

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA150004-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

Urteil vom 15. Dezember 2015

in Sachen

Erbin des † A._____,

nämlich:

B._____,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

C._____ **AG,**

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. rer. publ. et lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
vom 15. Dezember 2014 (AN120057-L)**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 1'020'402.– zuzüglich Zins von 5% seit 01. September 2008 zu bezahlen
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten"

Widerklagebegehren:

" [...]

3. Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten der Beklagten und Widerklägerin einen Betrag von CHF 280'850.45 nebst Zins zu 5% seit dem 5. November 2008 zu bezahlen, abzüglich des Betrags, um den sich diese Forderung infolge Verrechnung mit fälligen Gegenforderungen des Klägers, die Gegenstand des Klagebegehrens Nr. 1 bilden, reduziert.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Widerbeklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 15. Dezember 2014:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 80'425.20 zuzüglich 5% Zins seit dem 5. November 2008 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 34'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden zu 84.6% dem Kläger und Widerbeklagten sowie zu 15,4% der Beklagten und Widerklägerin auferlegt. Sie werden je aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Die nicht bean-

spruchten Teile der geleisteten Kostenvorschüsse werden den Parteien zurückerstattet.

5. Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 33'330.– zu bezahlen.
6. (Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge:

In der Hauptberufung

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 76):

"1. Es seien die Ziffern 1. und 2. sowie 3 und 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben.

2. Es sei die Berufungsbeklagte in Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Berufungskläger Fr. 784'292.60.- zzgl. Zins von 5% seit 1. September 2008 zu bezahlen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 81):

"1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Eventualiter : Es sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes und Neuentscheidung zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (zuzüglich 8% MWST)."

In der Anschlussberufung

der Beklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 81) :

"1. Es seien die Ziffern 2, 4 und 5 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 15. Dezember 2014 (Geschäfts-Nr. AN120057) aufzuheben.

2. Es sei die Widerklage vollumfänglich gutzuheissen.

3. Eventualiter : Es sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes und Neuentscheidung zurückzuweisen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (zuzüglich 8% MWST)."

des Klägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 86) :

"1. Es sei die Anschlussberufung vollumfänglich abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MWST zu Lasten der Anschlussberufungsklägerin."

Erwägungen:

A

Prozessgeschichte

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.

2. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger und Widerbeklagte †A._____ am 5. Februar 2015 rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung und leistete am 20.

Februar 2015 den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 28'000.-- (Urk. 76, Urk. 79). Mit der schriftlichen Berufungsantwort vom 10. April 2015 erhob die Beklagte und Widerklägerin Anschlussberufung und leistete am 27. April 2015 den ihr für die Anschlussberufung auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 12'750.- (Urk. 81, Urk. 84). Die Anschlussberufungsantwort wurde rechtzeitig am 1. Juni 2015 erstattet und der Beklagten und Widerklägerin am 25. Juni 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 86, Prot. S. 7).

Der vormalige Kläger A. _____ ist am tt.mm.2015 verstorben. An seiner Stelle ist seine Erbin B. _____ in den Prozess eingetreten (Urk. 102). Der vormalige Kläger hat seinen Rechtsvertreter über seinen Tod hinaus mandatiert (Urk. 2). Die am 1. Juni 2015 zur Post gebrachte Anschlussberufungsantwort beruht erkennbarermassen noch auf einer persönlichen Instruktion des vormaligen Klägers, und die Einreichung dieser Rechtsschrift zwecks Fristwahrung muss daher als von dieser Vollmacht noch umfasst gelten (vgl. dazu etwa BSK OR I - T. Pietruszak, Art. 405 N 9, 14). Die Rechtsschrift ist gültig und zufolge der auf den Todeszeitpunkt erfolgenden Rechtsnachfolge der Erbin fehlte es auf Seite der Klägerschaft nie an einem Rechtssubjekt. Auf Ersuchen der Beklagten wurde ihr am 2. November 2015 Frist zu einer allfälligen Stellungnahme zur Anschlussberufungsantwort angesetzt, welche sie mit Eingabe vom 23. November 2015 wahrnahm und welche Eingabe der Rechtsnachfolgerin des Klägers am 26. November 2015 zugestellt wurde (Urk. 104+105).

