

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Urteil vom 14. März 2018

in Sachen

A._____ B._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder
Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

C._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____ und / oder
Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
22. Februar 2017 (AN140028-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 245'824.90 zuzüglich 5 % Zins auf den Betrag von CHF 196'016.85 seit dem 1. Juli 2011 sowie Zins auf den Betrag von CHF 49'808.05 seit dem 28. Juli 2004 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Februar 2017:

(Urk. 47 = Urk. 50)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 245'824.90 nebst Zins zu 5% seit 6. Juni 2014 zu bezahlen.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf CHF 15'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt. Sie werden aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von CHF 15'000.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 24'570.– (CHF 22'750.– zuzüglich CHF 1'820.–) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 49 S. 2):

"1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 22. Februar 2017 (Geschäfts-Nr. AN140028-L/U) aufzuheben und die Klage abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) für beide Verfahren zu Lasten des Klägers und Appellaten;

eventualiter

2. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 22. Februar 2017 (Geschäfts-Nr. AN140028-L/U) aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten des Klägers und Appellaten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 54 S. 2):

"Es seien die Berufungsanträge der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend "Beklagte") vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 22. Februar 2017 zu bestätigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) wurde 1999 gegründet, um für die D._____/A._____-Gruppe Anlagen im Private Equity-Bereich vorzunehmen und durchzuführen (Urk. 1 Rz 11 f.; Urk. 4/1). Mit Arbeitsvertrag vom 5. Juni / 10. Juli 2000 wurde der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) von der Beklagten per 1. September 2000 in der Funktion und Position eines Partners angestellt (Urk. 4/7). Nebst einem Lohn, einem Bonus (bei Zielerreichung gemäss spezieller Vereinbarung) und einer pauschalen Aufwandentschädigung sah Ziffer 12 des Arbeitsvertrags eine Beteiligung an einem "Carried Interest Pool" vor. Die Bestimmung lautet wie folgt: "Im Bereich A.____ B.____ AG

wird ein 'Carried Interest Pool' errichtet (siehe Beiblatt 'Carried Interest Pool'). Die prozentuale Beteiligung des Arbeitnehmers beläuft sich auf 10%" (Urk. 4/7 S. 2). Das Beiblatt enthält folgende Regelung:

Carried Interest Pool

The carried interest pool ("pool") is part of the compensation structure for the partners of A.____ B.____ and for selected members of the staff ("principals").

The pool is made of the performance realised on investments managed by A.____ B.____ ("A.____ B.____"). The performance fees for the pool are as follows:

	Fund of Fund product	Direct Investment Product
A.____ investments	5.0%	10.0%
Third Party Investments ¹	7.5%	15.0%

Performance fees are paid only if a performance of 8% p.a. is realised (catch-up, high-water mark).

Die zugehörige Fussnote (1) lautet wie folgt:

¹Corresponding to 75% of performance fees applied, based on the assumption that fees applied are 10% for Fund of Fund product and 20% for Direct investment product.

Die Beklagte arbeitete in der Folge für drei verschiedene Arten von "assets" (darunter "D.____/A.____ ASSETS") drei Zusätze zum Arbeitsvertrag aus, die vom Kläger nicht unterzeichnet wurden (Urk. 17/10, Urk. 17/11).

2. Mit Schreiben vom 27. März 2002 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis fristgerecht auf den 30. September 2002 (Urk. 4/15). Gleichentags unterzeichneten die Parteien eine Austrittsvereinbarung. Darin regelten die Parteien die Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ausnahme von Ansprüchen aus dem Carried Interest-Programm und (hier nicht interessierenden) Ansprüchen auf Versicherungsleistungen (Urk. 4/16).

3. Bereits im Jahre 2002 erfolgte bei der D.____/A.____ eine Überprüfung der Strategie und eine Fokussierung auf das Kerngeschäft, die Lebensversicherung. In einer Medienmitteilung vom tt. Februar 2004 wurde bekannt gegeben,

dass sich "A._____" vom Geschäft mit Private Equity-Anlagen für Dritte trennt und die bestehenden Drittmandate von E._____ übernommen würden (Urk. 4/26). Gemäss Medienmitteilung vom tt. Oktober 2004 veräusserte die D._____/A._____ den grössten Teil ihres Private Equity-Portfolios an F._____. Die Beklagte hat heute keine Angestellten und eigentliche Geschäftstätigkeit mehr (Urk. 1 S. 23 f. Rz 58 ff., Urk. 14 S. 29 Rz 87; Urk. 4/24-29).

4. Im Jahre 2005 machte der Kläger seinen Anspruch auf Carried Interest hinsichtlich zweier bis zu seinem Ausscheiden getätigter Anlagen (Investitionen) mit einer Teilklage geltend. Dabei ging es um folgende "A._____ investments" (Urk. 49 S. 7 Rz 11, Urk. 4/43 und 4/44):

- Indirektes Investment über USD 30 Mio. in den Fund Carlyle Partners III, L.P.
- Direktes Investment über USD 3 Mio. in die Gesellschaft Novirio Pharmaceuticals (heute: Idenix Pharmaceuticals, Inc.)

Das Arbeitsgericht Zürich hiess die Klage mit Urteil vom 12. Januar 2010 vollumfänglich gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger CHF 29'069.– zu bezahlen (Urk. 4/4). Die Kammer hiess die von der Beklagten dagegen erhobene Berufung mit Beschluss vom 12. Mai 2011 teilweise gut. Sie erachtete den Anspruch des Klägers aus dem Carried Interest Pool für grundsätzlich gegeben. Hinsichtlich der Investition "Carlyle Partners III" wies sie die Klage (auf Zahlung von Fr. 23'437.70) ab mit der Begründung, nach den eigenen Ausführungen des Klägers sei die für einen allfälligen Anspruch auf Carried Interest notwendige Voraussetzung, dass die Anleger am Ende der Fondslaufzeit ihr eingezahltes Kapital vollständig zurückerhalten hätten, nicht erfüllt. Hinsichtlich der Investition "Novirio" bestätigte die Kammer den angefochtenen Entscheid und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 5'631.30 zu bezahlen (Urk. 4/5 [LA100008]). Im Hinblick auf die Frage, wie es sich mit dem Anteil am Carried Interest bei Austritt des Arbeitnehmers während der Investitionsdauer und vor der Realisierung der Anlage verhält, ergänzte die Kammer den Arbeitsvertrag mittels des von der Beklagten genehmigten und unterschriebenen Arbeitsvertrags-Zusatzes "Carried Interest Pool für D._____/A._____ Assets" (AVZ D._____/A._____). Eine von der Beklagten erhobene zivilrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 5. März 2012 ab (Urk. 4/6 [4A_380/2011]).

5. Mit Eingabe vom 6. Juni 2014 reichte der Kläger die vorliegende Klage bei der Vorinstanz ein (Urk. 1). Gegenstand der Klage sind wiederum Ansprüche auf Carried Interest aus den zwei Investitionen Carlyle Partners III (behaupteter Anspruch CHF 196'016.85) und Novirio (behaupteter Restanspruch CHF 49'808.05 [CHF 55'439.35 abzüglich CHF 5'631.30]). Die Beklagte erstattete die Klageantwort am 21. Oktober 2014 (Urk. 14). Replik und Duplik datieren vom 21. Januar 2015 und vom 15. April 2015 (Urk. 24, Urk. 33). Der Kläger reichte am 27. August 2015 aufforderungsgemäss eine Triplik ein (Urk. 40). Nachdem die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung unter Vorbehalt allfälliger Beweisabnahmen verzichtet hatten (Urk. 45, Urk. 46), fällte die Vorinstanz am 22. Februar 2017 das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 47 = Urk. 50).

6. Mit Eingabe vom 29. März 2017, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 30. März 2017, führt die Beklagte Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 49). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– leistete sie rechtzeitig (Urk. 51, Urk. 52). Die Berufungsantwort wurde am 8. Juni 2017 erstattet (Urk. 54). Beide Parteien nahmen in der Folge ihr unbedingtes Replikrecht mit einer weiteren Eingabe wahr (Urk. 60, Urk. 64). Die Eingabe des Klägers vom 24. August 2017 wurde der Beklagten am 13. September 2017 zugestellt (Urk. 65). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt.

II.

1. Die Vorinstanz ging unter Verweis auf die bereits ergangenen ober- und bundesgerichtlichen Entscheide davon aus, dass der Arbeitsvertrag einen hinreichenden Mindestinhalt aufweise und auch dann ein Anspruch auf Carried Interest

bestehe, wenn effektiv kein Pool geüfnet worden sei. Sie sprach sich sodann für eine Einzelbetrachtung jedes einzelnen Investments aus (Urk. 50 S. 9 ff. E. V/1 und V/2).

