immer netto gutgeschrieben worden, weshalb die Entschädigungen für die Optionen gemäss dem MIP 18, MIP 19 und MIP 20 auch netto auszubezahlen seien. Für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge sei eine Aufrechnung erfolgt (act. 29 Rz. 127).

E. 1.1.5

An der in der Klage geltend gemachten Forderung im Betrag von Fr. 97'096.50 im Zusammenhang mit dem MIP 16 und MIP 17 halte der Kläger nicht mehr fest (act. 1 Rz. 31; act. 29 Rz. 12 f.).

E. 1.2

Vorbringen der Beklagten Die Beklagte führt aus, der Kläger verkenne, dass selbst wenn das Gericht von einer zu Unrecht erfolgten fristlosen Kündigung ausgehe, dies nicht automatisch zu einem Anspruch auf eine Strafentschädigung führe. Ein solcher bestehe dann nicht, wenn ein erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers zwar für eine fristlo-

- 95 - se Kündigung nicht ausreiche, die Zusprechung einer Entschädigung aber als stossend erscheinen lasse. Angesichts der groben arbeitsrechtlichen Pflichtverletzungen des Klägers wäre eine Strafzahlung auch dann stossend, wenn das Gericht davon ausginge, dass diese Unregelmässigkeiten nicht schon per se zu einer fristlosen Entlassung berechtigten. Es wäre maximal ein symbolischer Beitrag von einem Franken als Strafentschädigung zuzusprechen (act. 15 Rz. 114 ff., act. 29 Rz. 130). 2. Rechtliches Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festzulegen ist. Diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Der Richter wird auf Art. 4 ZGB verwiesen und hat seinen Entscheid auf Recht und Billigkeit zu stützen. Die objektivierte Wertung des Richters kann sich unter anderem an folgenden Bemessungskriterien orientieren: Strafwürdigkeit des Arbeitgeberverhaltens, Schwere der Persönlichkeitsverletzung, Lebenssituation des Arbeitnehmers, Finanzielle Situation der Parteien, Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers, Dauer der Anstellung oder Alter des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, a.a.O., zu Art. 337c N 8). 3. Würdigung

E. 1.2.1

Die Beklagte bringt vor, dass der Kläger im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung zusätzlich zu den ausübaren MIP-Optionen aus dem MIP 16 und MIP 17 nicht ausübare MIP-Optionen aus dem MIP 18, MIP 19 und MIP 20 gehabt habe. Noch nicht ausübare Optionen sowie Warrant Appreciation Rights (WARs) würden automatisch verfallen, wenn gegenüber dem Arbeitnehmer eine Kündigung ausgesprochen werde, die ganz oder teilweise auf eine wesentliche Verletzung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag zurückzuführen sei

- 57 - (act. 5/20 S. 4). Die Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 seien noch nicht ausübbar gewesen und seien im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 5. März 2019 verfallen. Der Kläger habe eine wesentliche Verletzung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag begangen, indem er trotz klarer und unmissverständlicher Warnhinweise über mögliche Integritäts- und Korruptionsvorwürfe im Zusammenhang mit dem D.____-Projekt vollständig untätig geblieben sei. Das vollständige Untätigbleiben seitens des Klägers stelle eine wesentliche Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten dar unabhängig davon, ob die fristlose Kündigung zu Recht oder zu Unrecht erfolgt sei. Die Begriffe "wesentliche Vertragsverletzung" gemäss dem B.____ Management Incentive Program (MIP) Information Memorandum und "wichtiger Grund" nach Art. 337 OR seien unabhängig voneinander auszulegen. Eine solche Vertragsverletzung seitens einer Führungskraft der Beklagten sei ohne weiteres als wesentlich zu qualifizieren, da die sorgfältige Leitung und Aufsicht der Projekte zu den Hauptaufgaben der Management-Mitarbeitenden der Beklagten zähle. Der Anspruch des Klägers auf die MIP 18, MIP 19 und MIP 20 sei aufgrund der wesentlichen Vertragsverletzung verfallen. Er habe daher keinen Anspruch auf die geltend gemachte Entschädigung in Höhe von Fr. 67'320.– für die zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht ausübaren Optionen (act. 15 Rz. 76 ff.,

Rz. 104 ff.; act. 34 Rz. 99, Rz. 171 ff., Rz. 178).

E. 1.2.2

Die Verfallklausel sei zulässig. Der Arbeitnehmerschutz und somit das Verbot von Verfallklauseln entfalle, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb von Mitarbeiterbeteiligungen als Anleger handle, der das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken akzeptiere (vgl. BGE 130 III 459 E. 3 und 4). Dies sei vorliegend der Fall, habe sich der Kläger doch aus freien Stücken entschieden an den MIP 18-, MIP 19- und MIP 20-Programmen teilzunehmen (act. 34 Rz. 99).

E. 1.2.3

Auch wenn die MIP 18, MIP 19 und MIP 20 vom Gericht als Vergütung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses und nicht als vom Arbeitsverhältnis unabhängig erfolgte Anlage qualifiziert würden, würde eine Verfallklausel aufgrund des Gratifikationscharakters dieser Vergütungen trotzdem noch zulässig sein. Massgebend für die Bestimmung des Lohn- oder Gratifikationscharakters von Optionen sei nicht deren Ausübungszeitpunkt, sondern der Zeitpunkt von deren Zuteilung.

- 58 - Sei die Zuteilung im vollständigen Ermessen der Arbeitgeberin bzw. sei die Zuteilung von Optionen weder an objektiv bestimmbare Bedingungen geknüpft noch der Wert der zugeteilten Optionen im Voraus bestimmt worden, seien die Optionen als Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren. Im vorliegenden Fall seien weder die Bedingungen für die Zuteilung der Optionen noch deren Anzahl bzw. Gesamtwert im Voraus (bzw. vor der Zuteilung) bestimmt worden. Die Zuteilung von Optionen sei entsprechend auch nicht in den Arbeitsverträgen mit dem Kläger geregelt worden. Die MIP seien daher als Gratifikation einzustufen und könnten an Verfallklauseln geknüpft werden (act. 34 Rz. 99). 2. Rechtliches

E. 1.2.4

Zu den Schulgeldern bringt die Beklagte vor, dass sie dem Kläger die Deckung der Schulkosten seiner Kinder bis zum Abschluss des Gymnasiums zugesichert habe. Sie anerkenne die klägerische Forderung in Höhe von Fr. 1'405.60 netto für die Schulkosten der Tochter für den Zeitraum vom

E. 1.2.5

Im Rahmen der umfangreichen, grenzüberschreitenden internen Untersuchung sei der Kläger kurz nach Beginn der Untersuchung am 6. Juli 2017 erstmals befragt worden. Das Investigations-Team der B.____ habe zahlreiche am D.____-Projekt beteiligte B.____-Mitarbeitende befragt, um sich einen ersten Überblick über das D.____-Projekt und allfällige Hinweise auf korrupte Vorgänge machen zu können. Die in den ersten Monaten der Untersuchung stattfindenden Befragungen hätten zu keinen gefestigten Erkenntnissen geführt. Die B.____ habe zu jenem Zeitpunkt nur über wenige Informationen betreffend die erhobenen Vorwürfe verfügt und die relevanten Fakten noch nicht überblickt. Sie habe nur über einige Hinweise verfügt, welche die Grundzüge der korrupten Vorgänge umrissen hätten. Aufgrund der grundsätzlich fehlenden Kooperationsbereitschaft der befragten Mitarbeiter habe sich B.____ gezwungen gesehen, hunderttausende E-Mails und Dokumente zu analysieren und parallel bzw. im Nachgang dazu, d.h. im 2018 und 2019, zahlreiche Mitarbeitende nochmals zu befragen. Für die Untersuchung entscheidend sei insbesondere gewesen, dass sich im Laufe der Untersuchung einzelne B.____-Mitarbeitende entschieden

hätten, vollumfänglich zu kooperieren. Dies habe die B. ___ in die Lage versetzt, die graduell erlangten Erkenntnisse aus der Analyse der Dokumente und aus den Befragungen nach und nach zu einem Gesamtbild zusammenzufügen. Die zweite Befragung des Klägers habe am 22. Februar 2019 stattgefunden. Aufgrund der Komplexität und der grenzüberschreitenden Natur der internen Untersuchung habe sich der Sachverhalt erst zu diesem Zeitpunkt im Jahr 2019 langsam herauszukristallisieren begonnen. Die B. ___-interne Untersuchung sei zu keinem Zeitpunkt eingestellt worden. Sie sei über die Zeit gar ausgedehnt worden und habe verschiedene Länder unter Beizug mehrerer international tätigen Anwaltskanzleien umfasst. In den auf die am 22. Februar 2019 stattgefundenen Befragung folgenden Tagen seien die Aussagen des Klägers unter Bezugnahme der Erkenntnisse aus der internen Untersuchung ausgewertet worden. Diese Auswertung habe ergeben, dass der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten – insbesondere seine Aufsichts- und Führungspflichten – gegenüber der Beklagten bzw. gegenüber der B. ___ schwerwiegend verletzt habe, wodurch das notwendige Vertrauensverhältnis für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vollständig zerstört worden sei. Die Beklagte habe sich daher

- 22 - gezwungen gesehen, unmittelbar nach erfolgter Auswertung der Erkenntnisse das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 5. März 2019 fristlos zu kündigen. Die Gründe für die fristlose Kündigung seien erst nach der erfolgten Auswertung der an der Befragung des Klägers vom 22. Februar 2019 gewonnenen Erkenntnissen festgestanden. Es liege auf der Hand, dass die Auswertung von Befragungen bei umfangreichen Untersuchungen ein paar Tage in Anspruch nehmen. Die gegenteilige Ansicht sei lebensfremd. Erst zu jenem Zeitpunkt – d.h. nach den Befragungen von zahlreichen beteiligten B. ___-Mitarbeitenden aus verschiedenen Ländern in einem Zeitraum von mehreren Jahren, nach Durchsicht hunderttausender Dokumente und E-Mails sowie nachdem sich einzelne B. ___-Mitarbeitende kooperativ gezeigt hätten und die B. ___ bei der Sachverhaltsermittlung unterstützt hätten – habe sich die B. ___ ein Gesamtbild der korrupten Vorgänge und der Beteiligung einzelner Mitarbeitenden der B. ___ machen können. Diese Auswertung könne durchaus einige Jahre in Anspruch nehmen. Es handle sich hier nicht um ein KMU, sondern um einen weltweiten Grosskonzern. Es sei eine grossangelegte, internationale, sehr komplexe Untersuchung durchgeführt worden und der Beklagte habe nicht nur Zeit für die Fällung des Kündigungsentscheids eingeräumt werden müssen, sondern auch für die vorgängigen Sachverhaltsabklärungen und insbesondere für eine Analyse der Aussagen des Klägers im Lichte der übrigen Erkenntnisse aus den Sachverhaltsabklärungen. Die fristlose Kündigung sei daher innert angemessener Frist erfolgt (act. 15 Rz. 72 f., Rz. 82 ff., Rz. 132 f., Rz. 136 ff., Rz. 144; act. 34 Rz. 41, Rz. 45 ff., Rz. 87 ff.).

E. 1.2.6

Der Kläger habe sich geweigert, mit der B. ___ zu kooperieren, sein Fehlverhalten einzusehen und die B. ___ bei der internen Untersuchung umfassend zu unterstützen. Er habe die B. ___ bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts weder unterstützt noch habe er die im Rahmen der Einvernahmen vom 6. Juli 2017 und vom 22. Februar 2019 gestellten Fragen wahrheitsgemäss beantwortet. Er sei den gestellten Fragen ausgewichen, habe vorgegeben, sich an einen grossen Teil der Geschehnisse nicht mehr erinnern zu können und habe sogar vorgetäuscht, dass das D. ___-Projekt reibungslos und ohne jegliche Warnhinweise über Integritäts- und Korruptionsprobleme verlaufen sei. Nicht nur das

Fehlverhalten des Klägers im Zusammenhang mit dem D.____-Projekt, sondern

- 23 - auch seine fehlende Kooperationsbereitschaft sowie seine Einstellung zu den Befragungen – vor allem derjenigen vom 22. Februar 2019 – hätten zur fristlosen Kündigung am 5. März 2019 geführt. Die B.____ habe gesamthaft rund einem Dutzend B.____-Mitarbeitenden aufgrund ihres Fehlverhaltens im Rahmen des D.____-Korruptionsskandals gekündigt. Aufgrund der zu Recht und innert angemessener Frist erfolgten fristlosen Kündigung, habe der Kläger – mit Ausnahme einzelner noch für den Zeitraum bis zur fristlosen Kündigung vom 5. März 2019 ausstehenden minimalen Beträge für die Ergänzungsversicherung der Pensionskasse und die Schulkosten seiner Tochter – keine finanziellen Ansprüche, und die Klage sei im Restumfang abzuweisen. Eventualiter seien die Ansprüche des Klägers in erheblichem Umfang zu reduzieren (act. 15 Rz. 80 ff., Rz. 85 ff.; act. 34 Rz. 12, Rz. 88 ff., Rz. 96 ff., Rz. 124).

E. 1.3

Weitere Parteivorbringen Auf diese und weitere Parteivorbringen ist nachfolgend insoweit einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind. 2. Rechtliches

E. 1.4

Gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO ist eine Beschränkung der Klage jederzeit zulässig, wobei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bestehen bleibt. Die Reduktion und der Verzicht bedeuten einen teilweisen Klagerückzug. Dieser hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Das Verfahren ist somit bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 im Umfang von Fr. 134'991.55 brutto als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO). 2. Teilweise Klageanerkennung

E. 2

Mit Beschluss vom 5. März 2021 setzte das hiesige Gericht dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie zur Einreichung der deutschen Übersetzung der von ihm eingereichten relevanten Beilagen an (act. 6). Nachdem der Kläger innert Frist den Kostenvorschuss geleistet hatte und die entsprechenden Übersetzungen eingereicht hatte (act. 8 und act. 9-11/4-20), wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 19. März 2021 Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 13). Diese ging mit Datum vom 7. Juni 2021 (Datum Poststempel) samt Beilagen fristgerecht hierorts ein (act. 15-19/1-41).

E. 2.1

Mitarbeiterbeteiligung durch Optionen

E. 2.1.1

In einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm (auch genannt Incentive Plan oder plan d'intéressement) kann eine Arbeitgeberin ihren Führungskräften oder Mitarbeitenden in regelmässigen Zeitabständen und unter bestimmten Bedingungen Aktien des Unternehmens oder Optionen auf Aktien des Unternehmens als Basiswert zuwenden (BGer Urteil 4A_513/2017 und 4A_519/2017 vom 5. September 2018 E. 6 mit Verweis auf BGE 131 III 615 E. 3 und BGE 130 III 495 E. 4.1 m.w.H.). Die Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung ist weitgehend den Gesellschaften überlassen und wird von den jeweils vorrangig verfolgten Zwecken geleitet. So kann die Option entgeltlich, vergünstigt oder unentgeltlich eingeräumt werden, bis zu einem bestimmten Verfalltag oder nur an

einem bestimmten Verfalltag zur Ausübung berechtigen oder die Laufzeit kann mit einer Sperrfrist versehen sein (vgl. BGE 130 III 495 E. 4.1 m.w.H.; STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 322 OR N 22; DOMINIQUE PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Bern 2005, Rz. 68 ff.).

