

ZH_GERICHTE LB160040 vom 5. Juli 2016

Zh Gerichte, 2016-07-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LB160040

FR: ZH_GERICHTE LB160040 du 5 juillet 2016

IT: ZH_GERICHTE LB160040 del 5 luglio 2016

Regeste

Forderung

Erwägungen

E. 1

Der Kläger war mit Wirkung ab 1. Januar 2002 als Chief Financial Officer (CFO) und als Mitglied der operativen Geschäftsleitung der B1._____ tätig. Am

E. 1.2

Sale of Loan. Subject to the terms and conditions defined herein, Seller hereby agrees to sell to Purchasers and Purchasers agree to buy jointly from Seller a partially subordinated loan granted by Seller to the Company in a total amount of CHF 24'562'849 plus accrued interests since July 1, 2005, (the "loan").

E. 1.3

Purchase Price. The total Purchase Price for the Shares and the Loan sold pursuant to art. 1.1 und 1.2 of this Agreement amounts to EUR 1.00".

Zum Darlehen wurde in Art. 3.3 angemerkt, dass den Käufern (insbesondere) bekannt sei, dass die B2._____ AG nicht über die Mittel verfüge, um das Darlehen zurückzuzahlen und dass die B2._____ AG und ihre Konzerngesellschaften finanziell und betrieblich restrukturiert werden müssten, um erfolgreich weitergeführt werden zu können. Art. 6 sieht unter "Binding on Successors" Folgendes vor: "All of the terms, provisions and conditions in this Agreement shall be binding upon and inure to the benefit of the Parties hereto and their respective heirs, successors and assigns. Purchasers shall have the right to transfer the agreement with all the rights and obligations thereunder to B._____ substantially in the form as set forth in Schedule 6.5". Und in Art. 5 ist festgehalten: "Immediately after the Closing, Purchasers take over full responsibility for the Company's management and operations".

- 28 -

Im Anhang zum Stock Purchase Agreement befindet sich das Dokument "Schedule 6.5 to Share Purchase Agreement: Option Agreement regarding the change of party in the Stock Purchase Agreement" (auch separat bei den Akten als Urk. 18/11): "1. The Transferee [B._____] shall have the right to replace Transferors (C._____/Kläger) as a party to the Stock Purchase Agreement between F._____ AG and Transferors, dated January 26, 2006, as attached as Schedule 1. This right can be exercised until February 27, 2007, by the Transferee by giving written notice to the Transferor. However, if assets in an amount of Euro 8'000'000 have not been purchased from B3._____ AG and paid for by the Transferee or one of its affiliates until February 27, 2006, this right shall lapse after such date. 2. If

Transferee exercises such right, it will replace Transferors as a contractual party to the Stock Purchase Agreement, dated January 26, 2006, and will assume all rights, obligations and liabilities, whether known or unknown, thereunder. Transferee agrees and declares in the sense of a real contract in favour of a third person ("echter Vertrag zugunsten eines Dritten") in the sense of art. 112 para. 2 of the Swiss Code of obligations to be bound by all of the provisions of the contracts as if it had been an original party thereto".

Dass diese Verträge mit C._____ und dem Kläger geschlossen worden sind, soll darauf zurückzuführen sein, dass offenbar keine direkte Übertragung an B.'_____ stattfinden konnte (vgl. dazu Urk. 175 S. 31).

Nachfolgend sind die wesentlichen Vorgänge zwischen dem Kauf und dem Verkauf der Aktien durch C._____ und dem Kläger tabellarisch darzustellen: 26.01.2006 Urk. 18/9: Aktienkaufvertrag (Stock Purchase Agreement) zwischen F._____ AG und C._____/Kläger 26.01.2006 Urk. 18/11: Optionsvereinbarung zwischen C._____/Kläger und B._____ (B.'_____) 02.03.2006 Urk. 18/20: ausserordentliche Generalversammlung der B4._____ AG in Anwesenheit von C._____ als Verwaltungsrat und dem Kläger als Vertreter aller Aktien mit dem einzigen Traktandum: Anpassung der Arbeitsverträge von C._____/Kläger. Einstimmige Genehmigung der Vertragsanpassung 06.03.2006 Urk. 3/6: Anpassung des Arbeitsverhältnisses des Klägers (und von C._____) durch Hinzufügung einer Abfindung von zwei Jahresgrundgehältern (für die gleichlautende Anpassung zu Gunsten von C._____ vgl. Urk. 18/21) 15.06.2006 Urk. 26/13: Bürgschaftsverpflichtung des Klägers (und von C._____) für einen Kredit an die B3._____ im Höchstbetrag von Fr. 390'000.– 06.11.2006 Urk. 18/14: Exercise of the Option according to the Option Agreement regarding the change of a party in the Stock Purchase Agreement dated January 26, 2006 o.D. Urk. 18/15: Share Purchase Agreement des Klägers mit B.'_____ über 95'794 von ihm gehaltene Aktien der B2._____ AG 11.12.2006 Urk. 3/7: Kündigung des Klägers durch die Beklagte. Fortzahlung des monatli-

- 29 - chen Salärs bis 31. Dezember 2007, Verpflichtung, den Antritt einer neuen Stelle zu melden, Festhaltung am zweijährigen Konkurrenzverbot gemäss Urk. 3/2

b) Für die Frage der Gültigkeit bzw. Ungültigkeit der Vereinbarung über die Abfindung in der Höhe von zwei Jahressalären ist BGer 4C.25/2005, teilweise publiziert als BGE 131 III 636, von Bedeutung, auf den auch der Kläger (Urk. 25 Rz 69, 77, 79, Urk. 174 Rz 82), die Beklagte (Urk. 16 Rz 110, 129, Urk. 68 Rz 93) und die Vorinstanz (Urk. 175 S. 12 und 13) verweisen. Dort gründeten vier Personen eine AG und bildeten zusammen den Verwaltungsrat mit Kollektivunterschrift je zu zweien. Als Entgelt für die Mitgliedschaft in der aktiven Geschäftsleitung wurden Monatslöhne und Rentenansprüche festgesetzt; jedes der vier Verwaltungsratsmitglieder trat einzeln als Arbeitnehmer auf, während die drei anderen Verwaltungsratsmitglieder die Verträge für die Gesellschaft unterzeichneten. Im Zusammenhang mit der Gültigkeit dieser Verträge hat das Bundesgericht zuerst festgehalten, dass vom Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung diejenigen Fälle zu unterscheiden seien, in denen für beide Vertragsparteien verschiedene Personen handeln, aber auf Seiten der einen Partei ein Konflikt zwischen den Interessen der vertretenen juristischen Person und des handelnden Organs vorliegt. Seien bestimmte Voraussetzungen erfüllt, so seien die Regeln des Selbstkontrahierens analog anwendbar (a.a.O., E. 1.1). Für die jeweils namens der Gesellschaft handelnden Verwaltungsratsmitglieder habe der Interessenkonflikt darauf beruht, dass gleichzeitig mit allen vier Mitgliedern gleichlautende Verträge abgeschlossen worden seien, für die die

Rollen als Vertreter der Gesellschaft als Arbeitgeber und als Dritter als Arbeitnehmer ausgetauscht worden seien. Hätte ein Beteiligter die Höhe der zugesicherten Leistung beanstandet, so hätte sich dies auf seinen eigenen Vertrag ausgewirkt. Die Situation sei demnach der Doppelvertretung bzw. dem Selbstkontrahieren vergleichbar (a.a.O. E. 1.2). Es brauche daher auch hier die Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ. Die Genehmigung durch ein nebengeordnetes Organ – die anderen Verwaltungsräte – falle hier ausser Betracht, weil sie alle im gleichen Interessenkonflikt verhaftet seien. Übergeordnetes Organ sei die Generalversammlung, welche nicht zwingend durch förmlichen Beschluss, sondern gemäss BGE 101 II 222 E. 6 b/bb, und BGE 93 II 302 E. 4 auch durch konkludentes Verhalten genehmigen könne.

- 30 - Das Bundesgericht habe in BGer 4C.148/2002 E. 3.2 eine konkludente Genehmigung bejaht bei einem Geschäft, an dem alle Aktionäre beteiligt gewesen seien, was den Beschluss einer Urversammlung vergleichbar mache.

Das Bundesgericht hat aufgrund dieser Erwägungen die Gültigkeit der eingangs genannten Arbeitsverträge unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten bejaht, weil alle Aktionäre daran beteiligt gewesen seien. Anschliessend hat es die Verträge dann in den publizierten Erwägungen 2 und 2.2 unter dem Gesichtswinkel des Statutenzwanges für Gründervorteile und der Sanktion bei Teilnichtigkeit beurteilt.

b) In der Literatur weist zum Beispiel BK OR-Zäch (N. 78 ff. zu Art. 33) darauf hin, dass die Frage, ob Selbstkontrahieren zulässig sei, weder durch Gesetz noch durch Gewohnheits- oder Richterrecht zwingend geregelt ist: Aufgrund der Privatautonomie kann der Vertretene den Vertreter bevollmächtigen, mit sich selber rechtswirksame Geschäfte abzuschliessen, was Ausdruck davon ist, dass nachteilige Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können. Ohne das ist Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig, ausser dort, wo keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen besteht (a.a.O., N. 80 zu Art. 33). In einem konkreten Fall ist zunächst zu prüfen, ob das Selbstkontrahieren durch den Vollmachtgeber ausdrücklich oder stillschweigend gedeckt ist, ausser wenn nachweislich keine Gefahr besteht, dass der Vertretene benachteiligt wird. Gläubigerinteressen sind nicht zu berücksichtigen, weil für den Gläubigerschutz Art. 285 ff. SchKG zur Verfügung steht (a.a.O., N. 81 f. zu Art. 33). Rechtsfolge zulässigen Selbstkontrahierens ist der Eintritt der Vertretungswirkung. Selbstkontrahieren ohne entsprechende Vollmacht und ohne dass eine Benachteiligung ausgeschlossen ist, berechtigen und verpflichten den Vertretenen nur, wenn er genehmigt (a.a.O., N. 87 zu Art. 33).

c) Gemäss BGE 127 III 332 E. 2b gilt für die Genehmigung bei juristischen Personen Folgendes: "Nach der Rechtsprechung ist wie erwähnt eine Genehmigung durch ein «über- oder nebengeordnetes Organ» erforderlich. Welches Gesellschaftsorgan im konkreten Fall als «über- oder nebengeordnet» zu gelten hat, wurde in der Rechtsprechung bislang allerdings noch nicht konkretisiert. Nach

- 31 - dem neuen Aktienrecht ist vermutungsweise von der Einzelzeichnungsberechtigung der Verwaltungsräte auszugehen (Art. 718 Abs. 1 Satz 2 OR [in Kraft seit 1.7.92]). Dies bedeutet, dass jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrates nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung auch ein Insichgeschäft eines anderen Verwaltungsrates nachträglich genehmigen kann (Dieter Zobl, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, in: ZBJV 125/1989 S. 309 f.). Dies hat schon deshalb zu gelten, weil es einem Verwaltungsrat selbstredend möglich sein muss, ein von einem anderen

Verwaltungsratsmitglied abgeschlossenes Geschäft, das er selbst ohne weiteres abschliessen könnte, nachträglich auch zu genehmigen (Rolf Watter, Basler Kommentar, N. 21 zu Art. 718 OR) [...]. Da im Unterschied [zum alten Aktienrecht] im neuen Aktienrecht wie gesagt das Prinzip der Einzelzeichnungsberechtigung vorgesehen ist, kann grundsätzlich jeder einzelne Verwaltungsrat in seiner Eigenschaft als nebengeordnetes Organ ein Insichgeschäft eines anderen Mitglieds des Verwaltungsrates genehmigen. Wenn hingegen der Verwaltungsrat, der das Insichgeschäft abgeschlossen hat, das einzige Verwaltungsratsmitglied ist, steht kein nebengeordnetes Organ zur Genehmigung zur Verfügung. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass als übergeordnetes Organ die Generalversammlung für die Genehmigung des Insichgeschäfts zuständig ist (Zobl, a.a.O., S. 310/311; ähnlich F. von Steiger, a.a.O., S. 243; Watter, Basler Kommentar, N. 21 zu Art. 718 OR)".

d) aa) Im vorliegend zu beurteilenden Fall waren an der Anpassung der Arbeitsverhältnisse vom 6. März 2006 (Urk. 3/6) der Kläger und seitens der B4. _____ AG D. _____, Director of Human Resources, sowie C. _____ als CEO beteiligt. Der Kläger war zu jenem Zeitpunkt CFO der Gruppe, gemäss Handelsregistereintrag nicht jedoch Verwaltungsrat derselben; D. _____, Mitunterzeichner auf Seiten der Beklagten, verfügte über eine Zeichnungsberechtigung zu zweien, C. _____ war (einziger) Verwaltungsrat. Aktionärin der B4. _____ AG war B3. _____ AG (Aktionärin der B3. _____ AG war B2. _____ AG mit zwischen geschalteter B5. _____; vgl. z.B. Urk. 174 Rz 48).

bb) Mit Blick auf den vorstehend wiedergegebenen BGer 4C.25/2005 ist vergleichbar, dass gleichentags die gleiche Anpassung des Arbeitsverhältnisses

- 32 - zu Gunsten von C. _____ als Arbeitnehmer (mit D. _____ und dem Kläger für die Arbeitgeberin B4. _____) geschlossen wurde. Insofern war C. _____ vom Kläger abhängig, als dass er "bei seinem eigenen Vertrag selbst wieder davon betroffen" worden wäre, wenn er nicht zugestimmt hätte (BGer 4C.25/2005 E. 1.2). Nicht genau gleich ist die vorliegend zu beurteilende Situation mit Blick auf den genannten Bundesgerichtsentscheid insoweit, als die Anpassung des Arbeitsverhältnisses zu Gunsten des Klägers von C. _____, Organ und einziger Verwaltungsrat, mitunterzeichnet wurde, während der Kläger in der B4. _____ AG, die er beim Vertragsschluss mit C. _____ (mit-)vertrat, keine Organstellung innehatte, während im Bundesgerichtsentscheid alle Vertragsschliessenden gleichermaßen Verwaltungsratsmitglieder waren. Deshalb stellt sich für die Anpassung des Arbeitsverhältnisses des Klägers die Frage, ob es in Analogie zum Bundesgerichtsentscheid die Genehmigung eines neben- oder übergeordneten Organs überhaupt bedurfte. Das ist dann zu bejahen, wenn nicht die Funktion, sondern die Abhängigkeit bei der Interessenlage für ausschlaggebend angesehen wird. Bei der B4. _____ AG gab es mit C. _____ nur einen einzigen Verwaltungsrat, so dass keine anderen Verwaltungsräte als nebengeordnetes Organ für die Genehmigung zur Verfügung standen und dafür nur die Generalversammlung in Frage kam. Nach Angaben des Klägers war Aktionärin der B4. _____ AG die B3. _____ AG, deren einziger Verwaltungsrat C. _____ war (Urk. 174 Rz 48), was von der Beklagten anerkannt wird (Urk. 182 Rz 73: "Es ist unbestritten, dass Alleinaktionärin der damaligen B4. _____ AG die heutige Beklagte (B3. _____ AG) war, deren Aktien wiederum von der B2. _____ AG gehalten wurden"). Für eine juristische Person als Alleinaktionärin ist eine Vertretung zu bestellen, was gemäss dem Protokoll vom 2. März 2006 "A. _____, als Vertreter aller Aktien" war (Urk. 18/20 S. 1). Der Kläger stimmte als Vertreter des Aktionariates zu, womit die formelle (vertretungsrechtliche) Anforderung – Genehmigung

durch ein übergeordnetes Organ – erfüllt ist. Dass das übergeordnete Organ nicht mit unabhängigen Personen besetzt war, ist gemäss dem vorstehend zitierten BGE 4C.25/2005 kein Hinderungsgrund, indem auch dort die genehmigende General- bzw. Universalversammlung aus den gleichen Personen bestand, die gleichzeitig die vertragsschliessenden Verwaltungsräte waren. Das ergibt sich denn auch aus der folgenden Passage im zitierten

- 33 - Entscheid: "[...] Die Genehmigung durch ein nebengeordnetes Organ, d.h. andere Mitglieder des Verwaltungsrates (vgl. dazu BGE 127 III 332 E. 2b S. 334 f.) fällt hier ausser Betracht, da in der gegebenen Situation für alle Mitglieder des Verwaltungsrates der gleiche Interessenkonflikt vorlag und somit auch bei der Genehmigung bestanden hätte. Übergeordnetes Organ ist die Generalversammlung. Dabei ist nicht zwingend ein formeller Beschluss erforderlich, da die Genehmigung auch durch konkludentes Verhalten erfolgen kann (BGE 101 II 222 E. 6b/bb S. 230; 93 II 302 E. 4 S. 307). Eine solche konkludente Genehmigung hat das Bundesgericht im Urteil 4C.148/2002 vom 30. Juli 2002 bejaht bei einem Geschäft, an welchem die Gesamtheit der Aktionäre beteiligt war (E. 3.2). Ihr übereinstimmendes Handeln kommt in einer solchen Situation dem Beschluss einer Universalversammlung gleich [...]. Das Obergericht hat somit im Ergebnis zu Recht die Gültigkeit der Verträge unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten bejaht".

cc) Der Kläger hat sich in der Berufung (erneut) darauf berufen, dass er berechtigt gewesen sei, an der ausserordentlichen Generalversammlung alle Aktien zu vertreten, was sich aus dem Protokoll ergebe. C._____ sei alleiniger Verwaltungsrat gewesen, was gemäss BGE 133 III 80 E. 6 – auch entgegen anderslautendem Handelsregistereintrag – bedeute, dass er allein für die Gesellschaft handeln und entscheiden könne. Im erwähnten BGE 133 III 80 E. 6 (= Pra 2007 Nr. 92 S. 626) hat das Bundesgericht Folgendes ausgeführt: "Laut Gesetz muss mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Vertretung befugt sein (Art. 718 Abs. 3 OR). [...] Diese [...] Bestimmung, die Gewähr dafür bieten soll, dass der Verwaltungsrat effektiv zur Vertretung der Gesellschaft in der Lage ist, bedeutet, dass im Falle eines aus einer einzelnen Person bestehenden Verwaltungsrates diese notwendig und von Gesetzes wegen bevollmächtigt ist, die Gesellschaft zu vertreten, selbst wenn eventuell ein abweichender Eintrag im Handelsregister besteht [...]". Dazu wird in Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 16 Rz 428, ausgeführt: "Wohl ist es möglich, für die Vertretung der Gesellschaft Dritte – Direktoren, aber auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte – zu bestellen (OR 718 II, 721). [...] Doch muss mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Vertretung befugt bleiben (OR 718 III). Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass zwar auch für die Mit-

- 34 - glieder des Verwaltungsrates Kollektivunterschrift analog OR 460 II vorgesehen werden kann; immer aber müssen Mitglieder dieses Gremiums allein vertretungsbefugt sein. Unzulässig wäre es etwa, nur ein einziges zeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied einzusetzen und zu bestimmen, dieses könne nur gemeinsam mit einem Direktor oder Prokuristen die Gesellschaft vertreten. Zulässig ist dagegen eine Regelung, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates (oder nur einzelne von ihnen) kollektiv zu zweien zeichnen".

Nach dem Kläger war C._____ vom 26. Januar bis Mai 2006 einziger Verwaltungsrat der (Aktionärin) B3._____ AG und der B4._____ AG (Urk. 174 Rz 48), je mit Kollektivunterschrift zu zweien. Diese Darstellung des Klägers und die wei-

Behauptung, dass das Geschäft eventualiter von der Generalversammlung genehmigt worden sei (Urk. 182 Rz 47) bezeichnet die Beklagte als falsch und irrelevant, wie sich aus dem angefochtenen Urteil sowie den vorinstanzlichen Rechtsschriften der Beklagten ergebe (Urk. 182 Rz 48). Was daran genau falsch und was irrelevant sein soll, sagt die Beklagte allerdings nicht und der pauschale Verweis auf vorinstanzliche Eingaben ist nicht ausreichend (vgl. OGer ZH vom 28. Mai 2015, LB110049 vom 5. März 2012, E. II./1./1.1; vgl. auch BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.6). Anzumerken ist, dass sich aus dem Handelsregisterauszug der B3._____ AG vom 2. April 2007 (Urk. 18/3) ergibt, dass das nachmalige Verwaltungsratsmitglied Dr. I._____ erst am 27.3.2007 in dieser Funktion eingetragen wurde und dass G._____ bereits per 26. Januar 2006 den Rücktritt aus dem VR der B3._____ AG erklärt hatte (Anhang zu Urk. 18/10). Hinsichtlich der B4._____ AG ergibt sich aus dem Handelsregisterauszug vom 12. Februar 2007, dass das (neue) VR-Mitglied J._____ ebenfalls erst seit 6. Februar 2007 eingetragen ist, während für G._____ gleichermassen eine Rücktrittserklärung aus dem Verwaltungsrat per 26. Januar 2006 bei den Akten liegt (act. 18/10).