B

Sachverhalt

1. †A. _____, der Rechtsvorgänger der Hauptberufungsklägerin (nachfolgend vormaliger Kläger), war seit 1. Juli 1999 bei der Beklagten, Widerklägerin und Anschlussberufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) tätig, seit 1. Januar 2007 als Subdepartment Head "EAM International". EAM (External Asset Managers) sind natürliche oder juristische Personen im In- und Ausland, die für Dritte als Vermögensverwalter oder Anlageberater tätig sind, indem sie fremde Vermögenswerte

anlegen oder übertragen oder hierzu Unterstützung leisten. Die Beklagte stellt den EAM gewisse Dienstleistungen zur Verfügung und verbucht die Kundenvermögen. Der Kunde hat ein auf ihn lautendes Konto/Depot bei der Beklagten und der EAM hat dafür eine beschränkte Vollmacht.

Departement Head der für die EAM bei der Beklagten zuständigen Abteilung war in den hier interessierenden Jahren 2007/2008 D. _____ und als solcher direkter Vorgesetzter des vormaligen Klägers. Dem vormaligen Kläger wiederum unterstellt waren u.a. E. _____, Teamleiter im Sektor EAM Lateinamerika, und der Mitarbeiter F. _____.

Im zweiten Halbjahr 2007 ergab sich die Akquisitionsmöglichkeit für einen neuen EAM in Santiago de Chile. Es stand eine Übernahme der dortigen Repräsentanz der G. _____ (nachfolgend G. _____) durch die H. _____ (nachfolgend H. _____) an. Die massgeblichen Vermögensverwalter der Repräsentanz, I. _____ und J. _____ (nachfolgend I&J), nutzten diese Gelegenheit, um sich - unter möglichst weitgehender "Mitnahme" ihrer Kunden - selbständig zu machen, und gründeten noch während ihrer Anstellung bei der G. _____ am 10. Oktober 2007 die Firma "K. _____", unter der sie ihre selbständige Tätigkeit künftig betreiben wollten. I&J und die Beklagte einigten sich im Oktober 2007 darüber, dass K. _____ als EAM für die Beklagte tätig werden solle. Die Zusammenarbeit wurde am 24. Oktober 2007 anlässlich eines Besuchs des vormaligen Klägers und von E. _____ bei I&J in den Räumen der G. _____ in Santiago mündlich besiegelt und ebenda den Mitarbeitern der G. _____ kommuniziert, die den Wechsel zu K. _____ offenbar mehrheitlich auch nachvollziehen wollten. Der EAM-Vertrag wurde seitens der Beklagten am 17. Dezember 2007, rückdatiert auf den 12. Dezember 2007, unterzeichnet; K. _____ unterzeichnete den Vertrag ohne Datierung ca. am 6. März 2008. I&J schieden Anfang April 2008 mit sofortiger Wirkung bei der G. _____ bzw. H. _____ aus und K. _____ wurde ab dann operativ tätig.

Bereits anlässlich des Besuchs des vormaligen Klägers und von E. _____ vom 24. Oktober 2007 in den Räumen der G. _____ drängten I&J auf eine Schulung der absprungwilligen G. _____-Mitarbeiter durch die Beklagte, insbesondere auch be-

züglich der Kontoeröffnungsformalitäten. Zu diesem Zweck wurde F._____ nach Chile entsandt, wo er zwischen dem 4. und 12. Dezember 2007 in den Räumen der G._____ Mitarbeiter schulte. Er nahm in dieser Zeit ebenda auch persönlich die Identifikation von Kunden im Hinblick auf deren Wechsel zum künftigen EAM-Partner der Beklagten u.a. auf folgende Weise vor: Die Kunden waren von I&J jeweils zu einem Beratungsgespräch eingeladen worden; dem im Nebenzimmer anwesenden F._____ wurden währendem deren Pässe bzw. Passkopien vorgelegt und er identifizierte dann die erschienenen Kunden durch eine Glasscheibe hindurch aufgrund dieser Pässe, ohne direkten persönlichen Kontakt. Im Januar 2008 trafen bei der Beklagten mehr als 100 Kontoeröffnungsformulare bzw. -anträge aus Chile ein. Zwischen dem 25. Februar und 7. März 2008 weilte F._____ im Auftrag der Beklagten erneut in Chile, wo er weitere Kundenidentifikationen vornahm, allerdings nicht mehr in den Räumen der G._____, sondern im direkten persönlichen Kontakt mit den Kunden der G._____ und möglichen künftigen Kunden des EAM-Desk der Beklagten.