E. 2.1.2

Eine Mitarbeiteroption ist das an einen bestimmten Kreis der Mitarbeiter (z.B. Mitglieder des Kaders) oder an alle Mitarbeiter entgeltlich, vergünstigt oder unentgeltlich eingeräumte Recht, während einer bestimmten Zeitspanne eine bestimmte Anzahl Aktien an der arbeitgebenden (oder einer dieser nahestehen-

- 59 - den) Gesellschaft zu einem im Voraus festgesetzten Preis zu erwerben (sog. Call-Option) oder zu veräussern (sog. Put-Option; HELBLING, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl. 2003, S. 15 f.). Rechtliche Grundlage des Anspruchs auf Mitarbeiteroptionen bildet die individuelle Parteiabrede im Einzelarbeitsvertrag, in einer ergänzenden Zusatzvereinbarung oder in einem vom Vertragskonsens erfassten Beteiligungsreglement (sog. Mitarbeiteroptionsplan oder -programm, engl. Employee Stock Option Plan), worin sich die Arbeitgeberin verpflichtet, dem Mitarbeiter entweder Mitarbeiteraktien zu übertragen oder einen Mitarbeiteroptionsvertrag abzuschliessen. Der Mitarbeiteroptionsvertrag ist vom Optionsrecht strikte zu unterscheiden, da ersterer über das Optionsrecht hinaus das gesamte diesbezügliche Rechtsverhältnis zwischen den Parteien umfasst (inkl. Ausübungspreis, Anzahl Optionen, Sperrfrist, usw.; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 63 f., Rz. 92 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 155 ff.). Bei börsenkotierten Gesellschaften werden Mitarbeiteroptionen oft in Gestalt von sog. Warrants (Optionschein) ausgegeben (MEIER SCHLEICH, Option und Optionsvertrag, Diss. Zürich 2018, S. 61). Sie sind sowohl vom Optionsvertrag als auch vom Optionsrecht zu unterscheiden und meinen das Wertpapier, worin das dem Mitarbeiter im Optionsvertrag eingeräumte Optionsrecht verbrieft wird (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 97; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3. Aufl. 2018, Rz. 1253 f. m.w.H.).

E. 2.1.3

Der Erwerb der Option und die Ausübung der Option müssen klar voneinander getrennt werden. Beides wird oftmals an verschiedene Fristen und Bedingungen gebunden. Bereits der Erwerb kann von einer Karenzfrist (engl. blocking period, auch Wartezeit genannt), also einer bestimmten Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 101 ff.). Mit dem Erwerb der Option wird dem Mitarbeiter in einem Mitarbeiteroptionsvertrag das Recht eingeräumt, in einem späteren Zeitpunkt Mitarbeiteraktien erwerben oder veräussern zu können. Mit der Ausübung der erworbenen Option durch einseitige Willenserklärung (Gestaltungsrecht) wird ein neues Vertragsverhältnis (Kaufvertrag) begründet (sog. Call-Optionen) oder ein bestehendes aufgelöst (sog. Put-Optionen; HELBLING, a.a.O., S. 137 ff., S. 155 ff.). Die Ausübbarkeit einer Option kann durch im Mitarbeiteroptionsvertrag vereinbarte Bedin-

- 60 - gungen oder Befristungen aufgeschoben sein (MEIER SCHLEICH, a.a.O., S. 7 ff., S. 61 ff.).

E. 2.1.4

Die Laufzeit der Mitarbeiteroptionen bestimmt die Zeitspanne ihrer Gültigkeit und beginnt mit dem Erwerb der Mitarbeiteroptionen. Sie ist nach verschiedenen Fristen (Vesting-Periode, Sperrfrist, Ausübungsfrist) zeitlich zu unterteilen. Die Vesting-Klausel (im deutschen Sprachraum auch Verfallklausel genannt) ist eine Parteiabrede, wonach der Anspruch des Arbeitnehmers auf Erwerb von Beteiligungsrechten während einer bestimmten Wartefrist (engl. vesting period) an eine aufschiebende Potestativbedingung geknüpft ist (z.B. die aufschiebende Bedingung der ungekündigten Fortführung des Arbeitsverhältnisses oder das Erreichen gewisser Ziele). Während der Vesting-Periode bis zum Eintritt der aufschiebenden Potestativbedingung hat der Arbeitnehmer lediglich eine Anwartschaft auf künftige Ansprüche auf den Erwerb von Mitarbeiteroptionen und das Rechtsgeschäft befindet sich in einem Schwebezustand. Die Mitarbeiteroptionen müssen in der Vesting-Periode zuerst "verdient" werden. Mit dem "Vesting" (in deutscher Übersetzung Verleihung oder Übertragung) wird die Anwartschaft in einen unbedingten Anspruch, der von der aufschiebenden Bedingung losgelöst Bestand hat, umgewandelt. Das Eigentum an den dem Arbeitnehmer zugeteilten Beteiligungsrechten geht erst mit Eintritt der vereinbarten Bedingung nach Ablauf der vereinbarten Befristung der Vesting-Periode auf den Arbeitnehmer über. Während der Vesting-Periode können die Optionen entschädigungslos verfallen. Statt eines entschädigungslosen Verfalls kann auch eine Verkürzung der Laufzeit vorgesehen sein (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 101 ff., Rz. 268 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 15 ff. und S. 161 f.). Oft wird zusätzlich zur Vesting-Periode eine Sperrfrist bzw. Verfügungssperre (engl. restriction period) vereinbart, während der es dem Arbeitnehmer untersagt ist, über die im Eigentum des Mitarbeiters befindlichen Mitarbeiteroptionen zu verfügen. Häufig wird eine gestaffelte Sperrfrist mit einer gestaffelten Vesting-Periode kombiniert. Sind die Optionen als Warrants ausgestaltet, wird im Normalfall vorgesehen, dass sie bis zum Ablauf der Sperrfrist bei einem Dritten hinterlegt werden (MEIER SCHLEICH, a.a.O., S. 35 f., S. 61 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 17 f., S. 161 f.). Die Ausübungsfrist (engl. exercise period) entspricht grundsätzlich der Laufzeit der Mitarbeiteroption. Wird eine Sperrfrist ver-

- 61 - einbart, beginnt die Ausübungsfrist auch in diesem Fall mit dem Erwerb der Mitarbeiteroption, wird jedoch um die Dauer der jeweiligen Sperrfrist verkürzt. Der Arbeitnehmer kann die Mitarbeiteroption somit nur zwischen dem Ablauf der Sperrfrist und dem Ende der Laufzeit ausüben. Die Ausübungsfrist ist eine Verwirklichungsfrist (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 101 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 142).

E. 2.1.5

Die Mitarbeiterbeteiligung kann je nach Parteiabrede eine Gratifikation oder einen (variablen) Lohnbestandteil darstellen. Werden Aktien oder Optionen unter ihrem Verkehrswert an Mitarbeiter als Entgelt für die Arbeitsleistung übertragen, so ist dies als Naturallohn oder – was einen wesentlichen Unterschied beim arbeitsrechtlichen Schutz des Anspruchs ausmacht – bei freiwilliger Abgabe als Naturalgratifikation einzustufen. Liegt Lohn vor, sind auch die entsprechenden Schutzbestimmungen anwendbar (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322 OR N 22; BSK OR I–PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322 N 25; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 121). Die Unterscheidungskriterien, die bei einem Bonus anzuwenden sind, sind auch bei der Qualifikation einer Mitarbeiterbeteiligung einschlägig (BGE 131 III 615 E. 5.3; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 125). Bei der Vereinbarung von Bedingungen, die der Arbeitgeberin einen gewissen Ermessensspielraum belassen, ist eine Gratifikation,

bei Vereinbarung von objektiven Bedingungen hingegen ein Lohnbestandteil anzunehmen (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 28, Rz. 122). An dieser Stelle sei zur Abgrenzung Lohnbestandteil/Gratifikation sowie Vertragsauslegung auch auf die vorstehenden rechtlichen Ausführungen verwiesen (vorne Ziffer V.C.2).

E. 2.1.6

Endet das Arbeitsverhältnis vor dem vereinbarten Datum für die Ausübung, d.h. während der Vesting-Periode bzw. während der Sperrfrist, können die allenfalls noch gesperrten (oder noch "non-vested") Mitarbeiteroptionen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre gemäss der sog. Verfallklausel (engl. forfeiture clause) entschädigungslos verfallen (BGE 130 III 495 E. 4.2.1; HELBLING, a.a.O., S. 15 f. und S. 161 f., S. 246 ff.; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 105, Rz. 268 ff.).

E. 2.1.7

Aus dem entschädigungslosen Verfall gesperrter Mitarbeiteroptionen vor dem Ausübungszeitpunkt können sich aus arbeitsrechtlicher Sicht Probleme

- 62 - ergeben, namentlich dann, wenn die Aktien oder Optionen gratis oder unter dem Marktwert abgegeben wurden und Lohnbestandteil bilden. Durch Verträge der Mitarbeiterbeteiligung dürfen die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts nicht unterlaufen werden. Der Arbeitnehmerschutz entfällt, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligung als Anleger handelt, der das mit der Anlage verbundene Risiko in der Erwartung eines hohen Kapitalgewinns aus freien Stücken akzeptiert. Das kann auch der Fall sein, wenn sich die Beteiligung bei einem hoch dotierten Kader oder Angestellten als Bonus und damit als Gegenleistung für seine Tätigkeit darstellt. Diesfalls gelten die Bestimmungen der Beteiligungsvereinbarung ohne Rücksicht auf zwingende Vorschriften des Arbeitsrechts. Ob die Beteiligung sich als Bestandteil des Arbeitsvertrages oder als davon losgelöste Investition ausnimmt, ist aufgrund der Verhältnisse im Einzelfall zu beurteilen. Dabei erscheint insbesondere wesentlich, ob Beteiligungen bzw. Optionen Lohnbestandteil bilden, was sich aus verschiedenen Indizien ergeben kann (BGE 130 III 495 E. 4.2.1 f. m.w.H.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322 N 26 ff.). Hat eine Aktienzuteilung Gratifikations- und nicht Lohncharakter, ist eine Sperrfristen- und Verfallregelung zulässig, da Art. 323b Abs. 3 OR (Truckverbot) nur Lohn schützt, nicht aber andere mögliche Zuwendungen wie eine Gratifikation (BGE 131 III 615 E. 6). Verfallklauseln sind unvereinbar mit dem Truckverbot, wenn der Beteiligung Lohncharakter zukommt. Das Truckverbot schützt auch Kameralmitarbeiter (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322 OR N 22 f. m.w.H.).

E. 2.1.8

Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt treuwidrig verhindert worden ist (Art. 156 OR). Die Ausübung des Kündigungsrechts durch die Arbeitgeberin vor Ablauf der Vesting-Periode ist grundsätzlich keine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts nach Art. 156 OR. Wenn die Kündigung nicht missbräuchlich nach Art. 336 OR ist, kann sie nicht gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 156 OR verstossen (Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom

E. 2.1.9

Die Zieldefinition ist grundsätzlich eine Obliegenheit der Arbeitgeberin. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Arbeitgeberin es unterlässt,

die für die Entstehung des Bonusanspruches massgebenden Ziele festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Der Arbeitnehmer, der eine nicht unterdurchschnittliche Leistung erbringt, hat in diesem Falle einen vollen Bonusanspruch (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 322d OR mit Hinweisen; CRA-MER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Diss. Basel, Bern 2007, Rz. 155; AGer-Z 2009 Nr. 3). Die unterlassene Zielvereinbarung ist unter dem Blickwinkel von Art. 156 OR zu würdigen, wonach eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Unterbleibt die Zieldefinition, so widerspricht dies Treu und Glauben und ist das Ziel in Anwendung von Art. 156 OR als erreicht zu fingieren (BGer Urteil 4A_378/2017 vom 27. November 2017 E. 3.4).

E. 2.2

Passivlegitimation

E. 2.2.1

Die Gewährung einzelner Leistungen durch andere Konzerngesellschaften genügt für sich allein nicht zur Begründung der Arbeitgeberstellung dieser Konzerngesellschaft (Urteil des BGer vom 21. April 2006, 4C.62/2006, E. 3.4.2).

E. 2.2.2

In der Arbeitswelt kommt es häufig vor, dass ein Mitarbeiter aufgrund seines Arbeitsverhältnisses mit der Tochtergesellschaft am Beteiligungsprogramm der Muttergesellschaft oder der Holding teilnimmt. Oftmals bleibt die arbeitgebende Gesellschaft für sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Mitarbeiterbeteiligung zuständig. Hinzu kommt, dass der Beteiligungsanspruch des Mitarbeitenden nicht selten Inhalt der arbeitsvertraglichen Beziehung mit der arbeitgebenden Gesellschaft bildet oder darin zumindest auf das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der Muttergesellschaft verwiesen wird. Letztere gewährt in aller Regel die Beteiligungsrechte in Anrechnung an den von der arbeitgebenden Gesellschaft bezogenen Lohn (PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Diss., Bern 2005, Rz. 138).

E. 2.2.3

Trotz der regelmässig engen Verknüpfung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft kann für die Ansprüche aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm nichts anderes gelten als für die Ansprüche aus dem Einzelarbeitsvertrag. Grundsätzlich hat sich der Arbeitnehmer an diejenige Konzerngesellschaft zu hal-

- 64 - ten, welche ihn an ihrem Beteiligungsprogramm teilnehmen lässt. Daran ändert die enge konzernmässige Verbindung ebenso wenig, wie die Tatsache, dass die arbeitgebende Gesellschaft unter Umständen auf die wirtschaftliche Verbindung mit der für das Beteiligungsprogramm zuständigen Gesellschaft hingewiesen hat. Gleiches muss im Grundsatz auch gelten, wenn darüber hinaus in den arbeitsvertraglichen Grundlagen ausdrücklich Bezug auf das Beteiligungsprogramm einer anderen Konzerngesellschaft genommen wird. Zumindest kann ein entsprechender bloss deklaratorischer Hinweis nicht dazu führen, dass die arbeitgebende Gesellschaft aus dem Beteiligungsprogramm der Muttergesellschaft verpflichtet oder umgekehrt die Muttergesellschaft Partei des Einzelarbeitsvertrags mit dem betreffenden Mitarbeiter wird (PORTMANN, a.a.O., Rz. 138).

E. 2.2.4

Bei Konzernen, in denen der Beteiligungsplan Aktien oder Optionen der Muttergesellschaft betrifft, ist es gemäss Lehrmeinung üblich, dass die Erfüllung dieses Planes an eine andere juristische Person als die Arbeitgeberin übertragen wird und dass der Arbeitnehmer die laut den getroffenen Vereinbarungen geschuldeten Leistungen nicht von der arbeitgebenden Gesellschaft verlangen kann. Mit der Unterzeichnung der zur Sache gehörenden Dokumente des Beteiligungsplans akzeptiert der Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft, diesbezüglich eine direkte Rechtsbeziehung zur Muttergesellschaft einzugehen (BGer 4A_175/2014, E. 3 f., m.w.H).

E. 2.2.5

Im Einzelfall ist durch Auslegung der arbeitsvertraglichen Grundlagen festzustellen, ob die arbeitgebende Gesellschaft für Forderungen des Mitarbeiters aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm, welches eine andere Konzerngesellschaft auflegt, einzustehen hat (PORTMANN, a.a.O., Rz. 140). Dabei ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen. Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. (Art. 18 Abs. 1 OR; BGer 4A_564/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.1).