Ist demnach davon auszugehen, dass es bei B3._____ AG im massgeblichen Zeitpunkt keinen zweiten Verwaltungsrat gab, der mit C._____ gemeinsam hätte unterzeichnen können, ist im Sinne der obenstehenden Ausführungen davon auszugehen, dass C._____ allein für die Aktionärin (B3._____ AG) handeln konnte, so dass er auch den Kläger rechtsgültig als Vertreter sämtlicher Aktien

- 35 - der B4._____ AG für die Generalversammlung vom 2. März 2006 (Urk. 18/20) einsetzen konnte. Unabhängig von den Ausführungen der Beklagten, der Kläger habe nichts zur Vertretung sämtlicher Aktien der B4._____ AG behauptet (Urk. 182 Rz 74), kann auch ohne förmliche Ermächtigung auf die Vertretungsbefugnis des Klägers aus dem von C._____ mitunterzeichneten Generalversammlungsprotokoll (Urk. 18/20) geschlossen werden.

e) Ein weiterer Einwand der Beklagten betrifft nicht eingehaltene Formalitäten zur Einberufung der ausserordentlichen Generalversammlung vom 2. März 2006: Es gebe keine Verwaltungsratsbeschlüsse der B3._____ AG, mit der die Generalversammlung der damaligen B4._____ AG anberaumt worden wäre (Urk. 182 Rz 73). Auf die Einberufungsformalitäten kann bei Universalversammlungen i.S.v. Art. 701 OR verzichtet werden, wenn das ganze Aktionariat widerspruchslos anwesend bzw. vertreten ist (BSK OR II-Dubs/Truffer, 5. Auflage 2016, N. 1 und N. 4 zu Art. 701), was vorliegend der Fall war.

f) Der Kläger macht geltend, der Generalversammlungsbeschluss vom 2. März 2006 sei schon deshalb verbindlich, weil er nie angefochten worden sei (Urk. 174 Rz 69). Eine Anfechtung wäre – so die Beklagte – überflüssig gewesen, da die Generalversammlung am 2. März 2006 nicht tagen und somit auch keine Beschlüsse fassen können; allfällige Beschlüsse wären nichtig (Urk. 182 Rz 156). Gemäss Art. 706 OR können gesetzes- oder statutenwidrige Beschlüsse angefochten werden, wobei das Anfechtungsrecht nach zwei Monaten erlischt (Art. 706a OR). Bei Nichtigkeit sieht Art. 706b OR vor, dass deren Geltendmachung grundsätzlich an keine Verwirklichungsfrist gebunden ist und durch Einwendung in einem beliebigen Verfahren geltend gemacht werden kann, wobei die Rechtssicherheit nach h.A. Zurückhaltung bei der Annahme der Nichtigkeit erfordert (BSK OR II-Dubs/Truffer, a.a.O., N. 5, 6 und 7 zu Art. 706b). Nachdem sich aus den vorstehenden Erwägungen ergeben hat, dass die Generalversammlung vom 2. März 2006

nicht zu beanstanden ist, stellt sich die Frage der Nichtigkeit jedenfalls nicht.

g) Der Kläger weist ausserdem darauf hin, dass auch eine konzernrechtliche Betrachtung (vertretungsrechtlich) zu keinem anderen Ergebnis führen würde

- 36 - (Urk. 174 Rz 81). Schützenswert wären einzig der Kläger und C._____ gewesen, die die alleinigen Aktionäre der B2._____ AG – der Muttergesellschaft – gewesen seien, welche unstreitig und insgesamt alle Tochter- und Enkelgesellschaften gehalten habe. Richtig ist an dieser Betrachtungsweise, dass C._____ und der Kläger die einzigen Verwaltungsräte und die Inhaber aller Aktien der B2._____ AG waren, was wiederum der Konstellation im zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGer 4C.25/2005 E. 1.3) entspricht. Geht man allerdings davon aus, dass der Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung Bestand hat, ist diese Überlegung nicht entscheidend.

h) Nach der Beklagten – und entgegen dem Kläger (vgl. z.B. Urk. 25 Rz 114) – ist zu berücksichtigen, dass C._____ und der Kläger die Aktien der B2._____ AG lediglich im Rahmen eines Treuhandverhältnisses für die B.'_____ erworben hatten (Urk. 182 Rz 67), was diese eingeschränkt habe (Urk. 182 Rz 68, 81). Der Kläger behaupte nirgends, dass er seitens der B.'_____ zum Abschluss der (bestrittenen) Abfindungsvereinbarungen und zur Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung zu Genehmigungszwecken ermächtigt worden sei. Es sei dem Kläger bewusst gewesen, dass ohne entsprechende Zustimmung derartige Handlungen nicht hätten vorgenommen werden dürfen (Urk. 182 Rz 81). Die Vorinstanz ist der Frage nicht vertieft nachgegangen, hat allerdings kurz festgehalten, dass es keine Notwendigkeit für eine solche Zustimmung gegeben habe (Urk. 175 S. 18).

Die Beklagte macht geltend, dass es sich bei der Rechtsbeziehung mit B.'_____ um ein Treuhandverhältnis gehandelt habe, welches C._____ und den Kläger als Käufer der Aktien und des Darlehens eingeschränkt habe (Urk. 182 Rz 68, Rz 81). Der Kaufvertrag sei vom Kläger und C._____ zwar im eigenen Namen, aber für die B.'_____ und auf deren Rechnung abgeschlossen worden (Urk. 182 Rz 61). Der Kläger anerkenne (in Urk. 25 Rz 41) denn auch die von Anfang an bestehende Übernahmereitschaft von B.'_____ (in Urk. 25 Rz 41 wird vom Kläger erwähnt, dass die B.'_____ grundsätzlich zur Übernahme der B1._____ bereit gewesen sei, allerdings unter näher erwähnten Voraussetzungen).

- 37 -

B.'_____ einerseits und C._____ und der Kläger andererseits haben einen Optionsvertrag geschlossen (Urk. 18/11). Optionen sind Gestaltungsrechte und ermöglichen es, eine Veränderung im Bestand subjektiver Herrschaftsrechte einseitig herbeizuführen (Gauch/Schluop/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2014, Rz 487; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1988, S. 35). Damit ist allerdings nicht gesagt, auf welchen Zeitpunkt die ausgeübte Option ihre Wirkungen entfaltet. Die Beklagte geht offenbar von Rückwirkung aus, was der Text der Vereinbarung denn auch nahelegt, wie sich aus der vorne zitierten Ziff. 2 der Optionsvereinbarung (Urk. 18/11) ergibt, wo davon die Rede ist, dass B.'_____ C._____ und den Kläger als vertragsschliessende Partei im Aktienkaufvertrag vom 26. Januar 2006 ersetzt.

Nach Ansicht der Kammer kann weder aus dem Aktienkaufvertrag noch aus der Optionsvereinbarung auf ein Treuhandverhältnis geschlossen werden, hat sich doch

B.'_____ vertraglich keine Rechte während der Latenzzeit, sondern lediglich die Ausübung der Option vor dem 27. Februar 2007 vorbehalten (nach der tatsächlichen Ausübung der Option dürfte dann allerdings ein Treuhandverhältnis bestanden haben, wie sich aus dem Supplemental Agreement [Amendment] in Urk. 18/16 ergibt, was hier allerdings nicht interessiert). Aufgrund der Optionsvereinbarung stand allerdings keineswegs fest, dass B.'_____ in der Zwischenzeit selber entscheiden konnte.

i) aa) Nach Ansicht des Klägers lag die Vertragsergänzung betreffend Abgangschädigung (auch) im Interesse der Beklagten (Urk. 174 Rz 36). In den beiden Schreiben vom 6. März 2006 an C.'_____ und den Kläger (Urk. 18/7 und Urk. 3/6) wird a.a.O. auf die neue Stellung als Hauptaktionäre und die Sicherung der Kontinuität in der obersten Geschäftsleitung in der Umstrukturierungsphase hingewiesen. C.'_____ und der Kläger – so der Kläger in Urk. 174 Rz 36 – seien die einzigen zwei Führungspersonen gewesen, die die Gesellschaft hätten führen können. Sogar der Bund habe Abfindungsansprüche in gleicher Höhe vorgesehen, solche seien zumindest in einer einschlägigen Publikation als marktüblich bezeichnet worden und besonders Finanzfachleute und hochqualifizierte Fach-

- 38 - kräfte wie der Kläger seien gefragt gewesen, worauf auch die Vorinstanz hingewiesen habe, gleich wie auf die Tatsache, dass gerade in einer Restrukturierungsphase ein erhebliches Interesse an der längerfristigen Bindung an die Arbeitgeberin bestehe (Urk. 174 Rz 38, Rz 40). Die Beklagte habe nirgends dargelegt, weshalb die Interessen der Beklagten dadurch geschädigt worden seien, nachdem nicht einmal die Liquidität gefährdet gewesen sei (Urk. 174 Rz 39). Nur die Beklagte selber habe durch Aussprechen der Kündigung die Abfindungszahlung auslösen können (Urk. 174 Rz 40). Die Vorinstanz habe zu Unrecht den Nachweis vom Kläger verlangt, dass der Bund auch tatsächlich zwei Jahresgehälter als Abgangschädigung bezahlt habe (Urk. 174 Rz 42). Die Verhandlungsmaxime sei verletzt worden, weil die Beklagte das Interesse der Beklagten nie substantiiert bestritten habe (Urk. 174 Rz 43).

bb) Die Beklagte verweist in der Interessensfrage zunächst darauf, dass sich die Höhe der Abgangschädigung angesichts der Restrukturierung nicht gerechtfertigt habe. Gerade wegen der damit verbundenen finanziellen Schwierigkeiten, wegen Arbeitsplatzabbau und Schuldensanierung seien Golden Parachutes nicht im Interesse solcher Unternehmen. Im Gegensatz zu Boni und Gratifikationen seien damit auch keine zukunftsgerichteten Anreize für die weitere Tätigkeit verbunden (Urk. 182 Rz 50 f.).

cc) Diesbezüglich kann es als notorisch gelten, dass Arbeitnehmer von finanziell angeschlagenen Arbeitgebern sich die Frage stellen, ob sie sich am Arbeitsmarkt nach einer Alternative umsehen wollen, um einem möglichen Verlust des Arbeitsplatzes zuvorzukommen. In dieser Situation kann eine Abgangschädigung dazu beitragen, sie zum Verbleib zu motivieren. Dass es ein grundsätzliches Interesse gibt, gerade in Restrukturierungssituationen weiterhin über den (bisherigen) CFO verfügen zu können, ist naheliegend und bedarf an sich keiner besonderen Begründung. Die Beklagte bestreitet allerdings, dass die Abfindung im Sinne der vorstehenden Ausführungen als "Durchhalteprämie" für den Kläger konzipiert gewesen sei (Urk. 182 Rz 54). Der Kläger sei der "Erfinder" der Abgangschädigung gewesen und ihm sei es nur darum gegangen, die Kündigung zu verhindern bzw. sie mit einer Strafzahlung zu belegen, und das sogar für

- 39 - den Fall, dass der Kläger selber Gründe für die Kündigung gesetzt hätte (Urk. 182 Rz 55 f.).

dd) Auf theoretischer Ebene gibt es sowohl die vom Kläger als auch die von der Beklagten namhaft gemachten Überlegungen, so dass daraus – ohne die konkreten Überlegungen des Klägers (und von C._____) zu kennen – nichts Entscheidendes abgeleitet werden kann. Auch die Ausführungen der Parteien zu Bilanzsumme und Umsatz (Urk. 182 Rz 57 - 59; Urk. 174 Rz 36) tragen nicht zur Klärung der Interessensfrage bei. Was die Marktüblichkeit anbelangt, hat der Kläger doch einige Anhaltspunkte vorgebracht, die für seine Behauptung sprechen, während die Beklagte die Marktüblichkeit lediglich pauschal in Abrede stellt (Urk. 182 Rz 60 ff.). Die Vorinstanz ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger hätte nachweisen müssen, dass die Entschädigungsregeln der zitierten Bundeserlasse auch tatsächlich angewendet worden seien. Der Kläger hat behauptet, dass es diese Bestimmungen gibt und das trifft unabhängig davon zu, ob und wie häufig sie tatsächlich angewendet wurden. Entscheidend sind die Marktüblichkeit und die Interessenlage ohnehin nur dann, wenn die Abgangsentschädigung nicht ohnehin rechtsgültig festgesetzt worden ist.

ee) Aus der Sicht der Kammer ist hinsichtlich der Interessenlage Folgendes zu bemerken: Wie einleitend festgehalten wurde, haben C._____ und der Kläger die Aktien der B2._____ AG und die Darlehensforderung ihr gegenüber am 26. Januar 2006 erworben und sich vertraglich gegenüber B.'_____ verpflichtet, sie an ihre Stelle in den Aktienkaufvertrag eintreten zu lassen, sofern B.'_____ dies verlange. Es dauerte dann ca. neun Monate, bis B.'_____ den Eintritt in den Vertrag erklärte. In diese Zeit fallen die Vertragsergänzungen betreffend Abgangsentschädigung sowie – was auch im vorinstanzlichen Verfahren zur Sprache kam und sich aus den Akten ergibt (Urk. 26/13) – die Bürgschaften mit einer Limite von Fr. 390'000.– für einen Betriebskredit, welche der Kläger und C._____ am 15. Juni 2006 eingingen (vgl. Urk. 25 Rz 46, Urk. 75 Rz 73, Urk. 124 Rz 33 f., Rz 98 ff.). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid in anderem Zusammenhang unwidersprochen festgehalten, dass der Kläger aus der Bürgschaft nicht in Anspruch genommen worden sei (Urk. 175 S. 38). Die Nichtinanspruchnahme ist al-

- 40 - lerdings nicht das entscheidende Argument im Zusammenhang mit der von den Parteien kontrovers dargestellten Interessenlage, weil – wer sich verbürgt – mit einer Inanspruchnahme rechnen muss, und zwar ganz besonders dann, wenn sich die Schuldnerin wie seinerzeit die Beklagte in einer schwierigen finanziellen Situation befindet (Urk. 130 Rz 51: "Die B1._____ war gegen Ende 2005 ein Sanierungsfall" und Urk. 18/9 [Stock Purchase Agreement Ziff. 3.3], wo im Aktienkaufvertrag darauf hingewiesen wird, dass es keine Mittel gebe, um das Darlehen zurückzuzahlen). Betrachtet man das Engagement des Klägers (und C._____) im Zusammenhang mit dem B._____ Konzern in der Periode zwischen Januar und November 2006, so kann es nicht zweifelhaft sein, dass auf der Konzernseite durchaus ein Interesse daran bestanden haben muss, den CEO und den CFO "an Bord zu behalten". Auch die Beklagte hat auf die geleisteten Bürgschaften hingewiesen (Urk. 68 Rz 36, Rz 76); der Kläger und C._____ hätten, um die ganze Transaktion in der Endphase nicht zu gefährden und auch mit Blick auf den Verkauf der von ihnen persönlich gehaltenen Aktien die Bürgschaft geleistet. Das und die Übernahme des "Interregnums", zudem mit ungewissem Ausgang, zeigt deutlich die Bedeutung der beiden Führungspersonen für den B2._____ Konzern auf und dem Kläger ist deshalb zuzustimmen, dass die Abgangsentschädigung zumindest auch im Interesse der Beklagten gewesen war.

Dass C._____ kurz nach der Festsetzung der Abgangsentschädigung für seine Person auf diese verzichtet hat (Urk. 18/21), ändert an den grundsätzlichen Überlegungen zur Rechtsgültigkeit der entsprechenden Vereinbarung und zur bezüglichen Interessenlage nichts.

ff) Die Vorinstanz hat – weil sie die Vertragsanpassung betreffend Abgangsentschädigung als ungültig erachtet hat – nicht mehr über den von der Beklagten namhaft gemachten Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit entschieden, welchen diese gegebenenfalls zur Verrechnung bringen wollte (Urk. 175 E. 3.5). Nachdem die Kammer nunmehr davon ausgeht, dass die Abfindung rechtsgültig vereinbart wurde, stellt sich die Frage, wie es mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und der diesbezüglichen Verrechnung steht. Die Beklagte hat diesen Anspruch lediglich beiläufig und völlig unsubstantiiert erwähnt (Urk. 16 Rz 127), worauf der Kläger hingewiesen hat (Urk. 174 Rz 85). Eine Verdeutlichung ist auch im Nachhinein – was ohnehin verspätet wäre – nicht erfolgt (vgl.

- 41 - Urk. 182 Rz 159), so dass dieser Anspruch nicht geprüft und diese Verrechnung nicht zugelassen werden muss.

Zusammenfassend ist betreffend der Abgangsentschädigung von Fr. 500'000.– festzuhalten, dass die Kammer – in Abweichung der Vorinstanz – davon ausgeht, dass diese dem Kläger an sich zusteht. Wieviel davon ihm urteilsmässig zuzusprechen ist, hängt von der Zulassung der Verrechnung ab (vgl. dazu unten E. V.). III. Darlehenszinsen

1. Es ist unbestritten, dass der Kläger und C._____ im Zusammenhang mit dem Erwerb der Aktien der B2._____ AG und des Darlehens (Urk. 18/9) mit der B.'_____ (B.'_____) im Hinblick auf eine spätere Übernahme eine Optionsvereinbarung schlossen (Urk. 18/11 Art. 1). Diese wurde bereits zitiert, sei hier jedoch nochmals in Erinnerung gerufen: "1. The Transferee shall have the right to replace Transferors as a party to the Stock Purchase Agreement between F._____ AG und Transferors, dated January 26, 2006 [...]. This right can be exercised until February 27, 2007, by the Transferee by giving written notice to the Transferors. However, if assets in an amount of € 8'000'000 have not been purchased from B3._____ AG and paid for by Transferee or one of its affiliates until February 27, 2006 [recte: 2007], this right shall lapse after such date. 2. If Transferee exercise such right, it will replace Transferors as a contractual party to the Stock Purchase Agreement, dated January 26, 2006 and will assume all rights, obligations and liabilities, whether known or unknown, thereunder [...]". Aus Urk. 18/14 ergibt sich, dass B.'_____ die Option gegenüber C._____ und dem Kläger ausgeübt hat (act. 18/14 S. 2). Das ist auch nicht bestritten. In Art. 4 steht: "Transferors irrevocably accept the above exercise of the option as valid and waive any conditions to the exercise of the option". Und in Art. 5:

- 42 - "As per signing of this document, Transferee is the contractual party to the Stock Purchase Agreement and assumes all rights, obligations, whether known or unknown, thereunder [...]".

2. Die Vorinstanz hat – entgegen dem Antrag des Klägers – die Rückerstattungspflicht hinsichtlich der Darlehenszinsen im Betrage von EUR 180'000.– bejaht und in diesem Zusammenhang Folgendes ausgeführt: Der Verwaltungsrat der B2._____ AG habe am 17. und 24. Oktober 2005 sowohl für sich als auch für alle Gruppengesellschaften beschlossen, auf Darlehensschulden keine Zinsen zu bezahlen. Dem sei bereits am 1. Juli 2005 – wegen der verschlechterten Ertrags- und Liquiditätssituation – die Einstellung der Zinszahlungen

vorausgegangen (Urk. 175 S. 33 E. 4.3.1.). Das habe der Kläger nicht bestritten und ebenso wenig, dass ihm das Zinsmoratorium bei Auszahlung der Zinsen an C._____ und sich selber bekannt gewesen sei. Der Einwand des Klägers, dass ein Verwaltungs- ratsbeschluss Zahlungsverpflichtungen nicht beeinflussen könne und dass kein Darlehensgläubiger auf die Darlehenszinszahlungen verzichtet habe, ist nach der Vorinstanz insofern zutreffend, als ein interner Entscheid die Zinsverpflichtungen gegen aussen nicht verändern kann. Sie hält jedoch fest, dass es hier um das in- terne Verhältnis des Klägers als Arbeitnehmer der Darlehensschuldnerin gehe (Urk. 175 S. 33 E. 4.3.2.), weshalb er mit dem Zinsbezug gegen seine arbeits- rechtliche Treuepflicht verstossen habe; er habe sich an Entscheidungen zu hal- ten gehabt, die die B2._____ AG für den ganzen Konzern getroffen habe, zumal er am fraglichen Entscheid (aus dem Jahr 2005) als Verwaltungsratsmitglied sel- ber beteiligt gewesen sei. Ob der Kläger überhaupt Gläubiger der Darlehenszin- sen sei, könne damit dahingestellt bleiben. Die B3._____ AG sei mit EUR 180'000.– geschädigt worden. Ihr sei konzernintern nichts ersetzt worden und es habe auch keine Verrechnung gegeben, insbesondere auch nicht durch die B2._____ AG (Urk. 175 S. 34 f. E. 4.4.1.). Die Aktiven der B3._____ AG hät- ten sich um EUR 180'000.– reduziert. Zwar treffe die Ansicht des Klägers, dass die B2._____ AG einen Vergütungsanspruch gehabt hätte, weil eine Schuld der letzteren bezahlt worden sei, grundsätzlich zu. Angesichts des konzernweiten Zinsmoratoriums, mit dem eine Vermögensminderung bei sämtlichen Konzernge- sellschaften habe verhindert werden wollen, sei keine Vergütung erfolgt. Aus BGE 130 III 213 E. 2.2.1 könne der Kläger nichts für sich ableiten. Dort sei entschieden

- 43 - worden, dass der Arbeitnehmer bei Vorliegen einer konzernweiten Treuepflicht diese nicht verletze, wenn zwar die arbeitgebende Konzerngesellschaft geschä- digt werde, die Handlung jedoch dem übergeordneten Konzerninteresse diene, was für die sich hier stellende Frage nicht einschlägig sei. Weil die Vorinstanz ei- nen arbeitsvertraglichen Schadenersatzanspruch bejahte (Urk. 175 S. 36 f.), ging sie auf die weiteren Anspruchsgrundlagen und das behauptete Treuhandverhält- nis nicht mehr ein (Urk. 175 S. 37).