2. Die Beklagte leitete vor Vorinstanz aus der Vereinbarung von "catch-up" und "high water mark" ab, dass allfällige Ansprüche des Klägers auf Carried Interest jährlich entstanden und zu berechnen wären, weshalb entgegen der Auffassung des Klägers nicht auf das Ende der Laufzeit eines Investments abgestellt werden könne. Da während der Anstellungszeit des Klägers keine entsprechende Performance erreicht worden sei, seien auch keine Performance Fees angefallen, was auch dann zur Abweisung der Klage führe, wenn ein Carried Interest grundsätzlich geschuldet sei. Die Vorinstanz räumte ein, dass mit einer "high water mark" bisweilen das gemeint sei, was die Beklagte geltend mache. Die Beklagte habe aber weder die jeweiligen Bewertungsstichtage bezeichnet, auf die abgerechnet werden müsse, noch dargelegt, wann welche "water mark" gesetzt worden sei. Sie habe auch nicht erklärt, wie die Berechnung ihrer Auffassung nach richtig vorzunehmen wäre. Die fehlenden Angaben würden sich auch nicht aus dem von der Beklagten eingereichten Privatgutachten ergeben. Da die Beklagte zu diesen Fragen keine Behauptungen aufgestellt habe, sei darüber auch kein Beweisverfahren durchzuführen. Auch bei der vom Kläger vorgenommenen Berechnung über die ganze Laufzeit des Investments müssten die Verluste der Vorjahre aufgeholt werden. Gegen die Darstellung der Beklagten würden das Compensation Proposal vom 29. März 2000, das Memo von G._____ vom 5. Februar 2002 und das Memo von H._____ und G._____ vom 6. Dezember 2002 sprechen. Auch das Obergericht sei im Beschluss vom 12. Mai 2011 von einer Berechnung und Auszahlung des Carried Interest am Ende der Laufzeit des Investments ausgegangen. Für das Bundesgericht wiederum sei augenfällig gewesen, dass Art. 322a OR auf den Carried Interest Pool nicht anwendbar sei. Die Vorinstanz prüfte daher, ob am Ende der Laufzeit von einer Performance von mehr als 8% pro Jahr auszugehen sei (Urk. 50 S. 14 ff. E. V/3).

3. Die Vorinstanz hielt unter Hinweis auf die im Erstverfahren ergangenen Entscheide dafür, dass der Kläger am Gewinn von vor und während seiner An-

stellungszeit erfolgten Commitments und Investments zu beteiligen sei (Urk. 50 S. 14 E. V/4). Die Vorinstanz ging sodann auf die Frage ein, ob der am 30. September 2002 ausgeschiedene Kläger an vor und während seiner Anstellung vorgenommenen Investitionen zu beteiligen sei, obwohl sein Arbeitsverhältnis vor der Rückzahlung dieser Investitionen beendet worden sei. Sie wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Bundesgericht nicht beanstandet habe, dass der hypothetische Parteiwille aufgrund des unterzeichneten AVZ ermittelt und für die Ergänzung des Arbeitsvertrags nicht dispositives Gesetzesrecht (Art. 322a OR) herangezogen worden sei. Die im AVZ enthaltene Leaver-Regelung stehe einer Beteiligung des Klägers an nach seinem Ausscheiden realisierten Gewinnen nicht entgegen. Da sich an den Argumenten der Parteien seit dem vorherigen, durch drei Instanzen gezogenen Prozess nichts geändert habe, bestehe kein Anlass, nun anders zu entscheiden (Urk. 50 S. 20 ff. E. V/5 und V/6).

4. Für die Berechnung des Anspruchs aus dem Investment "Novirio/Idenix" verwies die Vorinstanz auf die im Beschluss vom 12. Mai 2011 enthaltenen obergerichtlichen Erwägungen. Sie stellte fest, dass die Beklagte diesen Erwägungen "ausser den grundsätzlichen Einwänden" nichts entgegengehalten habe und "unter diesen Umständen" kein Anlass bestehe, davon abzuweichen. Dem Kläger seien daher aus dem Investment "Novirio/Idenix" CHF 49'808.95 zuzusprechen (Urk. 50 S. 26 ff. E. VI).

5. Auch für die Berechnung des Anspruchs aus dem Investment "Carlyle Partners III" stellte die Vorinstanz vollumfänglich auf die Berechnung des Klägers ab, aus der sich ein Anspruch von CHF 196'016.15 ergebe: Die Vorinstanz konstatierte, dass die Beklagte die Rechnung des Klägers, also die Formeln, nicht substantiiert bestritten habe. Sie habe lediglich die grundsätzliche Berechnungsweise in Frage gestellt und geltend gemacht, es müsse jährlich abgerechnet werden. Dem folgte die Vorinstanz nicht und rekapitulierte, der Kläger partizipiere an den Pool-Erträgen der in den Jahren 2000 und 2001 getätigten Investments, deren Rendite über die gesamte Laufzeit und nicht jährlich zu berechnen sei, auch wenn der Arbeitsvertrag per 30. September 2002 aufgelöst worden sei. Die Vorinstanz verwarf auch eine Berechnung der Rendite im Zeitpunkt der Desinvesti-

tion durch A._____ oder F._____. Der ausführlichen Begründung des Klägers, weshalb die Fondslaufzeit abgelaufen sei, halte die Beklagte – so die Vorinstanz weiter – keine substantiierten Einwände entgegen, wobei im Beschluss der Kammer vom 12. Mai 2011 erwogen worden sei, das späteste Schlussdatum (Ende der Fondslaufzeit) wäre der 18. November 2012 gewesen. Auf das Vorbringen, zur Berechnung der Rendite seien die Management Fees von der Performance Fee in Abzug zu bringen, trat die Vorinstanz mit der Begründung nicht ein, die Beklagte habe nicht dargetan, in welcher Höhe solche Abzüge vorzunehmen seien. Der Beklagten helfe nicht, wenn sie sich darüber beklage, keinen Zugang zu Informationen zu haben, welche die Entwicklung der Investition "Carlyle Partners III" beschreiben würden. Auch das Gericht habe keinen Zugang "zu diesen Zahlen" und könne darüber auch nicht Beweis erheben, weil die Beklagte keinerlei Beweismittel bezeichnet habe (Urk. 50 S. 32 ff. E. VII/2).

Dem Einwand der Beklagten, dass der klägerische Ansatz mit dem durchschnittlichen Wechselkurs nicht stimme und ungenau sei, pflichtete die Vorinstanz bei. Sie bemängelte indes, dass die Beklagte nicht aufzeige, wie die richtige Berechnung zu lauten hätte, und sich darauf beschränke, die Unrichtigkeit der klägerischen Berechnung für die ersten Jahre (bis zum Verkauf im Jahre 2004) aufzuzeigen. Damit genüge die Beklagte ihrer Behauptungslast nicht. Sie bezeichne auch kein einziges Beweismittel, das dem Gericht die nach Ansicht der Beklagten korrekte Berechnung erlauben würde. Unter diesem Umständen bleibe nur die Möglichkeit, mit dem Kläger auf den Durchschnitts-Wechselkurs abzustellen. Ebenso wies die Vorinstanz eine Kürzung des Carried Interest-Anspruchs wegen Krankheit des Klägers ab (Urk. 50 S. 34 f. E. VII/2). Auch den Vorwurf von arbeitsvertraglichen bzw. organschaftlichen Pflichtverletzungen und rechtsmissbräuchlichem Verhalten wies die Vorinstanz zurück (Urk. 50 S. 35 ff. E. VIII).

III.

1.1 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid vermögensrechtlicher Natur. Die

Streitwertgrenze von CHF 10'000.– wird erreicht. Auf die Berufung ist – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

1.2 Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 und E. 2.2.4 S. 414 und S. 417 mit Hinweisen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgeblichen Tatsachen bzw. Bestreitungen und Beweismittel vorgebracht hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten

sinngemäss auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. mit Hinweis auf den zur Beschwerdeantwort im bundesgerichtlichen Verfahren ergangenen BGE 140 III 115 E. 2 S. 116). Ein Berufungsbeklagter, der die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht gelten lassen will, hat sich ebenso mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, wie das ein Berufungskläger tun muss, der mit der Berufung ein erstinstanzliches Urteil anfecht.

1.3 Eine allfällige Replik darf der Berufungskläger nicht dazu verwenden, um seine Berufung zu ergänzen und zu verbessern (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417). Auf die zur Wahrung des unbedingten Replikrechts eingeholte (Urk. 58, Urk. 59) Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 12. Juli 2017 (Urk. 60), die eine Rekapitulierung bzw. Verdeutlichung des Standpunkts des Beklagten enthält, braucht daher nicht weiter eingegangen werden. Dasselbe gilt für die Stellungnahme des Klägers vom 24. August 2017 (Urk. 64).

2.1 Die Beklagte wirft der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Berechnung bzw. der Bestimmung des Ausschüttungszeitpunkts des Carried Interest eine fehlerhafte Vertragsauslegung, die Gutheissung einer ungenügend substantiierten Klage, die falsche Verteilung der Behauptungslast und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor (Urk. 49 S. 7 ff.):

Die Parteien hätten im Beiblatt zum Arbeitsvertrag vereinbart, dass Performance Fees nach der Methode von "catch-up, high-water mark" zu berechnen seien. Die Beklagte habe sich im vorinstanzlichen Verfahren detailliert zu Bedeutung, Sinn und Zweck von "catch-up, high-water mark" geäussert. Die Vorinstanz habe ihre Ausführungen auch grundsätzlich richtig zusammengefasst. Demnach bedeute die Vereinbarung einer "high-water mark", dass zwecks Bestimmung einer allfälligen Performance Fee die Performance der betreffenden Investition eben gerade nicht erst am Ende der Investition zu berechnen sei; vielmehr sei die Performance in festgelegten Zeitabschnitten auf den jeweiligen Tag zu berechnen. Sie habe darlegt, dass eine "high-water mark" und die bloss einmalige Bewertung bei Investitionsende sich gegenseitig ausschliessen würden. Ein "catch-up" verdeutliche, dass die Parteien von einer periodisch, i.c. jährlich, zu bemes-

senden Performance bzw. Performance Fee ausgegangen seien. Sie habe auch darauf hingewiesen, dass ein allfälliger Anspruch auf eine Performance Fee ebenfalls jährlich und nicht erst am Ende der betreffenden Investition entstehe und dass dementsprechend auch allfällige (bestrittene) Ansprüche des Klägers auf Carried Interest jährlich entstanden und damit fällig geworden seien. Am klaren Wortlaut und an der eindeutigen Vereinbarung könnten irgendwelche Zeugenaussagen über Bedeutung und Berechnungsweise des Carried Interest nichts ändern, zumal der Zeuge G._____ selbst ein Interesse am Prozessausgang habe. Der Kläger hätte also behaupten und beweisen müssen, dass und in welcher Höhe nach der Methode von "catch-up, high-water mark" berechnete Performance Fees angefallen seien bzw. hätten anfallen müssen, was er indes unterlassen habe. Die Klage beruhe indes auf angeblichen Performance Fees, die ausschliesslich auf das Ende der Laufzeit der Investitionen berechnet worden seien. Die Klage hätte als ungenügend substantiiert abgewiesen werden müssen, weil sie auf der falschen, vertragswidrigen Methode der Abrechnung bei Investitionsende basiere.

