

ZH_OBERGERICHT LA150004 vom 15. Dezember 2015

ZH Obergericht, 2015-12-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA150004

FR: ZH_OBERGERICHT LA150004 du 15 décembre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LA150004 del 15 dicembre 2015

Erwägungen

E. 1

Am 31. Oktober 2012 machte †A. _____ als Kläger die vorliegende Klage mit der Klagebewilligung und einer schriftlichen Klagebegründung beim Arbeitsgericht Zürich rechtshängig. Mit der Klageantwort vom 11. März 2013 erhob die Beklagte Widerklage. Das Verfahren wurde anschliessend schriftlich im ordentlichen Verfahren durchgeführt. Nach einem doppelten Schriftenwechsel und je einer weiteren Stellungnahme zur Haupt- und Widerklage verzichteten die Parteien am 3. bzw. 7. November 2014 auf die Durchführung einer Hauptverhandlung mit mündlichen Parteivorträgen. Am 15. Dezember 2014 erliess die Vorinstanz das Urteil, mit welchem sie die Hauptklageforderung im Teilbetrag von Fr. 60'000.- und die Widerklageforderung im Teilbetrag von Fr. 140'425.20 guthiess, was im Ergebnis zur Abweisung der Hauptklage und zur teilweisen Gutheissung der Widerklage im Betrag von Fr. 80'425.20 führte.

E. 1.1

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann eine wiederholt und unter Freiwilligkeitsvorbehalt ausbezahlte Gratifikation ganz oder teilweise zu einem zwingend geschuldeten (variablen) Lohn werden, dessen Ausrichtung im Grundsatz ermessensfeindlich ist und im Kündigungsfall auch pro rata auszubezahlen ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Gratifikation zufolge ihrer Höhe im Verhältnis zum jährlichen Fixlohn ihren grundsätzlich akzessorischen Charakter verloren hat und als eigentliche Vergütung für die geleistete Arbeit erscheint, was in der Regel insbesondere der Fall ist, wenn die Gratifikation während mehrerer Jahre die Höhe des Jahresfixlohnes übersteigt (BGE 129 III 276). Massstab ist dabei stets die absolute Lohnhöhe. Erreicht allerdings bereits der eigentliche Lohn ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, verliert nach der später präzisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung der hinter der Bonusqualifikation als unbedingt geschuldeter Arbeitsvergütung stehende sozialpolitische Schutzgedanke seine Berechtigung und der den Fixlohn allenfalls um ein Mehrfaches übersteigende Bonus bleibt eine freiwillige und ermessensabhängige, mithin akzessorische Leistung (BGE 139 III 155). Ab welcher Einkommenshöhe dies der Fall sein soll, wurde in der Folge von Lehre und Praxis kontrovers diskutiert und es wurden unterschiedliche Vorschläge betreffend die Bemessungsmethode bzw. die absolute Einkommenshöhe gemacht. Mit Urteil vom 11. August 2015 (BGer. 4A_653/2014) setzte sich das Bundesgericht mit diesen Vorschlägen auseinander und bestimmte im Sinne einer weiteren Präzisierung seiner Rechtsprechung, dass ab einem Entschädigungstotal, bestehend aus Fixlohn und variablen Entschädigungen, im fünffachen Betrag des statistisch ausgewiesenen Medianbruttolohnes für den Privatsektor die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers hinsichtlich der Volatilität freiwilliger Entschädigungen entfalle. Für das

Jahr 2008, welches auch vorliegend massgeblich ist, verwies das Bundesgericht auf die Lohnstatistik des Bundesamtes für Statistik (www.bfs.admin.ch) und den dortigen Medianlohn von Fr. 5'781.-. Multipliziert mit dem Faktor 5 ergibt sich daraus eine Entschädigungs- limite von Fr. 346'860.- pro Jahr, was bedeutet, dass der diese Limite überstei- gende Bonusbetrag (wieder) als freiwillige Gratifikation gilt und damit einschrän- kenden Vereinbarungen wie z.B. dem Ausschluss einer pro-rata-Zahlung zugäng-

- 14 - lich ist (4A_653/2014 Erw. 5.3.1.; Urk. 15/42 Ziff. 2). Es besteht kein Anlass, vor- liegend von dieser neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, zumal das Bundesgericht diese selber als blosser Präzisierung und nicht als Ände- rung seiner Rechtsprechung versteht (4A_653/2014 Erw. 5.5.3.)

E. 1.2

Die Vorinstanz hat, ausgehend von einer Einkommenslimite von Fr. 300'000.-, dem vormaligen Kläger zusätzlich zum Fixeinkommen von Fr. 210'000.- noch einen Teilbonus von Fr. 90'000.- als 100% bzw. von Fr. 60'000.- pro rata als geschuldeten Lohnbestandteil zugestanden. Dieser Be- trag ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen auf Fr. 91'240.- pro rata zu erhö- hen (2/3 von Fr. 136'860.- als der Differenz zwischen dem Fixlohn von Fr. 210'000.- und der Einkommenslimite von Fr. 346'860.-). Soweit die Klägerschaft einen höheren Betrag fordert, ist ihr Anspruch daher nicht begründet. Die massgebliche Einkommenslimite ist, wie gesehen, anhand des allgemeinen Durchschnittseinkommens zu bestimmen und nicht des Durch- schnittseinkommens allein von Topmanagern (Urk. 74 Rz 139); es spielt daher keine Rolle, welche Funktion der vormalige Kläger innehatte und welche Verant- wortung er konkret wahrzunehmen hatte bzw. hätte wahrnehmen sollen (Urk. 76 Rz 140ff). Diese Faktoren wirken sich auf seine soziale Schutzbedürftigkeit nicht aus und sind grundsätzlich bereits beim Fixlohn berücksichtigt. Umgekehrt ist auch der Antrag der Beklagten nicht begründet, jede den Fixlohn von Fr. 210'000.- übersteigende Bonuszahlung für 2008 zu streichen. Der vorma- lige Kläger erhielt drei Jahre in ununterbrochener Folge einen Barbonus von Fr. 503'000.-, Fr. 764'062.- und Fr. 756'281, mithin von einer jeweils ähnlichen Grös- senordnung im Vergleich zum jeweiligen Fixlohn. Damit ist - entgegen der Beklag- ten (Urk. 81 Rz 21f) - die vom Bundesgericht in BGE 129 III 276 als Grundlage für seine Rechtsprechung zum Bonus als Lohnanspruch geforderte Regelmässigkeit von Bonuszahlungen, die den Jahreslohn übersteigen, unzweifelhaft erfüllt (vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7.A., 2012, Art. 322f N 4 S. 338 m.w.H.). Der vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt des Bonus kommt als Folge da- von unterhalb der vorstehenden Maximallimite nicht zum Tragen und ein Bonus ist im Grundsatz zwingend geschuldet. Als diesfalls variabler Lohnbestandteil darf