3. Mit der Berufung macht der Kläger geltend, dass die Vorinstanz die Wi- derklageforderung – d.h. das dem Kläger zugegangene Zinsbetreffnis von EUR 180'000.– – unter arbeitsrechtlichen Titeln behandelt habe und dass andere Anspruchsgrundlagen nicht thematisiert worden seien (Urk. 174 Rz 102). Die for- melle Arbeitgeberin des Klägers – die B4._____ AG – habe keinen Schaden erlit- ten und ihr gegenüber sei keine Treuepflicht verletzt worden. Die Vorinstanz beru- fe sich auf den Rekursentscheid LN080044 (Urk. 78) und den dort zitierten BGE 130 III 217 E. 2.2.1 (Urk. 175 S. 27), wobei der Kläger diese Rechtsprechung für die Frage der Treuepflicht bzw. deren Verletzung nicht für stichhaltig halte. Das Wesentliche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestehe darin, dass bezüg- lich Treuepflicht das Konzerninteresse als Ganzes in Betracht gezogen werden müsse (Urk. 174 Rz 105). Im Klartext wirke die so verstandene konzernweite Treuepflicht für den Arbeitnehmer entlastend, wenn nur die einzelne Konzernge- sellschaft, nicht aber der Konzern als Ganzes geschädigt werde (Urk. 174 Rz 106). Schuldnerin der Darlehenszinsen sei die B2._____ AG gewesen und der Kläger als Gläubiger habe solche Zinsen einfordern können. Es sei nicht substan- tiert geltend gemacht worden, dass die B4._____ AG oder die B2._____ AG durch die Zinszahlung in Schieflage geraten seien oder der Konzern als ganzes effektiv darunter zu leiden gehabt habe. Aus Konzernsicht gebe es keine Treue- pflichtverletzung, so dass es im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Rolle

spiele, ob die einzelne Gesellschaft überhaupt einen Schaden erlitten habe (Urk. 174 Rz 107). Das vorinstanzliche Urteil sehe die Treuepflichtverletzung darin, dass gegen einen (früheren) Verwaltungsratsbeschluss mit einem Zinsmoratorium verstossen worden sei, den den Kläger als Arbeitnehmer gebunden habe (Urk. 174 Rz 108). Der Kläger (wie auch C._____) seien zur Zeit der

- 44 - Verwaltungsratsbeschlüsse betreffend Zinsmoratorium vom 17. und 24. Oktober 2005 (noch) nicht Darlehensgläubiger gewesen (Urk. 174 Rz 111). Zudem gebe es keine rechtliche Grundlage, die einem Schuldner erlaube, keine Zinsen mehr zu bezahlen, so dass solche Beschlüsse ohnehin nicht bindend sein könnten (Urk. 174 Rz 112). Aber auch wenn es sich dabei nicht um einen "Non-Valeur" handle, hätte die Problematik, die zu jenen Verwaltungsratsbeschlüssen geführt habe, im Zeitpunkt der Auszahlungen rund ein Jahr später nicht mehr bestanden, so dass sich daraus keine arbeitsrechtliche Treuepflichtverletzung konstruieren lasse; namentlich würden keine rechtlichen Probleme mit der Upstream-Finanzierung mehr behauptet und die B2._____ AG und die Beklagte stünden unverändert aufrecht (Urk. 174 Rz 114). Es sei erstellt, dass im Rahmen der Konzernbetrachtung die Upstream-Finanzierung sinnvoll sei, so dass die Auszahlung mit Mitteln der damaligen B3._____ AG durch den Verwaltungsratsbeschluss vom

E. 6

a) Der Kläger beantragt, auf die Anschlussberufung nicht einzutreten, eventualiter diese abzuweisen. In der Anschlussberufungsantwort (Urk. 200) weist er darauf hin, dass die Beklagte mit der Klageantwort eine Widerklage erhoben habe und in der Anschlussberufung verlange sie die Gutheissung der Widerklage im vollen Umfang von EUR 180'000.- (Urk. 200 Rz 4). Die Vorinstanz habe die Widerklage im Umfang von EUR 124'918.60 infolge Verrechnung als gegenstandslos abgeschrieben, wogegen von der Vorinstanz die Beschwerde mit Frist von 10 Tagen belehrt worden sei. Die Beschwerde gegen diesen Beschluss habe der prozesserfahrene und anwaltlich vertretene Beklagte nicht erhoben, so dass der Abschreibungsbeschluss in Rechtskraft erwachsen sei; der Anschlussberufung fehle damit das Anfechtungsobjekt, so dass darauf nicht einzutreten sei (Urk. 200 Rz 5). Im Umfang von EUR 55'081.40 sei die Widerklageforderung zugesprochen worden, so dass es der Beklagten ohnehin am Rechtsschutzinteresse fehle und deshalb auch nicht auf die Anschlussberufung einzutreten sei (Urk. 200 Rz 7). Dazu nimmt die Beklagte in Urk. 203 Stellung.

b) Der Kläger ist der Meinung, die Beklagte habe es verpasst, den Abschreibungsbeschluss betreffend die Gegenstandslosigkeit der Widerklage innert der angegebenen Beschwerdefrist von 10 Tagen gemäss der von der Vorinstanz erteilten Rechtsmittelbelehrung anzufechten, so dass es dabei sein Bewenden habe. Zur Ergreifung der Beschwerde gilt Folgendes: Nach der schweizerischen

- 9 - ZPO ist primäres Rechtsmittel die Berufung (Art. 308 ff. ZPO). Die Beschwerde ist zur Anfechtung a) von nicht berufungsfähigen erstinstanzlichen Endentscheiden, Zwischenentscheiden und Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen sowie b) von anderen erstinstanzlichen Entscheiden und prozessleitenden Verfügungen, letztere unter besonderen Voraussetzungen, zulässig (Art. 319 ZPO).

Die Vorinstanz bezieht sich mit Hinblick auf die Anfechtung des Beschlusses auf Art. 319 lit. a (bzw. lit. b) ZPO. Nach einem Teil der Lehre können Abschreibungsbeschlüsse nur mit Beschwerde angefochten werden (vgl. dazu KuKo ZPO-Naegeli/Richers, N. 12 zu Art.

242), was allerdings nicht unumstritten ist. A.a.O. wird dazu ausgeführt: "Vertritt man allerdings die Auffassung, dass bei Gegenstandslosigkeit infolge Tilgung des eingeklagten Anspruchs ein Sachentscheid mit Rechtskraftwirkung gefällt wird [...], so müsste der entsprechende Abschreibungsbeschluss mit Berufung angefochten werden können, wenn die Streitwertgrenze erreicht ist (vgl. ZK ZPO-Leumann Liebster, 3. Auflage 2016, Art. 242 N. 8). Anzuführen ist, dass auch Abschreibungsentscheide Endentscheide sind, wenn damit das Verfahren konstitutiv und nicht bloss deklaratorisch beendet wird (ZK ZPO-Staehelin, 3. Auflage 2016, N. 10 zu Art. 236). Wenn gesagt wird, Urteilssurrogate, die nicht auf materieller Rechtsfindung durch das Gericht beruhen, seien nicht berufungsfähig, handelt es sich dabei richtigerweise um Vergleiche, Klageanerkennung und Klagerückzug (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Auflage 2016, N. 15 zu Art. 308). Beim Entscheid, der wegen Wegfall des Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos abgeschrieben wird, handelt es sich nämlich um einen anderen Fall als bei Abschreibungen aufgrund von Parteierklärungen i.S.v. Art. 241 ZPO (dazu z.B. ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Auflage 2016, N. 12 zu Art. 308). Christoph Leuenberger (Der Endentscheid nach Art. 236 und Art. 308 ZPO, SZPZ 2015, S. 92 ff. S. 95) schreibt zur Frage der Abschreibung eines gerichtlichen Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit: "Die Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit wird daher von einigen Autoren als Prozessentscheid sui generis bezeichnet, der nur mit Beschwerde angefochten werden könne, nicht aber mit Berufung, da es sich nicht um einen Endentscheid handle. Andere Autoren bezeichnen die Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit zum Teil ebenfalls als Prozessentscheid sui generis, leiten aus dem konstitutiven Charakter aber ab,

- 10 - dass es bei entsprechendem Streitwert die Berufung geben müsse. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Abschreibung zwar eine Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid. Eine solche Abschreibung beendet das Verfahren aber ähnlich wie ein Nichteintretensentscheid. Der Unterschied zum Nichteintretensentscheid besteht nur darin, dass ein Abschreibungsentscheid zufolge Gegenstandslosigkeit ergeht, wenn eine Prozessvoraussetzung erst im Nachhinein weggefallen ist, während es zum Nichteintreten kommt, wenn eine Prozessvoraussetzung bereits bei Prozessbeginn gefehlt hat. Es besteht daher kein Grund, einen Entscheid betreffend die Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit nicht gleich zu behandeln wie einen Nichteintretensentscheid [...]". Nicht von Bedeutung ist die Frage der Terminologie, welche die Beklagte anspricht (Urk. 203 Rz 11). Die Bezeichnung "Beschluss" kommt in der schweizerischen Zivilprozessordnung nicht vor, sondern basiert auf § 135 GOG/ZH, der in der Praxis uneinheitlich angewendet wird und für die Frage, welches Rechtsmittel nach der ZPO zu ergreifen ist, nicht massgeblich ist (vgl. dazu auch Kriech, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, N. 5 zu Art. 236). Nach § 135 GOG/ZH ist ein Entscheid nur dann als Urteil zu bezeichnen, wenn das Gericht eine Sache materiell entscheidet, im Übrigen als Beschluss (Kollegium) oder Verfügung (Einzelperson).

c) Die von der Vorinstanz belehrte Beschwerdefrist von 10 Tagen gilt lediglich für die Anfechtung von Entscheidungen im summarischen Verfahren bzw. von prozessleitenden Entscheidungen (Art. 314 Abs. 2 ZPO; Art. 321 Abs. 2 ZPO), wozu ein Abschreibungsbeschluss nicht gehört, so dass die Rechtsmittelfrist jedenfalls 30 Tage beträgt. Und nach der Praxis wird ein Rechtsmittel, unabhängig davon, wie es bezeichnet wird, nach den dafür zutreffenden Regeln behandelt (OGer ZH, PF110004 vom 9. März 2011, Erw. 5.2), und das ist nach der Ansicht der Kammer im vorliegenden Fall die

Berufung (bzw. die Anschlussberufung). Hätte die Beklagte innert 30 Tagen Berufung erheben können, kann es ihr auch nicht verwehrt sein, gemäss Art. 313 Abs. 1 ZPO mit der Berufungsantwort Anschlussberufung zu erheben. Auf die Anschlussberufung ist daher grundsätzlich einzutreten (vgl. aber die Erwägungen zur Verrechnung V./b.e)).

- 11 -

E. 7

a) Die Beklagte hat eine Anschlussberufung erhoben und damit die Abänderung von Ziffer 2, 4 und 5 beantragt. Ziffer 4 und 5 betreffen die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Mit Dispositiv-Ziffer 2 hat die Vorinstanz der Beklagten EUR 55'081.40 nebst Zinsen zugesprochen, während die Beklagte mit der Anschlussberufung die Zusprechung von EUR 180'000.– (nebst Zinsen) beantragt. Zur Beschwer führt die Beklagte aus, dass sie u.a. widerklageweise geltend gemacht habe, dass ihr der Kläger EUR 180'000.– zu bezahlen habe. Die Vorinstanz habe bestätigt, dass ihr ein arbeitsvertraglicher Schadenersatzanspruch in dieser Höhe zustehe, wobei dieser bzw. Fr. 219'366.– mit der dem Berufungskläger zugesprochenen Hauptklageforderung von Fr. 152'238.30 verrechnet worden sei. Nachdem die Vorinstanz dem Kläger Fr. 152'238.30 zugesprochen und die Widerklage der Berufungsbeklagten lediglich im Umfang von EUR 55'081.40 gutgeheissen habe, sei die Beklagte ohne weiteres beschwert (Urk. 182 Rz 121 ff.). Das Vorgehen der Vorinstanz, die Lohnforderung des Klägers mit der Forderung der Beklagten zu verrechnen – was zur Abweisung der Hauptklage und zur nur reduzierten Zusprechung der Widerklage unter Abschreibung des durch die Verrechnung "verbrauchten" Teils der Widerklage geführt hat – beanstandet die Beklagte nicht (Urk. 182 Rz 130). Für den Fall, dass das Obergericht zum Schluss kommen sollte, dass die Verrechnungseinrede unzulässig sei, würde der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis allerdings dazu führen, dass die Beklagte im Rahmen der zur Verrechnung zugelassenen Fr. 152'238.30 leer ausgehen würde, was es zu verhindern gelte. Diesfalls müsste die Widerklage vollumfänglich gutgeheissen werden (Urk. 182 Rz 131, Urk. 200 Rz 19 f.). Daraus ist ersichtlich, dass auch Ziff. 3 des Beschlusses der Vorinstanz vom 23. Mai 2016 als mitangefochten zu gelten hat.

b) Der Kläger beantragt ein Nichteintreten auf die Anschlussberufung, eventualiter sei diese abzuweisen (Urk. 200 S. 2), weil die Widerklage teilweise gutgeheissen und dem Beklagten EUR 55'081.40 (nebst Zinsen) zugesprochen worden seien (Urk. 200 S. 2 f.). Diesbezüglich ist anzumerken, dass der Kläger mit der Berufung die Abweisung der Widerklage verlangt hat (Berufungsantrag Ziff. 4), so dass die Widerklageforderung erneut im Streit liegt. Anzumerken ist allerdings,

- 12 - dass für die übrigen Bedenken der Beklagten (veränderte Sichtweise der Berufungsinstanz betreffend Verrechnung) ein Eventualantrag ausgereicht hätte.

E. 8

a) In der Berufung macht der Kläger Rechtsverzögerung geltend und verlangt die Feststellung der Verletzung des Beschleunigungsgebotes i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK bezüglich des bereits am 15. Februar 2007 eingeleiteten Verfahrens (Urk. 174 S. 2). Zwar gebe es interessante Rechtsfragen, der Sachverhalt sei jedoch eher einfach und das Beweisverfahren habe einzig ein allfälliges Ersatzeinkommen des Klägers während der Freistellungsdauer betroffen, wozu als Beweismittel lediglich Urkunden zu berücksichtigten gewesen seien (Urk. 174 Rz 20-22). Als Prozess um Lohn sei das Verfahren für den Kläger wichtig, für die Beklagte, welche die ursprüngliche Beklagte

B4._____ AG mit einer Bilanzsumme von rund Fr. 127 Mio. habe absorbieren können, sei der Prozess unbedeutend (Urk. 174 Rz 22). Anders als der Kläger habe die Beklagte alle zeitverzögernden Möglichkeiten ausgenutzt und sei dabei von der Vorinstanz unterstützt worden, indem u.a. für die Klageantwort fünf Fristerstreckungen erteilt worden seien (Urk. 174 Rz 23). Der Rekurs vom 3. Juli 2008 bei der Kammer gegen den erstinstanzlichen Nichteintretensentscheid sei erst am 19. Februar 2010 (act. 78), die Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht erst am 17. August 2011 erledigt worden. Erst am 28. Juni 2012 sei dann zur Referentenaudienz bei der Vorinstanz vorgeladen worden (Urk. 97). Der Schriftenwechsel sei nach dem Scheitern der vergleichsweisen Erledigung bezüglich der Widerklage fortgesetzt worden, wiederum mit drei Fristerstreckungen. Am 11. Dezember 2013 sei die letzte Rechtsschrift im Behauptungsstadium eingereicht, dann aber erst am 6. Januar 2015 die Kautions für das Beweisverfahren erhoben worden (Urk. 174 Rz 24). Der Kläger habe sich um eine beförderliche Behandlung bemüht, teilweise sogar unter Verzicht auf die Einreichung von Rechtsschriften. Die Nichtigkeitsbeschwerde sei notwendig gewesen, weil der Rekurs durch die im Handelsregister gelöschte B4._____ AG eingereicht worden sei. Der Versand des Nichteintretensentscheides durch die Vorinstanz – ohne Seite 20 – habe zudem zu einem Streit über die Rechtzeitigkeit des Rekurses geführt, wozu das Kassationsgericht einen publizierten Grundsatzentscheid gefällt habe (Urk. 174 Rz 25). Der Kläger habe keine überflüssigen Schritte unternommen, seine Fristerstreckungsgesuche hät-

- 13 - ten sich im durchschnittlichen Rahmen gehalten und er habe immer wieder auf das Beschleunigungsgebot hingewiesen. Das Bundesgericht habe früher ein aktuelles praktisches Interesse für die Feststellung verlangt; das sei inzwischen preisgegeben worden, wie sich aus BGE 1C_439/2011 E. 2.1 (auszugsweise als BGE 138 I 256 publiziert) ergebe (Urk. 174 Rz 27). Aber auch hier wäre selbst nach der früheren Rechtsprechung auf das aktuelle Interesse zu verzichten, weil die entsprechende Verletzung der einschlägigen verfassungsmässigen Rechte substantiiert dargetan worden sei; es drohe eine entsprechende Verurteilung durch den EGMR. Mit der Behandlung der Rüge und Konsequenzen zugunsten des Rügenden im Kostenpunkt könne Art. 13 EMRK genüge getan werden (Urk. 174 Rz 28). Das vorinstanzliche Verfahren sei durch Nichteinschreiten gegen Verzögerungsmassnahmen der Beklagten verschleppt worden, aber auch durch mehrere Verfahrensstillstände von Monaten, einmal sog. für ein Jahr. Die Kammer ihrerseits habe nach Erstattung der Rekursantwort 16 Monate und das Kassationsgericht nach Abschluss des Schriftenwechsels 14 Monate gebraucht (Urk. 174 Rz 29); insgesamt habe das erstinstanzliche Verfahren neun Jahre und drei Monate gedauert. Dabei habe es nirgends (verzögernde) Personalmutationen gegeben (Urk. 174 Rz 29 f.). Der Staat als solcher sei Adressat des Beschleunigungsgebotes, so dass auch der Gesamtrahmen zu beurteilen sei, was zu einem Entscheid mit Festhalten der Verzögerung im Dispositiv sowie einer Berücksichtigung im Kosten- und Entschädigungspunkt führen müsse (Urk. 174 Rz 31).

b) Die Beklagte nimmt zur Verfahrensdauer sowie zum Beschleunigungsgebot i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK wie folgt Stellung: Erforderlich sei ein aktuelles praktisches Interesse, welches gemäss BGer 4A_744/2011 E. 11.1 fehle, wenn der angeblich verzögerte Entscheid bereits gefällt worden sei (Urk. 182 Rz 35-37). Der Entscheid BGer 4A_744/2011, wonach ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse vorliegen müsse, sei am 12. Juli 2012 gefällt worden und damit – anders als der Kläger dies darstelle – zeitlich nach dem Entscheid BGer 1C_439/2011 vom 12. Mai 2012, wo dies für

entbehrlich gehalten worden sei (Urk. 182 Rz 38). Fehle ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse, so brauche es die hinreichend substantiierte Geltendmachung einer Verletzung der EMRK, um mit der blossen Feststellung der unzulässigen Rechtsver-

- 14 - zögerung eine Art Genugtuung zu verschaffen (BGer 5A_499/2014 E. 2; BGE 129 V 411 E. 1.3; 6B_801/2008 E. 3.5). Der Kläger behaupte eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte ohne substantiierte Begründung und erkläre nicht, inwiefern ihm die verlangte Feststellung eine Art Genugtuung verschaffen könnte (Urk. 182 Rz 4).

Angesichts der beiden Zwischenrechtsmittel und des durchzuführenden Beweisverfahrens habe das Verfahren nicht lang gedauert. Es sei der Kläger gewesen, der diejenigen Verfahrensschritte, die das Verfahren verlängert hätten, ergriffen habe:

Unzuständigkeitseinrede, Verjährungseinrede, unvollständige Edition im Beweisverfahren und vieles mehr; es handle sich ausserdem um ein sehr komplexes Verfahren (Urk. 182 Rz 42). Eine Änderung des Kostenentscheides komme daher nicht in Frage und die beantragte Feststellung sei zu verweigern (Urk. 182 Rz 44); allenfalls könnte sich ein Anspruch im Rahmen der Kostenumverteilung nur gegen das Gemeinwesen richten, was sich aus BGE 138 II 513 E. 6.5, BGE 139 III 471 E. 3 und BGE 140 III 501 E. 4.1.1 ergebe (Urk. 182 Rz 45).

c) In der Hauptfrage – ob Rechtsverzögerungen auch noch im Nachgang zu einem gefällten Entscheid gerügt werden können – wird im Zusammenhang mit Art. 29 BV darauf hingewiesen, dass die Verfassungsverletzung nach Verfahrenschluss unabänderbar sei, dass jedoch die Feststellung derselben als Wiedergutmachung in Betracht komme, die gegebenenfalls im Dispositiv förmlich festzuhalten sei. Der Verfassungsverletzung sei mit einer vorteilhaften Kostenregelung Rechnung zu tragen (Steinmann, St. Galler Kommentar zur BV, 3. Auflage 2014, N. 26 zu Art. 29; vgl. auch BSK BV-Waldmann, N. 29 zu Art. 29). Beispiele für einschlägige Anordnungen des Bundesgerichts sind etwa BGer 1C_195/2012 vom 15. Oktober 2012, E. 6.5 (teilweise publiziert als BGE 138 II 513) und BGE 137 IV 118 E. 2.2 (samt weiteren Hinweisen). Anzumerken ist, dass sich das Beschleunigungsgebot auch auf die gesamte Verfahrensdauer beziehen kann (BSK BV-Waldmann, N. 26 zu Art. 29 BV; BGer 5A_378/2013 vom 23. Oktober 2013, E. 2.2 m.w.H.), worauf auch der Kläger hinweist.