Zu Unrecht werfe die Vorinstanz der Beklagten in diesem Zusammenhang vor, sie sei ihrer Behauptungs- und Beweislast nicht nachgekommen. Als beklagte Partei trage sie lediglich die Bestreitungslast, der sie vollumfänglich nachgekommen sei. Tatsächlich habe sie die vom Kläger angewandte Methode nicht nur substantiiert bestritten, sondern entgegen der Auffassung der Vorinstanz im Detail beschrieben, wie die Performance der einzelnen Investitionen nach den massgeblichen vertraglichen Bestimmungen hätte berechnet werden müssen und darauf allenfalls resultierende Performance Fees und Carried Interest-Ansprüche zur Auszahlung fällig geworden wären. Die Beklagte habe in der Klageantwort die vereinbarte und ihrer Meinung nach richtige Berechnungsmethode substantiiert behauptet und mit einem beispielhaften Berechnungsdiagramm untermauert. Auch die Vorinstanz anerkenne, dass sie eine periodisch bzw. jährlich zu bemessende Performance bzw. Performance Fee behauptet habe. Dass der Jahresrhythmus grundsätzlich mit dem Datum der Investition beginne (im laufenden Jahr allenfalls pro rata), sei klar. Aus Praktikabilitätsgründen werde häufig, insbesondere wenn die Performance zahlreicher Investitionen zu berechnen sei, während der

Laufzeit der Investition nach einer pro rata-Berechnung für das angelaufene Jahr auf das Kalenderjahr umgeschaltet. Der Vorwurf der Vorinstanz, sie habe nicht einmal behauptet, es sei ein Stichtag festgelegt worden, sei haltlos, überspitzt formalistisch und führe zu einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

2.2 Beim sog. Carried Interest handelt es sich um einen feststehenden Begriff im Vergütungssystem von Private Equity-Fonds. Eine Management-Gesellschaft wie die Beklagte erbringt ihre Tätigkeit aufgrund von Management-Verträgen mit Investoren. Für diese Tätigkeit erhält sie eine laufende, vom Ertrag unabhängige sog. Management Fee. Darüber hinaus erhält sie eine Gewinnbeteiligung (Carried Interest). Wird eine bestimmte Mindestrendite (für die Investoren) erreicht (sog. Hurdle rate), werden die Management-Gesellschaft beziehungsweise die Fondsmanager mit einem Prozentsatz am Gewinn beteiligt. Hinsichtlich des Ausschüttungszeitpunkts des Carried Interest findet man in der Vertragspraxis v.a. zwei Modelle. Beim sog. Fund-as-a-whole-Konzept (oder "Fund Carry") erfolgt die Auszahlung des Carried Interest erst am Ende der Laufzeit des Fonds (typischerweise zehn Jahre), nachdem die Investoren ihr investiertes Kapital und die Hurdle rate erhalten haben. Es wird also durch Saldierung sämtlicher Erlöse und Verluste aus sog. Exits (Verkäufen einzelner sich im Portfolio des Fonds befindlicher Unternehmen) der Nettoerlös des Fonds ermittelt. Beim sog. Deal-by-Deal-Konzept (oder "Deal Carry") erfolgt die Zuweisung des Carried Interest nach jedem einzelnen Exit. Mit der Vereinbarung eines sog. "catch-up" stellen die Parteien des Management-Vertrages sicher, dass in der Retrospektive bei Liquidation des Fonds tatsächlich sämtliche Erlöse nach Massgabe des vertraglichen Verteilungsschlüssels (i.d.R. 20 % zu 80 %) aufgeteilt wurden. Mit einem Rückgewährvorbehalt (sog. "claw-back") wird sodann vereinbart, dass bereits erfolgte Carried Interest-Ausschüttungen zurückzubezahlen sind, sofern dies am Ende der Fondslaufzeit für die vollständige Kapitalrückzahlung inkl. Hurdle rate notwendig sein sollte. Bei diesem Modell erfolgen also eine Art Abschlags- oder Vorauszahlungen, bevor der Fonds definitiv abgerechnet wird. Im Gegensatz zum Carried Interest von Private Equity-Fonds wird die bei Hedge-Fonds übliche Performance Fee regelmässig (typischerweise jährlich) an die Hedge-Fonds-Manager ausbezahlt (*OGer ZH LA150051 und LA150052 vom 11. Juli 2016 E. 4.a; BGer 4A_526/2016*

und 4A_528/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.1, mit weiteren Hinweisen auf die Lehre).

2.3 In seinen Urteilen vom 7. Februar 2017 hat das Bundesgericht ausgeführt, es komme entscheidend auf das zwischen den Parteien Vereinbarte an, wenn verschiedene Gestaltungsmodelle existierten (BGer 4A_526/2016 und 4A_528/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.2). Mit Bezug auf die Abrechnung und Auszahlung von Gewinnanteilen ist der Beklagten aber entgegenzuhalten, dass der Carried Interest bei beiden Modellen weder "in festgelegten Zeitabschnitten auf den jeweiligen Stichtag hin" (Urk. 49 S. 8 Rz 15, S. 11 Rz 20) noch periodisch im Jahresrhythmus auf das Ende eines Kalenderjahres anfällt (Urk. 49 S. 12 Rz 20). Beiden Gestaltungsmodellen (und auch einer zwischen den vorgenannten Modellen anzutreffenden Mischform) ist nämlich gemein, dass eine Ausschüttung von Carried Interest *im Zeitpunkt einer Kapitalrückzahlung* an die Investoren erfolgt; sei es, dass die Investoren ihre gesamte Kapitaleinlage vollständig zurück-erhalten haben (whole-of-fund calculation), sei es, dass nach Veräusserung eines Portfolio-Unternehmens (Zielgesellschaft) ein Gewinn erzielt wird (Leez, Die Besteuerung der Initiatoren inländischer Private Equity Fonds, Aachen 2010, S. 10 f.; Boxberger, in: Rechtshandbuch Private Equity, Jesch/Striegel/Boxberger [Hrsg.], 2010, S. 135; Frick, Private Equity im Schweizer Recht, 2009, S. 130 N 400). Die von der Beklagten propagierte Methode der regelmässigen (typischerweise) jährlichen Auszahlung ist demgegenüber bei Hedge Fonds anzutreffen, die kurzfristige Gewinne auf Aktien oder Derivat-Investitionen anstreben (BSK KAG-Oesterhelt, Vor Art. 1 N 243c und d).

2.4 Im Beiblatt zum Arbeitsvertrag haben die Parteien Performance Fees von einer Mindestrendite ("hurdle rate") von 8% p.a. abhängig gemacht und in Klammern "catch-up, high-water mark" hinzugefügt, ohne weitere Präzisierungen vorzunehmen.

2.4.1 Mit einer "high-water mark" wird laut dem Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz das in einem Portfolio management erreichte Gewinnniveau bezeichnet, welches überschritten werden muss, bevor der Manager Anspruch auf zusätzliche Anlageerfolgsprämien (Performance Fees) hat. Eine

ungenügende oder gar negative Performance in einer Abrechnungsperiode wirkt sich demnach auf die Entschädigung des Managers aus (Urk. 26/2, Urk. 24 S. 26 Rz 71). Ihre Verwendung ist laut dem von der Beklagten eingereichten Privatgutachten von Dr. I. _____ insbesondere bei Hedge Fonds gebräuchlich (Urk. 35/32 S. 3). Die Beklagte betrachtet als Gewinnniveau den höchsten bisherigen, zu einem wiederkehrenden Stichtag gemessenen Wert einer Investition und leitet daraus ab, dass die Performance in festgelegten Zeitabschnitten auf den jeweiligen Stichtag hin zu berechnen sei, woraus sich ergebe, dass ein allfälliger Anspruch auf eine Performance Fee ebenfalls jährlich entstehe (Urk. 14 S. 10 f. Rz 17 ff.). Der Kläger hingegen setzte die "high-water mark" mit der "hurdle rate" gleich, indem er ausführte, zur einer Äufnung des Carried Interest komme es dann, wenn während der gesamten Laufzeit eines Investments in jedem Jahr eine Minimalrendite von 8% (high-water mark) erreicht worden sei (Urk. 24 S. 31 Rz 87). Berücksichtigt für die Äufnung des Carried Interest Pools werde nur derjenige Teil des Nettogewinns, der nach Abzug einer Minimalrendite (hurdle rate) von 8% p.a., d.h. von 8% für jedes Investmentjahr, verbleibe (Urk. 24 S. 31 Rz 84).