- 15 - die Arbeitgeberin den Bonus allerdings nach den vertraglich vereinbarten Kriterien bemessen. Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren geltend macht, sie wäre aufgrund der allgemeinen Ertragsentwicklung und des Verhaltens des vormaligen Klägers im Jahre 2008 berechtigt gewesen, den als variablen Lohnbestandteil ge- schuldeten Bonus ermessensweise auf Null festzusetzen, ist ihre Berufung vorab nicht ausreichend begründet (Urk. 81 Rz 42). Denn mit dem blossen Verweis auf Aktenstellen zu den eigenen Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren kommt die Beklagte ihrer Rügepflicht nicht nach (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Abgesehen davon hat die Beklagte auch vor Vorinstanz nicht ausreichend darge- legt, aus welchen massgeblichen Faktoren in welchem Umfang sie einen Nullbo- nus ableitet. Als massgebliche Faktoren für die Bemessung des Bonus haben die Parteien ei- nerseits die persönliche Leistung des Arbeitnehmers und

seinen Beitrag zum gegenwärtigen und künftigen Erfolg der Bank, andererseits aber auch die Ertragsentwicklung der ganzen Bank sowie das Bank- und Bereichsergebnis vereinbart (Urk. 15/1 Ziff. 4). Die Beklagte hat zugestandenermassen bzw. gerichtsnotorisch auch für das Jahr 2008 trotz der Finanzkrise und eines erheblichen Geschäftserlusts Barboni im Umfang von 60% der früheren Boni ausbezahlt (Urk. 13 Rz. 161 sowie LA100002-O); die vorstehend erwähnten Fr. 136'860.- machen demgegenüber nur rund 20% der durchschnittlichen früheren Boni des vormaligen Klägers aus. Mit dem Marktumfeld und dem gesamten Geschäftsergebnis kann die Beklagte daher keinen totalen Bonusverlust substantiieren. Auch eine Sorgfaltpflichtverletzung des Arbeitnehmers führt sodann nicht zwingend zum totalen Bonusverlust; sie kann in Anbetracht der weiteren Leistungen auch bloss zu einer Bonusreduktion führen. Wie weit das Verhalten des vormaligen Klägers bei der Chile-Akquisition alle anderen Leistungen von ihm und seiner Abteilung überschattet und zu einem negativen Abteilungsergebnis für 2008 geführt hat, hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Ein grosser Schaden aus der Chile-Akquisition hätte sich zwingend auf die bonusrelevante Zielerreichung der ganzen Abteilung des vormaligen Klägers ausgewirkt. Die Behauptung des vormaligen Klägers, dass in seiner Abteilung zufolge eines insgesamt guten Abteilungser-

- 16 - gebnisses auch für 2008 Boni bezahlt wurden, hat die Beklagte im Grundsatz aber nicht bestritten (Urk. 40 Rz 149 i.V.m. Urk. 29 Rz 77). Die Beklagte hat vor Vorinstanz sogar selber einen gewissen, wenn auch geringen Beitrag des vormaligen Klägers zum Geschäftserfolg der Beklagten eingeräumt (Urk. 40 Rz 11). Es bleibt offen, ob die Chile-Akquisition für die Beklagte per Saldo überhaupt einen Verlust brachte; den gebannten Gerichts- und Vergleichskosten der Beklagten in den USA im Jahre 2008 sind die langfristigen Erträge aus der Verwaltung der abgeworbenen chilenischen Kundenvermögen und des akquirierten Beraternetzwerkes gegenüber zu stellen, welche bereits 2008 absehbar waren (vgl. dazu Erw. 3.3). Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass einerseits das Marktumfeld bzw. die Ertragslage der Beklagten und andererseits die Zielerreichung der Abteilung des vormaligen Klägers im Jahre 2008 zur Ausrichtung von Boni führten, wenn auch allenfalls in reduziertem Umfang im Vergleich zu den Vorjahren. Davon hätte auch der vormalige Kläger trotz einer allenfalls negativen persönlichen Performance profitiert. Dass per Saldo für den vormaligen Kläger ein Bonus von weniger als 20% des Vorjahresbonus resultiert hätte, kann aufgrund der Behauptungen der Beklagten nicht nachvollzogen werden. Der Einwand der Beklagten, der Bonus für den vormaligen Kläger wäre für 2008 gestützt auf die vereinbarten Bemessungskriterien auf Null festgesetzt worden, ist daher unbegründet.

E. 1.3

Das vorinstanzliche Urteil, welches dem vormaligen Kläger für 2008 noch einen reduzierten Bonusanteil von Fr. 60'000.- als Lohnbestandteil pro rata zuerkennen hat (Urk. 77 S. 48), ist daher dahin zu ändern, als ihm noch ein Barbonus pro rata von Fr. 91'240.- zugesprochen wird. 2. Awardansprüche Bei der Kündigung des Arbeitsvertrages mit dem vormaligen Kläger standen ihm unbestrittenermassen noch 1'344 L. _____-Awards und 8'407 M. _____-Awards zu. Diese Awards verleihen dem Berechtigten bei Erfüllung aller Bedingungen und zeitlichen Vorgaben das Recht auf Zuteilung von C. _____-Aktien. Die Beklagte

- 17 - hat diese Awards gestützt auf die einschlägigen Reglemente wegen der Kündigung annulliert, was der vormalige Kläger für unzulässig hielt.

E. 2

Nach Ansicht der Beklagten genügt die Berufungsbegründung der Klägerschaft den Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht und sie beantragt Nicht-eintreten auf die Berufung (Urk. 81 S. 24f). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Dem Berufungskläger obliegt eine entsprechende Rügepflicht. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilserwägungen auseinandersetzen und im Einzelnen aufzeigen muss, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz erfolgt ist. Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vor Vor-

- 10 - instanz eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt oder lediglich auf die Rechtsschriften in den Vorakten verweist. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen und sich mit diesen konkret auseinandersetzen. Entgegen der Ansicht der Beklagten muss eine Berufung jedoch nicht stets durch Verweise auf Aktenstücke begründet werden noch sind gewisse Wiederholungen von vorinstanzlichen Ausführungen unzulässig oder müssen Noven ausdrücklich als solche bezeichnet und von der Wiederholung vorinstanzlicher Ausführungen ausdrücklich abgegrenzt werden. Die Prüfung des Vorliegens rechtsgenügender und zulässiger Berufungsrügen hat grundsätzlich bei der Beurteilung der jeweiligen Berufungsvorbringen zu erfolgen, ebenso die Identifikation unzulässiger neuer tatsächlicher Vorbringen oder Einreden (Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36 S. 2165). Die Klägerschaft hat in ihrer Berufungsbegründung klare, bezifferte Anträge gestellt, wie das vorinstanzliche Urteil abzuändern ist (Urk. 76 S. 2). Hinsichtlich der Awardansprüche rügt sie zumindest sinngemäss z.B. eine unrichtige bzw. widersprüchliche Sachverhaltsfeststellung bzw. -würdigung durch die Vorinstanz bei der Auslegung der massgeblichen Reglementsbestimmungen und bei der Feststellung bzw. Subsumtion der dafür massgeblichen Kündigungsgründe (Urk. 76 Rz 13ff). Hinsichtlich des Bonusanspruchs kritisiert die Klägerschaft z.B. eine falsche Rechtsanwendung durch Nichtbeachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urk. 76 Rz 132ff). Und hinsichtlich der Schadenersatzforderung der Beklagten bestreitet sie z.B. ein Verschulden und rügt den fehlenden Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem ihr zurechenbaren Verhalten, mithin eine unrichtige Feststellung bzw. Würdigung des Sachverhaltes, sowie eine falsche Rechtsanwendung hinsichtlich der Verjährung/Verwirkung der Forderung (Urk. 76 Rz 167ff, 176ff). Insgesamt erfüllt die Berufungsbegründung der Klägerschaft die gesetzlichen Anforderungen von Art. 310f ZPO insoweit, dass darauf einzutreten ist. Immerhin ist der Beklagten aber zuzustimmen, dass die Berufungsbegründung sehr weitschweifig und unübersichtlich ausgefallen ist. Sie enthält über weite Strecken nur Wiederholungen der erstinstanzlichen Behauptungen und wiederholt