Eine Analyse des Verfahrensganges zeigt Folgendes: Die Klage datiert vom 14. Februar 2007. Für die Klageantwort wurde mit Urk. 4 unverzüglich Frist ange-

- 15 - setzt, die dann vier Mal erstreckt wurde (wobei bei zwei Fristerstreckungen eine Hospitalisierung des Beklagtenvertreters und ihre Folgen eine Rolle gespielt haben [Urk. 6, 12, 13, 15]). Die Klageantwort ging am 27.06.2007 ein (Urk. 18). Am 4.07.2006 wurde Frist zur Replik angesetzt (act. 19); der Kläger stellte drei Fristerstreckungsgesuche (Urk. 21, 23, 24). Die Replik wurde am 12.11.2007 erstattet (Urk. 31). Es folgte am 8.01.2008 die Fristansetzung an die Beklagte zur Stellungnahme betreffend Abtrennung Widerklage/Unzuständigkeit (Urk. 29), worauf die Beklagte zwei Fristerstreckungsgesuche stellte (Urk. 31, 33, 35) und die Stellungnahme am 27.02.2008 einging (Urk. 37). Das Verfahren wurde am 12.06.2008 mit dem Nichteintreten auf die Widerklage fortgeführt (Urk. 38), am 20.06.2008 wurde die Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (Urk. 45), die wegen der Einreichung des Rekurses abgenommen (Urk. 53) und am 8.08.2008 erneut angesetzt wurde (Urk. 61). Nach einer Fristerstreckung ging die Duplik am 1.10.2008 ein (Urk. 68). Am 11.11.2008 wurde Frist betreffend Dupliknoven angesetzt (Urk. 71), wofür der Kläger zwei Fristerstreckungsgesuche stellte (Urk. 73 und 74) und die Stellungnahme

am 29.01.2009 erstattete (Urk. 75). Am 19.02.2010 erging der obergerichtliche Rekursentscheid (Urk. 78), den der Kläger an das Kassationsgericht weiterzog, welches am 17.08.2011 entschied (Urk. 88). Bereits am 14.06.2011 erhob der Kläger die Verjährungseinrede betreffend die Verrechnungsforderung (Urk. 84); die diesbezügliche Eingabe wurde der Beklagten am 23.06.2011 ohne Fristansetzung zugestellt (Urk. 86). Am 3.11.2011 wurden Kostenvorschüsse erhoben, die am 18. und 29.11.2011 geleistet wurden (Urk. 92). Am 5.12.2011 erhielt die Beklagte Gelegenheit zur Stellungnahme zu Urk. 84 (Urk. 94), was zum Fristerstreckungsgesuch vom 6.02.2012 führte (Urk. 99). Vergleichsverhandlungen wurden auf den 28.06.2012 angesetzt mit der Mitteilung an die Beklagte, dass vorher keine weiteren Stellungnahmen erfolgen sollten (Urk. 104). Am 20.09.2012 teilte der Kläger mit, dass auch im Nachgang zur Referentenaudienz kein Vergleich zustande gekommen sei (Urk. 110). Am 28.12.2012 wurde Frist zur Stellungnahme zu Urk. 75 (Urk. 112) angesetzt; nach drei Fristerstreckungsgesuchen der Beklagten ging die Stellungnahme am 13.04.2013 ein (Urk. 117). Mit Verfügung vom 18.04.2013 wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme zu Noven angesetzt (Urk. 120); seine Stellungnahme ging nach drei Fristerstreckungen (Urk. 121-

- 16 - 123) am 15.08.2013 ein (Urk. 124). Nach einer Fristansetzung betreffend Noven vom 16.09.2013 (Urk. 123) und zwei Fristerstreckungen (Urk. 128 f.) erstattete die Beklagten die Eingabe vom 11.12.2013 (Urk. 130). Mit Verfügung vom 15.01.2014 wurde der Aktenschluss festgestellt (Urk. 131). Nach Erhebung der Kaution am 6.01.2015 (Urk. 133) erging mit Beschluss vom 4.02.2015 die Beweisaufgabe (Urk. 139); nach je zwei Fristerstreckungsgesuchen von Kläger und Beklagter (Urk. 142, 144, 141, 143) trat die Beklagte am 7.04.2015 den Beweis an (Urk. 145), gefolgt vom Beweisabnahmebeschluss vom 16.04.2015 (Urk. 148). Seitens des Klägers wurden zwei Fristerstreckungsgesuche gestellt (Urk. 150 und 151) und am 30.06.2015 Urkunden eingereicht (Urk. 153), gefolgt von einer Fristansetzung an die Beklagte am 7.07.2015 (Urk. 155). Nach zwei Fristerstreckungsgesuchen der Beklagten (Urk. 158 und 159) nahm diese am 30.10.2015 Stellung zum Beweisergebnis (Urk. 160). Es folgten: Beweisabnahmebeschluss vom 23.11.2015 (Urk. 161), ein Fristerstreckungsgesuch des Klägers (Urk. 163), die Eingabe des Klägers vom 19.01.2016 (Urk. 164), das Verbot an die Beklagte vom 27.01.2016 (Urk. 166), das Fristerstreckungsgesuch der Beklagten vom 22.02.2016 (Urk. 168), die Eingabe der Beklagten vom 13.03.2016 (Beweisverfahren noch nicht vollständig, Urk. 169). Am 23.05.2016 fand das vorinstanzliche Verfahren mit Erlass von Beschluss und Urteil seinen Abschluss (Urk. 172).

d) Im vorinstanzlichen Verfahren mussten – ausserhalb des regulären Verfahrensgangs mit je zwei Äusserungsmöglichkeiten pro Partei – ausserordentlich viele Fristen angesetzt werden, es gab zwei vom Kläger eingereichte Zwischenrechtsmittel und auch Vorbringen des Klägers ausserhalb des angeordneten Schriftenwechsels ("Spontanstellungnahme" [Urk. 102]). Die Vergleichsverhandlung ist auf einen relativ langen Zeitraum hinaus angesetzt worden, wobei es in diesem Zusammenhang doch einen recht erheblichen Vorbereitungsaufwand zu bewältigen gab und die Parteien dann im Nachgang noch fast drei Monate brauchten, um der Vorinstanz das Scheitern der zwischen ihnen weitergeführten Vergleichsverhandlungen mitzuteilen. Lang ist der Zeitablauf zwischen dem Aktenschluss am 15.01.2014 und dem Fortgang des Verfahrens mit Erhebung einer Kaution am 6.01.2015. Aus den Akten ist der Grund für diese Verzögerung nicht ersichtlich.

Was das Rekursverfahren anbelangt, ist die durchschnittliche Prozessdauer im Rechenschaftsbericht des Obergerichts (publiziert unter: http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2008.pdf) für das Jahr 2008 ersichtlich: Hinsichtlich Bezirks- und Arbeitsgerichten (I. und II. ZK) waren 24 Fälle in weniger als 1 Monat, 9 Fälle in 1-2 Monaten, 12 Fälle in 2-3 Monaten, 20 Fälle in 3-6 Monaten, 15 Fälle in 6-12 Monaten, 7 Fälle in 1-2 Jahren und 1 Fall in über 2 Jahren erledigt. Für das Jahr 2009 ergab sich gemäss http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2009.pdf folgendes Bild: 18 Fälle unter einem Monat, 13 Fälle in 1-2 Monaten, 15 Fälle in 2-3 Monaten, 15 Fälle in 3-6 Monaten, 17 Fälle in 6-12 Monaten, 9 Fälle in 1-2 Jahren, 1 Fall in über 2 Jahren. Und für das Jahr 2010 zeigt http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2010.pdf, dass 17 Fälle in unter einem Monat, 11 Fälle in 1-2 Monaten, 15 Fälle in 2-3 Monaten, 25 Fälle in 3-6 Monaten, 25 Fälle in 6-12 Monaten, 17 Fälle in 1-2 Jahren und 4 Fälle in über 2 Jahren erledigt waren.

Was die Dauer der Verfahren vor Kassationsgericht anbelangt, ergibt sich für die durchschnittliche Bearbeitungsdauer für Zivilsachen aus den Rechenschaftsberichten des Kassationsgerichts des Kantons Zürich über die Jahre 2007-2011/12 S. 22, S. 18, S. 18, S. 18 und S. 20 Folgendes: Für 2007: -1 Monat 33, 1-2 Monate 18, 2-3 Monate 10, 2-3 Monate 24, 6-9 Monate 48, 9-12 Monate 30, überjährige 6; für 2008: -1 Monat 23, 1-2 Monate 21, 2-3 Monate 8, 2-3 Monate 24, 6-9 Monate 20, 9-12 Monate 62, überjährige 15; für 2009: -1 Monat 24, 1-2 Monate 35, 2-3 Monate 12, 2-3 Monate 27, 6-9 Monate 17, 9-12 Monate 55, überjährige 29; für 2010: -1 Monat 16, 1-2 Monate 21, 2-3 Monate 17, 2-3 Monate 14, 6-9 Monate 6, 9-12 Monate 24, überjährige 50; für 2011/2: -1 Monat 1, 1-2 Monate 5, 2-3 Monate 7, 2-3 Monate 7, 6-9 Monate 7, 9-12 Monate 13, überjährige 52.

Aufgrund der zur Bearbeitungsdauer in den Rechtsmittelverfahren aufgeführten statistischen Daten ist die Bearbeitungsdauer zwar eher lang, hält sich aber sowohl für den Rekurs als auch für die Nichtigkeitsbeschwerde noch im Rahmen. Zum Rekursverfahren ist anzumerken, dass es dort – anders als der

- 18 - Kläger behauptet – einen personellen Wechsel gegeben hat, weil der ursprünglich zuständige Gerichtssekretär die Kammer verlassen hatte und es deshalb zu einer (internen) Umteilung kommen musste (Urk. 70, Urk. 77). Die Rechtsmittelverfahren hat der Kläger veranlasst. Rechtsmittel dürfen ergriffen werden, jedoch wird dadurch notwendigerweise das Verfahren verlängert. Dass die Bearbeitungsdauer der Rechtsmittelinstanzen, gemessen am Durchschnitt, nicht ausserordentlich lang war, ist aufgezeigt worden.

Für das erstinstanzliche Verfahren ist anzumerken, dass dem Kläger insgesamt 13 Fristerstreckungen gewährt wurden und der Beklagten deren 18. Vier der Fristerstreckungsgesuche der Beklagten erfolgten für die Erstattung der Klageantwort, wobei der Anwalt der Beklagten in jener Phase des Verfahrens ausserdem hospitalisiert gewesen war. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass Kläger den Zeitpunkt der Einreichung der Klage selber bestimmen können, was eine freigewählte Vorbereitungszeit ermöglicht, während dies für die Beklagten nicht zutrifft. Betrachtet man die Fristerstreckungen deshalb ohne die genannten vier im Zusammenhang mit der Klageantwort gestellten Gesuche, so sind es

E. 13

für den Kläger und 14 für die Beklagte, so dass sich die dadurch bedingten Verzögerungen in etwa ausgleichen. Richtig ist, und das ergibt sich auch aus den Akten, dass der Kläger sich verschiedentlich gegen die Bewilligung von Fristerstreckungen an die Beklagte gewendet und auf das Problem einer langen Verfahrensdauer hingewiesen hat (Urk. 8, 34, 40, 69, 89, 94, 106, 110). Es trifft zwar zu, dass die Verantwortung für eine beförderliche Prozessleitung bei den Gerichten liegt, es ist jedoch nicht als geradezu rechtsverzögernd zu qualifizieren, wenn sie Fristerstreckungsgesuche der Parteien in Zivilsachen mit einer gewissen Grosszügigkeit bewilligen, so lange dies nicht dazu führt, dass sich dies einseitig zu Lasten einer Partei auswirkt. Und das ist hier wie gezeigt nicht der Fall gewesen.

Letztlich ist es den Gerichten auch nicht zu verdenken, dass sie Fälle, die wirklich eilig sind, gegenüber Fällen von Parteien, aus deren prozessuellem Verhalten sich ergibt, dass sie sich ihrerseits auch Zeit lassen, prioritär behandeln. Konkretes zur Bevorzugung von Eiligem kann nicht angeführt werden, jedoch ist notorisch, dass erstinstanzliche Gerichte in verschiedenen Rechtsbereichen konstant eilige Ver-

- 19 - fahren zu behandeln haben, z.B. Eheschutz, vorsorgliche Massnahmen in Scheidungsverfahren und andere Summarsachen.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verfahrensdauer zwar lang ist, dass es sich aber um einen keineswegs einfachen Prozess mit deutlich mehr als den üblichen Verfahrensschritten gehandelt hat, was sich auch aus dem Umfang des erstinstanzlichen Urteils (und dem vorliegenden Rechtsmittelentscheid) ergibt. Dass Fristerstreckungen recht grosszügig gewährt wurden, ist bereits erwähnt worden, allerdings haben davon beide Parteien etwa gleichermassen profitiert. Es ist notorisch, dass Zwischenrechtsmittel und ein "Gegenangriff", wie die Widerklage verschiedentlich bezeichnet wird, den Verfahrenslauf beeinflussen, weshalb in der schweizerischen ZPO nunmehr die Tendenz besteht, Zwischenrechtsmittel zu reduzieren und (unerstreckbare) gesetzliche statt (erstreckbare) richterliche Fristen vorzugeben (vgl. z.B. Art. 312 Abs. 2 ZPO). Was die Bearbeitungslücke zwischen dem 15.1.2014 und dem 6.1.2015 anbelangt, ist diese lang, rechtfertigt allerdings angesichts der Gesamtumstände keine Sanktion. Das Berufungsbegehren Ziff. 2 des Klägers ist daher abzuweisen.

II. Abfindungsanspruch

1. Die Vorinstanz hat ihre Entscheidung wie folgt begründet (Urk. 175): Hinsichtlich des Abfindungsanspruchs des Klägers für zwei Jahresgehälter bei Kündigung durch die Beklagte, wie er sich aus dem Dokument "Anpassung Ihres Arbeitsverhältnisses" ergibt, ist sie von einem In-Sich-Geschäft bzw. einem analogen Sachverhalt ausgegangen. Zum einen habe der Kläger als Arbeitnehmer mit C._____ und D._____ als Vertreter der Beklagten, zum anderen habe C._____ als Arbeitnehmer mit dem Kläger und D._____ als Vertreter der Beklagten je eine identische Abfindungsklausel in ihre jeweiligen Arbeitsverträge aufgenommen. Die Besonderheit dieser Vertragsergänzungen bestehe darin, dass es unbestrittenermassen einen direkten zeitlichen Zusammenhang gebe (Urk. 175 E. 3.1., 3.1.1.

- 20 - und 3.1.2.). Die Beteiligten hätten den Interessenkonflikt und die Gefahr der Benachteiligung der Gesellschaft erkennen können (Urk. 175 E. 3.2.). In nicht börsenkotierten Gesellschaften könnten die Verwaltungsratsmitglieder ihre Vergütungen grundsätzlich selbst (gegenseitig) festlegen und für die Geschäftsleitung sei dies die

Aufgabe des Verwaltungsrates i.S.v. Art. 716a Abs. 1 OR. Die bei einem Interessenskonflikt erforderliche besondere Ermächtigung habe es nicht gegeben (Urk. 175 E. 3.3.). Es fehle auch eine Genehmigung, welche wegen des Interessenskonflikts unzweifelhaft vorliegen müsse. Die ausserordentliche Generalversammlung als übergeordnetes Organ habe nach Ansicht des Klägers die Anpassung seines Arbeitsvertrages (vorgängig) genehmigt. Aus dem Protokoll vom 2. März 2006 ergebe sich zwar eine Genehmigung, jedoch seien lediglich C. _____ als Vorsitzender und der Kläger als Protokollführer anwesend gewesen, wobei der Kläger als "Vertreter aller Aktien" bezeichnet werde. Anwesend seien demnach nur die beiden natürlichen Personen gewesen, die sich bereits in einem Interessenkonflikt befunden hätten, was eine Genehmigung ausschliesse. Nicht geklärt werden müsse daher, ob die Durchführung der Generalversammlung mittels Verwaltungsratsbeschluss überhaupt genehmigt worden sei. Von einer stillschweigenden Genehmigung könnte nur ausgegangen werden, wenn die Gesellschaft durch das Geschäft nicht benachteiligt werden könne. Das Argument, dass im Generalversammlungsbeschluss vom 2. März 2006 gleichzeitig ein Verwaltungsratsbeschluss enthalten gewesen sei, sei nicht stichhaltig, sei doch das Protokoll eindeutig als ausserordentliche GV der B4. _____ AG bezeichnet worden, so dass darin kein Verwaltungsratsbeschluss einer anderen Gesellschaft erkannt werden könne. Bei Interessenkonflikten bestehe ohnehin ein Stimmrechtsauschluss und eine Genehmigung müsste durch die unabhängigen Mitglieder des Verwaltungsrates erfolgen. Hätten der Kläger bzw. C. _____ keine gültige Unterschrift leisten können, so komme es auch nicht auf D. _____, der lediglich über eine Kollektivunterschrift verfügt habe, an. Ob die Vertragsanpassung durch E. _____ und/oder durch B. _____ ("B.' _____") genehmigt worden sei, sei ohne Belang (Urk. 175 E. 3.4.). Sei die Vertragsanpassung ungültig, so müsse auch nicht über die von der Beklagten geltend gemachte Verrechnung über Fr. 500'000.– aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit entschieden werden. Stehe

- 21 - dem Kläger kein Anspruch auf die eingeklagte Abfindung zu, so sei die Hauptklage abzuweisen (Urk. 175 E. 3.5.).

2. Der Kläger begründet seine Berufung im Zusammenhang mit dem Abfindungsanspruch von Fr. 500'000.– zusammengefasst wie folgt: Selbstkontrahieren sei dann zulässig, wenn keine Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen bestehe, der Vertreter durch den Vertretenen dazu ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt worden sei. Das gelte gleichermassen für die Doppelvertretung (Urk. 174 Rz 34). Das Geschäft, das zum Abfindungsanspruch geführt habe, sei auch im Interesse der Beklagten gewesen, was eine Interessenkonfliktsituation bereits ausschliesse. Zudem liege die Genehmigung durch die Generalversammlung vor (Urk. 174 Rz 35). In der damaligen Restrukturierungsphase habe es nur den Kläger sowie C. _____ gegeben, die die Gesellschaft hätten führen können. Die Bilanzsumme der Beklagten habe rund Fr. 127 Mio. betragen und der Umsatz der Gruppe EUR 116 Mio. Art. 79 Abs. 6 lit. b aBPV habe schon damals Abgangschädigungen von bis zu zwei Jahresgehältern erlaubt und Art. 29 Abs. 2 aBEHG sowie Art. 35 Abs. 2 Ingress und lit. c aUEV-UEK hätten Abfindungen in der hier relevanten Höhe zugelassen (Urk. 174 Rz 36). Auch in der einschlägigen Literatur, v.a. aus jener Zeit, würden Abfindungen in der Höhe von zwei Jahresgehältern als marktüblich bezeichnet (Urk. 174 Rz 37). Auch gemäss dem vorinstanzlichen Urteil, welches sich auf die Beklagte beziehe, seien Finanzfachleute sehr gefragt gewesen (Urk. 174 Rz 38). Es werde von der Beklagten nirgends konkret dargelegt, wie die Abfindungsforderung die

Interessen der Be- klagten verletzt habe (Urk. 174 Rz 39). Die Vorinstanz habe das Interesse der Ar- beitgeberin erwähnt, in einer Restrukturierungsphase namhafte Entscheidungs- träger zu binden und, sie deshalb vor unvorteilhaften Ereignissen abzusichern. Genau das sei mit der Abfindungsvereinbarung bezweckt worden (Urk. 174 Rz 40). Die zeitlich bis 1. März 2009 beschränkte Abgangsentschädigung sei nur für den Fall fällig geworden, dass die Arbeitgeberin kündige, so dass sich die Be- klagte das Entstehen der Forderung selber zuzuschreiben habe. Es werde nir- gends behauptet, dass der Kläger Anlass zur Kündigung gegeben habe (Urk. 174 Rz 40 f.). Eine zulässige und marktkonforme Abgangsentschädigung hätte partei- autonom vereinbart werden dürfen. Der von der Vorinstanz verlangte Nachweis,