Der Höchstwert eines Anlagefonds wird entweder in Bezug auf einen Vergleichswert ("relativ") oder in Bezug auf den NAV (Net Asset Value) des Fonds selbst ("absolut") gemessen, wobei letzteres einem Vergleich mit einer "hurdle rate" von 0% entspricht. Nach dem Prinzip der "high-water mark" kann als Vergleichswert ausser einer "benchmark" auch eine "hurdle rate" vorgesehen werden (Lenoir, Regulatorische Überlegungen zu Performance Fees bei Anlagefonds, 2007, S. 18 und S. 30 f., mit Verweis auf Ziffer 7a bis 7c des Anhangs II zur Wegleitung der Eidgenössischen Bankenkommision für Gesuche betreffend die Genehmigung des Fondsreglements eines schweizerischen Anlagefonds, Bewilligung als Fondsleitung und Bewilligung als Depotbank vom 14. Dezember 2005 [EBK-Anhang II; abrufbar auf www.finma.ch]; ferner Abegglen, Die adäquate Entschädigung des Vermögensverwalters unter besonderer Berücksichtigung der Anlagekosten im Verhältnis zur Anlageperformance, ZSR 2008 I 41 ff., 53 Fn 61). Vorliegend haben die Parteien auf keinen anderen Vergleichswert oder keine andere Referenzgrösse als die "hurdle rate" von 8% Bezug genommen. Wird die Performance Fee belastet, so wird neu das all-time-high des NAV Ausgangspunkt

für die Berechnung der "hurdle rate" (EBK-Anhang II Ziffer 7c). Über die Bezugsperiode, d.h. den Zeitraum, an dessen Ende eine Performance Fee dem Fonds definitiv belastet wird, bzw. über die Berechnungshäufigkeit der Performance Fee ist damit freilich noch nichts ausgesagt. Lenoir spricht einerseits davon, dass in der Schweiz eine Bezugsperiode von einem Jahr üblich ist; andererseits weist er darauf hin, dass in der Schweiz die Bezugsperiode so gewählt werde, dass sie mit der Ausgabe und Rücknahme von Fondsanteilen übereinstimme, womit eine etwaige Belastung definitiv werde und sich das Bilden von Rückstellungen erübrige (a.a.O. S. 17 f.). Jedenfalls kann die "hurdle rate" ab Lancierung des Fonds aufkumuliert oder mit Beginn jedes Geschäftsjahres wieder von neuem berechnet (Basis letzter NAV des vorangehenden Geschäftsjahres) werden (EBK-Anhang II Ziffer 11). Wie die Performance Fee im ersten Fall (Aufkumulierung) über die gesamte Laufzeit einer Investition zu berechnen wäre, hat die Beklagte für "D. _____ A. _____-Investments" (wie "Novirio" und "Carlyle Partners III" [Urk. 49 S. 6 f. Rz 11]) mit ihrem "vereinfachten Rechenbeispiel" anlässlich der Carried Interest-Präsentation (Major Points) vom 30. Oktober 2001 aufgezeigt (Urk. 17/12 = Urk. 26/7 S. 2 f.; Urk. 33 S. 85 Rz 305). Auch wenn die Beklagte die Präsentation nicht geeignet hält, um grundsätzliche Aussagen zum Carried Interest Pool zu machen, zeigt das Beispiel auf, dass weder eine jährliche Abrechnung noch eine jährliche Ausschüttung des Carried Interest als zwingend erscheint, auch wenn die Mindestrendite ("hurdle") sukzessive (jährlich) über die gesamte Laufzeit des Investments um 8% p.a. angehoben wird. Daran ändert nichts, dass der EBK-Anhang II im Jahre 2007 aufgehoben wurde in der Absicht, die Kriterien zur Erhebung der Performance Fee den Marktteilnehmern zu überlassen (Abegglen, a.a.O., 54).

Die Vorinstanz hat denn auch erwogen, dass bei der vom Kläger vorgenommenen Berechnung die Verluste der Vorjahre ebenfalls aufgeholt worden sein müssten, da der investierte Betrag mit dem Betrag verglichen werde, der am Schluss des Investments resultiere. Mit einer Gesamtschau bzw. dem Überblick über die ganze Laufzeit des Investments sei auch garantiert, dass es nicht nur deshalb zu einem Gewinn kommen könne, weil vorher Verluste generiert worden seien. Dass die periodische Setzung von "water marks" für die Bonusfestsetzung

von Investment Managern Sinn machen könne, liege auf der Hand. Diese würden oft Fonds betreuen, die viel längere und zeitlich unlimitierte Laufzeiten hätten, weshalb eine Gesamtübersicht über die Performance schwer möglich wäre (Urk. 50 S. 17). Diese Erwägungen der Vorinstanz hat die Beklagte mit ihrer Berufung nicht angefochten.

Aus der Vereinbarung einer "hurdle rate" und einer "high-water mark" kann die Beklagte daher nicht ableiten, die Performance Fee müsse jährlich bzw. in periodischen Abständen erhoben werden und könne nicht erst am Ende der Investitionsdauer (im Zeitpunkt der Kapitalrückzahlung; E. 2.3) belastet werden.

2.4.2 Nach Auffassung der Beklagten spricht auch die Vereinbarung eines "catch-up" für ihre Darstellung. Ein "catch-up" könne nur im Falle periodisch zu berechnender und entstehender Fees relevant sein, nicht aber in Fällen, in denen die Performance Fee ohnehin erst am Ende der Investition berechnet und geschuldet werde; in solchen Fällen mache ein "catch-up" keinen Sinn (Urk. 14 S. 12 Rz 22 f.).

Auch dem kann nicht gefolgt werden. Gerade beim sog. Fund-as-a-whole-Konzept erfolgt die Auszahlung des Carried Interest nebst dem sogenannten "catch-up" erst am Ende der Laufzeit des Fonds, nachdem die Investoren die Rückzahlung des Kapitalanteils zuzüglich Mindestverzinsung erhalten habe (Boxberger, a.a.O., S. 136). Beim Deal-by-Deal-Konzept stellt das "catch-up" sicher, dass in der Retrospektive bei Liquidation des Fonds tatsächlich sämtliche Erlöse nach Massgabe der gängigen 80/20-Formel aufgeteilt wurden (Boxberger, a.a.O., S. 135; Jesch, Private-Equity-Beteiligungen, 2004, S. 150). Für eine jährliche Berechnung und Ausschüttung des Carried Interest kann die Beklagte aus dem vereinbarten "catch-up" nichts zu ihren Gunsten ableiten.

2.5 Die Vorinstanz hat erwogen, das Memo vom G._____ vom 5. Februar 2002 und das Memo von H._____ und G._____ vom 6. Dezember 2002 würden den Behauptungen der Beklagten und den Vermutungen des Privatgutachtens geradezu diametral widersprechen (Urk. 50 S. 18 mit Verweis auf Urk. 4/32 S. 1 und Urk. 4/18 S. 5 Ziffer 3.3). Zudem enthalte auch das von der Beklagten stam-

mende und von ihr eingereichte Compensation Proposal vom 29. März 2000 zwar die unstrittige Mindestrendite von 8% pro Jahr, aber keinen Hinweis auf eine jährliche Abrechnung (Urk. 50 S. 18 mit Verweis auf Urk. 17/8).

2.5.1 G._____, dessen Hauptaufgabe es war, die Carried Interest-Verträge zu finalisieren (Urk. 17/2 S. 77), führte in seinem an J.____ (Präsident des Verwaltungsrates der Beklagten) und H.____ (CEO der Beklagten) gerichteten Memo vom 5. Februar 2002 wörtlich aus (Urk. 4/32 S. 1):

"Der Erfolg von Private Equity Anlagen wird erst ermittelt, nachdem das in einem bestimmten Kalenderjahr (sog. "Vintage Year") investierte Kapital zusammen mit allen Erträgen an den Investor zurückbezahlt worden ist. Dies führt dazu, dass ein allfälliger "Carried Interest" von A.____ B.____ Mitarbeitern frühestens fünf bis sechs Jahre, realistischerweise sieben bis zehn Jahre nach einem bestimmten Vintage Jahr ausbezahlt wird."

Im Memo wurde sodann darauf hingewiesen, dass die Tatsache, dass Ansprüche von Mitarbeitern erst mehrere Jahre nach dem tatsächlichen Investment fällig würden, zu einer komplexen Problematik führe. Gleich äusserte sich H.____ in einem an K.____ gerichteten Memo vom 13. Februar 2002 (Urk. 4/31 S. 2), auf das sich der Kläger ebenfalls zum Nachweis berief, dass die Auszahlung in der Regel erst nach fünf oder mehr Jahren nach dem entsprechenden "Vintage Year" fällig wird (Urk. 1 S. 29 Rz 72, Urk. 24 S. 28 Rz 77).

2.5.2 Im Memo vom 6. Dezember 2002, das unter anderem die arbeitsvertraglichen Ansprüche der "A.____ B.____ Mitarbeiter" betrifft, führten H.____ und G.____ aus, das Kompensationsmodell der Beklagten ("A.____ B.____") habe nebst einer Management Fee eine Performance Fee (für direkte Anlagen 20%, für indirekte Anlagen 10% der realisierten Gewinne, sobald eine Hurdle Rate von 8% p.a. erreicht werde) als langfristige Incentivierung von A.____ B.____ und ihren Mitarbeitern vorgesehen. Der langfristige Charakter von Private Equity Management Verträgen diene einerseits der Sicherstellung einer dauerhaften Betreuung der getätigten Investments bis zu deren Exit und andererseits der Sicherstellung der Performance Fee des Investment Managers, welche erst beim Exit der entsprechenden Investments abgerechnet werde (Urk. 4/18 S. 5 Ziff. 3.3).

2.5.3 Die im Erstverfahren als Zeugen einvernommenen G._____ und H._____, auf die sich der Kläger im vorliegenden Verfahren erneut berief (Urk. 24 S. 28 ff. Rz 76 ff.), bestätigten anlässlich ihrer Einvernahme vom 30. Januar 2008, dass der Carried Interest erst am Ende einer Investition berechnet und entsprechende Ansprüche erst dannzumal fällig werden (Urk. 17/2 S. 75 f. [G._____], Urk. 17/2 S. 57 [H._____]).

2.5.4 Im Compensation Proposal vom 29. März 2000, auf das im Memorandum von H._____ und G._____ ausdrücklich verwiesen wird, heisst es, dass Carried Interest nur verteilt wird, wenn das Investment realisiert wird ("no unrealised gains") und wenn eine Schwelle ("threshold") von 8% erreicht wird (Urk. 17/8; Urk. 24 S. 27 Rz 74, S. 44 Rz 129).