- 11 - sich auch selbst und mehrfach unter den verschiedenen Titeln; sie vermischt persönliche Erzählungen und mitunter sehr eigenwillige Interpretationen des vormaligen Klägers als juristischer Laie zu den tatsächlichen Vorgängen mit prozessualen Berufungsrügen (vgl. z.B. Urk. 76 Rz 49ff, Rz 85ff, Rz 111). Selbst die Anschlussberufungsantwort wird zum Anlass genommen, das ganze tatsächliche Umfeld ein weiteres Mal ausufernd und teilweise mittels neuer tatsächlicher Behauptungen

darzulegen (Urk. 86). Die Identifikation der zulässigen und massgeblichen Berufungsrügen und das Studium der Rechtsschriften für Gegenpartei und Gericht gestaltete sich daher äusserst aufwendig. Die Berufung wird dadurch zwar nicht gesamthaft zur nicht gehörig begründeten. Die erkennende Instanz wird nachfolgend indessen nur zum grundsätzlichen Standpunkt der Klägerschaft Stellung nehmen und nicht auf sämtliche Behauptungen einzeln eingehen (BGer 5A_95/2012, 28.03.2012, E. 2). Weiter wird dem erhöhten Arbeitsaufwand von Gericht und Gegenpartei bei der Bemessung der Kosten- und Entschädigungsfolgen Rechnung zu tragen sein (Jenny, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 108 N 3).

E. 2.1

Awards als Gratifikation Unbestritten geblieben ist die Feststellung der Vorinstanz, dass die Awards als echte Gratifikation zu qualifizieren sind, deren Ausrichtung im Ermessen der Beklagten liegt, weshalb sie auch entsprechende Bedingungen für deren Ausrichtung vorsehen darf (so bereits BGE 139 III 155). Im Jahre 2005 wurde dem vor-maligen Kläger zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 180'000.- bereits ein Barbonus von Fr. 503'232.- ausbezahlt, im 2006 zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 180'000.- bereits ein Barbonus von Fr. 764'062.- und im 2007 zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 197'000.- bereits ein Barbonus von Fr. 765'281.-. Wie vorstehend (Erw. 1.2.) ausgeführt, haben alle ein Arbeitsentgelt von maximal Fr. 346'860.- übersteigenden Entschädigungsversprechen keinen Lohncharakter mehr und dürfen seitens der Beklagten von Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

E. 2.2

Massgebliche Reglemente Die Beklagte stützte sich bei der Annullation der Awards auf Ziffer 5 (g) (ii) des "C._____... Master Share Plan", der unbestrittenermassen Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden ist und systematisch als allgemeiner Teil zu den besonderen Bestimmungen der einzelnen Award-Typen gilt (Urk. 15/34). Diese Bestimmung lautet wie folgt: "5. Awards in General ... (g) Additional Condition to Vesting, Settlement, Exercise and Lapse of Blocking Restrictions "Unless otherwise set forth in an Award Certificate, it shall be an additional condition to vesting, exercise, settlement and lapse of Blocking Restrictions of an Award (as applicable) that a Participant not, at any time prior to the date on which vesting, exercise, settlement or lapse of Blocking Restrictions thereof is otherwise required to take place: (i) directly or indirectly disclose any secret, confidential, or proprietary information that belongs to or concerns the Group or that such holder learned by reason of his or her association with the Group or directly or indirectly use any such information to the detriment of the Group or (ii) willfully engage in any other conduct that is materially detrimental to the Group."

- 18 - Weiter enthält der Master Share Plan einleitend unter Ziff. 2 allgemeine Definitionen, darunter eine allgemeine Definition des Begriffs "cause" wie folgt : " 'Cause' means : (i) a Participant's willful misconduct or gross negligence in the performance of his or her duties or the willful and continued failure or refusal of the Participant to perform any duties reasonably requested in the course of his or her employment (other than a failure resulting from his or her Disability); or (ii) fraud, dishonesty, or any other improper conduct engaged in by the Participant that causes, or in the sole discretion of the Participant's Employer has the potential to cause harm to C._____ ... and/or any Subsidiary, business unit or division or its business or reputation, including, without limitation, the violation by the Participant of any directives or policies of the Group or any applicable laws, rules or regulations,

criminal activity, habitual drunkenness or use of illegal drugs; or..." Für die einzelnen Award-Kategorien hat die Beklagte jeweils noch besondere Bestimmungen erlassen, deren Anwendbarkeit im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten ist (Urk. 76 Rz 9). Die massgeblichen Bestimmungen für eine Aberkennung der L.____-Awards lauten wie folgt (Urk. 15/36) : "4. Termination of Employment Prior to Scheduled Settlement Date (d) Termination for Cause If, prior to the Scheduled Settlement Date, your employment with the Group is terminated by the Group for Cause, (i) any unvested L.____ Units shall be cancelled immediately and (ii) any vested L.____ Units shall settle for Registered Shares on the Scheduled Settlement Date in accordance with, and subject to, the terms and conditions of the Plan Documents; provided, however,... [Bestimmungen zu einer allfälligen Reduktion] (e) Subsequent Cause Determination Notwithstanding any provision of the Plan Documents if, following a Scheduled Vesting Date and prior to the Scheduled Settlement Date, the Committee or your Employer determines that you engaged in an activity for which you could have been terminated for Cause, any L.____ Units that vested on the applicable Scheduled Vesting Date that have not yet been settled and all unvested L.____ Units shall be cancelled immediately.

E. 2.3

Kündigung "for Cause" Die Vorinstanz übersieht bei ihrer Interpretation der Award-Reglemente, dass der tatsächliche bzw. hypothetische Kündigungstatbestand "for Cause" in Ziff. 2 des Master Share Plan ausdrücklich definiert wurde, und zwar auch als grobe Fahrlässigkeit bei der Ausübung der Aufgaben als Arbeitnehmer ("gross negligence in the performance of his or her duties") und nicht nur als (eventual-)vorsätzliches Fehlverhalten oder (eventual-)vorsätzliche Schädigung der Arbeitgeberin. Ebenso soll nach dieser Bestimmung auch bereits ein "Cause" vorliegen, wenn das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nach dem freien Ermessen der Beklagten das Potential hat, ihr Schaden zuzufügen ("in the sole discretion of the Participant's Employer has the potential to cause harm to C.____ ..."). Haben die Vertragsparteien aber den "wichtigen Grund" für die Annullation der Awards eigenständig vertraglich definiert, kann dieser "wichtige Grund" nicht im Sinne der gesetzlichen Normierung des Rechtfertigungsgrunds für eine fristlose Entlassung gemäss Art. 337 Abs. 1 OR interpretiert und die dazu entwickelte Lehre und Rechtsprechung übernommen werden. Ebenso wenig kann auf Lehre und Rechtsprechung zur erforderlichen sofortigen Reaktion auf die Kenntnis vom wichtigen Grund zurückgegriffen werden (Art. 337 Abs. 2 OR); die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Ar-

- 21 - beitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ist für die Annullation von Awards nicht nötig. In diese Richtung deutet auch die Unterscheidung von "Termination for Cause" und der "Subsequent Cause Termination" in den Award-Reglementen. Für die Anwendung der letztgenannten Bestimmung bliebe kein Raum, würde man den "Cause" im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR interpretieren, sondern es müsste bei nachträglicher Kenntnis von einem wichtigen Grund stets entweder eine sofortige fristlose Entlassung erfolgen oder die Awards müssten honoriert werden. Damit ist nicht weiter auf die Berufungsvorbringen der Parteien einzugehen dazu, ob der vormalige Kläger einen wichtigen Grund im Sinne von Gesetz, Lehre und Rechtsprechung zur fristlosen Entlassung gemäss Art. 337 Abs. 1 OR gesetzt hat bzw. ob sich die Beklagte in diesem Sinne widersprüchlich - keine fristlose Entlassung, aber Geltendmachung eines "wichtigen Grundes" bezüglich der Awards - verhalten hat (Urk. 76 Rz 10ff, Urk. 81 Rz 92ff).