- 65 -

E. 2.2.6

Gemäss Art. 111 OR ist es möglich, dass sich die vertragsschliessende Konzerngesellschaft mittels Garantie gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet, dafür einzustehen, dass ihm eine andere Gesellschaft bestimmte Leistungen erbringt (GEISER/UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 139/2003 S. 757 ff., Rz. 3.14). Eine solche Patronatserklärung führt dazu, dass sich die arbeitgebende Gesellschaft verpflichtet, dafür einzustehen, dass eine andere Konzerngesellschaft dem Arbeitnehmer Beteiligungsrechte gewährt. Dies insbesondere, wenn die Tochtergesellschaft dem Mitarbeiter Beteiligungsrechte an der Muttergesellschaft verspricht. Eine derartige Verpflichtung wird jedoch nur mit Zurückhaltung angenommen (PORTMANN, a.a.O., Rz. 138 f.).

E. 2.3

Pflichtverletzung

E. 2.3.1

Die nicht gehörige Erfüllung der Leistungspflicht bzw. positive Vertragsverletzung kann in der Verletzung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht oder der Verletzung von Nebenpflichten (Verhaltenspflichten) bestehen. Verhaltenspflichten haben den Zweck, die Hauptleistung zu ergänzen und deren ordnungsgemäss Erfüllung zu sichern bzw. den Vertragszweck zu erreichen. Auch die Verletzung einer Unterlassungspflicht gehört zu den Erscheinungsformen der positiven Vertragsverletzung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, N 2615 ff.). Die Pflichten des Arbeitnehmers bestehen in der Arbeitspflicht, der Treue- und Sorgfaltspflicht sowie den individuellen vertraglichen Pflichten. Der Inhalt der Arbeitspflicht bestimmt sich nach den im Kollektiv- oder Einzelarbeitsvertrag getroffenen Vereinbarung, welche nach Treu und Glauben auszulegen

sind und durch das Weisungsrecht der Arbeitgeberin konkretisiert wird (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl. 2019, N 302 ff.).

E. 2.3.2

Bei Arbeitsleistungen besteht die Schlechterfüllung in einer Sorgfalts- pflichtverletzung. Die Sorgfaltsverletzung kann auch durch eine Unterlassung be- gangen werden.

Unterlassungspflichten können ausdrücklich vereinbart sein, wie etwa Konkurrenzverbote im Arbeitsvertrag oder bei Geschäftsveräusserungen. Sie können auch stillschweigend entstehen, so etwa die aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers fliessende Schweigepflicht oder die aus der Ver-

- 66 - letzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht entstehenden Tatbestände positiver Vertragsverletzungen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 98 N 9). Wie bei der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR sind Führungsfehler von leitenden Angestellten schwierig zu erfassen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321e N 4).

E. 2.3.3

Als Folge seiner Sorgfalts- und Treuepflicht hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR). Die allgemei- ne Treuepflicht ist primär Unterlassungspflicht, indem zu unterlassen ist, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte, doch tritt sie auch als Handlungs- pflicht auf, so etwa bei der Pflicht zur Leistung von Überstunden oder zur Informa- tion des Arbeitgebers. Die Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers ist eine beschränkte und deren Umfang hängt stark von der Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers in den betrieblichen Verhältnissen ab, was für jedes Arbeitsver- hältnis aufgrund der konkreten Umstände neu bestimmt werden muss. Das Mass an Loyalität, das einem leitenden Angestellten abverlangt wird, ist wesentlich grösser als bei einem Arbeitnehmer in untergeordneter Stellung (BGer 4A_32/2008 vom 20. Mai 2008, E. 3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 2). Aufgrund der vorzunehmenden Interessenabwägung fallen die Sanktionen bei Verstössen gegen die Treuepflicht verschieden aus (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 3). Die Sanktion richtet sich nicht nach dem durch die Verletzung dem Arbeitgeber erwachsenden Nachteil, sondern nach dem Mass der Treulosigkeit, welche sich beim Arbeitgeber offen- bart hat. Sie ist Ausfluss des erschütterten Vertrauens zwischen den Vertragspar- teien, gilt also der Absicht, nicht dem Erfolg (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 8).

E. 2.3.4

Eine Treuepflichtverletzung wird bei Forderung oder Annahme von Schmiergeldern und ähnlichen Vorteilen bejaht. Der Arbeitnehmer darf keine Schmiergelder oder andere Vergünstigungen annehmen oder verlangen, die dem Zweck dienen, durch pflichtwidriges Verhalten zum Nachteil des Arbeitgebers ei- nem Dritten Vorteile zu verschaffen. Es ist nicht erforderlich, dass die Interessen des Arbeitgebers dadurch tatsächlich geschädigt oder gefährdet werden. Der

- 67 - Treuebruch verwirklicht sich schon dadurch, dass der Arbeitnehmer seine Unab- hängigkeit verliert. Dieser muss Schmiergelder zurückweisen oder, wenn dies nicht möglich oder mit den Interessen des Arbeitgebers unvereinbar ist, dem Ar- beitgeber sofort anzeigen und abliefern. Die Ablieferungspflicht umfasst nicht nur Schmiergelder im

eigentlichen Sinn, sondern alle Vergütungen von Dritten in einer Höhe, die nicht mehr Trinkgeldcharakter haben (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 4 und N 7; BSK OR I - PORTMANN, Art. 321a N 7).

E. 2.3.5

Im Fall einer Pflichtverletzung aus Unterlassung anerkannte das Bundesgericht eine gerechtfertigte fristlose Kündigung bei einem Geschäftsführer einer Vorsorgeeinrichtung gemäss BVG mit treuhänderischen Sorgfaltspflichten nach Art. 48 ff. BVG. Dieser unterliess, die Immobilienkommission bzw. die Organe des Arbeitgebers über die Erhöhung des Darlehensbetrags um Fr. 20 Mio. beim eigenmächtigen Abschluss eines Darlehensvertrages in der Höhe von rund Fr. 63 Mio. bzw. über die Kostenüberschreitung gemäss internen Richtlinien sowie Budgetvorgaben zu informieren (BGer 4A_342/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 3.3 und E. 3.4 = ARV 2021 S. 383 ff.).

E. 2.3.6

Unter Art. 321e OR haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich für jedes Verschulden, also für Absicht und Fahrlässigkeit. In Lehre und Rechtsprechung wird zwischen leichter, mittlerer und grober Fahrlässigkeit unterschieden. Je nachdem, wie das Verschulden einzustufen ist, kommen unterschiedliche Rechtsfolgen zum Tragen. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn etwas nicht beachtet wird, das man bei genauerem Überlegen eigentlich hätte beachten müssen. In diesem Fall wird die Schadenersatzpflicht in der Regel deutlich reduziert, bei schadensgeneigter Arbeit entfällt sie in der Regel ganz (vgl. hierzu unten 2.4). Grobe Fahrlässigkeit bedeutet, elementare Vorsichtspflichten ausser Acht zu lassen, welcher jeder vernünftige Mensch in dieser Lage bedacht hätte. Sie schliesst nach der Praxis eine Reduktion der Haftung in aller Regel aus. Mittlere Fahrlässigkeit wird vom Bundesgericht dadurch definiert, dass sie zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit liegt. Sie führt in der Regel zu einer Reduktion im Sinne einer den konkreten Umständen angemessenen Schadensaufteilung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321e OR).

- 68 -

E. 2.3.7

Das Mass der Sorgfalt, für das der Arbeitnehmer unter Art. 321e OR einzustehen hat, bestimmt sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR). Die gesetzliche Aufzählung ist nicht vollständig; ebenfalls zu beachten sind beispielsweise das Mitverschulden des Arbeitgebers, die geringe Entlohnung, das quantitative Verhältnis von Lohn zu Schadenersatz, mangelnde Instruktion oder Überwachung usw. (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321e OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nicht nur für den Grundsatz, sondern auch für den Umfang der Schadenersatzpflicht sämtliche Umstände, so insbesondere das Berufsrisiko, Entlohnung und Verschulden zu berücksichtigen (BGer 4C.103/2005 vom 1. Juni 2005, E. 1.1 m.w.H.).

E. 2.3.8

Mit der Berücksichtigung des Berufsrisikos soll derjenige, der sich im Dienste des Arbeitgebers täglich einem erhöhten Risiko aussetzt, auf eine gewisse haftungsrechtliche

Privilegierung vertrauen dürfen. Es geht dabei um Arbeit, bei der mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen. Das besondere Berufsrisiko kann sich dabei beispielsweise aus der Natur der Tätigkeit (z.B. Chauffeur) oder aus besonderen Arbeitsanforderungen oder Eigenheiten des Arbeitsablaufs (z.B. hoher Zeitdruck) ergeben. Entscheidend ist allerdings die konkrete Gefahrenlage anlässlich der Schadensverursachung und nicht die allgemeine Gefährlichkeit des Berufs (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321e OR). 3. Würdigung

E. 2.4

Das Ferienguthaben wird bei Vertragsende in einen finanziellen Abgeltungsanspruch umgewandelt, wobei sich die Berechnung des Ferienlohnanspruches nach herrschender Auffassung nach dem zuletzt bezahlten Lohn und nicht nach dem im Entstehungsjahr massgeblichen Lohn richtet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 zu Art. 329d OR; vgl. BGE 131 III 451 E. 2.2). Bei Auszahlung des Ferienguthabens bzw. nach Ende der Anstellung macht der Ferienlohn bei jährlichem Anspruch von vier Wochen Ferien 8.33%, bei fünf Wochen Ferien 10.64% und bei sechs Wochen Ferien 13.04% des Jahreslohnes aus. Somit ist der per Vertragsende bestehende Restferiensaldo mit der Prozentzahl zu multiplizieren, um den Anspruch zu berechnen: Jahreslohn / 100 x 8.33 oder 10.64 oder 13.04 / jährliche Ferientage x Restferiensaldo (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d N 10; BGE 129 III 664 E. 7.3). 3. Würdigung

E. 2.5

Beweislast Die kündigende Partei trägt die Beweislast für alle Tatsachen, die zum Schluss der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen (BGE 130 III 213 E. 3.2). Dabei hat sie nicht nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes, sondern auch die umgehende Erklärung der Kündigung nachzuweisen.

- 28 - 3. Würdigung

E. 3

Mit Präsidialverfügung vom 17. Juni 2022 wurde für Replik und Duplik ein Schriftenwechsel angeordnet, dem Kläger Frist zur schriftlichen Replik angesetzt sowie der Beklagten Frist angesetzt, um die von ihr eingereichten relevanten Beilagen in deutscher Übersetzung einzureichen (act. 20). Mit Eingabe vom 28. Juni 2021 reichte die Beklagte die deutschen Übersetzungen der Beilagen zur Klageantwort ein (act. 22–24/41a). Mit Eingabe vom 6. Juli 2021 zeigte der Kläger den Wechsel des Rechtsvertreters an und reichte eine Substitutionsvollmacht von Frau Rechtsanwältin lic. iur. X1.____ an Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. X2.____ ein (act. 27-28). Mit Eingabe vom 30. August 2021 (Datum Poststempel) reichte der Kläger seine Replik ein (act. 29). Mit Präsidialverfügung vom 9. September 2021 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 32). Mit Eingabe vom 9. November 2021 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte ihre Duplik ein (act. 34).

E. 3.1

Wie bereits aufgezeigt, erfolgte die fristlose Kündigung ungerechtfertigt, womit in der Regel eine Entschädigung geschuldet ist, welche vom Gericht unter Anwendung des pflichtgemässen Ermessens zu veranschlagen ist. Was das Verschulden der Beklagten als Arbeitgeberin anbelangt, ist zu berücksichtigen dass ihre Entscheidungsträger die fristlose Kündigung nach jahrelanger Untersuchungszeit letztlich verspätet ausgesprochen haben,

wobei nicht gesagt werden kann, es hätten keinerlei Verdachtsmomente vorgelegen. Wie vorstehend unter Ziffer V.D. ausgeführt, kann auch nicht gesagt werden, der Kläger habe sich in allen Belangen umsichtig verhalten. Da es nicht um eine Bagatelle sondern um einen schwerwiegenden Korruptionsvorfall ging, welcher die Beklagte sowohl hin-

- 96 - sichtlich ihrer Reputation betraf als auch internationale Strafverfahren nach sich zog, erscheint es nachvollziehbarer, dass sie sich zur fristlosen Entlassung hinreissen liess. Der Kläger weist zu Recht auf das langjährige Arbeitsverhältnis und die kürzlich erfolgte Beförderung hin. Es ist davon auszugehen, dass ihn vor diesem Hintergrund die fristlose Entlassung sehr unerwartet traf, was es zu berücksichtigen gilt. Soweit sich der Kläger auf von der Beklagten initiierte, gegen ihn laufende Strafverfahren bezieht, ist zu bemerken, dass allfällige Entschädigungen für damit zusammenhängende seelische Unbill dort geltend zu machen wären. Der Kläger fand nach relativ kurzzeitiger Arbeitslosigkeit eine neue Arbeitsstelle. Diesbezüglich ist einerseits beachtlich, dass der Kläger dannzumal eine erhebliche Lohneinbusse hinnehmen musste. Angesichts der Zeitabläufe und da konkrete Angaben über zwischenzeitliche Arbeitsbemühungen fehlen, ist eine nachhaltige Zerstörung seiner Karrierechancen aber nicht dargetan.

E. 3.1.1

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beklagte anerkannte, dass der Kläger im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung aus dem MIP 18 102'000 Optionen, aus dem MIP 19 127'500 Optionen und aus dem MIP 20 127'500 Optionen "besass" (act. 15 Rz. 76; act. 34 Rz. 171 ff. sowie die dort vorstehende Überschrift "(teilweise bestritten)"). Diese Optionsrechte wurden dem Kläger im genannten Um-

- 69 - fang gestützt auf das jeweilige Management Incentive Program (MIP) zugeteilt. Unbestritten ist auch, dass diese Optionen im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht ausübbar waren (act. 29 Rz. 101 f.).

E. 3.1.2

Es ist festzustellen, dass sog. "Issuer" bzw. Emittentin der Optionen die Schweizer Gruppengesellschaft "B.____ Equity Ltd" war (vgl. jeweils Abschnitt "The Offer" sowie Annex 1 zum Information Memorandum). Soweit die Ansprüche des Klägers auf Optionen gegenüber einer anderen Gruppengesellschaft als die Beklagte (B.____ Management Service AG) bestehen sollten, ist festzuhalten, dass die Beklagte eine möglicherweise fehlende Passivlegitimation nicht vorbrachte und also die Geltendmachung dieser Forderung ihr gegenüber i.S.v. von Art. 111 OR sinngemäss anerkannte. Darüber hinaus sind die Forderungen aus den MIPs direkte Folge der fristlosen Kündigung und sind somit Teil des Entschädigungsanspruchs im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR, welcher gegenüber der Beklagten besteht.