2.5.5 Die Beklagte trägt dagegen einzig vor, "irgendwelche Zeugenaussagen" darüber, was Carried Interest bedeute und wie üblicherweise abgerechnet werde, könnten an der eindeutigen Vereinbarung nichts ändern, insbesondere dann nicht, wenn sie von einem am Prozessausgang ebenfalls interessierten Zeugen wie G._____, der die Beklagte in Millionenhöhe betrieben habe, ausgehen würden (Urk. 49 S. 7 Rz 23).

Es kann weder von einer eindeutigen Vereinbarung noch von "irgendwelchen Zeugenaussagen" gesprochen werden. Der Carried Interest wurde in Arbeitsvertrag und Beiblatt nur rudimentär geregelt, wie auch die später redigierten AVZ zeigen. Der Zeuge G._____ hatte die Aufgabe, die Carried Interest-Verträge zu finalisieren (Urk. 17/2 S. 77). Der Zeuge H._____ fungierte als CEO der Beklagten (Urk. 17/2 S. 39, S. 50). H._____ hat nebst J._____ den Arbeitsvertrag des Klägers unterzeichnet. Sowohl die Memoranden als auch die Aussagen der Zeugen G._____ und H._____ erfolgten vor dem Hintergrund der mit den Arbeitnehmern der Beklagten konkret abgeschlossenen Arbeitsverträge samt Carried Interest-Beiblatt. Der Zeuge G._____ räumte am 30. Januar 2008 zwar ein, dass er wahrscheinlich ähnliche Forderungen wie der Kläger geltend machen werde (Urk. 17/2 S. 71). Er verliess die Beklagte indes erst im Frühling 2003 (Urk. 17/2 S. 70), d.h. nach der Abfassung der zwei Memoranden. Mit dem unbelegten und zudem neu erhobenen Hinweis, G._____ habe die Beklagte in Millionenhöhe be-

trieben (vgl. Urk. 33 S. 50 f. Rz. 146 ff.), vermag die Beklagte dessen Zeugnis nicht nachhaltig zu erschüttern.

2.5.6 Compensation Proposal, Memoranden und Zeugenaussagen lassen nicht auf die Vereinbarung einer "high-water mark" mit der von der Beklagten vertretenen Bedeutung schliessen. Vielmehr wird dadurch aufgezeigt, dass die Beklagte davon ausging, der Carried Interest werde am Ende der Laufzeit eines Investments berechnet und auch fällig. Das Verständnis der Parteien vor und nach Vertragsabschluss darf bei der Vertragsauslegung berücksichtigt werden. Das Privatgutachten lässt dieses (dokumentierte) Verständnis ausser Acht. Wenn die Vorinstanz nicht von der Vereinbarung einer jährlichen Berechnung ausging, sondern prüfte, ob am Ende der Laufzeit von einer Performance von mehr als 8% pro Jahr auszugehen ist (Urk. 50 S. 19), kann ihr weder einer unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung vorgeworfen werden. Betreffend "catch-up, high-water mark" scheidet die Berufung schon aus diesem Grund.

2.6.1 Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Vorinstanz auch die Behauptungs- und Beweislast nicht falsch verteilt. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf eine schriftliche Lohnabrechnung (Art. 323b Abs. 1 OR). Die Lohnabrechnung muss den Brutto- und den Nettolohn und sämtliche Zulagen (Familien- und Teuerungszulage, Gratifikation, Anteil am Geschäftsergebnis, Dienstaltersgeschenk, Zuschläge für Überstunden-, Nacht- oder Schichtarbeit etc.) und Abzüge enthalten (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 323b OR N 4). Zudem hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei Einräumung einer Gewinnbeteiligung die nötigen Aufschlüsse zu erteilen und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren (Art. 322a Abs. 2 OR). Wenn der Arbeitgeber bereits für eine einfache Beteiligung am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a Abs. 1 OR abrechnungspflichtig wird, wird er es ohne weiteres auch für die komplexere besondere Gewinnbeteiligung in der Form eines Carried Interest (*OGer ZH LA150051 und LA150052 vom 11. Juli 2016 E. 4.b*).

2.6.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat eine materiellrechtliche Abrechnungspflicht, wie sie im konkret beurteilten Fall in Art. 322c OR für die Provision enthalten war, auch Auswirkungen auf die Behauptungs- und

Beweislast. Kommt die Arbeitgeberin ihrer Abrechnungspflicht, die unabhängig davon besteht, ob deren Erfüllung mittels einer Stufenklage eingeklagt wird, nicht nach, kann der Arbeitnehmer seine Provisionsforderung in der Regel nicht weiter substantizieren. Es ist dann an der Arbeitgeberin, die eingeklagten Forderungen substantiiert zu bestreiten, wozu nachvollziehbare Angaben zu den Berechnungsfaktoren gehören. Bereits im Zusammenhang mit der insofern vergleichbaren Abrechnungspflicht des Beauftragten hat das Bundesgericht Anforderungen an die prozessuale Substantiierung geschützt, die sich auf die materiellen Grundsätze der Abrechnungspflicht abstützten. Wird ein Erfüllungsanspruch aus Arbeitsvertrag geltend gemacht, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf dessen Bezifferung und Nachweis grundsätzlich Art. 42 OR analog angewendet werden (BGer 4A_483/2014 vom 25. November 2014 [JAR 2015 S. 364 ff.] E. 5.1 und 5.3.1). Trifft die Beklagte mit Blick auf die Beteiligung des Klägers am Carried Interest Pool eine materiell-rechtliche Abrechnungspflicht, liegt es an ihr, nachvollziehbare Angaben zur Berechnung des Beteiligungsanspruchs zu liefern. Sie kann sich daher nicht darauf beschränken, die Berechnung des Klägers zu bestreiten und zu fordern, der Kläger habe zu behaupten und zu beweisen, "dass nach der Methode von 'catch-up, high-water mark' berechnete Performance Fees angefallen sind und wie hoch sie sind bzw. dass solche hätten anfallen sollen und wie hoch sie denn gewesen wären" (Urk. 49 S. 9 Ziff. 18). Wenn die Vorinstanz von der abrechnungspflichtigen Beklagten nähere Angaben und Beweismittel zum jeweiligen Stichtag, zu den jeweiligen Höchstständen und zu den daraus resultierenden Performance Fees verlangte und fehlende Angaben der Beklagten anlastete (Urk. 50 S. 15 ff.), ist eine Rechtsverletzung nicht ersichtlich.

2.6.3 Die Beklagte führt freilich ins Feld, sie habe die vom Kläger angewandte Methode nicht nur substantiiert bestritten, sondern entgegen der Auffassung der Vorinstanz sehr wohl und im Detail beschrieben, wie die Performance der einzelnen Investitionen nach den massgeblichen vertraglichen Bestimmungen zu berechnen und daraus allenfalls resultierende Performance Fees und Carried Interest-Ansprüche zur Auszahlung fällig geworden wären (Urk. 49 S. 10 f.). Die von der Beklagten umschriebene *Berechnungsmethode* samt *beispielhaftem Berech-*

nungsdiagramm (Urk. 14 S. 10 ff. Rz 17 ff.) vermag jedoch eine konkrete Renditeberechnung der beiden Investments "Novirio" und "Carlyle Partners III" nicht zu ersetzen. Die Beklagte zeigt in der Berufung nicht auf, wo sie dem Kläger hinsichtlich dieser Investments die notwendigen Angaben geliefert hätte, die ihm über die gesamte Laufzeit eine Abrechnung der Performance in festgelegten Zeitabschnitten auf den jeweiligen Stichtag "nach high-water mark" und damit eine entsprechende Quantifizierung seines Anspruchs erlaubt hätte. Sie kann daher nicht fordern, der Kläger habe die fehlenden Angaben zu liefern, um die von ihr geforderte periodische Abrechnung nach der von ihr propagierten Methode zu ermöglichen. Nachvollziehbare Angaben zu den Berechnungsfaktoren hätten von der Beklagten als Arbeitgeberin geliefert werden müssen.

2.6.4 Den Vorwurf der Vorinstanz, sie habe nicht einmal behauptet, dass ein Stichtag festgelegt worden sei, taxiert die Beklagte als haltlos, als überspitzt formalistisch und als Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Es ergebe sich aus dem vielfach beschriebenen "catch-up, high-water mark", dass die Performance periodisch zu berechnen sei. Sie habe auch immer wieder darauf hingewiesen, dass die Performance Fee im Jahresrhythmus zu berechnen sei bzw. dass ein allfälliger Anspruch ebenfalls jährlich und nicht erst am Ende der betreffenden Investition fällig werde. Auch die Vorinstanz fasse ihren Standpunkt dahingehend zusammen, dass die Parteien von einer periodisch, i.c. jährlich, zu bemessenden Performance bzw. Performance Fee ausgegangen seien. Dass der Jahresrhythmus grundsätzlich mit dem Datum der Investition (im laufenden Jahr allenfalls pro rata) beginne, sei klar. Aus Praktikabilitätsgründen, insbesondere wenn zahlreiche Investitionen bzw. deren Renditen zu berechnen seien, werde häufig während der Laufzeit der Investition nach einer pro rata-Berechnung für das angelaufene Jahr auf das Kalenderjahr umgeschaltet (Urk. 49 S. 11 f.).