- 22 - dass der Bund Abgangsentschädigungen in der genannten Höhe auch effektiv bezahlt habe, sei unzulässig, da für den Kläger nicht erbringbar. Die gesetzliche Regelung und die Literaturmeinung von Däniker müssten genügen (Urk. 174 Rz 42). Das vom Kläger geltend gemachte Interesse der Beklagten sei von ihr nicht bestritten worden, so dass die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt habe (Urk. 174 Rz 43). Gebe es gar keinen Interessenkonflikt, so sei das Ge- schäft gültig und der Anspruch ausgewiesen (Urk. 174 Rz 44). Die Vorinstanz ha- be richtig festgehalten, dass der Kläger am 5. Mai 2006 Verwaltungsratspräsident der B3._____ AG, am 18. Mai 2006 Verwaltungsrat der damaligen B4._____ AG und bereits zuvor, am 7. Juli 2005, Verwaltungsrat der B2._____ geworden sei (Urk. 174 Rz 46). In diesen Zusammenhang gehöre richtigerweise auch, dass der Kläger und C._____ am 26. Januar 2006 alle Aktien der B2._____ AG erworben hätten (Urk. 174 Rz 46). Von der Vorinstanz werde die unstrittige Tatsache über- gangen, dass die damalige F._____ AG sämtliche ihre Aktien der B2._____ AG an den Kläger und C._____ verkauft habe. Nach dem unbestrittenen gleichzeiti- gen Rücktritt des von der Aktienverkäuferin gestellten Verwaltungsratsmitgliedes G._____ seien bei der B2._____ AG C._____ und der Kläger sowie bei B3._____ AG und bei B4._____ AG C._____ allein im Verwaltungsrat gewesen (Urk. 174 Rz 48), was ebenfalls unstrittig sei (Urk. 174 Rz 49). Der einzige Verwaltungsrat habe von Gesetzes wegen Einzelunterschrift (BGE 133 III 80 E. 6). Die streitige Abfindungsvereinbarung sei vom einzigen Verwaltungsrat C._____ sowie von D._____, damals Kollektivzeichnungsberechtigter, unterschrieben worden. Weil der Kläger gerade nicht Verwaltungsratsmitglied von B4._____ AG gewesen sei, habe es keinen Interessenkonflikt wegen "Übers-Kreuz-Kontrahierens" gegeben (Urk. 174 Rz 53). Eventualiter sei das Geschäft durch die Generalversammlung genehmigt worden (Urk. 174 Rz 54), was sich aus dem Protokoll (Urk. 18/20), eingereicht durch die Beklagte, ergebe (Urk. 174 Rz 55). Die Vorinstanz gehe da- von aus, an jener GV hätten nur Beteiligte mit Interessenkonflikten teilgenommen, so dass eine Genehmigung ausgeschlossen gewesen sei (Urk. 174 Rz 56). Die Vorinstanz habe BGE 93 II 482 E. 6a nicht richtig verstanden (Urk. 174 Rz 57). An der GV vom 2. März 2006 sei die B3._____ AG als alleinige Aktionärin der dama- ligen B4._____ AG rechtsgültig vertreten gewesen (Urk. 174 Rz 58) und die Ab-

- 23 - findungsvereinbarung sei einstimmig genehmigt worden (Urk. 174 Rz 60). An der GV seien nicht nur der Kläger und C._____, sondern auch die damalige B3._____ AG anwesend gewesen, vertreten durch den einzigen Verwaltungsrat C._____ (Urk. 174 Rz 62 f). Nicht richtig sei der von der Vorinstanz angeführte Stimm- rechtsausschluss. Das OR-Dubs/Truffer-Zitat (N. 8d und 31 zu Art. 698) sei ein Fehlzitat (Urk. 174 Rz 65). C._____ sei Organ der Aktionärin B3._____ AG gewe- sen und habe von Gesetzes wegen Einzelunterschrift gehabt (Urk. 174 Rz 66). Die rechtsgültige Vertretung aller Aktien an der

Generalversammlung der B4._____ AG sei ausdrücklich an der Universalversammlung vom 2. März 2006 protokolliert worden. Das Protokoll könne nicht mehr berichtigt bzw. ergänzt werden und die Beschlüsse vom 2. März 2006 seien nicht angefochten worden (Urk. 174 Rz 69 f.). Die Vorinstanz habe dem Generalversammlungsprotokoll zu Unrecht und ohne Begründung jegliche Bedeutung abgesprochen (Urk. 174 Rz 70). Nach dem Zitat aus der Dissertation von Giger müsse es einen "restlichen" VR geben, der das konfliktbehaftete Geschäft genehmigen könne, was hier gerade nicht der Fall sei (Urk. 174 Rz 71). Ratio legis der Regeln über Interessenkonflikte, wie sie in BGE 112 III 366 f. E. 5a aufgezeigt und in BGer 4A_360/2012 E. 4 und BGer 2C_272/2011 E. 4.2.1 bestätigt würden, sei ausschliesslich der Minderheitenschutz, nicht jedoch der Schutz der Gläubiger, die ausserdem gar nicht zu Schaden gekommen seien (Urk. 174 Rz 73 ff.). Was für Einzelpersonen gelte, gelte auch für eine Zweipersonengesellschaft, wenn beide Personen – wie hier der Kläger und C._____ – gemeinsam zustimmten (Urk. 174 Rz 77). Die Vereinbarung mit dem Kläger sei durch C._____ und D._____ gemeinsam für die damalige B4._____ AG unterzeichnet worden (Urk. 174 Rz 78). Es gebe folgende zwei Varianten: Es werde nur auf die dokumentierten formellen Handlungen der Organe der juristischen Person abgestellt, die eingehalten worden seien: Zustimmung der Generalversammlung der B4._____ AG, welche den GV-Beschluss nicht angefochten habe, so dass die Genehmigung gültig bleibe. Oder es werde eine Art Konzernbetrachtung vorgenommen, wobei dann allerdings der Kläger und C._____ die alleinigen zu schützenden Aktionäre der B2._____ AG seien. C._____, damals einziger Verwaltungsrat der B3._____ AG und der B4._____ AG, und der Kläger hätten zu allem in allen Funktionen zugestimmt, so dass es

- 24 - niemanden zu schützen gebe (Urk. 174 Rz 81). Ob zusätzlich noch ein entsprechender Verwaltungsratsbeschluss vorliege, sei irrelevant und gemäss BGE 133 III 77 E. 5 liege materiell ein Beschluss vor. Genehmigungen könnten nach BGer 4C.212/2002 E. 3.3 und 3.4 auch stillschweigend erfolgen (Urk. 174 Rz 82). Die von der Vorinstanz erwähnte Verrechnung mit einem angeblichen Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (vgl. Urk. 16 Rz 127) komme mangels Beauptung einer solchen nicht in Frage, so dass die Thematik gar nicht hätte aufgebracht werden dürfen (Urk. 174 Rz 85).

3. Die Beklagte hat zur Abgangsentschädigung in der Berufungsantwort Folgendes ausgeführt: Auf den korrekten vorinstanzlichen Entscheidungspunkt des Klägers, dass das Geschäft im Interesse der Beklagten gewesen sei, dass C._____ damals alleiniger VR der damaligen B4._____ AG sowie der B3._____ AG gewesen und das Geschäft eventualiter durch die Generalversammlung genehmigt worden sei (Urk. 182 Rz 47). Es könne nicht im Interesse von Unternehmen sein, die in schwierigen wirtschaftlichen Umbruchphasen seien, zwei Jahresgehälter zu bezahlen (Urk. 182 Rz 50), besonders wenn sie an den Abgang und nicht an Anreize für die zukünftige Tätigkeit gebunden seien (Urk. 182 Rz 51). Unzutreffend sei, dass C._____ und der Kläger die einzigen möglichen Führungspersonen gewesen seien, was weder zugestanden noch bisher behauptet worden sei (Urk. 182 Rz 54). Die Behauptung, dass der Kläger damit als Führungskraft gehalten werden sollte, könne schon deshalb nicht zutreffen, weil die Abgangsentschädigung für den Kündigungsfall vereinbart worden sei (Urk. 182 Rz 54 f.). Willkürlich und einseitig sei, dass die Entschädigung unabhängig vom Kündigungsgrund habe bezahlt werden müssen (Urk. 182 Rz 56). Die Angaben des Klägers zu Bilanz und Umsatz seien bestritten und

irrelevant. Zur Bilanzsumme sei im vorinstanzlichen Verfahren denn auch nicht plädiert worden (Urk. 182 Rz 59). Die Frage der – bestrittenen – Marktüblichkeit sage nichts darüber aus, ob eine Abfindung tatsächlich im Interesse der Arbeitgeberin vereinbart worden sei (Urk. 182 Rz 63). Nicht die Beklagte, die das allerdings getan habe, sondern der Kläger müsse das Vorliegen eines Interesses bei der Beklagten behaupten und belegen, was nicht gelungen sei (Urk. 182 Rz 64 f.). Wegen C._____

- 25 - als alleinigem Verwaltungsrat der B4._____ AG und dem Kläger, der dort nicht im Verwaltungsrat gewesen sei, halte der Kläger die Annahme eines Interessenkonflikts wegen des übers Kreuz-Kontrahierens für unzulässig (Urk. 182 Rz 66). Gemäss dem Kläger hätten C._____ und er am 26. Januar 2006 sämtliche Aktien der B2._____ AG erworben. Es sei nicht klar und es werde auch vom Kläger nicht gesagt, inwiefern dies in Bezug auf die (bestrittene) Abfindungsvereinbarung u.a. zufolge des eklatanten Interessenkonflikts von Relevanz gewesen sei, so dass die Beklagte dazu keine Stellung nehmen müsse. Ausserdem werde verschwiegen, dass C._____ und der Kläger die fraglichen Aktien im Rahmen eines Treuhandverhältnisses für B.'_____ erworben hätten. Jedenfalls habe die Legitimation gefehlt, um sich gegenseitig Abfindungsansprüche zuzuhalten (Urk. 182 Rz 67). Der Kläger blende aus, dass nicht nur er selber bezüglich den (umstrittenen) Abfindungsvereinbarungen in einem eklatanten Interessenkonflikt gewesen sei (Urk. 182 Rz 68). Es gebe keine rechtsgültige Genehmigung der Abfindungsvereinbarungen durch die Generalversammlung. Nach der Vorinstanz sei richtigerweise Zurückhaltung geboten, weil es mit Blick auf den Vertretenen ein grundsätzliches Verbot solcher Geschäfte gebe. Die sog. "Generalversammlung" habe daher die strittigen Vereinbarungen nicht gültig genehmigen können (Urk. 182 Rz 69). Ein eklatanter Interessenkonflikt schliesse eine Genehmigung des fraglichen Geschäfts aus. Es gebe keine Verwaltungsrats- und Generalversammlungsbeschlüsse der damaligen B4._____ AG, der B3._____ AG und der B2._____ AG, eventualiter keine gültigen Beschlüsse des Verwaltungsrates bzw. der Generalversammlung der genannten Gesellschaften. C._____ und dem Kläger sei der eklatante Interessenkonflikt bekannt gewesen. Rechtsanwalt H._____ habe in seiner Stellungnahme vom 2. März 2006 unmissverständlich festgestellt, dass die verlangte Abgangsentschädigung mit der Treuepflicht von Verwaltungsräten und Arbeitnehmern nicht vereinbar sei. Das Protokoll der Generalversammlung vom 2. März 2006 sei ebenfalls von Rechtsanwalt H._____ angefertigt worden und sei dem Kläger und C._____ gleichzeitig mit seiner rechtlichen Einschätzung zur Verfügung gestellt worden (Urk. 182 Rz 72). Es würde keine Verwaltungsratsbeschlüsse geben, die C._____ und den Kläger zur Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung ermächtigt hätten, so dass es keine gültige Ver-

- 26 - sammlung und keine gültigen Beschlüsse gegeben habe (Urk. 182 Rz 73). C._____ sei weder zur Einberufung noch zur Durchführung der Generalversammlung ermächtigt worden. Auch sei der Kläger nicht zur Vertretung der Aktien der damaligen B4._____ AG und zur Ausübung der Stimmrechte legitimiert gewesen. Der Kläger behaupte nicht einmal, dass ein Beschluss des Verwaltungsrates der B3._____ AG vorliege, gestützt auf welchen er zur Teilnahme an der besagten Generalversammlung, zur Vertretung der Aktien und zur Ausübung der Stimmrechte ermächtigt gewesen wäre (Urk. 182 Rz 74). Aus dem Protokoll der nichtigen GV der B4._____ AG vom 2. März 2006 könne nicht gleichzeitig auch ein Verwaltungsratsbeschluss der B3._____ AG abgeleitet werden (VI E. 3.4.1). Ein Verwaltungsratsbeschluss hätte wegen des eklatanten Interessenkonflikts ohnehin nicht

gefällt werden können (Urk. 182 Rz 75 f.). Das hätten der Kläger und C._____ gewusst, wie die Stellungnahme H._____ zeige (Urk. 182 Rz 76). Der Kläger habe gewusst, dass ab dem 1. Juli 2005 wegen der verschlechterten Ertrags- und Liquidationssituation keine Zinsen auf Darlehen mehr bezahlt worden seien (Urk. 182 Rz 78). Das habe umso mehr für die umstrittenen Abfindungen gelten müssen. Sei der Kläger u.a. wegen der angespannten Ertrags- und Liquidationslage nicht legitimiert gewesen, Darlehenszinsen von EUR 180'000.- zu kassieren, so gelte dies umso mehr für die Abfindung von Fr. 500'000.-, was auch C._____ gewusst habe (Urk. 182 Rz 78). Der Verwaltungsrat der B3._____ AG sei an der Generalversammlung der B4._____ AG vom 2. März 2006 nicht vollzählig anwesend gewesen und dass C._____ als einziger Verwaltungsrat der B3._____ AG die genannte Generalversammlung als Präsident geleitet habe, sei nicht zutreffend (Urk. 182 Rz 79). C._____ und der Kläger hätten die Aktien der B2._____ AG nicht für sich selbst erworben, sondern für die B.'_____, mit der C._____ und der Kläger am 26. Januar 2006 eine Optionsvereinbarung mit der jederzeitigen Übernahmefähigkeit der Aktien geschlossen hätten (Urk. 182 Rz 80). Es liege ein treuhänderischer Erwerb vor. Ohnehin seien C._____ und der Kläger nicht autorisiert gewesen, Entscheidungen zum Nachteil und zu Lasten einzelner Gruppengesellschaften und der B1._____ gesamthaft und zum Nachteil der B.'_____ zu treffen. Eine Ermächtigung der B.'_____ für die Abfindungsvereinbarung und die Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung habe es nicht gegeben (Urk. 182 Rz 81).

4. a) Im Zusammenhang mit der umstrittenen Pflicht zur Bezahlung der Abgangschädigung von Fr. 500'000.- ist zunächst der Kontext zu rekapitulieren: F._____ AG einerseits sowie C._____ und der Kläger andererseits hatten am 26. Januar 2006 das Stock Purchase Agreement geschlossen. Vertragsgegenstand waren die von F._____ AG gehaltenen Aktien der B2._____ AG sowie ein Darlehen an dieselbe (Urk. 18/9). Die hier interessierenden Passagen des Vertrages lauten im Original (Urk. 18/9 S. 2): "1.1 Sale and Purchase of Shares: Subject to the terms and conditions defined herein, Seller hereby agrees to sell to Purchasers (C._____/Kläger) and Purchasers agree to buy jointly from Seller 4'364'486 shares of the Company (B2._____ AG) with a nominal value of CHF 1.50 each, (the "shares")."

E. 17

und 24. Oktober 2005 nur aus Gründen der Klärung der Zulässigkeit der Upstream-Finanzierungen erfolgt sei, sei neu (Urk. 182 Rz 100 ff.). Es sei wegen der ausserordentlich angespannten Liquiditätslage für den ganzen Konzern ausgesprochen worden (Urk. 182 Rz 106 f.). Der Verwaltungsrat habe das Überleben der gesamten Gruppe im Auge behalten müssen (Urk. 182 Rz 106). Unmassgeblich sei die Behauptung des Klägers, dass C._____ und er im Oktober 2006 die einzigen Verwaltungsräte gewesen seien, so dass mit der von ihnen beschlossenen Auszahlung der Darlehenszinsen der Verwaltungsratsbeschluss vom Oktober 2005 ersetzt worden sei (Urk. 182 Rz 108 f.).

5. a) Unbestritten ist, dass im Oktober 2005 ein Verwaltungsratsbeschluss mit einem konzernweiten Zinsmoratorium ergangen ist. Die Parteien sind sich einig, ob dieses Zinsmoratorium für den Kläger (und für C._____) im Septem-

- 47 - ber/Oktober 2006 (noch) Geltung hatte. Der Kläger weist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hin, dass im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlung nur der Kläger und C._____ Verwaltungsräte der beteiligten B2._____ -Gesellschaften gewesen seien und dass

damit die Bindung an den Verwaltungsratsbeschluss aus dem Jahr 2005 entfallen sei.

b) Will von einem Verwaltungsratsbeschluss abgewichen werden, bedarf es dazu eines neuen Verwaltungsratsbeschlusses. Der Kläger weist in der Berufung daraufhin, dass das Zinsmoratorium im Verwaltungsratsbeschluss vom 17. Oktober 2005 nur deshalb erfolgt sei, weil die Frage der Upstream-Finanzierung nicht geklärt gewesen sei und auch die Beklagte habe nicht behauptet, dass diese Problematik im Zeitpunkt der Auszahlung des Darlehenszinses weiter bestanden habe, so dass der Verwaltungsratsbeschluss von 17. Oktober 2005 kein Hindernis (mehr) gewesen sei; die "ungeklärte Frage" habe gar nicht mehr bestanden (Urk. 174 Rz 114). Das Verwaltungsratsprotokoll vom 17. Oktober 2005, das als Urk. 18/29 zu den Akten gegeben wurde, enthält auf S. 2 unter "3. Seite 7 (Cash Pooling)" folgenden Text: "Herr K._____ wies darauf hin, dass das cash pooling bei der B4._____ noch unter rechtlichen Gesichtspunkten angesehen werden muss. Des weiteren wurde diskutiert, inwieweit die Zinszahlung der B2._____ an die Investoren eine Upstream-Finanzierung darstellt, da die B2._____ dieses Geld von den Töchtern erhält. Es wurde entschieden, keine Zinsen mehr zu zahlen, bevor dies nicht eindeutig abgeklärt ist". Anzumerken ist, dass die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren neben der Upstream-Problematik erwähnt hatte, dass die Verantwortlichen bereits ab dem 1. Juli 2005 wegen der verschlechterten Ertrags- und Liquiditätsslage die Zinszahlungen eingestellt hätten (Urk. 16 Rz 95 f., Rz 157) und dass die Upstream-Problematik vom Kläger erst in der Berufung (Urk. 174 Rz 109 ff.) angesprochen wurde, was nach Ansicht der Beklagten verspätet ist (Urk. 182 Rz 100). Tatsächlich hat die Beklagte die Upstream-Thematik selber in den Prozess eingeführt, wobei sie auch erwähnt hat, dass die Zinszahlungen ab 1. Juli 2005 wegen der schlechten Ertragslage eingestellt worden seien (Urk. 16 Rz 94 f.).