Am 15. Februar 2008 trafen die ersten Kundengelder aus Chile bei der Beklagten ein. Bis Mitte April 2008 wurden bei der Beklagten von Neukunden aus Chile 120 Konti eröffnet mit einem Vermögensbestand von CHF 40 Mio., Ende Mai 2008 waren es 174 Konti mit einem Bestand von USD 140 Mio. (Urk. 15/24 S. 7, Urk. 15/7 S. 2).

Am 11. März 2008 erging eine informelle Anfrage der H._____, welche am 1. März 2008 die G._____ in Chile übernommen hatte, an die Beklagte bezüglich der Abwerbung ihres ganzen Chile-Teams und des Betretens ihrer Räume zwecks Erlangung und Mitnahme von Geschäftsgeheimnissen und Kundendaten durch die Beklagte. Die Beklagte veranlasste darauf zunächst erfolglos verschiedene interne Nachfragen. Auch der vormalige Kläger und E._____ verneinten auf eine erste Nachfrage mehrfach einen Kontakt in Chile bzw. antworteten nur sehr verklausuliert und ausweichend. Als die H._____ aber nachhakte und mit einer Klage drohte, erfolgten ab dem 12. April 2008 weitere interne Nachforschungen bei der Beklagten. Dabei nahm sich der Rechtsdienst der Beklagten der Sache an. In seinem Memorandum vom 16. April 2008 zuhanden des Rechtsdienstes

bestritt der vormalige Kläger, bei der Beantwortung der ersten Anfrage der H._____ gelogen zu haben, bzw. verwies auf Opportunitätsüberlegungen. Er gestand aber die von der H._____ angeprangerten Aktivitäten des EAM Desk in Chile im Grundsatz zu, ausgenommen den Vorwurf der Kenntnisnahme von Kundendatenlisten bzw. der Behändigung solcher Listen in den Büros der G._____ in Chile. Sodann bestritt er die Illegalität dieser Aktivitäten.

Am 13. Mai 2008 reichte die G._____ in Miami Klage gegen die Beklagte wegen der Aktivitäten in Chile ein. Sie erwirkte am 14. Mai 2008 eine superprovisorische Massnahme, mit welcher der Beklagten verboten wurde, Geschäfts- und Kundenheimnisse der G._____ auszunutzen, weitere Vermögenstransfers von G._____ -Kunden aus Chile zu akzeptieren und I&J für solche zu entschädigen. Weiter wurden der Beklagten unwahre und irreführende Äusserungen über die Geschäftstätigkeit der G._____ in Lateinamerika und Chile sowie die Zerstörung von prozessrelevanten Dokumenten verboten. Die Beklagte bzw. die von ihr eingeschalteten amerikanischen Rechtsanwälte konnten in der Folge mit der G._____ den Prozess vergleichsweise beenden. Die von der Beklagten zu bezahlende Vergleichssumme belief sich auf USD 5 Mio., zuzüglich die Kosten ihrer eigenen Anwälte von CHF 280'850.45.

Am 27. Mai 2008 kündigte die Beklagte dem vormaligen Kläger (und E._____) fristgerecht auf Ende August 2008 und stellte ihn sofort frei.

2. Dem vormaligen Kläger stand ein fixer Grundlohn von zuletzt Fr. 210'000.- pro Jahr, ein jährlicher Barbonus sowie die Teilnahme am Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der Beklagten zu. Das Fixgehalt wurde ihm bis Ende August 2008 ausbezahlt. Hingegen verweigerte ihm die Beklagte einen pro-rata-Barbonus. Weiter annullierte sie alle Awards aus dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der Vorjahre, soweit diese noch nicht "gevestet" worden waren. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kündigung aus einem wichtigen Grund gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms erfolgt sei und wonach sie alle noch nicht gevesteten bzw. eingetauschten Awards habe annullieren dürfen.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerschaft geltend, die Beklagte habe die ausstehenden Awards zu Unrecht annulliert, da die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt gewesen seien. Den ihr zustehenden Wert für 10'087 annullierte Awards bezifferte sie vor Vorinstanz auf Fr. 510'402.-, reduzierte ihn im Berufungsverfahren aber um den Wert von 336 ...-Awards bzw. auf noch Fr. 484'292.60.

Weiter fordert die Klägerschaft für 2008 einen pro-rata-Barbonus. Vor Vorinstanz bezifferte sie ihren pro-rata-Anspruch auf Fr. 510'000.- ; im Berufungsverfahren fordert sie dafür noch Fr. 300'000.-. Sodann bestreitet die Klägerschaft jeden Schadenersatzanspruch der Beklagten. Die Beklagte ihrerseits macht anschlussberufungsweise gegen die Klägerschaft die ihr in Miami entstandenen Anwaltskosten von Fr. 280'850.45 geltend, welche der vormalige Kläger schuldhaft verursacht habe und welche ihr die Vorinstanz nur zur Hälfte zuerkannt hat.