E. 3.1.3

Ob dem Kläger im Rahmen des MIP jeweils Optionen und bzw. oder Warrant Appreciation Rights (WARs; jeweils übersetzt mit "Optionsscheinwertrecht", act. 34 Rz. 99) zugeteilt wurden und wie diese mit dem sog. Warrant als Referenzwert (jeweils übersetzt mit "Optionsschein" oder "Garantie") zusammenhängen sollen, wie es im Information Memorandum zum MIP jeweils auf S. 2 beschrieben wird (vgl. das "MIP 20 Information Memorandum" in act. 5/20 = act. 11/20 S. 2 datierend vom 27. Juli 2018; das "MIP 18 Information Memorandum" in act. 36/32 = act. 36/32a datierend vom 2. August 2016 und

das "MIP 19 Information Memorandum" in act. 36/33 = act. 36/33a datierend vom 27. Juli 2017), wird von den Parteien nicht dargelegt. Es ist davon auszugehen, dass es sich beim klägerischen Anspruch um Optionen handelte, wie es von den Parteien in den Rechtsschriften zuletzt vorgebracht wurde (vgl. zuletzt act. 29 Rz. 12, Rz. 101; act. 34 Rz. 99; act. 46 Rz. 95).

- 70 -

E. 3.2

In Anbetracht aller Umstände rechtfertigt es sich, dem Kläger eine Pönalentschädigung im Betrag von Fr. 130'000.– brutto=netto zuzusprechen. Der geltend gemachte Verzugszins ist sowohl in zeitlicher als auch quantitativer Hinsicht zutreffend und zuzusprechen. Im Mehrumfang ist Rechtsbegehren Ziffer 2 abzuweisen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind ausgangsgemäss zu regeln (Art. 104 und Art. 106 ZPO). Der Kläger bezifferte den Streitwert in der Klagebegründung auf Fr. 696'931.65 (act. 1 Rz. 4). Ausgehend von diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des Gesamtaufwandes um 25% zu erhöhen und auf Fr. 31'000.– festzusetzen (§ 4 GebV OG). 2. Soweit der Kläger in der Replik Anpassungen bzw. Reduktionen vorgenommen hat, bedeuten diese prozessual ein Unterliegen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Beklagten mit Bezug auf die von ihr anerkannten Beträge. Der Kläger obsiegt zu 3/5, die Beklagte zu 2/5. Dementsprechend sind die Kosten des Verfahrens dem Kläger im Betrag von Fr. 12'400.– und der Beklagten im Betrag von Fr. 18'600.–

- 97 - aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind im Betrag von Fr. 24'690.– aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss zu beziehen. Die Beklagte ist zu verpflichten, den Mehrbetrag von Fr. 6'310.– nachzuzahlen und dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von Fr. 12'290.– (24'690 – 12'400) zu ersetzen. 3. Da der Kläger keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, und seine Rechtsvertreter für die für ihn erbrachten Leistungen in der Schweiz keine Mehrwertsteuer abliefern müssen, ist kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. act. 34 Rz. 11, unbestritten in act. 46 Rz. 9 ff.). 4. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung nach Anwaltstarif beträgt beim genannten Streitwert Fr. 26'855.– (ohne MwSt.) und ist mit der Erarbeitung einer Klagebegründung bzw. Klageantwort verdient (§ 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV), wobei in Berücksichtigung des zweiten Schriftenwechsels eine Erhöhung auf Fr. 33'600.– (ohne MwSt.) vorzunehmen ist (§ 11 Abs. 1-3 AnwGebV). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'720.– (ohne MwSt.) zu bezahlen. Es wird beschlossen:

E. 3.2.1

In der Replik brachte der beweisbelastete Kläger vor, die Optionen hätten Lohncharakter und stellten keine freiwilligen Gratifikationen dar (act. 29 Rz. 126), was nachfolgend zu prüfen ist.

E. 3.2.2

Aus der offerierten Beilage zum Lohnausweis 2018 betreffend Optionen gemäss MIP 20 (act. 31/33) kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die darin erwähnte "Deklaration als steuerpflichtiges Einkommen" ist vor dem Hintergrund der "steuerlichen Regulierungen" zu verstehen und nicht als Willenserklärung der Beklagten, die Zuteilung von Optionen stelle deswegen einen Lohnbestandteil dar. Die Parteien haben gemäss

Akten nie explizit vereinbart, dass die zugeteilten Leistungen aus den MIPs Lohnbestandteil bilden würden. Die Zuteilung von Optionen war auch nicht in den Arbeitsverträgen des Klägers geregelt. Lediglich der Lohn und der Bonus sowie die Spesen werden darin genannt (vgl. act. 5/4 = act. 11/4 Ziff. 2–5.; act. 19/1 = act. 24/1a Ziff. 5 und 6 sowie act. 19/2 = act. 24/2a Ziff. 3–5).

E. 3.2.3

Ein allfällig bestehendes Reglement oder allgemeine Bestimmungen über die Mitarbeiteroptionen wurden vom Konsens des jeweils geltenden Einzelarbeitsvertrags nicht erfasst (vgl. die genannten arbeitsvertraglichen Bestimmungen unter dem Titel "Supplementary Documents"). Im jeweils relevanten Information Memorandum wurde vielmehr festgehalten, was folgt (act. 5/20 = act. 11/20 und act. 36/32–33 S. 5): "Die Teilnahme am MIP ist nicht Teil des Arbeitsvertrags des jeweiligen Teilnehmers, sondern eine separate und eigenständige Möglichkeit ausserhalb des Umfangs und der Reichweite des Arbeitsverhältnisses." Diese ausdrückliche Regelung ausserhalb des Einzelarbeitsvertrags spricht für eine Vergütung mit Gratifikationscharakter der Beklagten bzw. einer ihrer Gruppengesellschaften zusätzlich zum im Arbeitsvertrag vereinbarten Lohn.

E. 3.2.4

Wie die Beklagte zu Recht anführt, ist für die Bestimmung des Lohn- oder Gratifikationscharakters von Optionen nicht deren Ausübungszeitpunkt, sondern der Zeitpunkt von deren Zuteilung massgebend. Die Umstände der Zuteilungszeitpunkte der Optionen aus MIP 18, MIP 19 und MIP 20 sind unbekannt. Entsprechende Vorbringen fehlen. Aus demselben Grund ist auch unbekannt, ob und weshalb die Optionen aus früheren Jahren Lohncharakter hätten haben sollen. Aus den im Recht liegenden "Information Memorandum" zu den MIPs (act. 5/20 = act. 11/20 S. 2 zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 20; act. 36/32 = act. 36/32a zum MIP datierend vom 2. August 2016 für MIP 18; act. 36/33 = act. 36/33a zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 19) geht keine Kennzahl oder Formel hervor, wonach der Wert der zugeteilten Optionen bestimmt oder nach objektiven Kriterien bestimmbar wäre.

E. 3.2.5

Wie eingangs im Information Memorandum erwähnt, wurde dem Kläger "gemäss einem separaten Einladungsschreiben (...) das Recht angeboten, eine bestimmte Anzahl von Optionsscheinwertrechte ("WARs") und/oder Optionen ("Optionen") zu erhalten". Diese separaten Einladungsschreiben liegen nicht bei den Akten, die Formulierung in besagtem Information Memorandum lässt aber auf ein freiwilliges Angebot der Beklagten bzw. einer anderen Gruppengesellschaft schliessen. Es ist davon auszugehen, dass mit dem Information Memorandum jeweils nur die Bedingungen genannt wurden, zu welchen den Mitarbeitern Optionsrechte angeboten wurden. Das Angebot der Beklagten bzw. einer anderen Gruppengesellschaft wurde im separaten Einladungsschreiben gemacht, deren Annahme der Mitarbeiter bis zu einem bestimmten Datum erklären musste (vgl. die Ausführungen unter dem Titel "Subscription/Grant" auf S. 8 des Information Memorandum). Falls der Kläger die Annahme erklärte, entstand damit die Verpflichtung der Beklagten bzw. einer anderen Gruppengesellschaft, mit dem Kläger einen Mitarbeiteroptionsvertrag abzuschliessen. Dieser schriftliche Optionsvertrag, der auch den Ausübungspreis und die Anzahl Optionen beinhaltet, liegt indes nicht bei den Akten.

Wenngleich der Optionsvertrag unbestrittenermassen zustande gekommen ist, ist nach dem Gesagten entscheidend, dass der Ausübungspreis und die Anzahl zugeteilter Optionen sich nicht aus dem Information Memorandum ergeben. Es verbietet sich die Annahme, der Anspruch des Klägers sei nach objektiven Kriterien bestimmt oder bestimmbar.

- 72 -

E. 3.2.6

Die Behauptung des Klägers, er habe die Optionen gemäss dem MIP gratis als Gegenleistung für seine Arbeit erhalten (act. 46 Rz. 95), blieb zwar unbestritten. Der von der Beklagten zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 130 III 495 E. 4.2.1, wonach gratis oder unter dem Marktwert abgegebene Optionen Lohnbestandteil bilden würden, ist jedoch vorliegend nicht einschlägig. Dies wegen der Regelung ausserhalb des Arbeitsvertrags, der Freiwilligkeit, mangels Kenntnis des Einladungsschreibens und des Optionsvertrags sowie angesichts der fehlenden Bestimmbarkeit der Leistungen aus dem MIP. Dass ein identischer oder vergleichbarer Fall vorliegen würde, ist zu verneinen.

E. 3.2.7

Nach dem Gesagten ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten: Ob, in welcher Anzahl und zu welchem Ausübungspreis dem Kläger Optionen aus den MIPs zugeteilt wurden, lag vorliegend im alleinigen Ermessen der Beklagten. Die Leistungen aus den MIPs hatten somit den Charakter einer Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR.

E. 3.3

Zulässigkeit von Verfallklauseln

E. 3.3.1

Wie erwähnt fehlt eine einseitige Willenserklärung des Klägers, worin er erklärt, das Angebot zu den Bedingungen und Befristungen gemäss Information Memorandum anzunehmen. Der Kläger bringt lediglich vor, die von der Beklagten geltend gemachte Verfallklausel sei unwirksam bzw. unzulässig, da die vorliegenden Optionen Lohncharakter hätten (act. 29 Rz. 126). Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bedingungen und Befristungen, die sich aus den Information Memorandum ergeben, wurden nicht bestritten und sind somit anwendbar.

E. 3.3.2

Der Arbeitnehmerschutz und somit das Verbot von Verfallklauseln entfällt vorliegend, weil die Leistungen aus dem MIP Gratifikationscharakter hatten. Die vereinbarte Verfallklausel verstösst somit nicht gegen zwingendes Recht, ist wirksam und bleibt anwendbar.

E. 3.3.3

Es bleibt irrelevant, ob der Kläger beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligungen als Anleger gehandelt habe (act. 34 Rz. 99d). Anzumerken ist aber dennoch, dass nicht der Entscheid des Klägers, aus freien Stücken am Programm

- 73 - teilzunehmen, sondern die Einbringung finanzieller Mittel seinerseits relevant ist. Es blieb unbestritten, dass der Kläger die Optionen gratis erhielt und kein Geld investierte (act. 46 Rz. 95).

E. 3.4

Verfall der Anwartschaft aufgrund einer "wesentlichen" Pflichtverletzung

E. 3.4.1

Ausgangslage a) Wie erwähnt waren die Optionen aus MIP 18, MIP 19 und MIP 20 im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht ausübbar. Dies ergibt sich im Grundsatz auch aus dem Information Memorandum, wonach die Optionen aus MIP 18 nach dem 29. August 2019, die Optionen aus MIP 19 nach dem 16. August 2020 und die Optionen aus MIP 20 am 27. August 2021 (jeweils Beginn der Ausübbarkeit bzw. Vesting Date) ausübbar wurden (vgl. die Bestimmungen unter dem Titel "Exercise or sale of options and exercise of WARs" bzw. "Ausübung oder Verkauf von Optionen und Ausübung von WARs" in act. 5/20 = act. 11/20 S. 2 zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 20; act. 36/32 = act. 36/32a zum MIP datierend vom 2. August 2016 für MIP 18; act. 36/33 = act. 36/33a zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 19). b) Es ist unbestritten, dass die anwendbare vertraglich vereinbarte Verfallklausel in der deutschen Übersetzung wie folgt lautet: "Auswirkung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Beendigung durch den Planteilnehmer (...) Beendigung durch den Arbeitgeber Wenn ein Teilnehmer eine Kündigung von seinem Arbeitgeber erhalten hat (in jedem Fall so, dass der Teilnehmer nicht mehr bei einem Unternehmen der B.____-Unternehmensgruppe beschäftigt ist), werden alle Rechte des Teilnehmers an den noch nicht unverfallbaren WARs bzw. Optionen, die dem Teilnehmer im Rahmen dieses MIP-Starts gewährt wurden, mit Wirkung ab dem letzten Tag der Beschäftigung des Teilnehmers bei einem Unternehmen der B.____-Unternehmensgruppe ausübbar. Ungeachtet des vorstehenden Absatzes verfallen alle noch nicht ausübbar und noch nicht abgelaufenen WARs oder Optionen des Teilnehmers automatisch, wenn die Kündigung des

- 74 - Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber des Teilnehmers ganz oder teilweise auf einer wesentlichen Verletzung der Verpflichtungen aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag beruht." c) Gemäss der Verfallklausel verfallen somit alle im Kündigungszeitpunkt nicht ausübbar Optionen automatisch bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses "based wholly or partly on the Participant's breach of his/her obligations under the relevant employment contract" (so der englische Originalwortlaut, zitiert nach act. 36/32 S. 4, gleicher Wortlaut in act. 5/20 und act. 36/33 S. 4) bzw. wenn eine vom "Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise auf der wesentlichen Verletzung der Verpflichtungen aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag durch den Arbeitnehmer beruht" (zitiert gemäss Übersetzung der Beklagten in act. 15 Rz. 78; vgl. auch act. 11/20, act. 36/32a und act. 36/33a S. 4). Die Übersetzung mit "wesentlicher Verletzung der Verpflichtung" blieb unbestritten. d) Es stellt sich die Frage, ob die Anwartschaft des Klägers auf die noch nicht ausübbar Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 infolge wesentlicher Pflichtverletzung verfiel. Für die nachfolgende Prüfung sind folgende Zeitabschnitte zu unterscheiden: Die Angebotsphase (auch Vergabeverfahren oder Tenderverfahren genannt) dauerte bis zum Vertragsabschluss zwischen B.____[in Staat Z] und C.____ im März 2015. Ob der Vertragsabschluss am 9. März oder 13. März 2015 erfolgte, ist irrelevant. Danach folgte die Projektausführung durch ein Konsortium mehrerer B.____-Gruppengesellschaften (Abwicklungsphase). Dabei ist entscheidend, wovon der Kläger was in welchem Zeitpunkt gewusst haben soll.