- 48 -

Upstream-Finanzierungen werden als grundsätzlich heikel bezeichnet (vgl. dazu Peter V. Kunz, Grundlagen des Konzernrechts der Schweiz, Bern 2016, Rz 731 ff., insbes. Rz 736). Der Kläger behauptet pauschal und geht auch nicht näher darauf ein, wie und wann sich die Fragen betreffend Upstream-Finanzierung geklärt haben sollen, obwohl es an ihm – und nicht an der Beklagten – gewesen wäre, diesbezüglich präzise Behauptungen aufzustellen und Klarheit zu schaffen. Aus dem Moratorium schliessen zu wollen, dass Zinszahlungen der B2._____ AG mit Mitteln der B3._____ AG deswegen geradezu geboten seien, wie der Kläger anführt (Urk. 174 Rz 115), ist nicht nachvollziehbar, so dass der Frage nach dem Bestand und der Gültigkeit eines den Verwaltungsratsbeschluss von 2005 ersetzenden Verwaltungsratsbeschlusses nachzugehen ist.

c) Richtig ist, dass vertragliche Verpflichtungen gegen aussen nicht durch interne und einseitige Beschlüsse beeinflusst werden können. Allerdings können diesbezüglich durchaus interne Entscheidungen getroffen werden und es kann die Geltendmachung seitens der Gläubiger auf dem Vollstreckungswege abgewartet werden, wenn auch – bei völliger Zahlungseinstellung – mit einem gewissen Risiko, dass Gläubiger die Konkurseröffnung verlangen könnten (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Darum geht es hier allerdings nicht.

d) Am 17. und 24. Oktober 2005 wurde das Zinszahlungsmoratorium – in Anwesenheit von C._____ und dem Kläger, wie die Beklagte erwähnt und sich aus dem Protokoll (Urk. 18/20 und /30) ergibt – beschlossen, so dass davon auszugehen ist, dass auch die Lockerung dieses Moratoriums einen Beschluss erfordert hat. Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, sie

habe BGE 133 III 77 E. 5 ver- kannt, wonach Verwaltungsratsbeschlüsse auch ohne Sitzung und Protokoll zu- stande kommen könnten. Aber auch wenn das zutrifft, muss dennoch feststehen, wann und wie ein Beschluss informell zustande gekommen ist (zulässig sind Zir- kulationsbeschlüsse, auch auf elektronischem Weg, sowie Universalversammlun- gen [vgl. BSK OR II-Wernli/Rizzi, 5. Auflage 2016, N. 4 und 20 zu Art. 713]). Dazu schweigt der Kläger und weist einzig darauf hin, dass C._____ und er im mass- geblichen Zeitpunkt die einzigen Verwaltungsräte der B2._____ AG gewesen sei- en (Urk. 174 Rz 116), was per se nicht für einen konkludenten Beschluss ausrei-

- 49 - chen würde. Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte selber Urkunden (Urk. 18/25b, 18/26b, 18/27, 28a) eingereicht habe, die belegen würden, dass nicht nur ihm, sondern auch C._____ als weiterem Darlehensgläubiger gesamt- haft EUR 180'000.- ausbezahlt worden seien. Das mache klar, dass die Zinszah- lungen von je EUR 180'000.- vom Willen sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder al- ler Konzerngesellschaften gedeckt gewesen seien (Urk. 174 Rz 117).

e) Die Beklagte bestreitet, dass rechtsgültig über die geleisteten Zinsen be- schlossen worden sei: Der Kläger habe seine Frau, L._____, Leiterin der Finanz- buchhaltung der B3._____ AG mündlich angewiesen, die entsprechenden Zah- lungen vorzunehmen (Urk. 16 Rz 98). C._____ habe den ohne sein Wissen und auf Veranlassung des Klägers überwiesenen Betrag der B3._____ AG selbstver- ständlich zurückerstattet, ohne dass es einer Aufforderung bedurft hätte (Urk. 16 Rz 99). Dass es keinen Verwaltungsratsbeschluss gebe, mit dem auf das Zinsmo- ratorium zurückgekommen worden sei, sei seitens des Klägers vor Vorinstanz nicht bestritten worden. Es treffe auch nicht zu, dass C._____ die Darlehenszah- lung angenommen habe und damit die Auszahlung der Zinsen durch sein Einver- ständnis gedeckt sei (Urk. 182 Rz 108 f.).

f) Der Kläger seinerseits macht geltend, dass die Beklagte nicht behauptet habe, dass C._____ die Zinszahlungen nicht angenommen habe, woraus sich sein Wille zur Auszahlung von Darlehenszinsen ergebe (Urk. 174 Rz 117). Dabei ist allerdings offen, was der Kläger unter Annahme der Zinsen versteht. War die Zinszahlung keine beschlossene Sache, so kann einzig aus der Gutschrift auf das Konto von C._____ nicht auf Annahme geschlossen werden, weil es für die Kon- togutschrift keiner Willensbetätigung des Empfängers bedarf. Wenn die Beklagte geltend macht, C._____ habe die bezahlten Zinsen unaufgefordert zurückerstattet (Urk. 182 Rz 109, Urk. 16 Rz 99), und sich der Kläger dazu nicht äussert, so ist auf diese Behauptung abzustellen. Selbst wenn man die Zulässigkeit von konclu- denten Verwaltungsratsbeschlüssen bejaht, stünde die (unbestrittene) Rückerstat- tung der bezahlten Darlehenszinsen durch C._____ der Annahme eines gültigen VR-Beschlusses entgegen, was zum Schluss führt, dass es keinen – auch keinen

- 50 - konkludenten – Verwaltungsratsbeschluss betreffend (ganzer oder teilweiser) Aufhebung des Zinsmoratoriums bzw. zu zahlender Zinsen gegeben hat.

6. a) Der Kläger beanstandet, dass der widerklageweise eingeklagte Scha- den nicht von der dazu legitimierten Konzerngesellschaft geltend gemacht worden sei. Es stelle sich die Frage, welche Rechte die formelle Arbeitgeberin aus der angeblichen arbeitsrechtlichen Treuepflichtverletzung (als Partei des Arbeitsver- trages) im Konzernrahmen geltend machen könne. Aus BGE 130 III 213 ff. erge- be sich, dass nur der formellen Arbeitgeberin Rechte aus Treuepflichtverletzun- gen zustehen würden, dass sie den Schaden, den eine andere Konzerngesell- schaft erlitten haben wolle, hingegen nicht einfordern dürfe. Das sei

auch im obergerichtlichen Rekursverfahren LN080044 (Urk. 78 S. 27 oben) nicht erwogen worden (Urk. 174 Rz 122).

b) Die Beklagte führt dazu aus, dass die Darlehenszinsen zu Lasten der Konten der B3. _____ AG gegangen seien. Das sei zufällig und nur wegen der dort vorhandenen Liquiditäten geschehen. Es spiele keine Rolle, von welcher Gruppengesellschaft die EUR 180'000.– letztlich bezahlt worden seien. Wegen der konzernweiten Treuepflicht sei der Griff in die Kasse irgendeiner Gruppengesellschaft unzulässig gewesen. Dass die formelle Arbeitgeberin keinen Schaden erlitten habe, treffe auch nicht zu.

c) Formelle Arbeitgeberin des Klägers war zunächst die B3. _____ AG (Urk. 3/2). Im Jahre 2003 wurde das Arbeitsverhältnis auf die B4. _____ AG übertragen (Urk. 3/3, 3/5), in deren Namen am 6. März 2006 auch die "Anpassung des Arbeitsverhältnisses" erfolgte (Urk. 3/6). Überwiesen wurden die Darlehenszinsen aus Mitteln der B3. _____ AG (Urk. 174 Rz 121 f.), nach der Beklagten rein zufällig, weil es dort genügend Liquidität gegeben habe (Urk. 182 Rz 92). Der Kläger erwähnt die Fusion der B3. _____ AG mit der damaligen B4. _____ AG mit Wirkung per 30. Juni 2008, wodurch die Person der angeblich Geschädigten mit der Person der arbeitsvertraglich Berechtigten zusammengefallen sei (Urk. 174 Rz 124). Auch im Rekursentscheid wurde die Fusion thematisiert und festgehalten, dass ein damit verbundener Parteiwechsel ipso iure erfolgt sei (Urk. 78 S. 11). Prätendenten zur Geltendmachung der Rückleistung der zu Unrecht be-

- 51 - zahlten Zinsen sind zum einen die B4. _____ AG als formelle Arbeitgeberin, auf die es inzwischen allerdings nicht mehr ankommt, weil sie infolge der Fusion erloschen ist, die B3. _____ AG, die die B4. _____ AG infolge Fusion absorbierte (und dieser zu Prozessbeginn, nämlich am 25. Juni 2007, noch alle (bezüglichen) Ansprüche gegen den Kläger abgetreten hat [Urk. 18/35]) und ab deren Konto die Zinsen überwiesen wurden. Weiter liegt ein Assignment of Claims der B. _____ vom 20. Juni 2007 vor (Urk. 18/34), die ebenfalls ihre Ansprüche aus der Zahlung der Darlehenszinsen abgetreten hat.

d) Zu klären ist damit noch die Situation bezüglich der Konzernmutter, der B2. _____ AG, die an sich die Darlehensschuldnerin war und damit in einem hier nicht gegebenen direkten Verhältnis auch die Gläubigerin zuviel bezahlter Darlehenszinsen wäre. Anders ist es hier, weil nicht die Konzernmutter als Schuldnerin die Zinsen bezahlt hat. Der Kläger behauptet nicht, dass die B2. _____ AG – und das ist hier der springende Punkt – die Tochter B3. _____ AG angewiesen hat, die Zinszahlung zu Gunsten des Klägers (und C. _____s) auszuführen, im Gegenteil bestand ja gerade das Zinsmoratorium. Diese Situation entspricht dem Beispiel für Weisungsfälle bei Ingeborg Schwenzer (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, Rz 56.23): Eine Bank hat aufgrund eines nicht unterschriebenen Checks eines Kunden Geld überwiesen. Für eine Rückerstattung muss sie sich damit unmittelbar an den Zahlungsempfänger halten; ein Vertragsverhältnis zwischen dem Aussteller des unterschriebenen Checks und dem Zahlungsempfänger gibt es diesfalls nicht. Ein solches Vertragsverhältnis wird auch nicht dadurch hergestellt, dass der Aussteller des Checks der Bank die unautorisiert vorgenommene Zahlung ersetzt.

aa) Hinsichtlich der Konzernmutter macht der Kläger geltend, diese hätte – weil sie Darlehensschuldnerin und damit zur Zahlung der Darlehenszinsen verpflichtet gewesen sei – die bezahlten Zinsen intern auch tatsächlich ausgeglichen. Diesen erfolgten Ausgleich wolle der Kläger im Beweisverfahren nachweisen, weil dann der Beklagten kein Schaden

entstanden sei; die Vorinstanz habe das von ihm verlangte Beweisverfahren deshalb zu Unrecht nicht durchgeführt (Urk. 174 Rz 126 ff.).

- 52 -

bb) Die Vorinstanz hatte in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es grundsätzlich möglich sei, dass der B3._____ AG wegen der erfolgten Zinszahlung ein Vergütungsanspruch zugestanden habe. Wegen des weltweiten Zinsmatoriums entbehre ein solcher Ersatzanspruch jedoch einer rechtlichen Grundlage. Der Verwaltungsrat der B2._____ AG habe mit dem Zinsmatorium für alle Gruppengesellschaften des ganzen Konzerns Vermögensverminderungen vermeiden wollen. BGE 130 III 213 ff., der sich zu Handlungen innerhalb von Konzernen äussere, die zwar die eigene Arbeitgeberin, nicht aber den Konzern insgesamt schädigten, sei hier gerade nicht einschlägig, weil die Zinszahlungen dem Konzerninteresse insgesamt zuwidergelaufen seien (Urk. 175 S. 36 f.).

cc) Die Beklagte, die den Vergütungsanspruch bestreitet, weist darauf hin, dass nicht der Kläger darüber zu entscheiden hatte, wann und an wen die Darlehenszinsen bezahlt wurden, weil ein solcher Entscheid allein dem Schuldner zustehe. Der Kläger habe nicht nur gegen das Zinsmatorium verstossen, sondern er sei nicht berechtigt gewesen und habe sich letztlich selbst aus der Kasse der B3._____ AG bedient (Urk. 182 Rz 97 ff.).

dd) Ein Beweisverfahren müsste dann durchgeführt werden, wenn es aus rechtlicher Sicht darauf ankäme, ob es den behaupteten Ausgleich tatsächlich gegeben hat. Das ist – weil es an der Anweisung zur Zahlung der Zinsen durch die B2._____ AG gefehlt hat – nicht der Fall, weil für die Rückerstattung einzig der Zahlungsempfänger, d.h. der Kläger, in Frage kommt. Eine allfällige "Doppelzahlung" in dem Sinne, dass die Beklagte sowohl über die Rückzahlung des Klägers als auch über die Vergütung der B2._____ AG verfügen könnte, müssten Mutter und Tochter bilateral bereinigen. Ist der Kläger unabhängig davon, ob die Zinszahlungen durch die B2._____ AG an die Beklagte ersetzt wurde, rückleistungspflichtig, so besteht für ihn kein Grund, eine solche Zahlung nachzuweisen. Die Vorinstanz hat daher die Durchführung eines Beweisverfahrens zur Frage, ob die Beklagte für die geleisteten Zinsen bereits einen Ausgleich erhalten hat, zu recht unterlassen.

e) aa) Der Kläger macht geltend, die B4._____ AG habe als formelle Arbeitgeberin keinen Schaden erlitten. Deshalb habe sie sich seinerzeit auch von der

- 53 - damaligen B3._____ AG den angeblichen Schadenersatzanspruch abtreten lassen müssen, um Widerklagen führen zu können. Die formelle Arbeitgeberin – das war die B4._____ AG – könne nicht den Schaden einer anderen Konzerngesellschaft einfordern. Das Obergericht habe im Rekursverfahren zu dieser Frage nicht Stellung genommen, sondern lediglich festgehalten, dass die Beklagte eine Vertragsverletzung geltend machen könne (Urk. 174 Rz 122). Durch die Abtretung eines nichtarbeitsvertraglichen Anspruchs (der Zinsrückforderung) an die formelle Arbeitgeberin werde dieser Anspruch nicht zu einem arbeitsrechtlichen (Urk. 174 Rz 123). Die Fusion per 30. Juni 2008 ändere an diesem Resultat nichts. Zwar sei mit der Fusion die Person der angeblich Geschädigten mit der Person der arbeitsvertraglich Berechtigten zusammengefallen. Da die Widerklage allerdings vor der Fusion erhoben worden sei und die Voraussetzungen zur Widerklageerhebung bei der Einreichung der Klageantwort bereits bestanden haben müssten, sei aufgrund der Zession eine nicht arbeitsvertragliche Forderung geltend gemacht worden, was im Rahmen eines arbeitsrechtlichen Verfahrens nicht zulässig sei (Urk. 174 Rz 124).

bb) Soweit ersichtlich will der Kläger damit sowohl die Zuständigkeit als auch die Legitimation in Frage stellen.

Im Rekursentscheid vom 19. Februar 2010 (Urk. 78), auf den der Kläger Bezug nimmt, ging es um die (örtliche) Zuständigkeit für die Widerklage, mit der die Zahlung von EUR 180'000.– (nebst Zinsen) an die Beklagte verlangt worden war (beklagt war im erstinstanzlichen Verfahren zum Zeitpunkt der Klageantwort und Widerklageerhebung am 25. Juni 2007 die B4._____ AG [Urk. 16]). Im Rekursentscheid wurde zur Frage der Parteifähigkeit und Legitimation der Beklagten (auf dem Rubrum erschien nunmehr die B3._____ AG) zusammengefasst Folgendes ausgeführt: Der Kläger habe geltend gemacht, mit der Publikation im SHAB vom tt.mm 2008 habe die B3._____ AG mit der B4._____ AG fusioniert und die B4._____ AG sei gleichentags im Handelsregister gelöscht worden, so dass sie keine rechtliche Existenz mehr habe und ihr damit die Parteifähigkeit fehle. Es genüge daher, die Parteibezeichnung zu berichtigen (Urk. 78 S. 11). Zur Frage des Eintretens auf die Widerklage wurde im Rekursentscheid darauf hingewiesen,

- 54 - dass die Widerklagebegründung grundsätzlich auf Arbeitsrecht gestützt werde, indem mit der Widerklage die Rückforderung von Darlehenszinsen geltend gemacht werde, die der Kläger namentlich in Verletzung seines Arbeitsvertrages, insbesondere der Treuepflicht, und ohne von der Beklagten ermächtigt zu sein, auf sein Konto überwiesen habe (Urk. 78 S. 24), so dass Haupt- und Widerklage auf dem Arbeitsverhältnis beruhen würden, was die örtliche Zuständigkeit für die Widerklage sowohl gemäss Art. 6 Ziff. 3 LugÜ als auch gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ begründe (Urk. 78 S. 26 E. f).

cc) Was die Zuständigkeit anbelangt, wurde diese im Rahmen des Rekursverfahrens gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 und Art. 6 Ziff. 3 LugÜ bejaht. Dieser Entscheid ist ans Kassationsgericht des Kantons Zürich weitergezogen worden, welches die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen hat, so weit es darauf eintrat (Urk. 88 S. 29). Ein Weiterzug ans Bundesgericht ist nicht erfolgt. Die Zuständigkeitsfrage ist mit dem Rechtsmittelentscheid verbindlich entschieden worden, weil eine mögliche Beschwerde ans Bundesgericht i.S.v. Art. 92 Abs. 1 BGG nicht ergriffen wurde (Art. 92 Abs. 2 BGG) und die Zuständigkeit damit nicht mehr thematisiert werden kann.

Warum es in der Legitimationsfrage von Bedeutung sein soll, ob die abgetretene Forderung arbeitsrechtlich ist oder nicht, ist nicht ersichtlich, berechtigt doch eine gültige Abtretung ohne weiteres zur Geltendmachung der abgetretenen Forderung. Dass die Abtretung im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage nicht erfolgt gewesen sein sollte, behauptet der Kläger nicht. Aber auch eine spätere Abtretung der Forderung (oder ein sonstiger Erwerb der Legitimation) müsste berücksichtigt werden, weil sowohl nach altem wie auch nach neuem Recht die Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsfällung massgeblich ist und während dem Prozess eintretende Tatsachen noch beachtet werden müssen (Hans Ulrich Wald/Béatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage 2009, § 19 Rz 15 mit Beispiel der [Rück]-Zession einer Forderung in Rz 16). Seit der Fusion ist die Beklagte – unabhängig von der zuvor erfolgten Zession – ohnehin berechtigt, auch Ansprüche der absorbierten B4._____ AG geltend zu machen.

- 55 -

dd) Was das von der Beklagten behauptete und bereits vorne (E. II./4.i) verneinte Treuhandverhältnis anbelangt, geht es um die Tragweite der Formulierung in Art. 2 der Optionsvereinbarung, wonach B.'_____ "will replace Transferors (d.h. den Kläger und

C._____) as a contractual party to the Stock Purchase Agreement, dated January 26, 2006 and will assume all rights, obligations and liabilities, whether known or unknown". Klärungsbedürftig ist diesbezüglich, ob der Eintritt in den Vertrag rückwirkend erfolgen sollte. Bei Bejahung der Rückwirkung würde dies dazu führen, dass Zinsguthaben für die Zeit ab dem 26. Januar 2006 nach erfolgtem Vertragseintritt B.'_____ zugestanden hätten. Der Kläger hat darauf hingewiesen, dass zwar eine "Rückwirkung" vereinbart werden könne, dass je- doch absolute Rechte, u.a. die Inhaberschaft von Forderungen, sachlogisch nicht rückwirkend geändert werden könnten. B.'_____ sei erst am 6. November 2006 Aktionärin der B2.____ AG und damit erst danach Gläubigerin der Darlehensfor- derung geworden (Urk. 25 Rz 115). Das ist insoweit richtig, als B.'_____ die Zin- sen erst nach erfolgter Optionsausübung selber geltend machen konnte. Daraus folgt allerdings nicht, dass der Einwand der Beklagten, wegen der Legalzession von Art. 401 Abs. 1 OR hätte der Kläger überhaupt kein Recht gehabt, Darle- henszinsen einzufordern (Urk. 16 Rz 140), zutrifft. Gemäss dem durch die Opti- onsausübung vereinbarten rückwirkenden Eintritt in den Vertrag stehen allerdings allfällig zwischen dem Vertragsschluss und der Optionsausübung durch den Klä- ger bezogene Zinsen nicht mehr ihm, sondern B.'_____ zu, die nach erfolgter Op- tionsausübung berechtigt sein muss, das zwischenzeitlich Bezogene beim Kläger einzufordern. Da B.'_____ ihre Ansprüche gegen den Kläger an die Beklagte ab- getreten hat (Urk. 18/35), steht ihr die Zinsrückforderung jedenfalls nicht mehr zu. So oder so ist daher der Rückerstattungsanspruch der Beklagten zu bejahen. IV. Lohnforderungspflicht der Beklagten

1. Die Vorinstanz ist ursprünglich von einem Anspruch des Klägers von Fr. 161'077.05 ausgegangen (Urk. 175 E. IV 1.) und hat die Forderung dann auf- grund einer Vorteilsanrechnung in der Höhe eines halben Monatslohnes mit Zu- stimmung des Klägers auf Fr. 152'238.30 formlos reduziert (Urk. 175 S. 27 E. 3), was nicht beanstandet worden ist. Zur Anrechnung des Ersatzeinkommens bzw.

- 56 - der Vorteilsanrechnung hat sie die vom Kläger eingereichten Beweisurkunden dahingehend gewürdigt, dass er mit 2007 erbrachten Leistungen als selbständig Erwerbender keine Einkünfte erzielt habe. Die Beklagte mache zwar geltend, das Beweisverfahren sei nicht vollständig durchgeführt und die verlangten Unterlagen seien nur unvollständig eingereicht worden, sie verzichte jedoch auf weitere Be- weisanträge. Für die Vorinstanz bestehe keine Veranlassung, an der Richtigkeit und Vollständigkeit der vorgelegten Angaben zu zweifeln, so dass kein Grund be- stehe, weshalb zur Edition weiterer Dokumente aufgefordert werden sollte. Die Beklagte verlange, dass sich der Kläger andere Vorteile anrechnen lasse, nämlich die Tatsache, dass er sich während der Freistellungszeit dem Aufbau seines Ge- schäftes habe widmen können, wofür sie sich auf den Entscheid des Kantonsge- richts St. Gallen in JAR 2010 S. 578 ff. berufe. Der Kläger mache hingegen gel- tend, dass der Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit gerade nicht erfolg- reich gewesen sei (Urk. 175 S. 26). Im St. Galler Entscheid habe der dortige Ar- beitnehmer auf ein bestimmtes, rund zwei Monate zuvor bekannt gegebenes Da- tum hin die selbständige Tätigkeit aufgenommen. Er habe in jenem Zeitraum Ver- tragsverhandlungen geführt und Zeit und Ressourcen in die Selbständigkeit inves- tiert, so dass deswegen kein Lohnanspruch mehr bestanden habe, was sich im vorliegenden Fall nicht rechtfertige. Die Beklagte verlange gegebenenfalls die An- rechnung eines Vorteils nach Ermessen, weil der Kläger die gesamte Zeit, die er normalerweise für die unselbständige Lohnarbeit aufgewendet habe, für den Auf- bau seines Geschäftes habe

einsetzen können. Wegen dieser Investition in sein Unternehmen müsse der nach der Zeit der Freistellung erzielte Gewinn berücksichtigt werden. Der Kläger bestreite, dass eine Vorteilsanrechnung vorzunehmen sei, weil er gar keinen Vorteil aus dem Versuch einer selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt habe. Er sei allerdings mit der Anrechnung von höchstens einem halben Monatslohn einverstanden (Urk. 175 S. 26 f.). Nach der Vorinstanz fällt auch in Betracht, dass der Kläger im Kündigungsschreiben vom 11. Dezember 2006 darauf hingewiesen worden sei, dass er bis Ende 2007 das monatliche Salär wie üblich erhalte, dass die Beklagte sich aber vorbehalten habe, das anderweitig erzielte Erwerbseinkommen vom Salär abzuziehen. Ausserdem sei der Kläger auf die Meldepflicht bei Antritt einer neuen Stelle hingewiesen worden. Eine ander-

- 57 - weitige Vorteilsanrechnung sei nicht vorbehalten worden. Das Konkurrenzverbot habe den Kläger stark eingeschränkt und er habe bis Ende 2007 und dann auch noch im Jahr 2008 gar kein Erwerbseinkommen erzielt, so dass nur der zugestandene Betrag in Abzug zu bringen sei (Urk. 175 S. 27).