C

Prozessuale Fragen

1. Die Klägerschaft hat im Berufungsverfahren die abgewiesene Klage auf Entschädigung von 336 ...-Awards im Betrag von Fr. 17'001.60 nicht mehr angefochten (Urk. 76 Rz 12). Darauf ist nachstehend nicht mehr weiter einzugehen.

2. Nach Ansicht der Beklagten genügt die Berufungsbegründung der Klägerschaft den Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht und sie beantragt Nichteintreten 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-

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 Berufungen 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

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).

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.

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.

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.-.

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 Entschädigungslimite von Fr. 346'860.- pro Jahr, was bedeutet, dass der diese Limite übersteigende Bonusbetrag (wieder) als freiwillige Gratifikation gilt und damit einschränkenden Vereinbarungen wie z.B. dem Ausschluss einer pro-rata-Zahlung zugänglich-

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

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 Betrag ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen auf Fr. 91'240.- pro rata zu erhöhen (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 Durchschnittseinkommens allein von Topmanagern (Urk. 74 Rz 139); es spielt daher keine Rolle, welche Funktion der vormalige Kläger innehatte und welche Verantwortung 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 vormalige 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 Gröszenordnung im Vergleich zum jeweiligen Fixlohn. Damit ist - entgegen der Beklagten (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 davon unterhalb der vorstehenden Maximallimite nicht zum Tragen und ein Bonus ist im Grundsatz zwingend geschuldet. Als diesfalls variabler Lohnbestandteil darf

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 geschuldeten 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 dargelegt, aus welchen massgeblichen Faktoren in welchem Umfang sie einen Nullbonus ableitet.

Als massgebliche Faktoren für die Bemessung des Bonus haben die Parteien einerseits 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 Geschäftsverlusts 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 Sorgfaltspflichtverletzung 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-

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.

1.3. Das vorinstanzliche Urteil, welches dem vormaligen Kläger für 2008 noch einen reduzierten Bonusanteil von Fr. 60'000.- als Lohnbestandteil pro rata zuerkannt 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

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

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 vormaligen 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.

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."

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.

.....

5. Conditions to Settlement

"Notwithstanding any contrary provision of the Plan Documents:

- (a) *If, at any time prior to settlement for the L._____ Units, 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 L._____ units (whether or not vested) shall be cancelled immediately."*

Die massgeblichen Bestimmungen für eine Aberkennung der M._____ - Awards lauten wie folgt (Urk. 15/38; die für die 2007 geltenden Bestimmungen Urk. 15/37 regeln nichts Abweichendes) :

"4. Termination of Employment Prior to the Settlement Date

.....

(e) Termination for Cause

If, prior to a Settlement Date, your employment with the Group is terminated by the Group for Cause, any unvested M._____ Shares and Additional Shares and any vested M._____ Shares and Additional Shares that have not been settled shall be cancelled immediately.

(f) Subsequent Cause Determination

Notwithstanding any provision of the Plan Documents, if, prior the the applicable Settlement Date, the Group determines that you engaged in an activity for which you could have been terminated for Cause, any vested M._____ Shares and Additional Shares that have not been settled and all unvested M._____ Shares and Additional Shares shall be cancelled immediately.

.....

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."*

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).

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 Annulation 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-

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).

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.

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.

"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).

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

- 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.

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

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 konkreten Aktivitäten gleichgesetzt werden. Die Feststellung der Vorinstanz, der vormalige Kläger habe die Beklagte nicht adäquat informiert, ist daher - entgegen

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 6. Dezember 2012.