E. 2.4

Massgebliches Verhalten des vormaligen Klägers Ausgangspunkt für die Beurteilung der vorliegend geltend gemachten Ansprüche ist, ob das Verhalten des vormaligen Klägers rund um die EAM-Akquisition in Chile (eventual-)vorsätzlich schädigend oder zumindest grobfahrlässig war bzw. ob sie das Potential zur Schädigung der Beklagten hatte.

E. 2.4.1

Dazu hat die erkennende Instanz bereits in ihrem Urteil vom 6. Dezember 2012 unangefochten festgestellt, dass - der vormalige Kläger von Anfang an Kenntnis von möglichen Abwerbungen von Kunden der G. _____ hatte; - der vormalige Kläger am 24. Oktober 2007 I&J in den Räumlichkeiten der G. _____ traf und eine Zusammenarbeit einleitete, ohne im Besitz einer belegten Bestätigung zu sein, dass I&J nicht mehr für die G. _____ tätig waren oder dass diese Bank mit dem Vorgehen von I&J einverstanden war; - der vormalige Kläger Kenntnis von der Reise von F. _____ nach Chile im Dezember 2007 und von der Identifikation von (der G. _____ und für den EAM K. _____ abzuwerbenden) Kunden hatte, ansonsten nicht im Februar 2008 USD 9 Mio.

- 22 - "von den Chile Jungs" hätten eingehen können [vgl. vorl. Urk. 15/16], und ohne dass der vormalige Kläger wusste, ob nun ein EAM-Vertrag unterzeichnet war; - der vormalige Kläger trotz dieser Kenntnisse auf die internen Anfragen solche Kontakte in Chile am 20. und 28. März 2008 [vgl. vorl. Urk. 15/22] als nicht erfolgt erscheinen liess bzw. zumindest nicht umgehend die nötigen Aufklärungen erbrachte; - der vormalige Kläger in seinem Memorandum vom 16. April 2008 zuhanden des Rechtsdienstes der Beklagten [vgl. vorliegend Urk. 15/24] noch erklärte, F. _____ habe keine Kunden der G. _____ kontaktiert und keine Kontoeröffnungsformulare ausgefüllt, dies - wenn nicht wider besseres Wissen - zumindest ohne Abklärung des Sachverhaltes und ohne Rücksprache mit F. _____; - der vormalige Kläger sich nicht erkundigt bzw. nicht überprüft hatte, ob I&J gekündigt hatten. Die erkennende Kammer kam damals in Würdigung dieser feststehenden Tatsachen zum Schluss, dass nicht gesagt werden könne, den vormaligen Kläger treffe für die ganze Entwicklung und letztlich auch für die Klage der G. _____ nicht das geringste Verschulden. Wer über entsprechende Kenntnisse verfüge bzw. wer, ohne weitere Abklärungen bei den direkt Handelnden vorzunehmen, bei einem Ersuchen um Auskunft zu Gerüchten um umstrittene Kundenabwerbungen bloss antworte: "Gerne kann ich für mein Team bestätigen, dass niemand in den letzten Wochen weder in den Räumlichkeiten einer H. _____ noch einer G. _____ in Chile war (es hatte auch keiner seine G. _____ Kreditkarte in Chile verloren, haha)" (vgl. vorl. Urk. 15/22), gebe ungenügend bzw. nicht lückenlos Auskunft bzw. antworte nicht im Sinne der Anfrage. Der für das EAM-Geschäft in Lateinamerika verantwortliche vormalige Kläger habe vom Vorgehen von E. _____ und F. _____ grundsätzlich Kenntnis gehabt und dieses geduldet oder als Vorgesetzter nicht weiter in Frage gestellt. Es stehe auch fest, dass das fragwürdige Vorgehen der dem vormaligen Kläger unterstellten E. _____ und F. _____ letztlich zu einer Klage der G. _____ gegen die Beklagte in Miami geführt habe (Urk. 15/32 S. 22f).

E. 2.4.2

Die Vorinstanz stellte im vorliegend angefochtenen Urteil (Urk. 77 S. 43f) in tatsächlicher Hinsicht ihrerseits fest, dass

- 23 - - der vormalige Kläger gewusst habe, dass die Beklagte aktiv eine Zusammenarbeit mit I&J suchte; - der vormalige Kläger selber und E. _____ sich zwecks Aufgleisung der

Zusammenarbeit am 24. Oktober 2007 in den Räumlichkeiten der G.____/H.____ in Chile aufgehalten hatten, was der vormalige Kläger in Urk. 15/24 S. 4 zugestanden habe; - F.____ im Dezember 2007 sowie im Februar/März 2008 zwei Mal zwecks praktischer Realisierung der Zusammenarbeit nach Chile entsandt worden war und der vormalige Kläger dieser Entsendung anerkanntermassen zugestimmt habe; - I&J bis April 2008 in noch ungekündigtem Arbeitsverhältnis zu G.____/H.____ gestanden hatten und der vormalige Kläger dies noch am 14. März 2008 gewusst habe; - der vormalige Kläger unbestrittenermassen gewusst habe, dass am 30. Januar 2008 104 Kontoeröffnungsanträge im Zusammenhang mit der Chile-Akquisition vorlagen und dass bei der Beklagten ab 15. Februar 2008 aufgrund der Akquisition Kundengelder in Millionenhöhe eingingen. Dies setze sachlogisch das Wissen des vormaligen Klägers voraus, dass F.____ in Chile Kundenidentifikationen vorgenommen habe (vgl. dazu auch die Bestätigung des vormaligen Klägers in Urk. 76 Rz 154); - der vormalige Kläger es nach den Anfragen der H.____ und selbst noch in seinem Memorandum vom 16. April 2008 zuhanden des Rechtsdienstes der Beklagten unterlassen habe, diesen über den beschriebenen Wissensstand auch nur einigermaßen adäquat ins Bild zu setzen; - der vormalige Kläger am 20. April 2008 sodann eine Stellungnahme von E.____ zuhanden des Rechtsdienstes der Beklagten (Urk. 15/25) ohne Korrekturen der dortigen Lügen durchgewinkt habe.

E. 2.4.3

Die Berufungskritik der Klägerschaft an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zu den Vorgängen in Chile und zum nachfolgenden Informations-

- 24 - verhalten des vormaligen Klägers, soweit sich solche Rügen innerhalb der weit-schweifigen Berufungsvorbringen und Erzählungen zum ganzen Sachverhalts-komplex identifizieren lassen, ist unbegründet. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der analogen Feststellungen der erkennenden Instanz im rechtskräftigen Vorläuferurteil vom 6. Dezember 2012. - Am 19. März 2008 erhielt der vormalige Kläger eine Anfrage von N.____ zur Kenntnis, ob Kontakte des EAM-Desk in die G.____/H.____ in Chile beständen und niemand von ihnen in den letzten 5 Wochen in deren Räumen gewesen sei. Wenn der vormalige Kläger darauf am 28. März 2008 antwortete, es sei niemand in den letzten 5 Wochen weder in den Räumlichkeiten der H.____ noch der G.____ gewesen (Urk. 15/22), so beantwortete er nur die zweite Frage, nicht aber die erste nach grundsätzlichen Kontakten zur G.____/H.____. Sodann verneinte er eine Anwesenheit in den Räumen ausdrücklich beider genannter Banken. Als er daher anschliessend in seinem Memorandum vom 16. April 2008 zuhanden des Rechtsdienstes erklärte, er habe die Anfrage nur mit Bezug auf die H.____ beantwortet und dies korrekt, da diese die Bank in Chile erst am 1. März 2008 [sc. nach den Aufenthalten von O.____ in der Bank] übernommen habe, so war dies klarerweise falsch bzw. widersprach seiner Antwort vom 28. März 2008 (Urk. 15/24 S. 2f). In jedem Fall muss aber dieses Informationsverhalten als gezielte Verschleierungstaktik mittels Wortklauberei qualifiziert werden, um beim Leser, der die Lückenhaftigkeit der Auskunft ohne Wissen um die Hintergründe nicht erkennen kann, den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, er werde vollumfänglich informiert. Ebenso wenig musste ein unbefangener Leser aus der Formulierung, es wäre unklug, jedwede Kontakte nach Chile zu verneinen, weil man Gerüchten über die Verselbständigung von Vermögensverwaltern nachgehen müsse, folgern, dass bereits intensive Schulungen absprungwilliger Angestellter der G.____/H.____ und bereits erhebliche Kunden- und Vermögenstransfers stattgefunden haben. Die Bewilligung der