2. Der Kläger hat in der Berufung an der Lohnfortzahlungsforderung gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid festgehalten (Urk. 174 Rz 6, Rz 87) und sich weiterhin mit der vorgenommenen Kürzung um einen halben Monatslohn einverstanden erklärt (Urk. 174 Rz 88).

3. Die Beklagte macht zur Lohnzahlung im Berufungsverfahren geltend, die Vorinstanz habe nach Durchführung eines unvollständigen Beweisverfahrens entschieden, was nicht richtig sei (Urk. 182 Rz 126 ff.). Es seien nicht alle vom Kläger verlangten Unterlagen eingereicht worden, was die Feststellung, dass der Beweis nicht erbracht worden sei, unhaltbar mache (Urk. 182 Rz 128). Der Abzug, welchen die Vorinstanz vorgenommen habe, sei unzureichend gewesen und hätte mindestens sechs Monatsgehälter, nämlich Fr. 106'064.70, ja sogar die gesamte Lohnforderung ausmachen müssen. Für den Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit seien erfahrungsgemäss mindestens sechs Monate erforderlich, während denen Kontakte geknüpft und Mandate abgeschlossen würden. Der Kläger habe die Aufbauarbeit während der Freistellungsperiode erledigen können, was vollumfänglich an die Lohnforderung anzurechnen sei (Urk. 182 Rz 129).

4. Zu diesen Ausführungen bezüglich der Beendigung der Lohnzahlungspflicht ist anzuführen, dass die Beklagte damit eine Verminderung der von der Vorinstanz als ausgewiesen erachteten Lohnforderung verlangt. Im Rechtsmittelverfahren ist allerdings eine Veränderung zu Ungunsten der Gegenpartei nur dann zulässig, wenn diesbezüglich ein eigenes Rechtsmittel oder ein eigenes Anschlussrechtsmittel eingereicht wird (vgl. z.B. ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N. 107 vor Art. 308 ff.). Die Beklagte hat zwar eine Anschlussberufung eingereicht, in der sie die Gründe für eine Herabsetzung aus ihrer Sicht auch erörtert (Urk. 182 Rz 128 und 129). Hingegen betrifft der gestellte Antrag lediglich die Rückzahlungen der vom Kläger bezogenen Darlehenszinsen, so dass es beim zugesprochenen Betrag von Fr. 152'238.30 sein Bewenden haben muss. Die an sich richtige Sach-

- 58 - darstellung, dass der Kläger nicht alle verlangten Unterlagen eingereicht hat, braucht deshalb auch keiner weiteren Erörterung. Anzumerken ist allerdings, dass bereits die Vorinstanz darauf hingewiesen hat, dass der Kläger statt der Steuerklärungen die bezüglichen – aussagekräftigeren – Steuerbescheide eingereicht hat, dass ein Einzelunternehmen (auch) nach deutschem Recht kein selbständiges Steuersubjekt ist,

dass der Kläger als natürliche Person auch nicht bilanzierungs- und revisionspflichtig ist, dass die verlangte Vollständigkeitserklärung (Urk. 154/23) abgegeben wurde, dass – unaufgefordert – die Gewinnermittlungen der "A._____ Organisationsberatung" (mit Verlusten für die Jahre 2007, 2008 und 2009) vorgelegt wurden und dass eine Bestätigung vorliegt, dass die eingereichten 21 Rechnungen der Einzelfirma des Klägers die einzigen Rechnungen sind, welche bis und mit 31. Dezember 2010 gestellt wurden und alle bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen enthielten (Urk. 154/23). Dass die Vorinstanz angesichts dieser Sachlage keinen Anlass hatte, Weiteres vorzukehren, wäre, käme es darauf an, nicht zu beanstanden. V. Verrechnung

1. Die Beklagte hat sowohl Widerklage erhoben als auch Verrechnung erklärt. Der Kläger bestreitet die Zulässigkeit der von der Beklagten erklärten Verrechnung.

2. Mit Beschluss vom 23. März 2016 hat die Vorinstanz die Widerklage im Umfang von EUR 124'918.60 als gegenstandslos abgeschrieben (Urk. 175 S. 44). Wie erwähnt, ging sie zwar davon aus, dass der von der Beklagten/Widerklägerin in der Höhe von EUR 180'000.– (resp. Fr. 219'366.–) geltend gemachte Anspruch (Rückzahlung Darlehenszinsen) ausgewiesen sei. Wegen der von der Beklagten erhobenen Verrechnungseinrede ging die Zinsforderung dann im Umfang von Fr. 152'238.30 unter, was zur bereits erwähnten Abschreibung der Widerklage im entsprechenden Umrechnungsbetrag von EUR 124'918.60 (= Fr. 152'238.30) führte. Der nach der Verrechnung verbliebene Überschuss der widerklageweise geltend gemachten Darlehensrückzahlungsforderung der Beklagten wurde im Umfang von EUR 55'081.40 (= Fr. 67'127.70) zugesprochen (Urk. 175 Dispositiv-Ziff. 2).

- 59 -

Die Vorinstanz hat zur erhobenen Widerklage und parallel erklärten Verrechnung Folgendes erwogen: Anders als der Kläger meine, sei es zulässig, sowohl eine Widerklage als auch eine Verrechnung bezüglich derselben Forderung zu erheben. Das führe im Falle der Gutheissung der Verrechnungseinrede dazu, dass sich die Hauptklageforderung um den verrechneten Betrag vermindere, bevor formell über die Widerklage entschieden werde (Urk. 175 E. 6.2). Trotz des Verrechnungsverbotes in Art. 323b OR dürften Ersatzforderungen unbeschränkt verrechnet werden und es sei nicht ersichtlich, dass das Verrechnungsrecht durch Art. 323b Abs. 2 OR eingeschränkt werde. Die Verrechnung der auf Euro lautenden Zinsrückzahlungsforderung führe nicht dazu, dass der Kläger seine Lohnforderung nicht in Franken erhalte; aufgrund der Verrechnung resultiere eine tiefere Lohnsumme, die nach wie vor auf Schweizer Franken laute. Die Verrechnung von zwei Fremdwährungsforderungen sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig, wenn keine Effektivleistung vereinbart worden sei und wenn es einen Umrechnungskurs zwischen den beiden Währungen gebe. Die Beklagte behauptete per 11. April 2013 (Datum der Widerklagereplik) einen Umrechnungskurs von Fr. 1.2187, was der Kläger nicht in Abrede stelle.

Der Kläger beziehe sich auf BGE 134 III 155 E. 2.4, aus dem er allerdings nichts zu seinen Gunsten ableiten könne. Dieser Entscheid betreffe nämlich nicht die Verrechnung, sondern die Frage, ob eine Forderung in ausländischer Währung vor einem Schweizer Gericht in der geschuldeten Fremdwährung eingeklagt werden müsse, was das Bundesgericht bejaht habe. Daran ändere auch die Verjährungseinrede des Klägers nichts, weil die Verrechnungsforderung des Beklagten als (arbeits-)vertraglicher Anspruch qualifiziert

worden sei, so dass die 10-jährige Verjährungsfrist gelte. Forderungen seien rückwirkend im Zeitpunkt erlöschen, in dem sie sich erstmals verrechenbar gegenübergestanden seien (Art. 124 Abs. 2 OR). Bei (vertraglichen) Schadenersatzforderungen trete die Fälligkeit mit dem anspruchsbegründenden Ereignis ein. Für den (umgerechneten) Ersatzanspruch der Beklagten von Fr. 219'366.– sei die Fälligkeit zwischen dem 28. September 2006 und dem 20. Oktober 2006 eingetreten, die Lohn- bzw. Spesenforderung über Fr. 152'238.30 sei zwischen Dezember 2006 und Oktober 2007 fällig geworden. Die klägerischen Ansprüche seien deshalb unmittelbar mit

- 60 - ihrer Fälligkeit mit der bereits früher fälligen Schadenersatzforderung getilgt worden (Urk. 175 E. 6.3). Weil sich die Hauptklageforderung wegen der Verrechnungseinrede reduziert habe, bevor das Gericht formell über die Widerklage entscheiden konnte, sei die Hauptklage vollumfänglich abzuweisen, so dass sich der der Beklagten zuzusprechende Betrag auf EUR 55'081.40 (= Fr. 67'127.70) belaufe.

3. Der Kläger bleibt in der Berufung dabei, dass die Verrechnung unzulässig sei (Urk. 174 Rz 89). Die Hauptforderung sei ein (Lohn-)Anspruch in Schweizer Franken, die Verrechnungsforderung laute auf Euro, was die grundsätzliche Frage der Gleichartigkeit aufwerfe. Ausserdem sei die Verrechnung eventualiter erklärt worden (Urk. 174 Rz 90). BGE 134 III 155 E. 2.4 halte explizit fest, dass Forderungen nur in der geschuldeten Fremdwährung zugesprochen werden könnten. Die Vorinstanz stütze sich dennoch auf BGE 130 III 312 E. 6.2, wonach in einer vergleichbaren Situation die Verrechnungslage bejaht worden sei und blende damit die durch BGE 134 III 155 E. 2.4 geänderte Sichtweise aus (Urk. 174 Rz 91). Es gehe hier darum, in welcher Währung eine eingeklagte Forderung zugesprochen werden müsse. Mit der Zulassung der Verrechnungseinrede werde der Beklagten ihre in Euro eingeklagte Forderung im Ergebnis in Schweizer Franken zugesprochen (Urk. 174 Rz 92). In BGE 130 III 312 E. 6 gehe es ausserdem ausschliesslich um unterschiedliche Fremdwährungsforderungen, so dass Art. 84 OR dort keine Rolle spiele (Urk. 174 Rz 93).

Der Kläger hält gegebenenfalls dafür, dass im Falle der Zulassung der Verrechnung der Kurs im Urteilszeitpunkt massgeblich sei (Urk. 174 Rz 96 ff.). Die Verrechnung sei ausdrücklich eventualiter erfolgt, nämlich "für den Fall, dass das Gericht die Klage des Klägers (in welcher Höhe auch immer) gutheissen sollte" (Urk. 117 Rz 6). Das sei nichts anderes als eine aufschiebend bedingte Verrechnungserklärung, was im Prozess an sich zulässig sei. Die Bedingung trete allerdings erst dann ein, wenn das Gericht das Urteil gefällt habe, so dass der Umrechnungskurs im Urteilszeitpunkt zur Anwendung komme. Der Umrechnungskurs müsse nicht von den Parteien behauptet, sondern vom Gericht bestimmt werden, denn nur das Gericht kenne den Urteilszeitpunkt (Urk. 117 Rz 98). Im Urteilszeit-

- 61 - punkt habe der Wechselkurs Franken zu Euro 1.1099 betragen, was ohnehin gerichtsnotorisch sei. Ein verbleibender Widerklageanspruch könne demnach höchstens in der Höhe von EUR 42'836.02 Bestand haben.

4. Die Beklagte verweist in der Berufungsantwort (Urk. 182) in der Verrechnungsfrage im wesentlichen auf die zutreffenden und ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz (E. VII.6.), welche die Verrechnung zugelassen habe und hält die Einwendungen des Klägers für nicht stichhaltig (Urk. 182 Rz 82 f.; Rz 121 f.).

5. a) Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass das Bundesgericht in BGE 130 III 312 E. 6.2 – unter Vorbehalt der Effektivklausel – die Verrechnungbarkeit mit Fremdwährungsforderungen bejaht hat, sofern ein Wechselkurs besteht. Der Kläger geht jedoch davon aus, dass diese Rechtsprechung durch den später ergangenen BGE 134 III 151 E. 2.4 in Frage gestellt wird. In BGE 134 III 151 E. 2.1 wird festgehalten, dass ein Darlehen, das auf EUR 300'000.– laute, auch mit EUR 300'000.– zurückzuerstatten sei. In E. 2.2 fährt das Bundesgericht fort: "Grundsätzlich ist der Schuldner verpflichtet, Geldschulden in der geschuldeten Währung zu bezahlen (Art. 84 Abs. 1 OR). Lautet die Schuld auf ausländische Währung, so gerät er in Schuldnerverzug, wenn er nicht in dieser Währung leistet. Nimmt der Gläubiger die Zahlung in der geschuldeten Währung nicht an, kommt er in Gläubigerverzug (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 2343). Der Schuldner einer auf Fremdwährung lautenden und in der Schweiz erfüllbaren Schuld ist gemäss Art. 84 Abs. 2 OR jedoch alternativ ermächtigt, in Schweizer Franken zu erfüllen, es sei denn, die Parteien hätten die Möglichkeit einer solchen Ersatzleistung rechtsgeschäftlich ausgeschlossen (sog. Effektiv-Klausel). Diese Alternativermächtigung ändert nichts daran, dass einzig und allein eine Zahlung in der vereinbarten Auslandswährung geschuldet wird (vgl. zur Alternativermächtigung statt vieler: Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., Rz. 2295 ff.; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 81; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 8 N. 14). Der Schuldner ist lediglich berechtigt, nicht etwa verpflichtet, in Inlandwährung zu leisten. Für eine allfällige Umrechnung ist der Wechselkurs zum Zeitpunkt der Fälligkeit massgebend (Art. 84 Abs. 2 OR). Der Gläubiger ist zwar gehalten, eine Zahlung in Schweizer Franken anzunehmen; die Berechtigung zur Erfüllung in der Landeswährung (Art. 84 Abs. 2 OR) gilt jedoch nur für den Schuldner, nicht für den Gläubiger. Seine Forderung geht ausschliesslich auf Zahlung in Fremdwährung und er kann gemäss Art. 84 Abs. 1 OR nur die Leistung in der vereinbarten Auslandswährung fordern (Weber, Berner Kommentar, N. 346 und 348 zu Art. 84 OR; Schraner, Zürcher Kommentar, N. 186 und 220 zu Art. 84 OR; Loertscher, Commentaire Romand, N. 17 zu Art. 84 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., Rz. 2345; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, Bern 2006, § 41 N. 35; Pierre Engel, a.a.O., S. 81 und 638 f.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., § 11 N. 6)".

- 62 -

In BGE 63 II 383 ging es – wie hier und anders als in BGE 134 III 151 – um die Verrechnungbarkeit von Forderungen. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt: "Es fragt sich lediglich, ob die Verrechnung von Geldforderungen in verschiedener Währung ohne weiteres zulässig sei, oder nur mit der zuletzt erwähnten Einschränkung [angesprochen war Art. 84 OR]. Wird eine Forderung in einer bestimmten Währung ausgedrückt, so hat dies, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wird, lediglich den Zweck, den Wert der Forderung zu umschreiben und will nicht notwendigerweise eine bestimmte Art der Erfüllung festsetzen, wie wenn es sich um die Lieferung einer bestimmten Ware handeln würde. So sind denn auch im vorliegenden Fall sogar die auf Schweizerfranken lautenden Rimessen durch die Klägerin in Peseten einkassiert und ebenfalls in Peseten der Beklagten gutgeschrieben worden. Die Währung, in welcher die Forderungen ausgedrückt sind, hatte also lediglich die Bedeutung eines Wertmessers. Die Meinung, aus Art. 84 Abs. 2 OR

ergebe sich e contratio, dass der Gläubiger einer Schuld in fremder Währung kein Wahlrecht habe, ist unstichhaltig. Die genannte Bestimmung hat ausschliesslich den Untergang der Obligation durch Erfüllung, d.h. durch Zahlung im Auge, und bezieht sich nicht auch auf die übrigen Arten des Erlöschens, bei denen, wie gerade bei der Verrechnung, der Schuldner einer Erfüllung enthoben ist. Dient die Währung, in der die Schuld ausgedrückt ist, lediglich als Wertmesser, so ist trotz der Verschiedenheit der Währung die Verrechnung daher zulässig. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass der Wert der ausländischen Währung bestimmbar ist, mit deren Worten, dass sie einen Kurs hat, der die Umrechnung in die Währung eines anderen Landes gestattet [...]".

Und in BGE 130 III 312 E. 6.2, wo die Klägerin die Verrechnung unter Hinweis auf den Treuhandcharakter der Anlagen bestritten hatte und nicht ersichtlich war, dass eine Auseinandersetzung mit Art. 84 Abs. 2 OR stattgefunden hätte, wird erwogen:

"Die Klägerin wendet sich weiter gegen die Verrechnung gegenseitiger Forderungen, welche auf verschiedene Währungen lauteten, und verneint diesbezüglich die von Art. 120 Abs. 1 OR verlangte Gleichartigkeit der Forderungen. Die Verrechnung von Forderungen mit unterschiedlicher Währung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig, ausser wenn eine Effektivleistung vereinbart ist (BGE 63 II 383 E. 5 S. 391 ff.; Peter, Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 120 OR; Aepli, Zürcher Kommentar, N. 64 ff. zu Art. 120 OR; Henn, Die Verrechnung von Fremdwährungsforderungen nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 1958 I S. 142 ff.; mit Bedenken Weber, Berner Kommentar, N. 364 f. zu Art. 84 OR; ebenfalls einschränkend Kleiner, Internationales Devisen-Schuldrecht, Zürich 1985, Rz. 22.66 ff.). Eine weitere – hier unstrittig vorliegende – Voraussetzung ist die Existenz eines Umrechnungskurses zwischen den jeweiligen Währungen. Die Klägerin macht keine Gründe geltend, weshalb von diesen Grundsätzen abgewichen werden sollte [...]".

b) In den zitierten Entscheidungen und in den Eingaben der Parteien wird auch auf die Lehre Bezug genommen. Beispielhaft seien folgende Autoren erwähnt:

- 63 - • Für ZK OR-Aepli ist Art. 84 Abs. 2 OR auch auf die Verrechnung anwendbar. Deshalb könne der Schuldner der Fremdwährungsforderung verrechnen, während dem Fremdwährungsgläubiger die Verrechnung wegen fehlender Gleichartigkeit verwehrt sei (ZK OR-Aepli, 3. Auflage 1991, N. 66 zu Art. 120). Im Ergebnis betrachtet es ZK OR-Aepli (N. 69 zu Art. 120) dann allerdings doch als sachgerechter, dass bei gegenseitigen Geldschulden in verschiedener Währung von Gleichartigkeit i.S.v. Art. 120 OR ausgegangen wird. • BSK OR I-Peter (6. Auflage 2015, N. 10 zu Art. 120): "Die Anwendbarkeit von Art. 84 Abs. 2 lehnt das BGer mit der Behauptung ab, diese Vorschrift beziehe sich nur auf den Untergang der Obligation durch Erfüllung, nicht aber auf alle übrigen Arten des Erlöschens, wie die Verrechnung, wo der Schuldner einer Erfüllung enthoben ist (BGE 63 II 394; krit. Gauch/Schluep /Schmid/Emmenegger, Rz 3265 m.Nw.; Engler, traité, 672 f.) [...]. Hiervon abweichend bezweifeln offenbar manche Autoren, ob – über Art. 84 Abs. 2 hinausgehend – auch dann verrechnet werden kann, wenn nicht die Verrechnungsforderung auf fremde und die Hauptforderung auf inländische Währung lautet, sondern wenn umgekehrt eine Forderung in inländischer Währung gegen eine Forderung in ausländischer Währung verrechnet werden soll (vgl. von Tuhr/Escher 194 f.; Engel, traité, 673) [...]". Welcher der kontroversen Ansichten er sich anschliesst, sagt Peter nicht, empfiehlt jedoch, die Verrechnungsmöglichkeit vertraglich zu vereinbaren (a.a.O., N. 11 zu Art. 120 OR). • Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches

Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, Rz 3265 schreiben: "Macht die Gläubigerin eine (Haupt-)Forderung in ausländischer Währung geltend, so kommt Art. 84 Abs. 2 zum Zuge [...]: Der Schuldner kann mit seiner eigenen Forderung verrechnen, die auf Schweizer Franken lautet, sofern nicht eine Effektivklausel [...] vereinbart worden ist. Bringt der Schuldner gegenüber der auf Schweizer Franken lautenden Hauptforderung der Gläubigerin eine eigene Forderung in ausländischer Währung zur Verrechnung, so soll das