- Im Memorandum vom 16. April 2008 verneinte der vormalige Kläger ausdrücklich, dass O._____ im Dezember 2007 Klienten der G._____ "face to face" getroffen und Zugang zu Klientendaten der G._____ gehabt habe (Urk. 15/24 S. 4). Dem hat zum einen F._____ selber widersprochen, indem er zugab, im Dezember 2007 Pässe bzw. Passkopien von möglichen künftigen Kunden erhalten und diese anhand der Pässe durch eine Glasscheibe identifiziert zu haben, bzw. anlässlich seiner zweiten Reise nach Chile im Februar/März 2008 Identifikationen in direktem Kontakt mit den Kunden vorgenommen zu haben (Urk. 15/7 S. 3). Zum anderen verweist die Vorinstanz zu Recht darauf, dass der vormalige Kläger spätestens aufgrund der ab Februar 2008 bei der Beklagten eintreffenden Kundengelder gewusst hat, dass zuvor Kundenidentifikationen durch Mitarbeiter der Beklagten stattgefunden haben müssen. Die Beklagte hatte damals I&J die Kompetenz für Kundenidentifikationen nämlich noch nicht delegiert gehabt (Urk. 50/2). Die Feststellung der Vorinstanz, der vormalige Kläger habe in seinem Memorandum vom 16. April 2008 falsche Angaben hinsichtlich der Kundenkontakte von O._____ gemacht, ist daher - entgegen dem vormaligen Kläger (Urk. 76 Rz. 28, 94ff, 117f, 160 am Ende) - nicht zu beanstanden. Wohl hat der vormalige Kläger im Memorandum das blosse Datum auch der zweiten Reise von O._____ erwähnt, jedoch ohne irgendwelche näheren Angaben zum Zweck der Reise. Durch die Unterschlagung dieser Angaben geriet die Information des vormaligen Klägers über die Kundenabwerbung von der G._____/H._____ zur lückenhaften Information, ohne dass die Adressaten diese Lückenhaftigkeit erkennen konnten und daher (gewolltermassen) von einer vollumfänglichen Information über alle nach Treu und Glauben relevanten Vorgänge in Chile ausgehen mussten.

- Die vom vormaligen Kläger durchgewinkte Stellungnahme von E._____ vom 20. April 2008 (Urk. 15/25) - und nicht etwa eine Stellungnahme von F._____ (vgl. Urk. 76 Rz 109) - bezog sich u.a. auf die klare Frage, ob F._____ anlässlich sei-

ner Reise im Dezember 2007 Namen von Kunden der G._____ erfahren habe, und - entgegen dem vormaligen Kläger (Urk. 76 Rz 108ff) - nicht darauf, ob F._____ in der G._____ -Repräsentanz Zugang zu Kundenlisten gehabt habe. Die vom vormaligen Kläger genehmigte Verneinung der Frage durch E._____ war klar unwahr und der vormalige Kläger wusste dies. Die Anfrage an E._____ wurde am 18. April 2008 von P._____ gestellt, während das Memorandum des vormaligen Klägers vom 16. April 2008 an Q._____ adressiert war. Es kann daher zum einen nicht davon ausgegangen werden, dass die am 20. April 2008 erfolgte Antwort von E._____ für die Beklagte nicht mehr von Belang gewesen wäre, weil alle massgeblichen Leute bereits am 16. April 2008 vom vormaligen Kläger über die Aktivitäten von F._____ informiert gewesen wären. Zum anderen hatte aber auch der vormalige Kläger am 16. April 2008, wie gesehen, nicht korrekt, weil lückenhaft, über die Aktivitäten von F._____ Auskunft erteilt.

- Die Berufungsbegründung, dem vormaligen Kläger sei selbst von der bankinternen Compliance und der Personalabteilung kein Fehlverhalten angelastet worden (Urk. 76 Rz 29ff, Rz 40, 61, 122), ist für die hier massgebliche Frage der unlauteren Kundenabwerbung und der Informationspflichtverletzung nicht relevant. Nicht diese Vorwürfe bildeten Gegenstand des eingeleiteten internen Disziplinarverfahrens, sondern die allfällige Verletzung der bankenrechtlichen Sorgfaltspflichten bei der Kundenidentifikation (Urk. 15/30). Die E-Mail des - in der Sache befangenen - D._____ vom 13. April 2008 an Q._____ bezog sich nur auf die Einhaltung der generellen EAM-Rules, ohne aber zu den hier relevanten Vorwürfen der Verletzung des Kundengeheimnisses und der Kundenabwerbung in den eigenen Räumen der geschädigten Bank Stellung zu nehmen und ohne dass zuvor eine nähere bankinterne Untersuchung dazu erfolgt wäre (Urk. 31/7). Diese Mail ist keineswegs ein den vormaligen Kläger entlastendes Ergebnis einer internen Untersuchung.

- Die Berufungsbehauptung, es seien erst ab April 2008 Kunden von der G._____ abgeworben worden (Urk. 76 Rz 35), steht im Widerspruch zu Urk. 15/16 und ist aktenwidrig.