Reisen von F._____ nach Chile kann so- dann nicht im Ernst mit einem Wissen der Beklagten über dessen dortigen kon- kreten Aktivitäten gleichgesetzt werden. Die Feststellung der Vorinstanz, der vor- malige Kläger habe die Beklagte nicht adäquat informiert, ist daher - entgegen

- 25 - dem vormaligen Kläger (Urk. 76 Rz 28, 52f, 82ff, 97, 125) - nicht zu beanstanden und entspricht auch den Feststellungen der erkennenden Kammer im Urteil vom

E. 2.5

Würdigung Die Aktivitäten bei der Etablierung des EAM in Chile erfüllten den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs, wie er in Art. 2 UWG (vgl. dazu Urk. 77 S. 51), Art. 4 lit. c UWG (Verleitung von Arbeitnehmern [nämlich I&J] zum Verrat von Geschäfts- geheimnissen [Kundenbeziehungen und -daten]) und Art. 6 UWG (Verwertung von unrechtmässig erlangten Geschäftsgeheimnissen [Kundenbeziehungen und -daten]) für die Schweiz gesetzlich verboten ist. Wie der Prozess in Miami zeigt (Urk. 15/26), sind solche Aktivitäten offenkundig auch in Chile illegal. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass dem vormaligen Kläger aufgrund des - ohne Durchführung eines weitergehenden Beweisverfahrens - bereits festste- henden Sachverhaltes vorgeworfen werden muss, dass er persönlich diese unlau- teren Geschäfts- und Kundenabwerbeaktivitäten in Chile massgeblich eingeleitet hat und auch von deren Erfolg - Kundenidentifikationen und Kontoeröffnungen

- 28 - durch abgesprungene Kunden sowie Vermögenseingänge von diesen Kunden - gewusst hat. Als verantwortlicher Abteilungsleiter des Subdepartements EAM In- ternational musste ihm bewusst sein, dass er und seine Mitarbeiter sich lauter- keitsrechtlich grundsätzlich auf heiklem Terrain bewegten, und es oblag ihm da- her klarerweise eine besondere Pflicht, die korrekte Abwicklung der Akquisition sicherzustellen und zu überwachen. Dazu gehörte vorab die Kontrolle, ob der de- signierte EAM-Partner K._____ seine unabhängige Geschäftstätigkeit auch tat- sächlich aufgenommen hatte, bevor er O._____ im Dezember 2007 mindestens zu Schulungszwecken nach Chile beordnete, nachdem er selber zuvor die künfti- gen Geschäftspartner noch in den Räumen ihrer angestammten Arbeitgeberin G._____ besucht und in diesen Räumen sogar offiziell die künftige Zusammenar- beit kommuniziert hatte. Dass I&J selber ihn (und später F._____) in diese Räume eingeladen hatten, ist nicht von Bedeutung. Der von I&J geschaffene Interessen- konflikt zwischen G._____ und C._____ war augenfällig und der vormalige Kläger durfte diesbezüglich nicht einfach den Kopf in den Sand stecken und sich auf un- verbindliche Bemerkungen von I&J verlassen, dass es schon seine Richtigkeit habe. Dieses Verhalten muss vielmehr als grobe Fahrlässigkeit eingestuft wer- den. Im Anschluss daran oblag dem vormaligen Kläger als verantwortlichem Abtei- lungsleiter die Kontrolle, dass I&J ihre Arbeitsverträge mit der G._____ aufgelöst, sich von dieser Bank rechtlich und tatsächlich getrennt hatten und ausschliesslich für "K._____" tätig waren, und zwar spätestens, als bei der Beklagten die ersten Kontoeröffnungsaktivitäten für Chilekunden stattfanden. Der vormalige Kläger ist weder dieser Kontrollpflicht nachgekommen noch hat er sich um die Unterzeich- nung des schriftlichen EAM-Vertrages durch "K._____" gekümmert bzw. sich dar- über vergewissert. Er hat vielmehr positiv gewusst, dass erfolgreiche Kundenab- werbungen noch während des Anstellungsverhältnisses von I&J bei der G._____/... bzw. vor deren Ausscheiden Anfang April 2008 erfolgten. Insofern liegt zumindest ein eventualvorsätzliches Verhalten vor. Der vormalige Kläger kann sich seiner Verantwortung nicht dadurch entziehen, dass diese Umstände allenfalls auch weiteren

Personen bekannt waren, wie z.B. seinem Vorgesetzten D._____ oder der ihm unterstellten Compliance-Mitarbeiterin, und diese Personen

- 29 - - bzw. sogar nur diese, nicht aber er selber - auch hätten einschreiten können (Urk. 76 Rz 31ff). Organisatorisch und fachlich trug der vormalige Kläger die Verantwortung und er hatte auch die nötigen Informationen bzw. den Zugang zu diesen, um seine Verantwortung tatsächlich auch wahrzunehmen. Für diese Verantwortung war er in den Vorjahren ja stets mit einem sehr stattlichen Bonus von bis zu Fr. 750'000.- zuzüglich Awards als Zusatz zu seinem Grundlohn von gegen Fr. 200'000.- entschädigt worden. Schliesslich hat der vormalige Kläger auch seine interne Informationspflicht zu den Aktivitäten seiner Abteilung verletzt, und zwar vorsätzlich, indem er konkrete interne Anfragen teils falsch und teils bewusst missverständlich und lückenhaft beantwortete und damit einen korrekten Wissensstand der verantwortlichen Organe der Beklagten absichtlich verhinderte. Der Beklagten vorzuwerfen, sie hätte trotz der vorsätzlich falschen Information durch den vormaligen Kläger noch im April 2008 den Prozess in Miami verhindern können (Urk. 76 Rz 33f), bzw. die Beklagte habe stets alles gewusst, weil sie im April 2008 durch ihre intensiven internen Recherchen im Nachhinein schliesslich alles erfahren habe (Urk. 76 Rz 73ff, Rz 108ff, Rz 124), kommt einer Pervertierung des Sachverhaltes gleich. Ähnliches gilt für den Standpunkt, eine rückhaltlose Information der Beklagten sei aus Gründen der internen Konkurrenz zum Private Banking nicht angezeigt gewesen, die Beklagte hätte wegen des Geldzuflusses aber umfassend Bescheid gewusst (Urk. 76 Rz 51, 63ff). Allein aus der Feststellung eines Mittelzuflusses zur Bank nach formell korrekten Kontoeröffnungen erhellt nicht automatisch der unlautere Ursprung der Kunden- und Vermögensakquisition. Das Verhalten des vormaligen Klägers führte insgesamt dazu, dass die G._____ die Beklagte in ein Gerichtsverfahren zog und der Beklagten daraus Kosten für Rechtsanwälte und die Bezahlung einer Vergleichssumme entstanden. Damit hat sich der vormalige Kläger ein teils grobfahrlässiges und teils vorsätzliches bzw. sogar absichtliches Fehlverhalten bei der Erfüllung seiner Aufgaben zuschulden kommen lassen, das die Beklagte, wie der Prozess in Miami belegt, materiell geschädigt hat und ein Potential zur zusätzlichen Beschädigung ihres geschäftlichen Rufes geschaffen hat. Dieses Fehlverhalten erfüllt unzweifelhaft die Voraussetzungen einer Kündigung "for Cause" nach den einschlägigen Award-Reglementen. Darüber hinaus