2.6.5 Es trifft zu, dass die Beklagte vor Vorinstanz vorbrachte, die Performance der massgeblichen Investition sei aufgrund der Formulierung im Beiblatt ("if a performance of 8% **p.a.** is realized") im Jahresrhythmus zu berechnen (Urk. 14 S. 12 Rz 21). Insofern ging sie von jährlich wiederkehrenden Stichtagen aus. Richtig ist auch, dass die Beklagte für beide Investitionen ausführte, zur Be-

rechnung der Renditen seien die Werte am Beginn und am Ende des Jahres sowie ein allfälliger Nettozufluss (in den Fonds "Carlyle Partners III") zu bestimmen (Urk. 14 S. 44 Rz 154 ff., Rz 192 ff.). Für "die drei relevanten Jahre" (2000 bis 2002) ermittelte sie eine negative Rendite der Investition "Carlyle Partners III" (Urk. 14 S. 48 Rz 171). Auch für die Investition "Novirio" ermittelte die Beklagte bis Ende 2002 keinen Gewinn (Urk. 14 S. 53 Rz 195). Insofern liegt auf der Hand, dass nach Auffassung der Beklagten in dieser Zeit keine "high-water marks" gesetzt wurden.

2.6.6 Die Vorinstanz vermisste indes Angaben zu den "high-water marks" über die gesamte Laufzeit der Investments (Urk. 50 S. 16: "Die Beklagte unterliess es darzutun, wann welche water mark gesetzt wurde. Die Beklagte führt nicht für die ganze Laufzeit aus, wann wer welche Performance Fees bezahlt hat oder hätte bezahlen müssen. Sie unterliess es also darzutun, wie die Berechnung nach ihrer Ansicht richtig vorzunehmen wäre."). Nachdem der Kläger die Erträge der Investments über die ganze Fundlaufzeit (Carlyle Partners III) bzw. bis zum Exit bzw. Börsengang (Novirio) berechnete (Urk. 1 S. 47 ff.) und die Beklagte dieser Berechnung eine alternative Berechnung nach der Methode mit Höchstständen am Jahresende gegenüberstellt, kann die Beklagte vom Kläger nach der referierten Rechtsprechung bei Abrechnungsansprüchen nicht die Substanziierung des Anspruchs auf Carried Interest nach der Methode "catch-up, high-water mark" verlangen, ohne die dafür notwendigen Angaben zu liefern. Die Beklagte räumte selber ein, sie habe keinen Zugang zu Informationen über Carlyle Partners III, welche die Entwicklung der Investition nach dem Verkauf im Oktober 2004 beschreiben würden (Urk. 14 S. 49 Rz 176). Zugleich warf sie dem Kläger vor, er vergleiche Äpfel mit Birnen, wenn er anhand des sog. internen Zinssatzes (IRR) prüfe, ob die hurdle rate von "8% p.a. (catch-up, high-water mark)" erreicht sei, und substantiiere nicht, dass die im Arbeitsvertrag vorgesehene Voraussetzung erfüllt sei (Urk. 144 S. 49 Rz 179). Zu "Novirio" machte die Beklagte für die Zeit ab Ende 2002 keine weiterführenden Angaben (Urk. 14 S. 53 Rz 195). Wie zu zeigen sein wird, sind für den klägerischen Anspruch entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 49 S. 12 ff.) nicht nur die Jahre bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses massgebend. Vom Kläger konnte nicht erwartet werden, er substantiiere seine Klage über die Lauf-

zeit der Investments in der von der Beklagten geforderten Weise. Der Vorinstanz ist daher kein Fehler anzulasten, wenn sie die Klage nicht aus den von der Beklagten vorgebrachten Gründen als unsubstantiiert abwies. Es kann ihr auch keine falsche Verteilung der Behauptungs- und Beweislast bzw. eine Überstrapazierung der Bestreitungslast vorgeworfen werden. Der berechtigte Einwand, sie habe festgelegte Stichtage behauptet, führt letztlich zu keinem für die Beklagte günstigeren Ergebnis.

2.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beklagte mit ihrer Berufung nicht durchdringt, wenn sie geltend macht, die Vorinstanz habe die Bedeutung der Klausel "catch-up, high-water mark" verkannt, eine unzureichend substantiierte Klage gutgeheissen, die Behauptungslast falsch verteilt bzw. die Anforderungen an die Bestreitungslast überdehnt. Der vorinstanzliche Befund, es sei keine jährliche Berechnung vorzunehmen, sondern zu prüfen, ob am Ende der Laufzeit von einer Performance von mehr als 8% auszugehen sei (Urk. 50 S. 19), hält insoweit der zweitinstanzlichen Überprüfung stand.

3.1 Das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wurde am 30. September 2002 beendet. Umstritten war vor Vorinstanz auch die Frage, ob der Kläger Anspruch auf Carried Interest aus den vor und während seiner Anstellung eingegangenen Investitionen "Carlyle Partners III" und "Novirio" habe, ungeachtet dessen, dass die Rückzahlung dieser Investitionen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolge bzw. erfolgt sei. Die Vorinstanz hat die Frage gestützt auf den Beschluss der Kammer vom 12. Mai 2011 (Urk. 4/5 [LA100008]) und das Urteil des Bundesgerichts vom 5. März 2012 (Urk. 4/6 [4A_380/2011]) bejaht (Urk. 50 S. 20 ff.).

3.2 Die Kammer betrachtete in ihrem Entscheid vom 12. Mai 2011 den Arbeitsvertrag des Klägers samt Beiblatt als lückenhaft. Sie erwog, weder Art. 322a OR noch Art. 322b OR würden eine passende Regelung bereithalten. Art. 322a OR orientiere sich für die Berechnung des Anteils am Geschäftsergebnis am Gesamterfolg des Unternehmens oder eines Unternehmensteils. Die Bestimmung stelle auf die Jahresbilanz ab und sehe einen Lohnanspruch pro rata temporis vor, wenn das Arbeitsverhältnis im Laufe des Geschäftsjahres ende. Der Carried Interest stehe demgegenüber unter einer Bedingung, die sich im Falle des Klä-

gers erst nach dem Ende des Geschäftsjahres, in dem sein Austritt erfolge, verwirkliche. Die Provision wiederum solle das Zustandekommen eines Geschäftes belohnen. Der Carried Interest entstehe jedoch noch nicht mit der Transaktion (Finanzierung) als solcher, sondern erst mit dem entsprechenden Erfolg der Anlage, wobei die Performance auch von einer möglichst guten Realisierung der Anlage in der Desinvestitionsphase (Exit) abhängt. Das gelte insbesondere für die Beteiligung "Novirio", die 2004 an die Börse gebracht worden sei und bei der es sich um ein direktes Investment der D._____/A._____/ handle (Urk. 4/5 S. 42).

Die Kammer hielt weiter dafür, es liege nichts näher, als die Ergänzung des Arbeitsvertrags des Klägers mit Blick auf dessen Ausscheiden und mit Bezug auf "D._____/A._____/ Investments" wie "Novirio" anhand des genehmigten und (von G._____/ als Arbeitnehmer einerseits und von J._____/ und H._____/ für die Beklagte andererseits) unterschriebenen Arbeitsvertrags-Zusatzes (AVZ) "Carried Interest Pool for D._____/A._____/ Assets" vorzunehmen. Der Kläger habe sich explizit darauf berufen und für die Beklagte handle es sich um eine praxisnahe, branchenübliche Regelung, zu der sie die Zustimmung erteilt habe. Die Fairness-Opinion von Prof. Dr. L._____/ vom 20. Juni 2001 erfasse auch die Leaver-Regelung und schliesse mit den Worten: "This system is practicable and equitable in the newest version; the definition of a bad leaver corresponds to normal standards." Demgegenüber sei die Leaver-Regelung der überarbeiteten Arbeitsvertrags-Zusätze (üAVZ) keiner Fairness-Opinion unterzogen und nicht implementiert worden (Urk. 4/5 S. 46 f.).

Der Kläger habe – so die Kammer weiter – das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. März 2002 per Ende September 2002 gekündigt. Die Beklagte habe nicht behauptet, geschweige denn belegt, dass der Kläger innerhalb von 12 Monaten seit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Ziffer 4.2 lit. a (i) AVZ konkurrenzierend tätig geworden sei. Je nachdem, ob die Beklagte dem Kläger begründeten Anlass zur Kündigung gegeben habe oder nicht, sei der Kläger als "good leaver" im Sinne von Ziffer 4.1 oder als "bad leaver" im Sinne von Ziffer 4.2 lit. c AVZ zu betrachten. Gemäss Ziffer 4.2 lit. c AVZ müsse sich der Arbeitnehmer aber höchstens eine Kürzung von 10% seines Anteils pro rata temporis

für das laufende Vintage-Jahr gefallen lassen. Für die früheren Vintage-Jahre bleibe sein Anspruch – so sei aus dem Zusammenhang zu schliessen – ungeschmälert bestehen. Gemäss Ziffer 2 (viii) AVZ sei mit "Vintage-Year" jede zwölfmonatige Periode von 1. Januar bis 31. Dezember eines spezifischen Kalenderjahres gemeint, während welcher Investitionen – gemäss den "Structure Agreements" – getätigt würden, wobei das erste Vintage-Jahr die Periode von 1. Januar 1997 bis 31. Dezember 1999 erfasse. Die Investition "Novirio" betreffe das Vintage-Jahr 2001. Eine allfällige Kürzung des pro rata temporis-Anspruchs des Klägers für das Jahr 2002 um 10% beschlage daher diese Investition nicht, weshalb offengelassen werden könne, ob die Beklagte dem Kläger begründeten Anlass zur Kündigung gegeben habe. Der Kläger habe Anspruch auf 100% seiner Quote an den Pools der früheren Vintage-Jahre ("related to all previous Vintage Years"; Urk. 4/5 S. 47).