- Der Vorwurf der ungenügenden bzw. irreführenden Information beruht auf den positiv erteilten persönlichen Auskünften des vormaligen Klägers über Vorgänge aus seinem Zuständigkeitsbereich (Urk. 15/22+24). Es geht nicht etwa um eine Informationsverweigerung zufolge eines internen Zuständigkeitsgerangels mit dem Private Banking. Auf Letzteres könnte sich der vormalige Kläger gegenüber dem Rechtsdienst der Beklagten ohnehin nicht berufen und N._____ war ein weisungsberechtigter Vorgesetzter des vormaligen Klägers. Insoweit ist es irrelevant bzw. ändert nichts, ob - auch - der direkte Vorgesetzte D._____ Kommunikationsaufgaben hatte bzw. übernommen hatte und dass Q._____ eine generelle Klärung der internen Informationsflüsse zwischen EAM-Desk und Private Banking beim Vorstossen in ein neues Land für wünschbar erachtete (Urk. 31/7; Urk. 76 Rz 42ff, 58, 61f, 87). Der vormalige Kläger hat vor Vorinstanz sogar ausdrücklich bestätigt, er habe im März 2008 nicht die Absicht gehabt, die nachfragenden R._____ und N._____ von der Beklagten korrekt zu informieren (Urk. 29 S. 25 Rz 111).

Auf die zusätzlichen und weiterführenden Berufungsvorbringen des vormaligen Klägers zum Sachverhalt einzugehen erübrigt sich.

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 Geschäftsgeheimnissen [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 feststehenden Sachverhaltes vorgeworfen werden muss, dass er persönlich diese unlauteren Geschäfts- und Kundenabwerbeaktivitäten in Chile massgeblich eingeleitet hat und auch von deren Erfolg - Kundenidentifikationen und Kontoeröffnungen

durch abgesprungene Kunden sowie Vermögenseingänge von diesen Kunden - gewusst hat. Als verantwortlicher Abteilungsleiter des Subdepartements EAM International musste ihm bewusst sein, dass er und seine Mitarbeiter sich lauterkeitsrechtlich grundsätzlich auf heiklem Terrain bewegten, und es oblag ihm daher klarerweise eine besondere Pflicht, die korrekte Abwicklung der Akquisition sicherzustellen und zu überwachen. Dazu gehörte vorab die Kontrolle, ob der designierte EAM-Partner K._____ seine unabhängige Geschäftstätigkeit auch tatsächlich aufgenommen hatte, bevor er O._____ im Dezember 2007 mindestens zu Schulungszwecken nach Chile beorderte, nachdem er selber zuvor die künftigen Geschäftspartner noch in den Räumen ihrer angestammten Arbeitgeberin G._____ besucht und in diesen Räumen sogar offiziell die künftige Zusammenarbeit kommuniziert hatte. Dass I&J selber ihn (und später F._____) in diese Räume eingeladen hatten, ist nicht von Bedeutung. Der von I&J geschaffene Interessenkonflikt zwischen G._____ und C._____ war augenfällig und der vormalige Kläger durfte diesbezüglich nicht einfach den Kopf in den Sand stecken und sich auf unverbindliche Bemerkungen von I&J verlassen, dass es schon seine Richtigkeit habe. Dieses Verhalten muss vielmehr als grobe Fahrlässigkeit eingestuft werden.

Im Anschluss daran oblag dem vormaligen Kläger als verantwortlichem Abteilungsleiter 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 Unterzeichnung des schriftlichen EAM-Vertrages durch "K._____" gekümmert bzw. sich darüber vergewissert. Er hat vielmehr positiv gewusst, dass erfolgreiche Kundenabwerbungen 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

- 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

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, indessen 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.

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 allgemeine 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-

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 berechnete 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 auszuschliessen. 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.

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.

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).

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.

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 vergleichweisen 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

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-

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 Verteilschlüssels jedoch auf 40% bzw. Fr. 19'250.- zu reduzieren.

2. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt noch Fr. 1'065'143.-. Dies führt zu einer Entscheidgebühr 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). Zuzufolge der weitschweifigen, ständige Wiederholungen aufweisenden und daher schwer und nur mit grossen 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% zuzufolge des teilweisen Unterliegens zu erfolgen. Die

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 Entscheidgebühr 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 ₣A. _____ 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 Entscheidgebühr wird auf Fr. 35'000.- festgesetzt.
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 ₣A. _____ von Fr. 28'000.- verrechnet, der Kostenanteil der Beklagten mit ihrem Kostenvorschuss von Fr. 12'750.-.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'368.- (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
8. 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.

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