- 30 - hat der vormalige Kläger durch die Verletzung der Informationspflicht seine allgemeine Treuepflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin verletzt und das Vertrauensverhältnis massiv beeinträchtigt. Die Beklagte hat daher zu Recht alle gevesteten und noch nicht gevesteten Awards annulliert. Die diesbezügliche Klageforderung der Klägerschaft ist abzuweisen. 3. Schadenersatz Die Beklagte verlangt von der Klägerschaft Schadenersatz für Anwaltskosten von CHF 280'850.45, die ihr für den Prozess in Miami entstanden sind. Dieser Prozess sei durch den vormaligen Kläger im Zusammenhang mit der Chile-Akquisition verschuldet worden, und zwar durch seine falschen Informationen zu Beginn der internen Untersuchung. Die Vorinstanz hat eine Schadenersatzpflicht des vormaligen Klägers wegen seines gesamten Verhaltens im Grundsatz bejaht, in dessen ein Mitverschulden der Beklagten angenommen und die Schadenersatzforderung nur im Umfang der Hälfte bzw. von CHF 140'425.20 gutgeheissen. Im Berufungsverfahren beantragt die Klägerschaft die vollumfängliche Abweisung des Schadenersatzbegehrens, die Beklagte die vollumfängliche Gutheissung.

E. 3

Zuhanden beider Berufungsparteien ist auf das Novenverbot im Berufungsverfahren hinzuweisen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auf neue tatsächliche Behauptungen und Beweisofferten in den Berufungsschriften ist nachstehend ohne ausdrückliche Erwähnung nicht einzugehen. Ebenso wenig ist auf die Ausführungen der Beklagten zur Hauptberufung der Klägerschaft einzugehen, die erst in ihrer Stellungnahme zur Anschlussberufungsantwort erfolgten, ohne dass dies nachfolgend noch ausdrücklich ausgeführt wird.

E. 3.1

Die Klägerschaft erhebt im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz vorab die Einrede der Verjährung/Verwirkung [recte : des Verzichts auf Geltendmachung] der Schadenersatzforderung, weil die Beklagte in der letzten Lohnabrechnung keinen entsprechenden Vorbehalt angebracht habe (Urk. 76 Rz 176ff). Für Schadenersatzforderungen gegen den Arbeitnehmer gilt grundsätzlich die all-gemeine zehnjährige Verjährungsfrist. Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann die Schadenersatzforderung aber bereits vorher untergehen, wenn der Arbeitnehmer aus dem Verhalten der Arbeitgeberin nach Treu und Glauben auf einen vertraglichen Verzicht nach Art. 115 OR schliessen kann. Von einem Forderungsverzicht der Arbeitgeberin darf der Arbeitnehmer nach dieser Praxis dann ausgehen, wenn es jene unterlässt, Ansprüche, die ihr dem Umfang oder dem Grundsatz nach bekannt sind, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu ma-

- 31 - chen, insbesondere bei vorbehaltloser Auszahlung des letzten Lohnes. Dabei genügt grundsätzlich eine blosser Erklärung, dass Schadenersatzansprüche aus einem bestimmten Ereignis vorbehalten bleiben, um zu verhindern, dass beim Arbeitnehmer die berechtigte Erwartung entsteht, die Arbeitgeberin verzichte auf Schadenersatz. Ihr bekannte Ersatzforderungen - auch wenn sie sich diese vorbehalten hat oder wegen Unpfändbarkeit des Anspruchs nicht hat verrechnen können - muss die Arbeitgeberin jedoch spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen, andernfalls Verzicht anzunehmen ist (BGer. 4A_351/2001 (05.09.2011) Erw. 2.2 m.w.H.). Diese Rechtsprechung ist bei der Lehre auf überwiegende Zustimmung gestossen, zumindest was die Geltendmachung eines bekannten Schadens spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. bei der letzten Lohnauszahlung anbelangt (Rehbinder/Stöckli, BK Art. 321e N 16; BSK OR I-W. Portmann Art. 321e N 23; A. Staehelin ZK Art. 321e N 34; W. Portmann/J.F. Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3.A. 2013, S. 58 Rz 214). Nach J. Brühwiler (a.a.O. Art. 321e N 2) genügt auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein blosser Vorbehalt, um nach Treu und Glauben einen Verzicht auszuschiessen. Streiff/von Kaenel/Rudolph (a.a.O., Art 321e N 14 S. 270) wollen demgegenüber in jedem Fall eine blosser Erklärung genügen lassen, dass Schadenersatzansprüche aus einem bestimmten Vorfall vorbehalten bleiben, um die Entstehung einer berechtigten Erwartung des Arbeitnehmers zu verhindern, der Arbeitgeber verzichte auf Schadenersatz.

E. 3.2

In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass die Beklagte am Ende der auf Verlangen des vormaligen Klägers ausgestellten schriftlichen Kündigungsbegründung vom 25. Juni 2008 festhielt, es sei ihr ein beträchtlicher finanzieller Schaden entstanden; sie behalte sich diesbezüglich "sämtliche Rechte" vor (Urk. 15/43). Am 22. Juli 2008 stellten ihre Anwälte eine erste Rechnung für die Bemühungen im amerikanischen Prozessverfahren über USD

229'865.85 für den Zeitraum 16. Mai bis 18. Juli 2008 (Urk. 15/44). Die letzte Lohnabrechnung bzw. -zahlung an den vormaligen Kläger erfolgte am 25. August 2008 (Urk. 50/1). Am 30. September 2008 erfolgte eine weitere Anwaltsrechnung für Barauslagen im Betrag von USD 10'277.87 für den Zeitraum 11. Juni bis 19. September 2008 (Urk.