E. 3.4.2

Verantwortungsumfang des Klägers für das D.____-Projekt a) Fraglich ist, wie sich die Verantwortlichkeiten innerhalb des BU STECO ver- teilen und was der Verantwortungsumfang des Klägers war. Daraus bestimmen sich die Pflichtverletzungen des Klägers. Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe die Verantwortung für das D.____-Projekt getragen, das D.____-Projekt geleitet und eine tragende Rolle gespielt (act. 15 Rz. 29 ff.; act. 34 Rz. 49 ff.). b) Es ist unbestritten, dass der Kläger als F.____Manager der G.____Automation Mitglied des für das D.____-Projekt verantwortlichen Führungsausschusses (BU

- 75 - Management Steering Committee, BU STECO) war (act. 29 Rz. 54). Die BU STECO als Führungsausschusses beaufsichtigte unbestrittenermassen nicht nur die Teilnahme der B.____ am Vergabeverfahren, sondern auch die darauffolgende Ausführung der Arbeiten durch das B.____-Konsortium. Wie aus der von der Be- klagten eingereichten Übersicht über die Teamorganisation für das Vergabever- fahren (act. 19/8 = act. 24/8a) hervorgeht, waren neben dem Kläger im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens aber noch weitere Personen Mitglied dieses Führungs- ausschusses: K.____ (damaliger BU Manager AK.2____), I.____ (damaliger Group Vice President, Sales, and Marketing AK.2____) und J.____ (Representative des BU STECO). c) Aus der Zusammensetzung der BU STECO an sich und der Tatsache, dass der Kläger ein Mitglied von mehreren Mitgliedern war, kann die Beklagte nicht ab- leiten, der Kläger habe "die" Verantwortung getragen. In der E-Mail- Korrespondenz vom 1. Juni 2017 (act. 19/7) findet sich kein Beweis für die Be- hauptungen der Beklagten, der Kläger habe das D.____-Projekt geleitet und damit die alleinige Verantwortung für das D.____-Projekt getragen. Namentlich erklärte K.____ in der E-Mail-Korrespondenz vom 1. Juni 2014 an AE.____ nicht ausdrück- lich, dass nur der Kläger die Verantwortung für das D.____-Projekt getragen haben soll, sondern einzig dass "BU Verkauf (I.____) und F.____Management (A.____) da- ran arbeiten" würden. Auch die E-Mail von I.____ an K.____ (in Kopie auch an den Kläger) enthält nur die Aussage, dass "A.____ und ich" an diesem Projekt arbeiten würden und "wir (...) uns" einbringen würden. Damit geht aus der E-Mail- Korrespondenz aber immerhin hervor, dass der Kläger zusammen mit I.____ – beide Mitglieder der BU STECO – Verantwortung im D.____-Projekt wahrnahm. d) Aus den mit der Duplik neu eingereichten Organigrammen der BU AK.2____ ergibt sich, dass der Kläger sowohl ab dem 1. Juni 2013 (act. 36/1), ab dem 1. Juni 2014 (act. 36/2) und auch ab dem 16. Juni 2015 (act. 36/3) verantwortlich war für G.____Automation, er Mitglied des Kernteams der BU AK.2____ war und sein Vorgesetzter BU Manager K.____ war. Ab dem 1. Januar 2016 war L.____ Ma- naging Director BU AK.2____ und somit Nachfolger von K.____ (act. 36/4). Dies wurde vom Kläger anerkannt (act. 29 Rz. 28 f., Rz. 54). Es bleibt aber insgesamt

- 76 - unklar, wieso die Verantwortung des Klägers im Rahmen der BU AK.2____ eben- falls relevant sein soll, wenn für das D.____-Projekt ein spezifischer Führungsaus- schuss gebildet wurde, in welchem der Kläger Verantwortung wahrgenommen hat. Ob der Kläger Mitglied des oberen Managements der gesamten BU AK.2____ war oder nicht, ist vor diesem Hintergrund irrelevant. e) Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass nicht substantiiert bestritten wurde, dass der Vorgesetzte des Klägers, BU Manager K.____, dem Führungsausschuss BU STECO vorstand (act. 29 Rz. 28; act. 34 Rz. 118 ff.) und der Kläger nie Vor- sitzender der BU STECO war (act. 29 Rz. 57; act. 34 Rz. 134). Er war jedoch Mit- glied des BU STECO. f) Die Beklagte behauptet sodann direkte Berichterstattungslinien von S.____ (Sales Manager der DE-B.____) und T.____ (LBU Manager AK.2____ der B.____[in

Staat Z]) als zentraler Mitarbeiter für das D.____-Projekt zum Kläger. Der Kläger sei deren direkter Vorgesetzter gewesen und habe eine Vorgesetztenfunktion ausgeübt (act. 15 Rz. 30; act. 34 Rz. 54 ff.), was bestritten wird. Zur Personalie T.____ (LBU Manager AK.2____ der B.____[in Staat Z]) geht aus den Organigrammen hervor, dass per 1. Januar 2016 eine direkte Berichterstattungslinie von T.____ ("HBU ...[Kontinent]") zum Managing Director L.____ bestand, aber nicht zum Kläger (act. 36/4). Gemäss dem Next Level Announcement (act. 36/11) wurde T.____ als LBU Manager für ...[Staat Z] bestätigt. Darin wurde auch erklärt, dass u.a. T.____ "direkt an I.____ (ad interim in der Rolle des Hub Managers) berichten" werde. Die Behauptungen der Beklagten sind widersprüchlich. Ob der Kläger I.____ ersetzt, wird nicht behauptet. Eine direkte Berichterstattungslinie zwischen T.____ und dem Kläger wird durch die Beweisofferten der Beklagten widerlegt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass lediglich eine funktionale Berichterstattungslinie zwischen T.____ und dem Kläger vorlag, wie sie der Kläger auch anerkennt (act. 46 Rz. 58). Die beantragte Zeugnisänderung steht diesem Schluss nicht entgegen. Die offerierte Zeugenbefragung von T.____ vermöchte gegen die genannten Urkunden nicht anzukommen und kann bei dieser Aktenlage unterbleiben.

- 77 - g) Als Beweis für die behauptete direkte Berichterstattungslinie zwischen S.____ und dem Kläger offeriert die Beklagte die E-Mail-Korrespondenz vom 7. November 2015 und eine E-Mail vom 23. Januar 2016 zwischen S.____ und dem Kläger (act. 36/12-13). Die E-Mails vermögen aber einzig zu beweisen, dass S.____ den Kläger zweimal per E-Mail kontaktierte, um den Kläger über das D.____-Projekt zu informieren und die Strategie zu diskutieren (act. 34 Rz. 58 ff.). Aufgrund des Inhalts dieser E-Mails ist eine Involvierung des Klägers auszumachen, was aber die Antwort des Klägers war und welche Gespräche bzw. Treffen darauf folgten, wird nicht behauptet. Die Intensität der Involvierung des Klägers bleibt unklar. Auch die weitere Korrespondenz zwischen S.____ und dem Kläger, welche die Beklagte zu den angeblich missachteten Warnhinweisen vorbringt (act. 19/19-21), lassen nicht auf eine direkte Berichterstattungslinie schliessen. Direkte Berichterstattungslinien und das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Unterstelltem führen üblicherweise zu intensiver direkter Kommunikation, weshalb die wenigen E-Mails für den Nachweis einer direkten Berichterstattungslinie nicht ausreichen. Aus der Teamorganisation für das Vergabeverfahren (act. 19/8 = act. 24/8a) ist ebenfalls keine direkte Berichterstattungslinie zum Kläger als Individuum erkennbar, sondern nur zur BU STECO als Kollektiv. Es ist schwer vorstellbar, warum S.____ als Sales Manager der deutschen Gruppengesellschaft DE- B.____ direkt an den Kläger rapportiert haben soll, wenn in sämtlichen Organigrammen zur G.____Systems (act. 36/5-7) S.____ nicht genannt wird und auch nie behauptet wurde, er habe im Sinne dieser Organigramme zu dem dem Kläger unterstellten HUB Managers gehört. Bei dieser Sachlage kann die Zeugenbefragung von T.____ unterbleiben. Ohnehin hätten die Aussagen eines aussenstehenden Dritten wenig Beweiskraft für das Bestehen einer direkten Berichterstattungslinie zwischen S.____ und dem Kläger. Wie ausgeführt, bestand aber immerhin eine direkte Berichterstattungslinie von S.____ zum BU Steco, dessen Mitglied der Kläger war. h) Die direkten Berichterstattungslinien zwischen dem Kläger und den Project Directors des D.____-Projekts (nacheinander N.____, O.____ und P.____) und J.____ (Representative des BU STECO) wurde nicht bestritten (act. 34 Rz. 60; act. 46 Rz. 3, Rz. 56 ff.) und ist durch die Organigramme und das "Organizational

- 78 - announcement" vom 13. September 2016 auch ausgewiesen (act. 36/5-7+14-15). Was deren Funktion und Verantwortung war, wird allerdings nicht behauptet. Welches Wissen dieser Personen dem Kläger als deren Vorgesetzter bzw. als Empfänger ihrer Berichterstattung allenfalls anrechenbar wäre, ist an anderer Stelle zu klären. i) Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Kläger das D.____-Projekt weder geleitet hat noch "die" (alleinige) Verantwortung trug. Weder T.____ noch S.____, also zwei zentrale Mitarbeiter für das D.____-Projekt, hatten eine direkte Berichterstattungsline zum Kläger (als Individuum). j) Fraglich bleibt, ob der Kläger aufgrund seiner aktiven Beteiligung einen Mehrumfang an Verantwortung wahrnahm, wie die Beklagte vorträgt (act. 34 Rz. 62 ff.). Der Kläger war unbestrittenermassen wie mehrere seiner Untergebenen aktiv am D.____-Projekt beteiligt, war in diesbezügliche Korrespondenz hineinkopiert und hat auch selber E-Mails verfasst (act. 46 Rz. 60 ff.). Vor bzw. im Rahmen der Angebotsphase behauptet die Beklagten ein Treffen des Klägers mit V.____ (act. 34 Rz. 63, Rz. 128). Dieses ist bestritten und bleibt durch die E-Mail-Korrespondenz (act. 36/19) unbewiesen. Es bleibt unklar, was die Beklagte aus den offerierten E-Mails in Bezug auf den Kenntnisstand des Klägers vor bzw. im Rahmen der Angebotsphase ableiten will. k) Auf den Vertragsabschluss im März 2015 folgte die Projektausführung bzw. Abwicklungsphase. Es ist unbestritten, dass der Kläger in der Regel einmal pro Monat in ...[Staat Z] war und sowohl an internen Besprechungen als auch Besprechungen mit C.____-Funktionären und anderen B.____-Vertretern teilnahm (act. 34 Rz. 65; act. 46 Rz. 63). Die Vorbringen der Beklagten zur aktiven Beteiligung nach Vertragsabschluss (act. 34 Rz. 65 ff.) lassen aber nicht auf eine besondere Verantwortung des Klägers bei der Projektausführung schliessen. Die Rolle des Klägers bei den Project Reviews war unbestrittenermassen relevant (act. 34 Rz. 66; act. 46 Rz. 64). l) Was die Beklagte im Rahmen der Risk Reviews aus der Kaskade der Genehmigungen unabhängig von der finanziellen Entscheidungsbefugnis über ver-

- 79 - schiedene Hierarchiestufen hinweg herleiten will, bleibt unklar. Was an den Genehmigungen und Kommentaren des Klägers pflichtverletzend gewesen sein soll, trägt die Beklagte nicht vor. Sie behauptet in diesem Zusammenhang nicht, dass der Kläger alleine gewisse Bereiche genehmigt haben soll oder seine Genehmigung "final" gewesen sei, wie es in der Tabelle der Process Automation Division Instruction Risk Review (act. 36/29 S. 10) dargestellt ist. Unklar bleibt, was die Beklagte in diesem Zusammenhang aus dem unterstützenden Material für die Bewertung des Risk Review Committees (act. 36/30) ableiten will, da zwei Kommentare des Klägers aus dem Jahr 2014 (S. 3 und S. 39) stammen und somit die Risk Reviews vor Vertragsabschluss betreffen. Drei weitere Kommentare stammen vom 15. Juni 2016 (act. 36/30 S. 80), wobei deren Zusammenhang zum möglichen Wissen des Klägers aber unbekannt bleibt. m) Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass nicht substantiiert bestritten wurde (act. 34 Rz. 118 ff., Rz. 136 f.), dass die Project Reviews und Risk Reviews vom Project Director (nacheinander N.____, O.____ und am Ende P.____, d.h. nicht der Kläger) vorbereitet wurden und alle drei Monate ein Project Review an den Leiter der Division (zunächst M.____ und danach Q.____, d.h. nicht der Kläger) erfolgt sei (act. 29 Rz. 30). Die Risk Reviews und Project Reviews wurden unter anderem dem Kläger, seinem jeweiligen Vorgesetzten und je nachdem der Division präsentiert (act. 29 Rz. 57). Unbestritten blieb letztlich auch, dass das D.____-Projekt wegen seiner Grösse nicht in den Kompetenzbereich des Klägers, sondern der Division fiel und der Kläger an den BU Manager AK.2____ (K.____ und später L.____), dieser an den Division Manager (zunächst M.____ und danach Q.____) und dieser direkt an den CEO (R.____) rapportierte (act. 46 Rz. 3 f., Rz. 54). Die Hauptverantwortung für das

D. ___-Projekt lag somit auf ein bis zwei Managementstufen oberhalb des Klägers. n) Die Verantwortung des Klägers begrenzt sich somit auf seine Mitgliedschaft im Führungsausschuss BU STECO. Der Beweis für eine besondere Verantwortung des Klägers über seine Mitgliedschaft im Führungsausschuss hinaus, die sich aus seiner Leitungsposition, den Berichterstattungslinien und seiner behaupteten aktiven Rolle ergeben soll, misslingt der Beklagten. Entscheidend hat somit zu bleiben, wovon der Kläger nachweislich Kenntnis hatte oder haben musste.