Die Kammer entnahm Ziffer 3.1 letzter Absatz AVZ, dass für jedes "Vintage-Year" ein spezieller Carried Interest Pool gebildet werde, wobei die Berechnung des Carried Interest Pools auf der Grundlage des Carried Interest erfolge, der mit Bezug auf ("with respect to") ein spezifisches Vintage-Jahr gebildet werde. Schliesslich werde in Ziffer 2 (v) AVZ der Begriff "Quota" definiert als Anteil des Arbeitnehmers am Carried Interest Pool für ein bestimmtes Vintage-Jahr, an welchem der Arbeitnehmer gemäss "Schedule to this Annex" berechtigt sei. Der (ausscheidende) Arbeitnehmer sei zu 100% "of his Quotas in the Carried Interest Pools" aller früheren Vintage-Jahre berechtigt. Der Anspruch für die früheren Vintage-Jahre werde nicht davon abhängig gemacht, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des tatsächlichen Anfalls noch bei der Beklagten beschäftigt sei. Aufgrund dieser Regelung sei der Arbeitsvertrag des Klägers dahingehend zu ergänzen, dass hinsichtlich der bis 30. September 2002 getätigten Investitionen ein bestehendes Arbeitsverhältnis bei Ausschüttung der Kapitaleinzahlungen nebst Mindestverzinsung keine Bedingung darstelle. Der Kläger partizipiere an den Pool-Erträgen der im Jahre 2001 getätigten Investments, unabhängig davon, dass sein Arbeitsvertrag per 30. September 2002 aufgelöst worden sei (Urk. 4/5 S. 48).

3.3 Das Bundesgericht hat auf Beschwerde der Beklagten hin in seinem Entscheid vom 5. März 2012 (4A_380/2011) die Vertragsergänzung auf Grundlage des hypothetischen Parteiwillens und gestützt auf den AVZ nicht beanstandet. Es taxierte den Carried Interest als "ein sehr komplexes Entschädigungsprogramm", das eine besondere Gewinnbeteiligung der Managementgesellschaft und der Fondsmanager von Private Equity-Fonds bezwecke. Werde eine gewisse Mindestrendite erreicht (Hurdle Rate), würden die Fondsmanager bzw. die Managementgesellschaft am Ende der Laufzeit des Fonds (typischerweise 10 Jahre) mit einem Prozentsatz der realisierten Gewinne mittels eines Carried Interest entschädigt (Urk. 4/6 S. 10 E. 5.1.4). Wörtlich fuhr das Bundesgericht fort:

"Art. 322a OR regelt den einfachen Anteil des Arbeitnehmers am Geschäftsergebnis, welcher sich nach dem Gesamterfolg des Unternehmens oder eines Unternehmensteils bestimmt. Für die Berechnung des Anteils ist das Ergebnis des Geschäftsjahres massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist. Die Parteien haben im Arbeitsvertrag vom 20. Juli 2000 jedoch ausdrücklich nicht eine Beteiligung des Beschwerdegegners an einem jährlich messbaren Geschäftsergebnis vereinbart, sondern eine spezielle Regelung vorgesehen mit einer Beteiligung an Kapitalerträgen bestimmter Anlagen auf Grundlage eines Carried Interest. Es scheint augenfällig, dass Art. 322a OR auf solche Fälle nicht anwendbar ist und sich der Gesetzesbestimmung keine Regelung für das komplexe Entschädigungssystem des Carried Interest entnehmen lässt."

3.4 Sodann hat die Kammer die im Beschluss vom 12. Mai 2011 vorgenommene Auslegung des AVZ hinsichtlich "assets of D._____/A._____" in zwei Entscheidungen vom 11. Juli 2016 bestätigt (*OGer ZH LA150051 und LA150052 vom 11. Juli 2016 E. 6.b*). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 7. Februar 2017 die Auslegung der Kammer geschützt; aus diesem Grund brauchte es auf die Ausführungen der Beklagten zu der nicht zwingenden Bestimmung von Art. 322a OR nicht mehr näher einzugehen (*BGer 4A_526/2016 und 4A_528/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.2.2 und 4.3*).

3.5 Mit ihrer Berufung hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest, dass auf den vorliegenden Fall Art. 322a OR anzuwenden sei. Sie anerkennt, dass keine Beteiligung am Gewinn oder am Geschäftsergebnis im Streite liegt, ist aber der Auffassung, der Anteil des Klägers am Carried Interest Pool stelle bei richtiger Betrachtung einen Anteil am Umsatz der Beklagten dar, mit der Konsequenz, dass

dem Kläger mangels anderweitiger Parteivereinbarung kein Anteil am nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses erzielten Umsatz der Beklagten zustehe. Das Total der vereinnahmten Management Fee und Performance Fee stellen die totalen Bruttoeinnahmen einer Managementgesellschaft, mithin deren Umsatz dar. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts würden nicht Kapitalerträge in die betreffenden Carried Interest Pools fliessen, sondern Teile der "erfolgsabhängigen Vergütung". Die Kapitalerträge würden dem betreffenden Investor zustehen. Dass die an die Beklagte zu bezahlende Performance Fee grundsätzlich (Hurdle Rate) und betragsmässig vom Investitionserfolg abhängt, mache den Entschädigungsanspruch der Beklagten und den behaupteten Lohnanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten nicht zu einer Beteiligung an Kapitalerträgen. Das Entschädigungssystem sei weder komplex, noch sei die in Art. 322a OR vorgesehene Regelung unangemessen. Vielmehr könne nur auf diesem Wege das Ziel der langzeitigen Anbindung qualifizierter Mitarbeiter erreicht werden. Ein Arbeitnehmer, der wie der Kläger kurz nach Tätigkeit zahlreicher Investitionen in der Aufbauphase kündige, wirke an einem wesentlichen Teil der von der Managementgesellschaft zu erbringenden Leistung nicht mit. Auch unter diesem Gesichtspunkt sei die sich aus Art. 322a OR ergebende Konsequenz sachgerecht. Überdies sei auch in Ziffer 1 AVZ festgehalten worden, dass "the long-term commitment and involvement of its employees" von wesentlicher Bedeutung seien (Urk. 49 S. 12 ff. Rz 22 ff.).

3.6 Hat der Arbeitnehmer vertraglich Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist für die Berechnung des Anteils das Ergebnis des Geschäftsjahres massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist. Die Umsatzbeteiligung im Sinne von Art. 322a Abs. 1 OR richtet sich nach dem Absatz von Waren und Dienstleistungen des Unternehmens oder des Unternehmensteils an Dritte und wird in Prozenten des Brutto- oder Nettoumsatzes bemessen (BK-Rehbinder, Art. 322a OR N 3). Bei der Umsatzbeteiligung steht dem Arbeitnehmer ein Anteil am Wert der vom Unternehmen abgesetzten Produkte oder erbrachten Dienstleistungen zu (ZK-Staehelin, Art. 322a OR N 10). Unter Umständen ist unter Umsatz der Erlös für Lieferungen und Leistungen an

Kunden zu verstehen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 3). Wie bereits ausgeführt wurde, wird eine Managementgesellschaft wie die Beklagte vom Private Equity-Fonds für ihre Verwaltungstätigkeit mit einer fixen Management Fee entschädigt, womit sie ihren Aufwand decken und insb. das Salär der von ihr angestellten Fondsmanager bezahlen kann (BSK KAG-Oesterhelt, Vor Art. 1 N 243b). Die Parteien vereinbarten vorliegend weder eine Teilhabe des Arbeitnehmers am Wert dieser Verwaltungstätigkeit noch eine Beteiligung an den totalen Bruttoeinnahmen des Unternehmens. Vielmehr wurde der Kläger prozentual am Carried Interest Pool beteiligt. Beim Carried Interest geht es um eine besondere Gewinnbeteiligung der Fondsmanager von Private Equity-Fonds (BSK KAG-Oesterhelt, Vor Art. 1 N 243a). Es wird auch von einem zum Kapitalanteil am Fonds "disproportionalen Gewinnanteil" oder von einer "Gewinnbeteiligung des Fondsmanagements" gesprochen (von Kuhlberg/Seidel, in: Jesch/Striegel/Boxberger [Hrsg.], Rechtshandbuch Private Equity, 2010, S. 43; Philipp, Private Equity: Der Carried Interest in Erbschaft- und Schenkungsteuer, in: Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, München 2008, S. 459). In diesem Sinne ist die vom Bundesgericht verwendete Formulierung zu verstehen, die Parteien hätten die "Beteiligung an Kapitalerträgen bestimmter Anlagen auf Grundlage eines Carried Interest" vereinbart. Ob Performance Fees den Umsatz vergrössern bzw. als Teil des Umsatzes erscheinen, ändert daran nichts. Wäre die Beklagte der Auffassung gewesen, es handle sich beim Carried Interest gemäss Arbeitsvertrag und Beiblatt um eine simple Umsatzbeteiligung im Sinne von Art. 322a OR, hätte sie nicht jahrelange Anstrengungen unternehmen müssen, um die in ihren Augen unzureichende arbeitsvertragliche Regelung "nach einem aufwendigen Verfahren" zu finalisieren (Urk. 14 S. 9 Rz 14, S. 34 Rz 108 f.; Urk. 33 S. 19 Rz 45, S. 60 Rz 189). Die Beklagte räumte ausdrücklich ein, dass Arbeitsvertrag und Beiblatt (Urk. 4/7) "zentrale Fragen" offenlassen (Urk. 14 S. 8 Rz 11) bzw. diverse Punkte nicht ansprechen, "die in jeder Vereinbarung geregelt werden, die eine Beteiligung an einem Carried Interest Pool vorsieht" (Urk. 14 S. 34 Rz 111 f.). Die Beklagte behauptet nicht, Art. 322a Abs. 1 OR enthalte auf alle diese Punkte eine adäquate Antwort.