- 32 - 15/45). Wie eingangs erwähnt, machte der vormalige Kläger bereits am 2. März 2009 eine Klage wegen missbräuchlicher Kündigung rechtshängig. Die Beklagte verzichtete in jenem Prozess auf eine Widerklageforderung aus Schadenersatz (Urk. 15/31). Der Beklagten war somit bei der letzten Lohnzahlung im August 2008 (eventuell auch bereits bei der Lohnzahlung im Juli 2008) die erste Anwaltsrechnung vom 22. Juli 2008 über USD 229'895.85 betragsmässig bekannt. Verzichtete sie aber sowohl auf eine Verrechnung als auch auf einen ausdrücklichen Vorbehalt bei der letzten Lohnzahlung (ev. den beiden letzten Lohnzahlungen vor Ende der Kündigungsfrist), ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre von einem konkludenten Verzicht auf die Geltendmachung dieser Schadenersatzforderung auszugehen. Kommt dazu, dass der vorgängig in der schriftlichen Kündigungsbegründung angebrachte Vorbehalt, die Beklagte behalte sich "alle Rechte" vor, als unklar und vage hinsichtlich einer Schadenersatzforderung konkret für Anwaltskosten betrachtet werden muss. So lassen sich unter den allgemein formulierten Vorbehalt z.B. auch die Aberkennung aller Bonus- und Awardansprüche oder eine grösstmögliche Verrechnung mit allen noch ausstehenden Löhnen etc., allenfalls aber auch eine vorbehaltene nachfolgende fristlose Kündigung (für den Fall neuer Erkenntnisse) subsumieren. Zuzufolge des bereits damals hängigen Prozessverfahrens in Miami hätte ein Vorbehalt bezüglich des im Grundsatz bekannten Prozesskostenanfalls klarer ausfallen müssen. Selbst wenn man der vorzitierten Ansicht von J. Brühwiler und Streiff&al. folgen würde, vermöchte der Vorbehalt vom 25. Juni 2008 nicht zu genügen zur Widerlegung eines Vertrauensschutzes in den mit den anschliessenden vorbehaltlosen Lohnzahlungen, insbesondere für den August 2008, stillschweigend zum Ausdruck gebrachten Verrechnungsverzicht. Angesichts der Lohnhöhe des vormaligen Klägers wäre eine Verrechnung vor dem Hintergrund von Art. 323b Abs. 2 OR immerhin im Betrag von mehreren Tausend Franken möglich gewesen. Ist bereits per Ende August 2008 von einem konkludenten Schadenersatzverzicht auszugehen, vermag daran das spätere Schreiben der Beklagten vom 22. Dezember 2008 mit einem erneuten Vorbehalt nichts zu ändern (Urk. 50/2).

- 33 - Die zweite, unbedeutendere Anwaltsrechnung vom 30. September 2008 war der Beklagten bei der letzten Lohnzahlung am 25. August 2008 zwar noch nicht im Detail bekannt. Sie wusste aber damals im Grundsatz um ihren Prozessschaden und dessen Ursachen. Sie hätte auch diesbezüglich durch einen klaren Vorbehalt dessen Geltendmachung vorbehalten können. Nicht nur hat sie dies bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht getan. Sie hat darüber hinaus selbst noch im ersten arbeitsgerichtlichen Prozessverfahren betreffend Kündigungsanfechtung keine Schadenersatzforderung erhoben, weder widerklageweise noch verrechnungsweise, obschon bereits in jenem Prozess das sorgfaltswidrige Verhalten des vormaligen Klägers zentrales Thema war. Damit hat die Beklagte erneut stillschweigend zum Ausdruck gebracht, keine solche Forderung erheben zu wollen. Auch daraus durfte der vormalige Kläger nach Treu und Glauben ableiten, auf eine solche werde verzichtet. Auf diesem Verzicht ist die Beklagte daher im vorliegenden Verfahren zu behaften. Die

Schadenersatzforderung der Beklagten ist damit zufolge Verzichts untergegangen und die Widerklage bzw. Anschlussberufung vollumfänglich abzuweisen.

E. 3.3

Unter diesen Umständen kann auf weitere Ausführungen zur Kausalität des Prozessschadens mit den verschiedenen Sorgfaltspflichtverletzungen des vormaligen Klägers, zu seinem Verschulden und zum Mitverschulden bzw. zur Einwilligung der Beklagten in das Schadensrisiko verzichtet werden. Aus den beiden Anwaltsrechnungen ist ersichtlich, dass diese nicht nur Bemühungen im Zusammenhang mit dem Massnahmebegehren der G._____ in Miami umfassen; mindestens ab Ende Juni 2008 sind auch Bemühungen im Zusammenhang mit der vergleichsweisen Erledigung des ganzen Streites verzeichnet (Urk. 15/44), womit sich die Frage der Vorteilsanrechnung aus dem gesamten Chile-Geschäft und deren Verrechenbarkeit mit dem Schaden aus Anwaltskosten stellen würde. Dass die Beklagte aus der Chile-Akquisition trotz deren lauterkeitsrechtlichen Unzulässigkeit unmittelbare und adäquat kausale geschäftliche Vorteile gezogen hat, ist evident. Zwar hat sie die Zusammenarbeit mit "K._____" gekündigt, jedoch die Chile-Vermögen im Anschluss daran einfach der Firma

- 34 - S._____ zugewiesen und mit dieser Firma einen EAM-Vertrag geschlossen, in welcher neben dem neuen Geschäftspartner T._____ wiederum I&J massgeblich tätig waren bzw. sind (Urk. 40 S. 26 Rz 84 i.V.m. Urk. 31/6). Der Beklagten sind ab Anfang 2008 Vermögensverwaltungsentschädigungen für unbestimmte Zeit mindestens für die bereits bis Ende Mai 2008 lauterkeitsrechtlich illegal transferierten Vermögen von 140 Mio. USD (Urk. 15/7 S. 2) sowie für ein weiteres Potential von kurzfristig noch eingetroffenen, aber immer noch illegal abgeworbenen Vermögen von bis zu 400 Mio. CHF (Urk. 15/24) zugeflossen. Auch profitierte und profitiert die Beklagte vom akquirierten Beraternetzwerk von I&J. Diese Vorteile, insbesondere den finanziellen Vorteil aus der Verwaltung der 2008 lauterkeitsrechtlich illegal transferierten Vermögen aus Chile, müsste sich die Beklagte anrechnen lassen. Die Klägerschaft hat diesen Vermögensvorteil trotz Hinweises der Beklagten indessen nicht substantiiert (Urk. 29 Rz 147 und Urk. 49 Rz 79 i.V.m. Urk. 40 Rz 102) und prozessuale Weiterungen sind daher nicht möglich, zufolge des vorerwähnten konkludenten Verzichts aber auch nicht nötig. 4. Zusammenfassend ist im Berufungsverfahren die Klage im Betrag von Fr. 91'240.- (Barbonus pro rata) gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen. Die Widerklage auf Schadenersatz ist vollumfänglich abzuweisen. Die Verzugszinsen blieben unbestritten. E Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der erstinstanzliche Streitwert betrug gerundet Fr. 1'301'250.-. Nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens obsiegt die Klägerschaft mit Fr. 91'240.- aus der eigenen Klage (Barbonus pro rata) sowie hinsichtlich der Widerklage im vollen Betrag von Fr. 280'850.-. Demgemäss sind die erstinstanzlichen Kosten der Klägerschaft zu 70% aufzuerlegen, der Beklagten zu 30%. Die Entscheidgebühr von Fr. 34'000.- wurde seitens der Klägerschaft nicht substantiiert bestritten; das Rechtsbegehren Ziffer 1 der Hauptberufung lautet zwar auf Aufhebung dieser Gebühr, ohne dass dieser Antrag jedoch beziffert oder begründet wurde (vgl. Urk. 76). Sie ist den Parteien im erwähnten Verhältnis aufzuerlegen und mit den je-