E. 3.4.3

Wesentliche Pflichtverletzung des Klägers a) Gemäss der Verfallklausel genügt für den Verfall der Anwartschaft auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die nur teilweise auf einer wesentlichen Pflichtverletzung beruht. Es ist zu fragen, was unter dem Begriff "material breach" bzw. "wesentliche" Pflichtverletzung zu verstehen ist. b) Zunächst ist festzustellen, dass sich dem Information Memorandum keine Definitionen einzelner Begriffe entnehmen lassen. Der tatsächliche übereinstimmende Parteiwille ist nicht ermittelbar. Es ist durch objektive Auslegung zu bestimmen, welche Schwere der Pflichtverletzung die Parteien bezeichnen wollten. c) Zunächst ist festzuhalten, dass der Entscheid AG-Z 2017 Nr. 15 nicht einschlägig ist, zumal die dortige Formulierung "due to termination for Cause" lautet. Vorliegend ist demgegenüber eine objektive Auslegung vorzunehmen, was die Parteien mit der Formulierung "material breach" bzw. "wesentliche" Pflichtverletzung ausdrücken wollten. Massgebend ist somit, wie diese Worte nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durften und mussten. d) In diesem Zusammenhang ist beachtlich, dass die Formulierung nicht mit derjenigen in Art. 337 Abs. 1 OR übereinstimmt. Der Beklagten ist daher zuzustimmen, dass keine wichtigen Gründe vorliegen müssen, wie sie als Rechtfertigung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337 Abs. 1 OR) verlangt sind. e) "Material" wird im Oxford Advanced American Dictionary wie folgt übersetzt

(Link: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/material_2>, zuletzt besucht am 16. Juni 2022): "important and needing to be considered"

- 81 - Im Deutschen Duden wird die Bedeutung mit folgenden Worten beschrieben (Link: <<https://www.duden.de/rechtschreibung/wesentlich>>, zuletzt besucht am 16. Juni 2022) : "den Kern einer Sache ausmachend und daher besonders wichtig; von entscheidender Bedeutung; grundlegend" f) Der Begriff der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung ist im Schweizer Obligationenrecht nicht klar geregelt und scheint insbesondere durch die Vertragsgestaltung nach der US-amerikanischen Vertragspraxis stark beeinflusst. In internationalen Kodifizierungen zum Kaufrecht finden sich Bestimmungen zur Wesentlichkeit, die in deren englischen Originalversion "fundamental breach of contract" bezeichnet werden. Art. 25 des Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (WVK; engl. CISG) lautet wie folgt (Link zur Amtlichen Rechtssammlung: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1991/307_307_307/de>, zuletzt besucht am 16. Juni 2022): "Eine von einer Partei begangene Vertragsverletzung ist wesentlich, wenn sie für die andere Partei solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte." g) Art. 25 CISG verlangt einen Nachteil, wonach der benachteiligten Partei im Wesentlichen entgeht, was sie aus objektiver Sicht

nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen (Wegfall der wesentlichen Vertragsvorteile). Auch mehrere für sich selbst stehend geringfügige Vertragsverletzungen können gesamthaft (kumulativ) die Schwelle der Wesentlichkeit erreichen. Mehrere Vertragsverletzungen begründen jedoch nicht automatisch eine wesentliche Vertragsverletzung, machen eine solche wohl aber wahrscheinlicher. Ein Schaden ist ein Indiz, doch kann die wesentliche Vertragsverletzung auch bei bloss drohendem Schaden vorliegen. Reputationsschäden können aber eine bedeutende Rolle spielen und zu einem (allenfalls drohenden) wesentlichen Nachteil führen. Der Nachteil muss erheblich sein, d.h. ein solches Ausmass haben, dass das Interesse der vertragstreuen Partei an der Durchführung des Vertrags (Erfüllungsinteresse) im Wesentlichen ent-

- 82 - fallen ist. Ein Vertragsbruch ist aber nicht als wesentliche Vertragsverletzung zu qualifizieren, wenn der wesentliche Nachteil von der vertragsbrüchigen Partei nicht vorausgesehen werden konnte und eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte (objektiver Massstab; SHK CISG-BRUNNER/LEISINGER, 2. Aufl. 2014, Rz. 3 ff.). h) In Art. 7.3.1 der Unidroit Principles bzw. Grundregeln der Internationalen Handelsverträge 2016 wird unter dem Titel "Recht zur Vertragsaufhebung" Folgendes definiert ("wesentliche Nichterfüllung" wird im englischen Originalwortlaut "fundamental non-performance" genannt): "(1) Eine Partei kann den Vertrag aufheben, wenn die Nichterfüllung einer der anderen Partei nach dem Vertrag obliegenden Pflicht eine wesentliche Nichterfüllung darstellt. (2) Bei der Feststellung, ob die Nichterfüllung einer Pflicht eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, soll insbesondere berücksichtigt werden, ob (a) durch die Nichterfüllung der benachteiligten Partei im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die andere Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und vernünftigerweise auch nicht hätte voraussehen können; (b) die genaue Einhaltung der nicht erfüllten Vertragspflicht für den Vertrag entscheidend ist; (c) die Nichterfüllung absichtlich oder leichtfertig geschieht; (d) die Nichterfüllung der benachteiligten Partei Grund zur Annahme gibt, dass sie sich auf die zukünftige Erfüllung durch die andere Partei nicht verlassen kann; (e) die nichterfüllende Partei aufgrund der Vorbereitung oder Erfüllung unverhältnismässige Einbußen erleidet, wenn der Vertrag aufgehoben wird." i) Im Bereich der Haftung des Verkäufers bei M&A-Transaktionen in der US-amerikanischen Vertragspraxis liegt ein "material breach" vor, wenn die Verletzung einer Vertragsvereinbarung ("promise") die Durchführung des Vertrages als Ganzes in Frage stellt. Das ist zwar stets eine Frage des Einzelfalls, jedoch in aller Regel dann gegeben, wenn die betreffende Vereinbarung eine Bedingung des

- 83 - Vertrages ("condition of the contract" bzw. "essential term") darstellt. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach dem "test of essentiality": Die verletzte Vereinbarung stellt eine Vertragsbedingung ("essential term") dar, wenn der Käufer den Vertrag ohne das Vorliegen der betreffenden Eigenschaft nicht geschlossen hätte (vgl. die Hinweise bei MERKT, Haftung des Verkäufers bei M&A-Transaktionen in der US-amerikanischen Vertragspraxis, RIW 2019 S. 1 ff., insb. S. 3). j) Für die Wesentlichkeit der Pflichtverletzung ist nach Schweizer Recht und im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die verletzte Pflicht zu den objektiven oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkten des Arbeitsvertrags zu zählen hat. Zu den objektiv wesentlichen Elementen des Arbeitsvertrags gehört das Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer. Auch kaum wahrnehmbare Tätigkeiten wie Überwachung und Kontrolle gehören zur

Arbeitsleistung (vgl. die Hinweise bei GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O., Rz. 100 ff.). Subjektiv wesentlich sind Vertragspunkte, die "condicio sine qua non" für den Vertragsabschluss und auch für die Fortführung des Vertragsverhältnisses sind. Obwohl es nur um die Pflichtverletzung geht, ist zur Beurteilung ihrer Wesentlichkeit auch das Verschulden ein zu berücksichtigendes Indiz. Absicht oder Grobfahrlässigkeit ist für eine wesentliche Pflichtverletzung zu verlangen. Mehrere leichtfahrlässige Vertragsverletzungen können kumulativ die Schwelle der Wesentlichkeit erreichen. Dies muss insbesondere bei Arbeitnehmern mit Führungsverantwortung gelten. Zudem muss die wesentliche Pflichtverletzung berechtigterweise dazu führen, dass das Erfüllungsinteresse der Beklagten an der Fortführung des Arbeitsvertrags entfallen ist. Der Wegfall des Erfüllungsinteresses ist sehr nahe am zerstörten Vertrauensverhältnis wegen des wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR, unterscheidet sich in ihrer Schwere aber darin, dass bereits mehrere leichtfahrlässige Verletzungen der Arbeitspflicht ausreichen können. Ob solche vorliegen, ist nachfolgend zu prüfen. k) Vom Kläger ist ein Mass der Sorgfalt zu verlangen, das von ihm in analoger Anwendung von Art. 321e OR verlangt werden könnte. Massgebend ist, was der Kläger von den zugrundeliegenden Tatsachen wusste oder wissen musste bzw. was er in Verletzung der sorgfältigen Erfüllung seiner Aufsichts- und Überwachungspflichten zu wissen unterlassen hat. Das Wissen von dem Kläger unter-

- 84 - stellten Personen ist ihm verschuldensunabhängig in analoger Anwendung von Art. 101 OR zuzurechnen (sinngemässe Kausalhaftung für ihm hierarchisch untergeordnete Personen mit direkter Berichterstattungslinie). l) Zum Vorwurf der Missachtung von Warnhinweis und fehlender Nachverfolgung der Tatsache, dass S. ___ über vertrauliche Informationen der C. ___ verfügt habe (Warnhinweis 1; act. 15 Rz. 45 ff.; act. 34 Rz. 71 ff., Rz. 138 f.) ist Folgendes festzustellen: S. ___ hat dem Kläger am 15. November 2014 (act. 19/19) und am 8. Dezember 2014 (act. 19/20) eine E-Mail zugestellt. Der Kläger musste den Inhalt dieser E-Mails zur Kenntnis nehmen. In jenem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens waren auch K. ___ (damaliger BU Manager AK.2 ___ und Vorsitzender der BU STECO), I. ___ (damaliger Group Vice President, Sales, and Marketing AK.2 ___) und J. ___ (Representative des BU STECO; vgl. act. 19/8 = act. 24/8a) Mitglieder des BU STECO. Die E-Mail vom 15. November 2014 (act. 19/19) war primär an den Kläger und I. ___ gemeinsam gerichtet, welche beide Mitglieder des BU STECO waren. Die E-Mail vom 8. Dezember 2020 (act. 19/20) war primär an I. ___ und AN. ___ sowie an den Kläger in Kopie gerichtet, nachdem auch der Kläger sich in die Korrespondenz aktiv involvierte. Die Beklagte legt zu diesen zwei E-Mails jedoch nicht ausreichend dar, welcher Inhalt derselben aus welchem Grund in jenem Zeitpunkt Geheimnischarakter gehabt haben soll. Es scheint in jenem Zeitpunkt nicht über Statusinformationen im Rahmen der Anbahnung eines Vergabeverfahrens zum Projekt D. ___ hinauszugehen. In der weiteren E-Mail-Korrespondenz zwischen dem 16. und dem 29. Dezember 2014 (act. 19/21) musste der Kläger zusammen mit anderen Adressaten und den übrigen Mitgliedern des BU STECO (I. ___ und J. ___ als ebenso Primäradressaten sowie K. ___ in Kopie) von S. ___ Folgendes zur Kenntnis nehmen: "Ich bin wie folgt beraten worden: - Nach dem Eindruck der soeben abgeschlossenen Verhandlungen in ...[Stadt im Staat Z] wird [Konkurrenzunternehmen] sehr hart für D. ___ kämpfen [...] - Versucht, so nah wie möglich an den Budgetwert (...[Währung des Staates Z] ...[Betrag] Milliarden) heranzukommen

- 85 - - Versucht, den Zeitplan zu verbessern." Die Kenntnisnahme des Zielbudgets und die Empfehlung, den Zeitplan zu verbessern, ist im Rahmen eines sich anbahnenden

öffentlichen Vergabeverfahrens als entscheidende Information mit Geheimnischarakter zu werten. Der Kläger nahm von dieser Information zweifellos Kenntnis. Gemäss Anhang 1 zur internen Richtlinie vom 16. Juli 2012 betreffend Bestechung und Korruption (act. 19/12) gilt als beispielhafter Warnhinweis bezüglich unzulässiger Zahlungen:

"Hintergrundinformationen zu bestehenden oder potenziellen Drittvertretern, die folgendes anzeigen: ■ Vorwürfe wegen unzulässiger Geschäftspraktiken, ■ Ruf für Bestechungsgelder, o familiäre oder sonstige Beziehungen, die die Entscheidung eines Kunden oder Beamten unzulässig beeinflussen könnten." Der Kläger musste erkennen, dass S. ___ Zugang zu vertraulichen Informationen über den Vergabeprozess betreffend das D. ___-Projekt hatte. Diese Hintergrundinformationen hätte er – wie auch die anderen Empfänger dieser E-Mail – als Warnhinweise im Rahmen der Richtlinie vom 16. Juli 2012 würdigen müssen. Zwar war der Kläger nicht für die Überwachung der Richtlinie verantwortlich (er gehörte nicht zum Management i.S.v. Ziff. 2.1.2 der Richtlinie). Dennoch entsprach er (als gewöhnlicher Mitarbeiter i.S.v. Ziff. 2.1.1 der Richtlinie) nicht den mit der Richtlinie an ihn gestellten Sorgfalts- und Verhaltenspflichten, die von einem durchschnittlichen Mitglied im Führungsausschuss (BU STECO) in einem Vergabeverfahren unter Berücksichtigung des nicht unbekanntem Korruptionsrisikos in ...[Kontinent] Ländern verlangt werden können. Der Kläger ging diesem Warnhinweis nicht nach. Wegen des Mitverschuldens der Beklagten im Sinne ihres zuzurechnenden Organisationsverschuldens und der Tatsache, dass auch andere Arbeitnehmer der Beklagten diesen Warnhinweis nicht beachtet haben, ist in dieser Sache von einer leichtfahrlässigen Pflichtverletzung des Klägers auszugehen.

- 86 - m) Zur behaupteten Kenntnis des Klägers über die regelmässigen Treffen von S. ___ mit V. ___ in jenem Zeitpunkt (November und Dezember 2014) gilt Folgendes: Diesbezüglich ist die Beklagte beweislos, zumal solches insbesondere nicht aus der Formulierung "submarine work" (act. 19/22) hervor geht. Die im Recht liegenden E-Mail-Korrespondenzen zwischen S. ___ und dem Kläger vom 7. November 2015 (act. 19/12) und 23. Januar 2016 (act. 19/13) datieren nach dem Vertragsabschluss mit C. ___ und sind für den Zeitpunkt des Vergabeverfahrens unerheblich. n) Zum Vorwurf der Missachtung von Warnhinweis der fehlenden Qualifikation der Subunternehmerin ... [Subunternehmen2] und ... [Subunternehmen1] und der Förderung deren Beizugs (Warnhinweis 2, act. 15 Rz. 52 ff.; act. 34 Rz. 77 ff.) ist Folgendes auszuführen: Bezüglich der Subunternehmerin ... [Subunternehmen2] und deren Subunternehmerin ... [Subunternehmen3] ist aus dem Wortlaut "at the moment we have agreed that [... Art der Tätigkeit] will be done by ... [Subunternehmen2] ... [Subunternehmen3]" in der E-Mail vom 8. Februar 2016 (act. 19/25) keine aktive Förderung des Beizugs von ... [Subunternehmen2] bzw. ... [Subunternehmen3] her zuleiten. Die Hinweise, dass ein Waiver samt Risikominderungsplan erforderlich sei, kamen von der Rechtsabteilung am 11. Februar 2016 (act. 19/23) und somit nach der E-Mail des Klägers vom 8. Februar 2016 (act. 19/25). Was am Verhalten des Klägers bei diesem chronologischen Ablauf pflichtverletzend gewesen sein soll, bleibt unklar. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger im Nachgang zu den Risikohinweisen der Rechtsabteilung den Beizug von ... [Subunternehmen2] bzw. ... [Subunternehmen3] gefördert und damit die bestehenden Risikohinweise missachtet hätte. In die E-Mails vom 9. Mai 2016 (act. 36/31), als die ... [Subunternehmen2] die erforderliche Punktzahl erreichte, war der Kläger gar nicht mehr eingekopiert, was darauf schliessen lässt, dass er unwesentlich in den Qualifikationsprozess involviert gewesen sein musste. Auch wenn die Arbeiten durch ... [Subunternehmen2] vor

- 87 - Vorliegen eines formellen Waiver und eines Risikominderungsplans begannen (act. 34 Rz. 150), hätte das Risk Review Committee tätig werden müssen, deren Reaktion aber unbekannt bleibt. Das wirtschaftliche Interesse der Beklagten am rechtzeitigen und mängelfreien Beginn der Arbeiten von ... [Subunternehmen2] ist nicht von der Hand zu weisen. Der Arbeitsbeginn ohne Waiver und Risikominderungsplan scheint mangels guter Alternativen zum Zulieferer ... [Subunternehmen2] jedoch nicht grundlos erfolgt zu sein (act. 46 Rz. 78 ff.). Immerhin scheinen dadurch unbestrittenermassen grössere Nachteile für die Beklagte (Streik, hohe Konventionalstrafe) verhindert worden zu sein, weshalb eine leichtfahrlässige Pflichtverletzung des Klägers in dieser Sache zu verneinen ist. Zu ... [Subunternehmen1] fällt auf, dass der Kläger in die E-Mail an T.____ vom 13. Oktober 2014 (act. 19/26) nicht einkopiert war. Das Wissen von T.____ ist dem Kläger mangels direkter Berichterstattungslinie nicht anzurechnen. Es wird hierzu nicht substantiiert behauptet, T.____ habe dies dem Kläger ausserhalb der nicht vorhandenen direkten Berichterstattungslinie in einer E-Mail oder mündlich mitgeteilt (act. 15 Rz. 56 f.; act. 34 Rz. 81, zu pauschal in Rz. 148 und Rz. 151). Die funktionale Berichterstattungslinie scheint im Jahr 2014 noch gar nicht bestanden zu haben, wurde diese zwischen T.____ und dem Kläger doch erst per 10. März 2015 wirksam (act. 36/11), somit nach dem 13. Oktober 2014 (act. 19/26). o) Zum Vorwurf Missachtung Warnhinweis der überhöhten Preise beigezogener Subunternehmerinnen (Warnhinweis 3, act. 15 Rz. 59 ff.; act. 34 Rz. 82 ff., Rz. 151 ff.) ist Folgendes festzustellen: Der Kläger war in die E-Mail-Korrespondenz (act. 19/27-28) bezüglich der Arbeiten der ... [Subunternehmen1] nicht einkopiert und konnte somit keine Kenntnis haben, insbesondere nicht von den kritischen Nachfragen von AF.____ vom 29. Juni 2015 (act. 19/28). Da weder zu S.____ noch zu T.____ eine direkte Berichterstattungslinie bestand, ist deren Wissen dem Kläger nicht anrechenbar und er musste keine Kenntnis hiervon haben. Was die Baustelleneinrichtung durch ... [Subunternehmen2] bzw. ... [Subunternehmen3] betrifft, hat der Kläger in der E-Mail-Korrespondenz vom 24. und