- 64 - zulässig sein, solange der Wert der ausländischen Währung bestimmbar ist. [...]. Das Bundesgericht lehnt die Anwendbarkeit von Art. 84 Abs. 2 in diesem Fall mit der nicht weiter begründeten und zweifelhaften Behauptung ab, diese Vorschrift beziehe sich nur auf Erfüllung «in forma specifica», nicht auf die Verrechnung". • Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 438: "Nach herrschender Auffassung können Forderungen, die auf verschiedene Währungen lauten, gegeneinander verrechnet werden, sofern nicht Effektivleistung vereinbart ist. Dieses Resultat steht ausser Zweifel, soweit die Verrechnungsforderung auf fremde Währung lautet, die gemäss Art. 84/II in Landeswährung beglichen werden kann. Die Verrechenbarkeit einer Forderung in Landeswährung gegenüber einer solchen in Fremdwährung, die vom Schuldner in fremder Währung beglichen werden könnte, folgt nicht direkt aus dem Gesetz, wird aber etwa mit dem Auslegungsargument begründet, dass die «Gleichartigkeit» im Sinne von OR 120/I nur bei «anderen Leistungen» im Sinne dieser Bestimmung, nicht aber bei Geldforderungen vorausgesetzt sei". • BK OR-Zellweger Gutknecht, N. 198 ff. zu Art. 120: "Im Gegensatz zur deutschen Lehre, welche Geld in fremder und eigener Währung wohl noch immer überwiegend ungleichartig ansieht [...] werden hierzulande Forderungen mit unterschiedlicher Währung heute als grundsätzlich gleichartig bewertet [...] und die Verrechenbarkeit – unter Vorbehalt der Effektivklausel – bejaht [...]. Aus Art. 84 Abs. 2 (e contrario) lässt sich keine Ausnahme von diesem Grundsatz ableiten [...]. Diese Norm räumt nur dem Schuldner eine Alternativermächtigung (facultas alternativa) bzw. eine Ersetzungsbefugnis ein: Lautet seine Schuld auf eine Währung, die am Zahlungsort nicht Landeswährung ist, so kann er [...] alternativ dennoch in Landeswährung erfüllen (wobei für die Umrechnung die Verfallszeit massgebend ist), während der Gläubiger nur die Fremdwährung fordern kann. Daraus schliesst die Lehre z.T. noch immer (dagegen schon Böckli S. 225), dass die Fremdwährungsgläubigerin diese (Aktiv-)Forderung nicht mit einer auf Landeswährung

- 65 - lautenden Schuld (Passivforderung) verrechnen dürfe, weil sonst die Aktivforderung doch in Landeswährung durchsetzbar würde. Nur dem Fremdwährungsschuldner sei die Verrechnung mit einer auf Landeswährung lautenden Forderung erlaubt (HGer SG in SJZ 23 1226/27 S. 89; Gauch/Schluep/Emmenegger N. 3265; BK-Weber Art. 84 N. 342; Ders. S. 115; von Tuhr/Escher S. 194 f.; ebenso ZR 102 2003 Nr. 65 S. 293; a.M. ZK-Schraner Art. 84 N. 214 und Engel S. 672 f., die bisweilen beide zu Unrecht zu den vorgenannten Vertretern gezählt werden). Richtig ist demgegenüber, dass Art. 84 Abs. 2 einzig die Tilgung kraft Effektivverfüllung im Auge hat, während es gerade Wesensmerkmal der Verrechnung ist, dass der Schuldner seine Leistung gar nicht erst realiter zu erbringen braucht [...]. Stattdessen muss der Verrechnungsgegner wie dargelegt mit einer Leistung Vorlieb nehmen, die sich bereits in seinem Vermögen befindet, sofern sie nur gleichartig zur geschuldeten Leistung ist. Selbst eine analoge Anwendung von Art. 84 Abs. 2 fällt also ausser Betracht". • Sabine Burkhalter Kaimakliotis, Verrechnung von

Fremdwährungsverbindlichkeiten, Diss. Zürich 2006, S. 134 f.: "Die gemäss einem Teil der schweizerischen Lehre [...] geltende Auffassung, wonach durch die Ausübung der Alternativermächtigung des Art. 84 Abs. 2 OR [...] die Gleichartigkeit der Fremdwährungsforderung erst «hergestellt» werden muss, damit verrechnet werden kann, überstrapaziert die Rechtsfolgen des Art. 84 Abs. 2 OR [...]. Darüber hinaus lässt sich die aus Art. 84 Abs. 2 OR ergebende Konsequenz, dass nur der Fremdwährungsschuldner und nicht auch der Fremdwährungsgläubiger verrechnen kann, nicht mit dem Zweck des Verrechnungskonzepts gemäss Art. 120 Abs. 2 OR vereinbaren. Gemäss dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR gilt im Besonderen, dass jede Partei ihre Schuld mit ihrer Forderung verrechnen kann, wenn die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind [...]. Die Verrechnung ist jedoch nicht mit der Zahlung gleichzusetzen: Sie stellt einen selbständigen und besonderen Akt der Befriedigung dar. Auch das Gesetz ordnet die Normen der Verrechnung nicht dem 2. Titel, 1. Abschnitt (Erfüllung einer Obligation) zu, dem sie angehören müssten, wenn die Verrechnung als eine der Zahlung entsprechen-

- 66 - de Handlung betrachtet würde. Vielmehr sind die Verrechnungsbestimmungen im 3. Titel (das Erlöschen der Obligation) enthalten. Die Verrechnung ist demnach ein Vorgang selbständiger Natur, der eine Obligation zwar zum Erlöschen bringen kann, jedoch nicht mit der Zahlung gleichzusetzen ist. [...] Mit der Argumentation des Bundesgerichts in BGE 63 II 393 wird das Problem und die Fragestellung indessen genügend gelöst. Zunächst legt das Bundesgericht Art. 120 Abs. 1 OR in dem Sinne aus, dass die Voraussetzung der Gleichartigkeit bei Geldschulden nicht ausdrücklich erwägt werden muss, sich die Frage der Gleichartigkeit bei Geldsummen demzufolge gar nicht stellt. Dies mit der Konsequenz, dass Fremdwährungsforderungen, wenn die Währung als blosser Wertmesser für die Geldforderung gesehen wird, ohne weiteres verrechnet werden können".

c) Im vorliegenden Fall steht die Fremdwährungsschuld (EUR 180'000.-), die zur Verrechnung gestellt wird, der Beklagten als Gläubigerin zu. Nach BGE 134 III 151 E. 2.2 ist dies ein Fall, der – soweit Zahlung verlangt würde – nur in Euro eingeklagt werden kann (was die Beklagte mit der Widerklage ja auch getan hat). In BGE 63 III 392 ff. ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass Art. 84 Abs. 2 OR auf die Verrechnung nicht anwendbar sei und aus den beiden vorstehend zitierten Bundesgerichtsentscheiden ergibt sich für den Fall der Verrechnung nichts Abweichendes. Dass es zwischen der Bezahlung einer Schuld und der Verrechnung einer Schuld zwingend einen Gleichlauf geben muss, ist nicht ersichtlich. Insbesondere überzeugt das Argument von BK OR-Zellweger Gutknecht (N. 215 zu Art. 120), dass es bei der Verrechnung nicht um einen Leistungsaustausch geht, sondern dass die Parteien bei der Verrechnung mit einer Leistung Vorlieb nehmen müssen, die sich bereits in ihrem Vermögen befindet. Die Verrechnung ist daher zuzulassen. Die (zugelassene) Verrechnung führt dazu, dass beide Forderungen auf den Zeitpunkt, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden (Art. 124 Abs. 2 OR), untergegangen sind, so dass es insoweit nichts zuzusprechen gibt. Und die höhere Euro-Forderung der Beklagten wurde ihr von der Vorinstanz in der eingeklagten Währung zugesprochen, was im Einklang mit dem zitierten jüngsten Bundesgerichtsentscheid steht. Anzumerken ist allerdings, dass – weil die Kammer die Hauptforderung des Klä-

- 67 - gers für höher hält als die Vorinstanz – sich die Frage der Gutheissung der Widerklage nicht mehr stellen wird.

d) Der von der Vorinstanz (Urk. 175 S. 38, S. 39) kurz angesprochenen Frage nach Art. 323b Abs. 2 OR (Einschränkung der Verrechenbarkeit von Lohnforderungen) muss auch

im Berufungsverfahren nicht weiter nachgegangen werden, weil sich die Parteien nicht dazu äussern. Anzumerken ist schliesslich, dass der Kläger, hätte er sich auf diese Bestimmung berufen wollen, Angaben zu seiner Einkommenssituation und seinem Notbedarf hätte machen müssen, weil die Ver- rechenbarkeit mit der Pfändbarkeit korreliert. Solche Angaben hat der Kläger schon vor Vorinstanz nicht gemacht.

6. a) Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte habe eine Eventualver- rechnung erklärt (Urk. 174 Rz 98). Anzumerken ist, dass im Passus in Urk. 117 Rz 6, auf den verwiesen wird, Folgendes steht: "Einrede der Eventualverrech- nung. Für den Fall, dass das Gericht die Klage des Klägers gutheissen sollte, hat die Beklagte die Verrechnung mit ihren Ansprüchen gegenüber dem Kläger erklärt (Urk. 68 Rz 9 ff.). Diese Eventualverrechnungseinrede wird hiermit bekräftigt und zudem erneut erklärt" (Urk. 117 Rz 6). Und im zitierten Aktenstück Urk. 68 steht in Rz 8, dass die Beklagte Gegenansprüche gegen den Kläger erhoben habe und (in Rz 10), dass sie "für den Fall, dass die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Uster zur Behandlung der Widerklage von den zuständigen Gerichten rechtskräftig und letztinstanzlich verneint würde, und für den Fall, dass die Klage des Klägers (in welcher Höhe auch immer) gutgeheissen würde, [...] die Beklagte ihre Forderung auf Bezahlung von EUR 180'000.– hiermit verrechnungsweise gegenüber dem Kläger geltend mache [...]".

b) Die Formulierung, dass die Verrechnungseinrede für den Fall erhoben wird, dass die Hauptforderung gutgeheissen wird, ist eine Selbstverständlichkeit, jedenfalls bei der zweiten der nacherwähnten Ausgangslagen: • Derjenige, der die Verrechnung erklärt, will die (unbestrittene) Forderung der Gegenpartei nur deshalb nicht tilgen, weil ihm eine eigene Forderung gegen diese zusteht. Hier bedarf es keiner Eventualerklärung.

- 68 - • Wird hingegen der Bestand der eingeklagten Hauptforderung bestritten, so kann die Verrechnungserklärung bezüglich der geltend gemachten eigenen Forderung nur dann aktuell werden, wenn das Gericht den Bestand der Hauptforderung bejaht. Die Bezeichnung als Eventualverrechnung wird rich- tigerweise nicht als bedingte Verrechnungserklärung verstanden, da die Er- klärung nicht «vom Eintritt einer ungewissen Tatsache» abhängig ist (Art. 151 Abs. 1 OR), sondern vom Bestand der Hauptforderung als einer gesetzlichen Verrechnungsvoraussetzung (KuKo OR-Keller, N 7 vor Art. 120-126).

c) Was die Vorinstanz zur Gegenüberstellung der zu verrechnenden Forde- rungen i.S.v. Art. 124 Abs. 2 OR ausgeführt hat, trifft zu, gleich wie die Feststel- lung, dass beide Forderungen im Sinne der genannten Bestimmung bereits in der Vergangenheit untergegangen seien. Das führt dazu – was auch der Kläger the- matisiert – dass sich die Frage des anwendbaren Wechselkurses stellt. Die Vor- instanz hat festgehalten, dass der Euro-Umrechnungskurs am 11. April 2013 bei Fr. 1.2187 gelegen habe und dass dieser vom Kläger in Urk. 124 Rz 6 nicht in Ab- rede gestellt worden sei (Urk. 175 Rz 6.3.3). Der Umrechnungskurs "per heute" bezieht sich auf den Tag der betreffenden Rechtsschrift vom 11. April 2013 (Urk. 117 Rz 9 d). Warum die Beklagte den 13. April 2013 als massgebliches Da- tum angenommen hat, erwähnt sie nicht; der naheliegendste Grund ist, dass sie die Verrechnungseinrede in jener Eingabe "bekräftigt und erneuert" hat (Urk. 117 Rz 6).

Der Kläger ist allerdings der Meinung, dass die Umrechnung gegebenenfalls zum Kurs im Urteilszeitpunkt erfolgen müsse, was sich daraus ergebe, dass eine Eventualverrechnung erklärt worden sei. Wie es sich mit dem Mechanismus der Eventualverrechnung verhält, ist

soeben dargestellt worden. Wird der Bestand der Hauptforderung bejaht, so hat dies – anders als der Kläger meint – keine "novierende" Wirkung, sondern führt dazu, dass ihr Bestand gemäss den ursprünglichen Gegebenheiten bejaht wird. Wäre dies nicht so, so würden z.B. die Zinsen auf eingeklagten und vom Gericht zugesprochenen Forderungen immer erst vom Urteilstag an laufen, was ganz offensichtlich nicht der Fall ist. Es bleibt deshalb bei

- 69 - der Anwendung des Umrechnungskurses, wie ihn die Vorinstanz angenommen hat.

d) Die Vorinstanz hat aus dem Mechanismus der Verrechnung geschlossen, dass die Hauptforderung und die Verrechnungsforderung bis zur Höhe der (niedrigeren) Verrechnungsforderung untergegangen seien und dass die Hauptforderung daher nicht mehr zugesprochen werden könne. Sie hat die Hauptklage deshalb vollständig abgewiesen. Für die Hauptforderung übersteigende Guthaben der Beklagten wurde wegen der Widerklageerhebung die Restforderung urteilsmässig zugesprochen. Für den wegen der Verrechnung dahingefallenen Teil der Widerklageforderung hat sie die Widerklage als gegenstandslos abgeschrieben (Urk. 175 E. 6.4.1).

e) Die Kammer hält den eingeklagten Anspruch des Klägers im Umfang von Fr. 500'000.– sowie Fr. 152'238.30, d.h. insgesamt im Betrage von Fr. 652'238.30 als ausgewiesen. Gleiches gilt für die der Beklagten zustehenden Zinsrückzahlung von EUR 180'000.–. Die Vorinstanz hat die Umrechnung zum Kurs von Fr. 1.2187 vorgenommen, was zu übernehmen ist und einen Betrag von Fr. 219'366.– ergibt. Werden die jeweiligen Guthaben verrechnet, so bleibt eine Forderung des Klägers im Betrage von Fr. 432'872.30. In diesem Umfang ist die Beklagte zu verpflichten. Über die gesamte Widerklage kann infolge der Zulassung der Verrechnung nicht mehr entschieden werden, was zur Frage führt, wie sie zu erledigen ist. Die Vorinstanz hat die Widerklage – wenn auch in einem tieferen Betrag – als gegenstandslos abgeschrieben. Dafür spricht, dass über die Widerklage nicht materiell entschieden werden kann, weil die damit geltend gemachte Forderung vorab erloschen ist. Nicht undenkbar ist allerdings auch eine andere Sichtweise: Bei Verrechnung ergibt sich der Untergang der Gegenforderung lediglich aus den Entscheidungsgründen. Da die Verrechnung notwendigerweise Forderung und Gegenforderung zum Erlöschen bringt, erstreckt sich die Rechtskraft auch auf den Untergang der Gegenforderung, so dass sie später nicht mehr geltend gemacht werden kann, auch wenn dies nach h.A. nicht aus dem Dispositiv ersichtlich ist (vgl. z.B. Hans Ulrich Walder/Béatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage 2009, Rz 23 zu § 26).

- 70 -

Im Rechtsmittelverfahren ist bezüglich des Anspruches der Beklagten über die Anschlussberufung zu entscheiden, die sich auf den widerklageweise erhobenen Zinsrückzahlungsanspruch bezieht. War die Widerklage richtigerweise abzu-schreiben, so wirkt sich dies auch auf die Anschlussberufung aus, auf deren Rechtsbegehren Ziff. 1 nicht einzutreten ist. Prozessual bleibt es so oder so dabei, dass bei zugelassener Verrechnung Haupt- und Verrechnungsforderung in einem späteren Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden können.

f) Der Kläger verlangt auf den Abfindungsanspruch Zinsen seit dem 22. Januar 2007 und auf dem Lohnfortzahlungsanspruch seit dem 31. März 2007 bzw. seit dem 31. Oktober 2007. Angemessen erscheint es, datumsmässig auf einen Mittelwert, den 12. Juni 2007, abzustellen. VI.

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind entsprechend dem Verfahrensausgang festzusetzen und zu verlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

1. Das vor Obergericht gestellte (und abgewiesene) Begehren betreffend die Verletzung des Beschleunigungsgebotes (vgl. art. 174 Rz 139) fällt im Kostenpunkt nicht massgeblich ins Gewicht, so dass es kostenmässig unberücksichtigt bleiben kann. Die Frage der Kostenauflage an die Gerichtskasse (vgl. BGer 5A_378/2013) stellt sich demnach nicht.

2. Der Kläger hat die Auferlegung der Kosten für das Berufungsverfahren an die Beklagte sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung zu seinen Gunsten verlangt sowie die Neuverlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (Urk. 174 Rz 139). Die Beklagte beantragt mit der Anschlussberufung die vollumfängliche Kostenauflage an den Kläger und die Zusprechung einer vollen (d.h. nicht reduzierten) Prozessentschädigung (Urk. 182 S. 3).

3. Den für Kosten- und Entschädigungsfolgen massgeblichen Streitwert hat die Vorinstanz mit Fr. 958'874.05 (Fr. 500'000.– + Fr. 37'334.90 + Fr. 123'742.15, Widerklage EUR 180'000.– [= Fr. 297'797.–]) ermittelt. Im obergerichtlichen Ver-

- 71 - fahren beträgt er Fr. 871'604.30 (Fr. 500'000.–, Fr. 152'238.30, Fr. 219'366.–; der Streitwert der Widerklage ist zu addieren, da sich Klage und Widerklage nicht ausschliessen; Art. 94 Abs. 2 ZPO).

Betrachtet man den Ausgang des Verfahrens aus materiellrechtlicher Sicht vor der Verrechnung, so hält die Kammer den Anspruch des Klägers im Umfang von Fr. 652'238.30 und jenen der Beklagten im Umfang EUR 180'000.–, umgerechnet Fr. 219'366.–, für ausgewiesen. Urteilmässig erhält der Kläger, der sich der Widerklage sowie der Verrechnung und entsprechend auch der Anschlussberufung widersetzt hat, Fr. 432'872.30 zugesprochen, die Beklagte, die sich der Hauptklage widersetzt hat, nichts. Die Vorinstanz hat die Gerichtsgebühr auf Fr. 36'900.– festgesetzt, woran sich nichts ändert. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist eine Gerichtsgebühr von Fr. 35'000.– angemessen (§ 4 Abs. 1 und 2, § 12 GebV OG; eine Reduktion wegen Gegenstandslosigkeit § 10 Abs. 1 GebV OG ist wegen des trotzdem anfallenden Prüfungsaufwandes nicht zu gewähren).

Für das Obsiegen ist von einem Verhältnis 3/4 (Kläger) zu 1/4 (Beklagte) auszugehen und die Gerichtskosten beider Instanzen sind entsprechend zu verlegen. Für das erstinstanzliche Verfahren entfallen auf die Beklagte Fr. 27'675.– und auf den Kläger Fr. 9'225.–, für die Gerichtsgebühr der zweiten Instanz Fr. 26'250.– auf die Beklagte und Fr. 8'750.– auf den Kläger. Die Parteien haben an Kostenvorschüssen vor zweiter Instanz Fr. 25'000.– (Kläger) und Fr. 10'000.– (Beklagte) geleistet, so dass dem Kläger ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte im Betrage von Fr. 16'250.– einzuräumen ist.

4. Die Vorinstanz ist für die 100 %ige Entschädigung von Fr. 61'566.– ausgegangen. Für das zweitinstanzliche Verfahren beträgt die 100 %ige Entschädigung Fr. 28'000.–. Da der Kläger im gleichen Verhältnis zu entschädigen ist, wie Prozesskosten auferlegt wurden, beträgt die Entschädigung 50 %, d.h. Fr. 89'566.– : 2 = Fr. 44'783.– und die Beklagte ist zur Bezahlung dieses Betrages an den Kläger zu verpflichten. Die vom Kläger geleistete Sicherheit für die Ent-

- 72 - schädigung der Gegenpartei in der Höhe von Fr. 9'000.– (Urk 196, Urk. 199) ist ihm von der Gerichtskasse zu erstatten. Es wird erkannt: 1. Das Begehren betreffend

Feststellung der Verletzung des Beschleunigungsgebotes durch die Vorinstanz wird abgewiesen. 2. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers werden die Dispositiv-Ziffer 3 des Beschlusses und die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Uster, Zivilgericht, vom 23. März 2016 aufgehoben. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 432'872.30 nebst Zins zu 5 % seit dem 12. Juni 2007 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 4. Die Widerklage wird abgeschrieben. 5. Auf Rechtsbegehren Ziff. 1 der Anschlussberufung der Beklagten wird nicht eingetreten. 6. Die Gerichtskosten von Fr. 36'900.– für das erstinstanzliche Verfahren werden bestätigt. 7. Sie werden dem Kläger zu 1/4, d.h. Fr. 9'225.– und der Beklagten zu 3/4, d.h. Fr. 27'675.– auferlegt. 8. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 35'000.– festgesetzt. 9. Sie wird der Beklagten zu 3/4, d.h. Fr. 26'250.– und dem Kläger zu 1/4, d.h. Fr. 8'750.– auferlegt und aus den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 35'000.– bezogen. Dem Kläger wird für den von ihm zu viel geleisteten Kostenvorschuss ein Rückgriffsrecht in der Höhe von Fr. 17'500.– gegen die Beklagte eingeräumt. 10. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 44'783.– zu bezahlen. Die vom Kläger geleistete Sicherheit von Fr. 9'000.– wird diesem aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

- 73 - 11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 12. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 871'604.30. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende:

Dr. L. Hunziker Schnider Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am: / bz

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