- 35 - weils geleisteten Prozesskostenvorschüssen zu verrechnen. Die Parteientschädigung für die Beklagte ist analog auf 40% einer ordentlichen Entschädigung festzulegen. Die Bezifferung der Parteientschädigung durch die Vorinstanz auf Fr. 33'330.- entsprechend einer Entschädigung von 69,2% ist, da betragsmässig grundsätzlich unbestritten geblieben,

zu übernehmen, aufgrund des geänderten Verteilsschlüssels jedoch auf 40% bzw. Fr. 19'250.- zu reduzieren. 2. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt noch Fr. 1'065'143.-. Dies führt zu einer Entscheidgebürh gemäss § 4 Abs. 1 und § 12 GebV OG von grundsätzlich Fr. 31'000.-. Die Klägerschaft obsiegt mit Fr. 91'240.- aus der eigenen Klage (Barbonus pro rata) sowie hinsichtlich der Widerklage im Betrag von Fr. 280'850.-, somit zu 35%. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind daher grundsätzlich der Klägerschaft zu 65% bzw. Fr. 20'150.- und der Beklagten zu 35% bzw. Fr. 10'850.- aufzuerlegen. Infolge der weitschweifigen, ständige Wiederholungen aufweisenden und daher schwer und nur mit grossem Aufwand les- und prüfbareren Rechtsschriften der Klägerschaft ist die vorstehende Gebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 zit. VO auf Fr. 35'000.- zu erhöhen und in diesem Mehrbetrag der Klägerschaft aufzuerlegen (Art. 108 ZPO). Die Kostenbetreffnisse der Parteien sind mit ihren jeweiligen Kostenvorschüssen für das Berufungsverfahren zu verrechnen. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV grundsätzlich auf Fr. 32'000.- zu bemessen und wäre in Anwendung von § 13 Abs. 2 zit. VO auf einen bis zwei Drittel zu reduzieren. Ein Zuschlag gemäss § 11 zit. VO ist für unnötige Eingaben nicht geschuldet (Urk. 95, Urk. 104). Zufolge der weitschweifigen, ständige Wiederholungen aufweisenden und daher schwer und nur mit grossem Aufwand les- und prüfbareren Rechtsschriften der Berufungsklägerschaft entstand der anspruchsberechtigten Berufungsbeklagten indessen ein erheblicher Aufwand. Auf eine Reduktion gemäss § 13 Abs. 2 zit. VO ist daher in Anwendung von Art. 108 ZPO zu verzichten, hingegen hat eine Reduktion auf 30% zufolge des teilweisen Unterliegens zu erfolgen. Die

- 36 - Parteientschädigung ist demnach auf Fr. 9'600.- zuzüglich 8% MWSt, somit Fr. 10'368.- festzusetzen. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 91'240.- zuzüglich 5% Zins seit 5. November 2008 zu bezahlen. Die Klage wird im Mehrbetrag und die Widerklage vollumfänglich abgewiesen. 2. Die erstinstanzliche Entscheidgebürh von Fr. 34'000.- wird bestätigt. 3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin zu 70% und der Beklagten zu 30% auferlegt. Der Kostenanteil der Klägerin wird mit dem Kostenvorschuss von Fr. 30'954.- verrechnet, der Kostenanteil der Beklagten mit ihrem Kostenvorschuss von Fr. 15'984.-. 4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 19'250.- zu bezahlen. 5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebürh wird auf Fr. 35'000.- festgesetzt.

E. 4

Der unter Erw. B vorstehend erwähnte Sachverhalt bildete bereits Gegenstand eines Gerichtsverfahrens zwischen den heutigen Parteien, da der vormalige Kläger die darauf basierende Kündigung des Arbeitsvertrages durch die Beklagte als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR angefochten hatte (vgl. Urk. 15/32). Der mit rechtskräftigem Urteil der erkennenden Kammer vom 6. Dezember 2012 festgestellte Sachverhalt führte zur Verneinung einer missbräuchlichen Kündigung und zur Abweisung der Klage auf Ausrichtung einer Entschädigung gemäss Art.

- 12 - 336a OR. Da nur das Urteilsdispositiv und nicht die ihm zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen in materielle Rechtskraft erwachsen, kommt diesem Urteil keine Sperrwirkung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO für die Geltendmachung weiterer Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis und dessen Kündigung zu. Am Kündigungsprozess waren indessen dieselben Parteien und Rechtsvertreter beteiligt wie im vorliegenden

Prozess; das Kündigungsurteil wurde bereits mit der Klageantwort durch die Beklagte als Beweisurkunde in das vorliegende Verfahren eingeführt (Urk. 13 S. 36f); die Klägerschaft konnte im weiteren Verfahren dazu gehörig Stellung nehmen, ohne dass sie neue Beweismittel für die Unrichtigkeit der damaligen gerichtlichen Sachverhaltsfeststellung offeriert hätte (Urk. 29 S. 22ff, 60). Die unangefochten gebliebenen tatsächlichen Feststellungen der erkennenden Instanz im Kündigungsprozess können daher als gerichtsnotorische Tatsachen auch im vorliegenden Verfahren als feststehender Sachverhalt übernommen werden (Hasenböhler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O. Art. 151 N 4; J. Brönnimann BK-ZPO Art. 151 N 4f; Christian Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 151 N 7ff). D Materielle Beurteilung 1. Barbonus Der vormalige Kläger erhielt in den Jahren 2005, 2006 und 2007 jeweils einen Barbonus von Fr. 503'232.-, Fr. 764'062.- und Fr. 765'281.-, zusätzlich zum Fixgehalt von Fr. 180'000.- bis Fr. 197'000.- und zusätzlich zu den nachstehend (Erw. 2) erwähnten Awards bzw. Aktienanwartschaften. Er forderte im Berufungsverfahren für das Kündigungsjahr 2008 zusätzlich zu seinem Fixgehalt von Fr. 210'000.- einen Barbonus von Fr. 450'000.- bzw. pro rata per Ende August von Fr. 300'000.-. Die Vorinstanz gestand ihm einen Lohnanspruch von insgesamt Fr. 300'000.- zu, bestehend aus dem Grundlohn von Fr. 210'000.- und einem Barbonus von Fr. 90'000.-, pro rata per Ende August somit noch einen Barbonusanteil von Fr. 60'000.-.

- 13 -

E. 5

Conditions to Settlement Notwithstanding any contrary provision of the Plan Documents:

(a) If, at any time prior to settlement of your M.____s, you (i) directly or indirectly disclose any secret, confidential, or proprietary information that belongs to or concerns the Group or that you learned by reason of your association with the Group or directly or indirectly use any such information to the detriment of the Group or (ii) willfully engage in any other conduct that is materially detrimental to the Group, your M.____s (whether or not vested) shall be cancelled immediately."

- 20 - Die Vorinstanz befand, dass die Klausel "willfully engage in any other conduct that is materially detrimental to the Group" in diesen Award-Reglementen nur eine direkt- und eventualvorsätzliche Schädigung erfasse, nicht aber bloss fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzungen. Die Klausel "termination for cause" interpretierte die Vorinstanz als Kündigung aus einem wichtigen Grund im Sinne des gesetzlichen Art. 337 Abs. 1 OR, d.h. als Setzung eines derart schwerwiegenden Grundes, dass er jede Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Arbeitgeberin unzumutbar macht und eine fristlose Entlassung rechtfertigt. Schlussfolgernd hielt die Vorinstanz dafür, dass der vormalige Kläger auf alle bei seiner Kündigung gevesteten und ungevesteten Awards nur dann einen Anspruch habe, sofern er keinen wichtigen Grund für die Kündigung gesetzt habe und - sachlogisch - die Beklagte nicht vorsätzlich geschädigt habe (Urk. 77 S. 13ff).

E. 6

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin im Betrag von Fr. 24'150.- und der Beklagten im Betrag von Fr. 10'850.- auferlegt. Der Kostenanteil der Klägerin wird mit dem Kostenvorschuss von Fr. A.____ von Fr. 28'000.- verrechnet, der Kostenanteil der Beklagten mit ihrem Kostenvorschuss von Fr. 12'750.-.

E. 7

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'368.- (inkl. MWSt.) zu bezahlen.

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

E. 9

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 arbeitsrechtliche

Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'065'143.-. Die Beschwerde an das

Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die

Art. 44 ff. BGG. Zürich, 15. Dezember 2015 Obergericht des Kantons Zürich I.

Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur.

P. Knoblauch versandt am: se

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