- 88 - 27. September 2017 (act. 19/29) aktiv kommuniziert und die von AG.____ aufgearbeitete Kostenaufstellung zu den Kosten von ... [Subunternehmen2] erhalten (act. 19/30). Der Kläger antwortete AG.____ am 27. September 2017 mit Kopie an AH.____, Head of Legal and Compliance von B.____ [in Staat Z], und hielt abschliessend insbesondere fest: "As to ... [Subunternehmen2], we need to simply state that they have not delivered what was agreed and reduce the value to what has been provided" (act. 19/29) bzw. "Was ... [Subunternehmen2] betrifft, müssen wir einfach sagen, dass sie nicht das geliefert hat, was vereinbart war, und den Wert auf das reduzieren, was geliefert wurde" (act. 24/29a) Dieses Vorgehen erscheint in jenem Zeitpunkt sorgfältig. Danach bat AH.____ AI.____, Legal Counsel von B.____ [in Staat Z], um ihre Kommentare (act. 19/29). Was darauf folgte, bleibt unklar. Auch aus dem übrigen Inhalt dieser E-Mail ist kein sorgfaltswidriges Verhalten des Klägers erkennbar. Dem Kläger war aber am 27. September 2017 die Differenz der von B.____ bezahlten Fr. 2.2 Millionen und dem tatsächlichen Wert von bloss rund Fr. 310'000.- aber unbestrittenermassen nicht bekannt, was der Kläger in seiner E-Mail vom 27. September 2017 auch einräumte und im vorliegenden Prozess auch anerkennt (act. 29 Rz. 82). Diesbezüglich ist zumindest eine leichtfahrlässige Pflichtverletzung zu bejahen. Fraglich ist, ob dem Kläger im Rahmen seiner Überwachungs- und Aufsichtspflichten die überhöhten Preise der ... [Subunternehmen2] bereits früher hätten bekannt sein müssen. Diesbezüglich kann sich die Beklagte nicht auf die E-Mail an T.____ vom 22. Februar 2016 (act. 19/31) stützen, da der Kläger darin nicht einkopiert war und

keine direkte Berichterstattungslinie zu ihm bestand. Gegenüber der AM._ war ... [Subunternehmen2] je nach Bereich zumeist 21% teurer. Bei den Positionen Lagerist war sie um 24%, bei den Instrumentenmechaniker 73%, bei den ...[Art der Tätigkeit] und Angelernten Arbeitern 117% teurer (act. 34 Rz. 34 f.; act. 46 Rz. 34 ff., Rz. 71 ff., Rz. 78 ff.; act. 36/8). Es blieb unbestritten, dass die höheren Preise von ... [Subunternehmen2] noch immer unter

- 89 - den Preisen lagen, welche die B.____ C.____ verrechnete (act. 46 Rz. 36, Rz. 80), was auch ausgewiesen ist (act. 36/8 Spalten A, B und E sowie Prozentsatz $A > E$). Zudem erscheint wahrscheinlich, dass ... [Subunternehmen2] gegenüber AM._ höhere Gewähr für eine rechtzeitig und mängelfreie Lieferung bot, zumal die AM._ unbestrittenermassen – zwar erst im März 2017, aber doch in zeitlicher Nähe – in finanzielle Probleme geriet (act. 34 Rz. 145). Es wurde nicht substantiiert bestritten, dass die Beklagte im Verzugsfall hätte eine Konventionalstrafe leisten müssen (act. 29 Rz. 77; act. 34 Rz. 145). Wegen der verweigerten Edition der Verträge ist die Gefahr einer Konventionalstrafe nicht überprüfbar, was der Beklagten anzulasten ist. Mangels Edition der Verträge mit ... [Subunternehmen2] ist auch unklar, was die ... [Subunternehmen2] in welchem Zeitpunkt der Beklagten zusicherte und was nicht erfüllt wurde. Es lässt sich vor diesem Hintergrund nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit feststellen, dass die Preise der ... [Subunternehmen2] ungerechtfertigt überhöht waren, wie sich dies trotz kurzfristiger Vorteile genau zum Nachteil der Beklagten ausgewirkt haben soll und was der Kläger hiervon schon vor Erhalt der E-Mail am 27. September 2017 hätte wissen müssen. Soweit es sich um einen schlechten Geschäftsentscheid handelte, hat das Gericht diesen ohnehin mit Zurückhaltung zu beurteilen. Es ist in diesem Zusammenhang von einer leichtfahrlässigen und nicht einer grobfahrlässigen Pflichtverletzung des Klägers auszugehen. p) Zum Vorwurf der vom Kläger bewilligten Vorauszahlung für angeblich bereits getätigte Arbeiten im Umfang von ...[Währung des Staates Z] 2.4 Millionen ist festzuhalten, dass dies durch die E-Mail des Klägers vom 2. März 2016 ausgewiesen ist (act. 19/32). Seit 29. Februar 2016 lag ein gültiger Waiver für ... [Subunternehmen2] im Umfang von ...[Währung des Staates Z] 6'977'236.07 vor, da ... [Subunternehmen2] bis am 9. Mai 2016 den Qualifikationsprozess nicht ausreichend bestand (act. 34 Rz. 157 f.; act. 36/37). In die E-Mail vom 29. Februar 2016 (act. 36/37) war der Kläger nicht einkopiert. Wie die Beklagte zu Recht anführt (act. 46 Rz. 119 f.), kann die Zahlung im Umfang von ...[Währung des Staates Z] 7'954'049.12 vom 19. Februar 2016 weder zeitlich noch betragsmässig un-

- 90 - ter den gültig unterzeichneten Waiver vom 29. Februar 2016 fallen. Die Beklagte erbringt aber keinen Beweis, dass der Kläger dennoch von dieser Zahlung vom

E. 3.4.4

Fazit a) Nach dem Gesagten hat der Kläger insgesamt zwei Pflichtverletzungen leichtfahrlässig begangen. Da es im D.____-Projekt zu einem Korruptionsskandal kam, dies an sich eine schwere Verletzungen der Treuepflicht durch darin involvierte Mitarbeiter bedeuten muss und der Kläger Mitglied des Führungsausschusses (BU STECO) war, ist insgesamt von einer wesentlichen Pflichtverletzung des Klägers auszugehen. Obwohl die Beklagte keine positiven Pflichten zu einem Tun ausformulierte, verletzte der Kläger das ihm zumutbare Mass der Sorgfalt unter

- 92 - den genannten Umständen durch diese Unterlassungen. Auch wenn der Kläger nicht als einzige Person gewisse Warnhinweise vernehmen musste und Anzeigen eines im Kollektiv begangenen Versagens und Wegsehen – der Kläger gemeinsam mit den übrigen Empfängern dieser Warnhinweise sowie der Führung des D.____-Projekts, sowohl im Führungsausschuss (BU STECO) als auch auf höheren Hierarchiestufen – nicht von der Hand zu weisen sind, so genügen diese einzelnen leichtfahrlässigen Pflichtverletzungen als Teilmitwirkung des Klägers dennoch, um bei ihm von einem nicht immer genug umsichtigen Verhalten auszugehen und eine individuelle und wesentliche Pflichtverletzung des Klägers insgesamt zu bejahen. b) Die Beklagte begründete ihre Kündigung mindestens teilweise mit dieser wesentlichen Pflichtverletzung. Sie kündigte nicht ohne sachlichen Grund und hat den Bedingungseintritt nicht treuwidrig herbeigeführt. Entsprechend ist die Anwartschaft des Klägers auf die noch nicht ausübaren Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 infolge wesentlicher Pflichtverletzung im Sinne der im jeweiligen Information Memorandum genannten Verfallklausel verfallen. Folglich ist Rechtsbegehren Ziffer 1 im Umfang von Fr. 67'320.– netto abzuweisen.

- 93 - E FAZIT RECHTSBEGEHREN ZIFFER 1 Die dem Kläger nach dem Gesagten hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 zustehenden Ersatzansprüche berechnen sich wie folgt: Lohn, 13. Monatslohn, Transportentschädigung Fr. 119'401.20 brutto Ferienentschädigung Fr. 5'647.50 brutto Bonus Fr. 105'824.– brutto Zwischensumme Fr. 230'872.70 brutto Zwischen 6. März 2019 und 30. September 2019 sind 209 Tage (26 Tage im März; April, Juni und September je 30 Tage; Mai, Juli und August je 31 Tage). Der Höchstlohn für die ALV-Beitragspflicht beträgt in diesem Fall Fr. 84'859.75 (148'200 / 365 x 209). Nach Abzug von 6.225% Arbeitnehmerbeiträge (5.125% für AHV/IV/EO und 1.1% für ALV) bis Fr. 84'859.75 und 5.625% Arbeitnehmerbeiträge (5.125% für AHV/IV/EO und 0.5% für ALV) ab mehr als Fr. 84'859.75 im geltenden Beitragsjahr 2019 ergibt sich ein Betrag von Fr. 217'376.95 netto (Fr. 230'872.70 brutto abzgl. Fr. 5'282.50 [Fr. 84'859.75 / 100 x 6.225] und Fr. 8'213.25 [(230'872.70 – Fr. 84'859.75) / 100 x 5.625]): Hinzu kommen folgende Beträge als Ersatz für: Repräsentationszulage Fr. 10'240.75 netto Prämien Krankenkasse Fr. 5'411.40 netto Pensionskasse Fr. 36'657.75 netto Schulgeld Fr. 12'694.40 netto Zwischensumme Fr. 65'004.30 netto Total Fr. 282'381.25 netto

- 94 - Der geltend gemachte Verzugszins ist sowohl in zeitlicher als auch quantitativer Hinsicht zutreffend und somit zuzusprechen. Im Mehrumfang ist Rechtsbegehren Ziffer 1 abzuweisen. VI. Pönale 1. Parteivorbringen

E. 3.5

Im Ergebnis hat der Kläger Anspruch auf den verlangten restlichen Bonus in der Höhe von Fr. 105'824.– brutto. D. MANAGEMENT INCENTIVE PROGRAM (MIP) 1. Parteivorbringen

E. 3.6

Es verbleibt somit ein nicht kompensierter Ferienanspruch des Klägers im Umfang von 3.93 Ferientagen (17.1 – 13.17) bzw. 31.42 Stunden (136.77 – 105.35). Der geltend gemachte Monatslohn inkl. Anteil 13. Monatslohn von Fr. 27'550.25 brutto ist unbestritten (act. 15 Rz. 98 ff., Rz. 140 f.). Es ist von einem Jahreslohn von Fr. 330'603.– brutto (Fr. 27'550.25 x 12) auszugehen. Im Ergebnis beträgt der Anspruch des Klägers somit Fr. 5'647.50 brutto (Fr. 330'603.– / 100 x 13.04 / 30 x 3.93).

- 46 - C. BONUS 1. Parteivorbringen

E. 4

Mit Präsidialverfügung vom 18. November 2021 wurde den Parteien Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob sie auf die Durchführung einer Haupt- verhandlung verzichten (act. 37). Mit Eingabe vom 19. November 2021 (Datum Poststempel) beantragte der Kläger eine Fristansetzung zu einer Stellungnahme zu den Dupliknoven (act. 39). Mit Präsidialverfügung vom 22. November 2021 wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme zu den Dupliknoven angesetzt (act. 40). Mit Eingabe vom 7. Dezember 2021 erklärte der Kläger, dass er auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 42). Mit Eingabe vom 17. Januar 2022 erstattete der Kläger die Stellungnahme zu den Dupliknoven (act. 46), welche der Beklagten am 25. Januar 2022 zugestellt wurde (act. 50 und

- 4 - act. 51). Mit Eingabe vom 10. Februar 2022 erklärte die Beklagte innert erstreck- ter Frist, dass sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 52). Die Beklagte liess sich zu allfälligen Noven innert angemessener Frist nicht mehr vernehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. Prozessuales 1. Klagereduktion und teilweiser Klagerückzug

E. 4.1

Gemäss Art. 330a OR hat der Arbeitnehmer jederzeit Anspruch auf ein Zeugnis, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Der Zweck des Arbeits- zeugnisses besteht einerseits darin, das berufliche Fortkommen des Arbeitneh- mers zu fördern und muss deshalb grundsätzlich wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tä- tigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätz- lich wahr und vollständig zu sein hat (BGE 136 III 510 E. 4.1).

- 8 -

E. 4.2

Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses kann aber vorübergehend sistiert sein, wenn die nahe Gefahr eines falschen Inhalts besteht. So ist der Ar- beitgeber beispielsweise während einer Strafuntersuchung gegen einen Arbeit- nehmer wegen Verdachts einer Straftat zu Lasten des Arbeitgebers grundsätzlich nicht zur Ausstellung eines Zeugnisses verpflichtet. Ohne vollständige Abklärung des Sachverhalts, der Gegenstand der Strafuntersuchung bildet, besteht die Ge- fahr, dass wesentliche Tatsachen ausgelassen werden und ein unzutreffendes Bild der Leistung bzw. Verhaltens entsteht (PORTMANN/RUDOLPH in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], BSK OR I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 330a N 2; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 2).

E. 4.3

Der Kläger verlangt mit den Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 die Aus- und Zu- stellung eines Arbeitszeugnisses unter Strafandrohung, wobei er einen konkret formulierten Zeugnisevorschlag macht. Diesem widersetzt sich die Beklagte unter Hinweis auf das Wahrheits- und Vollständigkeitsgebot.

E. 4.4

Die Parteien stimmen darin überein, dass die Beklagte gegen den Kläger in der Schweiz und in [Staat in Europa] Strafanzeige erstattet hat und diesem ge- genüber den Vorwurf von schwerwiegenden Verfehlungen im Zusammenhang mit dem Projekt D.____ erhoben hat.

Die gegen den Kläger eröffneten Strafuntersu- chungen laufen derzeit noch (act. 29 Rz. 40, act. 34 Rz. 125, act. 46 Rz. 111).

E. 4.5

Angesichts der laufenden Strafverfahren ist der Arbeitgeber (noch) nicht zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses verpflichtet. Ohne definitive Abklärung der Vorwürfe besteht die Gefahr, dass im vom Kläger geforderten Arbeitszeugnis wesentliche Tatsachen ausgelassen werden, was angesichts der Wahrheitspflicht im Hinblick auf potentielle Arbeitgeber nicht sein darf. Bis zum rechtskräftigen Ab- schluss der Strafverfahren ist auf die Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 nicht einzu- treten. Es bleibt dem Kläger unbenommen, die Sache nach rechtskräftiger Erledi- gung der Strafverfahren wieder einzubringen.

- 9 - III. Unbestrittener Sachverhalt 1. Die Beklagte bezweckt die Erbringung von Management-Dienstleistungen, vornehmlich für die Gesellschaften des B.____-Konzerns sowie den Handel mit Produkten, Systemen und Anlagen auf den Gebieten der [Branche] (act. 5/2). 2. Der Kläger war nach dem Abschluss seines Diplomstudiums in [Fachrich- tung] seit dem 8. Juli 1991 ununterbrochen für die B.____-Gruppe in verschiede- nen Ländern tätig (act. 1 Rz. 5; act. 15 Rz. 128). 3. Am 1. Juni 2013 trat der Kläger bei der Beklagten als F.____Manager für die G.____Automation im Rang eines Vice President ein. Die vom Kläger geleitete G.____Automation war Teil der Business Unit (BU) AK.2____ der B.____. Ihm unter- stellt waren die Mitarbeitenden der G.____Automation, inklusive die Mitarbeitenden der Local Business Units (LBU) der B.____ mit Bezug auf Sachverhalte, die die G.____Automation betrafen. Die Funktion F.____Manager der G.____Automation hatte der Kläger bis Januar 2019 inne (act. 1 Rz. 5 ff.; act. 15 Rz. 16 f.; act. 29 Rz. 49 f.; act. 5/4; act. 19/1). 4. Per 1. Februar 2019 wurde der Kläger zum Hub Business Unit (HBU) Mana- ger für Zentral- und Südeuropa befördert. Diese Funktion entsprach dem Rang eines Senior Vice President. Ab dem 1. Februar 2019 hatte der Kläger Anspruch auf einen Jahreslohn in Höhe von Fr. 330'600.– brutto zuzüglich einer jährlichen Repräsentationszulage von Fr. 18'000.–. Hinzu kam ein Ökobonus im Sinne eines monatlichen Beitrages zum öffentlichen Verkehr und eine monatliche Kranken- kassenrückvergütung. Zudem hat die Beklagte dem Kläger die Deckung der Schulkosten seiner Kinder bis zum Abschluss des Gymnasiums zugesichert. Zu- sätzlich bezahlte die Beklagte einen Bonus gemäss der entsprechenden B.____ Group Policy und teilte dem Kläger Optionen bzw. Warrant Appreciation Rights (WARs) gemäss dem sog. B.____ Management Incentive Program (MIP) zu (act. 15 Rz. 18 ff.; act. 29 Rz. 34 f., Rz. 49 f., Rz. 110; act. 34 Rz. 131, Rz. 178; act. 24/2a; act. 31/29).

- 10 - 5. Die staatliche AL.____-Gesellschaft C.____ in ...[Staat Z] entschied sich, ein neues AK.1____ zu bauen (sog. D.____-AK.____). Eines der wichtigsten Bestandtei- le des D.____-AK.____ ist das Control and Instrumentation System (C&I-System, übersetzt: Steuerung und Instrumentierung). Nach Durchführung eines ersten Vergabeverfahrens vergab die C.____ die C&I-Arbeiten im Jahr 2010 an die Firma H.____. Ab Mitte 2013 erwog die C.____ eine Neuvergabe der C&I-Arbeiten. Im März 2015 konnte sich die B.____[in Staat Z] den Zuschlag für die C&I-Arbeiten si- chern, und am 13. März 2015 wurde der entsprechenden Vertrag zwischen B.____[in Staat Z] und C.____ unterzeichnet (act. 34 Rz. 27, unbestritten in act. 46 Rz. 30). Abgewickelt wurde der Auftrag durch ein Konsortium bestehend aus B.____[in Staat Z], der deutschen B.____ AG (DE B.____), der italienischen B.____ S.p.A. (IT-B.____) und der schweizerischen B.____ Limited (B.____-ZH). Die B.____[in Staat Z] war für den Kontakt zur C.____, für die Anlagesysteme und die Errichtung der Anlage verantwortlich. Die B.____ Deutschland konzentrierte sich auf den Be- reich

[Bezeichnung]. Die B.____ Italien war die technische Leiterin des B.____- Konsortiums und übernahm verschiedene Arbeiten für das C&I System. Die B.____ Zürich gewährte die erforderliche Management-Unterstützung. Das D.____-Projekt war damals eines der grössten und wichtigsten Projekte der Geschäftseinheit BU AK.2____. Der Wert der an B.____ vergebenen Arbeiten belief sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf ...[Währung des Staates Z] ... [Betrag] Milliarden bzw. damals rund Fr. 152 Millionen (act. 1 Rz. 9, Rz. 16; act. 15 Rz. 23 ff.; act. 29 Rz. 51 f.; act. 34 Rz. 27, Rz. 132 f., act. 46 Rz. 30).

E. 6

Juli 2017. Die zweite Befragung fand am 22. Februar 2019 statt (act. 1 Rz. 10; act. 15 Rz. 34 und 72; act. 29 Rz. 15 ff., Rz. 96 ff.; act. 34 Rz. 46; act. 46 Rz. 45 ff., Rz. 98 ff.).

E. 7

Die im Rahmen der internen Untersuchungshandlungen gefundenen Dokumente sowie die von B.____ durchgeführten Befragungen der Mitarbeitenden ergaben, dass korrupte Vorgänge um das D.____-Projekt stattgefunden hatten. So hatten B.____-Mitarbeitende leitenden C.____-Funktionären über zwei von der B.____ beigezogene Subunternehmerinnen finanzielle Vorteile verschafft. Infolge des Korruptionsskandals kam es zu Strafuntersuchungen. In den USA, [Staat in Europa] und in der Schweiz sind Strafverfahren nach wie vor hängig. Die Beklagte erstattete in der Schweiz und in [Staat in Europa] Strafanzeige gegen den Kläger, woraufhin gegen ihn Strafuntersuchungen eröffnet wurden, die immer noch laufen (act. 29 Rz. 40, act. 34 Rz. 125, act. 46 Rz. 111). Das Strafverfahren der ...[Ermittlungseinheit in Staat Z] konnte abgeschlossen werden, indem sich die B.____[in Staat Z] im Dezember 2020 mit C.____ und der ...[Ermittlungseinheit in Staat Z] auf einen Vergleich einigte. Im Rahmen dieses Vergleichs anerkannte die B.____[in Staat Z] die eigene Verantwortung im Rahmen des D.____- Korruptionsskandals und zahlte rund ...[Währung des Staates Z] ...[Betrag] Milliarden (entspricht rund Fr. 99.57 Millionen) an die C.____ (act. 15 Rz. 34 ff.; act. 29 Rz. 39 ff.; act. 34 Rz. 47 f., Rz. 112 und Rz. 125; act. 46 Rz. 49 ff.)

E. 8

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 5. März 2019 fristlos (act. 1 Rz. 10; act. 15 Rz. 73; act. 5/9). Daraufhin bestritt der Kläger mit Schreiben vom 12. März 2019 die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung und verlangte gleichzeitig die schriftliche Begründung der Kündigung im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR (act. 5/9). In ihrer Kündigungsbegründung vom 22. März 2019 schrieb die Beklagte dem Kläger wörtlich das Folgende (act. 5/11): "(...) Ihrem Klienten oblag als Head of G.____Automation, eine Position, die Ihr Klient bis Januar 2019 inne hatte, die Aufsicht und Überwachung der ihm unterstellten Mitarbeiter und der in seiner Abteilung abgewickelten Projekte. Zu diesen Projekten zählt u.a. das Projekt D.____ in ...[Staat Z], in dessen Zusammenhang Korruptionsvorwürfe gegen unsere Mandantin erhoben wurden, die auf unerlaubte Verhaltensweisen von Mitarbeitern zurückzuführen sind, die u.a. unter der Aufsicht und Überwachung Ihres Klienten standen. Diese Vorwürfe lösten interne und behördliche Untersuchungen aus, die für unsere Mandantin weitreichende Konsequenzen haben, insbesondere sehr grossen Reputations- und materiellen Schaden. Ihr Mandant hat nicht nur seine Aufsichts- und Überwachungspflichten aufs Gröbste vernachlässigt, sondern musste von den Machenschaften gewusst haben und ist seinen Meldepflichten gegenüber seiner

Arbeitgeberin pflichtwidrig nicht nachgekommen. Unsere Mandantin kann nicht ausschliessen, dass Ihr Mandant direkt an den un-erlaubten Verhaltensweisen beteiligt war. Diese Erkenntnisse führten zu einer sehr schweren Belastung des Vertrauensverhältnisses und zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit. Unter diesen Umständen war unserer Mandantin nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar, weshalb sie das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst hat. Unsere Mandantin behält sich das Naschschieben von Kündigungsgründen sowie weitere rechtliche Schritte gegen Ihren Mandanten ausdrücklich vor. (...)"

E. 9

Der Kläger bezog nach der fristlosen Kündigung in den Monaten März bis Juli 2019 Leistungen der Unia Arbeitslosenkasse (act. 15 Rz. 96; act. 29 Rz. 115 ff.; act. 19/39).

E. 10

Im Juli 2019 trat der Kläger eine neue Stelle bei der E.____AG als Senior Project Manager an (act. 15 Rz. 89, Rz. 100; act. 29 Rz. 111; act. 31/24-26). IV. Fristlose Kündigung 1. Parteivorbringen

E. 14

Februar 2011 E. 3.1).

E. 16

Februar 2019 bis zum 5. März 2019 (act. 15 Rz. 20, Rz. 74, Rz. 123; act. 34 Rz. 12). 2. Rechtliches

E. 18

November 2002, ZR 2003 Nr. 5 = JAR 2003 S. 300 ff. E. 4.2.2; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 268 ff). Der Arbeitnehmer darf aber wegen des mit der Postestativbedingung geschaffenen Vertrauenstatbestands darauf vertrauen, dass die Arbeitgeberin die Kündigung nicht rein willkürlich ausspricht und über einen sachlich begründeten Anlass zur Kündigung verfügt (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., - 63 - Rz. 276 ff.; a.M. Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 18. November 2002, ZR 2003 Nr. 5 = JAR 2003 S. 300 ff. E. 4.2.2, welches die analoge Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR und das Verlangen eines begründeten Anlasses zur Kündigung ablehnte). Bei einer willkürlichen Kündigung erwirbt der Arbeitnehmer das Eigentum an den ihm zugeteilten Beteiligungsrechten, obwohl das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Vesting-Periode beendet wurde, sofern die Parteien diese Rechtsfolge nicht rechtswirksam wegbedungen haben (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 285). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht bei treuwidriger Vereitelung des Bedingungseintritts auch ein Anspruch auf Ersatz des Wertes der betreffenden Optionen aus Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 152 i.V.m. Art. 156 OR (BGer Urteil 4C.97/2006 vom 6. Juni 2006 E. 4 = ARV 2006 S. 271).

E. 19

Februar 2016 in der Höhe von ...[Währung des Staates Z] 7'954'049.12 hätte wissen müssen. Die betragsmässige Überschreitung des Waivers kann somit keine Pflichtverletzung des Klägers sein. Es blieb unbestritten, dass der Projektfortschritt vom Projektteam überwacht und in monatlichen Project Reviews vorgestellt worden sei und darin nicht moniert wurde, dass die entsprechenden Arbeiten nicht ausgeführt worden seien

(act. 29 Rz. 86; act. 34 Rz. 159). Zudem wies der Kläger in der E-Mail vom 2. März 2016 (act. 19/32) darauf hin, dass er diese Vorauszahlung aus Dringlichkeit zur Vermeidung einer Streiksituation genehmige (act. 29 Rz. 84), was nicht substantiiert bestritten wurde (act. 34 Rz. 157 f.) und somit auch kurzfristige wirtschaftliche Vorteile für die Beklagte brachte. Es wurde auch nie behauptet, der Kläger sei zu dieser Vorauszahlung von ... [Subunternehmen2] ausdrücklich aufgefordert worden, was ein typischer Warnhinweis gewesen wäre. Der Beklagten resultierte kein voraussehbarer Nachteil, welcher der Kläger durch ein sorgfaltspflichtwidriges leichtfahrlässig Verhalten befördert hätte. q) Zum Vorwurf Missachtung Warnhinweis und fehlendem Hinterfragen des Bezugs der ... [Subunternehmen2] und ... [Subunternehmen3] als Subunternehmerinnen (Warnhinweis 4, act. 15 Rz. 64 ff.; act. 34 Rz. 84 ff., Rz. 160 ff.) gilt Folgendes: Es ist erkennbar, dass der Kläger die E-Mail vom 3. August 2016 von O.____ (Project Director der DE-B.____) erhalten hat, worin dieser schrieb, C.____ erwarte, dass die zwei Gesellschaften ... [Subunternehmen2] und ... [Subunternehmen3] auf dem D.____-Projekt behalten werden sollen (act. 19/34). Diese Tatsache ist grundsätzlich ein typischer Warnhinweis bezüglich unzulässiger Zahlungen, wie ihn die Beklagte im Anhang 1 ausformulierte: "Jede Anregung, B.____-Geschäfte aufgrund einer "besonderen Beziehung" über einen bestimmten Vertreter oder Partner zu leiten" (act. 19/12 S. 9 = act. 24/12a).

- 91 - Der Kläger erklärt dazu, dass er AJ.____ von ... [Subunternehmen2] am Tag nach Erhalt der E-Mail vom 4. Dezember 2016 (act. 19/36) klar gemacht habe, dass er nicht über eine exklusive Zusammenarbeit zwischen B.____ und ... [Subunternehmen2] sprechen wolle. Dies geht aus der Antwort des Klägers in der E-Mail-Korrespondenz nicht direkt hervor, denn der Kläger schweigt zu diesen Punkten (sog. "Points 1 & 2; act. 19/36). AJ.____ antwortete aber am 5. Dezember 2016 und erklärte: "Kindly reconsider points 1 & 2 for discussion as well, since it is crucial we have a principal agreement in place without further delay" bzw. "Ich bitte dich, auch die Punkte 1 & 2 noch einmal für die Besprechung zu überdenken, da es wichtig ist, dass wir ohne weitere Verzögerung eine grundsätzliche Einigung erzielen" (act. 24/36a). Die Beklagte bestritt die behauptete Abweisung des Klägers an AJ.____, dass er nicht über eine exklusive Zusammenarbeit sprechen wolle, nicht substantiiert (act. 34 Rz. 164 f.). Auch die Behauptung, der Kläger habe seinen Vorgesetzten L.____ informiert und ihm gegenüber erklärt, dass für ihn (den Kläger) Exklusivität für ... [Subunternehmen2] nicht in Frage komme, wurde nicht substantiiert bestritten (act. 29 Rz. 93; act. 34 Rz. 164 f.). Der Kläger hat folglich seinen Vorgesetzten darüber informiert. Zur angedeutete Eskalation von S.____ an A.____ (act. 19/35) wird denn auch nicht behauptet und bewiesen, dass diese Eskalation auch tatsächlich stattgefunden habe. Bei dieser Sachlage ist eine Pflichtverletzung des Klägers in dieser Sache zu verneinen.

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