3.7 Die Beklagte ist der Auffassung, die in Art. 322a Abs. 1 OR enthaltene Regelung entspreche der Zielsetzung von Carried Interest, nämlich der langzeitigen Anbindung qualifizierter Mitarbeiter. Die Beklagte hat im AVZ D._____/A.____ (Ziffer 4) im Bewusstsein dieser Zielsetzung eine detaillierte Leaver-Regelung ausgearbeitet, genehmigt und unterzeichnet (Urk. 14 S. 8 Rz 13, S. 27 Rz 78, S. 34 Rz 109), "wobei sie festgehalten hat, wie es sich mit dem Carried Interest-Anspruch des Arbeitnehmers verhält, wenn dieser sein Arbeitsverhältnis auflöst" (Urk. 4/6 S. 12 E. 5.2.3). Die Beklagte ging offenbar selber davon aus, Art. 322a Abs. 1 OR enthalte für die Frage des Ausscheidens des Arbeitnehmers keine passende Regelung. Sie führte auch aus, die AVZ's seien erst Mitte 2001 nach einem aufwendigen Verfahren (inkl. einem Rechtsgutachten von Prof. L.____ zur Fairness) entstanden (Urk. 14 S. 9 Rz 14, S. 40 Rz 132). Vor Vorinstanz anerkannte sie, dass die AVZs "eine ausgewogene Lösung" darstellen würden (Urk. 14 S. 41 Rz 138). Wenn die Beklagte jetzt geltend macht, das Entschädigungssystem des Carried Interest sei nicht komplex und falle unter Art. 322a Abs. 1 OR, kann ihr nicht gefolgt werden. Nachdem in Ziffer 4 AVZ D._____/A.____ eine explizite Leaver-Regelung vorgesehen wurde, kann sie auch nicht einwenden, Art. 322a Abs. 1 OR bzw. eine zeitliche Beschränkung der Anspruchsberechtigung des Klägers trage dem in Ziffer 1 AVZ D._____/A.____ umschriebenen Zweck des Carried Interest Pool besser Rechnung. Die Ergänzung des Arbeitsvertrags des Klägers hat daher nicht mittels dispositivem Gesetzesrecht zu erfolgen. Die Beklagte dringt mit ihrer Berufung auf Art. 322a Abs. 1 OR nicht durch.

3.8 Die Beklagte macht geltend, für den Fall der Anwendbarkeit der AVZ müsse auch deren Ziffer 4.2 betreffend den "bad leaver" beachtet werden. Der Kläger habe innerhalb von einem Jahr nach seinem Ausscheiden bei der Beklagten eine Tätigkeit als Verwaltungsrat bei einer direkten Konkurrentin der Beklagten, der M.____ AG, aufgenommen. Gemäss Ziffer 4.2 lit. a AVZ verliere unter diesen Umständen ein Arbeitnehmer seine sämtlichen Ansprüche auf Carried Interest, wenn der Arbeitsvertrag vom Arbeitnehmer innerhalb der ersten zwei Jahre aufgelöst werde. Da der Kläger die Stelle bei der Beklagten am 1. September 2000 angetreten und mit Schreiben vom 27. März 2002 gekündigt habe, würden

nicht nur seine Ansprüche aus dem laufenden Kalenderjahr, sondern auch seine Ansprüche aus in früheren Jahren getätigten Investitionen um 100% reduziert. Angesichts des durch den Handelsregisterauszug (Urk. 17/31) unwiderlegbar erstellten Gesellschaftszweckes der M._____ AG sowie der Zugehörigkeit des Klägers zu deren Verwaltungsrat seit der Gründung sei der Kläger als "bad leaver" im Sinne von Ziffer 4.2 lit. a AVZ zu betrachten, selbst wenn richtig sein sollte, dass es der M._____ AG nicht geglückt sei, institutionelle Investoren als Kunden an sich zu binden, was die Beklagte nach wie vor bestreite. Da die Behauptung der Beklagten durch den Handelsregisterauszug bewiesen sei, sei die Klage abzuweisen, zumal die Einwendungen des Klägers nicht relevant seien. Die vom Kläger dem Vortrag der Beklagten in der Replik entgegengehaltenen Argumente und Behauptungen seien zwangsläufig vage und nicht stichhaltig und seien von ihr in der Duplik mit Nichtwissen bestritten worden. Eventualiter sei das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und zwecks Durchführung eines diesbezüglichen Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 49 S. 16 ff. Rz 37 ff.).

3.9 Der Kläger wendet ein, die in den AVZ enthaltene "bad leaver"-Regelung sei auf ihn nicht anwendbar. Die Kammer sei im Beschluss vom 12. Mai 2011 zum Ergebnis gekommen, er habe grundsätzlich einen Anspruch von 100% an seiner Quote. Weder die Gerichte im Erstverfahren noch die Vorinstanz hätten festgestellt, dass er sich die gesamte Leaver-Regelung entgegenhalten lassen müsse. Die Kammer habe sich einzig zur Beantwortung der Frage, wie zu verfahren sei, wenn Arbeitnehmer, die bei einer Investition mitwirkten, auf eigene Initiative vor der Realisierung der Anlage aus der Beklagten ausscheiden würden, auf die AVZ gestützt. Zudem könne aus dem Handelsregisterauszug nicht ansatzweise geschlossen werden, dass die M._____ AG eine "klare und direkte Konkurrentin" der Beklagten wäre. Wie im vorinstanzlichen Verfahren aufgezeigt, entspreche die Tätigkeit der Beklagten in keiner Weise der Tätigkeit der M._____ AG, da die beiden Gesellschaften einen grundlegend verschiedenen Kundenkreis hätten. Die M._____ AG habe ausschliesslich Privatinvestoren als Kunden. Demgegenüber betreue die Beklagte ausschliesslich institutionelle Kunden und keine Privatinvestoren. Darüber hinaus verfüge die M._____ AG über einen anderen geographischen Fokus, einen anderen Investitionsfokus, andere Kompetenzen und an-

dere Strukturen als die Beklagte. Sie sei nie in irgendeiner Art im Wettbewerb mit der Beklagten gestanden (Urk. 54 S. 19 ff. Rz 48 ff.).

3.10 Die von den Parteien im Berufungsverfahren vorgetragene Argumente und Beweismittel (Handelsregisterauszug) sind nicht neu und wurden bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht (Urk. 14 S. 54 Rz 198 f., Urk. 24 S. 100 f. Rz 344 ff., Urk. 33 S. 102 Rz 382; Urk. 17/31). Die Vorinstanz hat den Einwand der Beklagten nicht geprüft, sondern auf den Beschluss der Kammer vom 12. Mai 2011 verwiesen, worin erwogen worden war, die Beklagte habe nicht behauptet, geschweige denn belegt, dass der Kläger innerhalb von 12 Monaten seit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Ziffer 4.2 lit. a AVZ konkurrenzierend tätig geworden sei (Urk. 50 S. 21 mit Verweis auf Urk. 4/5 S. 47). Im hier zu beurteilenden Fall hat die Beklagte die Anwendbarkeit der bad leaver-Regelung zufolge Konkurrenzierung indes explizit behauptet.

3.11 Die Kammer hat bereits im Beschluss vom 12. Mai 2011 erwogen, die Ergänzung des Arbeitsvertrags des Klägers sei anhand des AVZ D._____/A._____ vorzunehmen. Die Fairness-Opinion von Prof. Dr. L._____ erfasse auch die Leaver-Regelung (Urk. 4/5 S. 46). Es ist daher kein Grund ersichtlich, die Regelung betreffend "bad leaver" nicht als hypothetischen Parteiwillen zu betrachten. Davon ging auch die Kammer im besagten Beschluss aus. Sie prüfte nämlich, ob die Reduktionsgründe von Ziffer 4.2 lit. a oder Ziffer 4.2 lit. c AVZ D._____/A._____ gegeben waren (Urk. 4/5 S. 47).

3.12.1 Ein Arbeitnehmer wird gemäss Ziffer 4.2 lit. a AVZ D._____/A._____ als "bad leaver" betrachtet, wenn er innerhalb von 12 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Arbeitnehmer oder als Teilhaber für ein Konkurrenzunternehmen der Beklagten in der Schweiz tätig wird ("either (x) works for a competitor of A._____ B._____ in Switzerland or (y) takes a material participation or actively participates in a company which is a competitor in Switzerland of A._____ B._____, unless there is Change of Control"; Urk. 17/10 [AVZ D._____/A._____ S. 4]).

3.12.2 In der Klageantwort führte die Beklagte aus, aus dem Handelsregister des Kantons Zürich ergebe sich, dass der Kläger weniger als ein Jahr nach seinem Ausscheiden bei der Beklagten im September 2002 für die M._____ AG, Zürich, tätig geworden sei. Die Gesellschaft sei im Mai 2003 gegründet und im Juni 2003 ins Handelsregister eingetragen worden. Der Kläger sei von Beginn weg als Verwaltungsrat tätig gewesen, und die M._____ AG habe die Beklagte konkurrenziert. Die Gesellschaft bezwecke die Beratung bei Anlagen im Private Equity-Bereich, die Investment-Beratung, die Beratung und Strukturierung von Finanzierungen, das Investment-Controlling, die Beratung von Beteiligungen sowie ähnliche Geschäfte im Finanzmarkt (Urk. 14 S. 54 Rz 197 mit Verweis auf Urk. 17/31).

3.12.3 Der Kläger entgegnete in der Replik, die Tätigkeit der Beklagten entspreche in keiner Weise der Tätigkeit der M._____ AG. Die Beklagte habe ausschliesslich über institutionelle Kunden und damit über einen anderen Kundenkreis als die M._____ AG verfügt. So seien die A._____ -Gruppe sowie die zwei Beteiligungsgesellschaften N._____ und O._____ Kunden der Beklagten gewesen. Demgegenüber habe die M._____ AG ausschliesslich Privatinvestoren als Kunden, aber keine institutionelle Kunden. Die beiden Gesellschaften hätten einen anderen geographischen Fokus, einen anderen Investitionsfokus, andere Kompetenzen sowie andere Strukturen. Die Beklagte habe weltweit investiert. Die Investitionsentscheide seien von einem Investitionskomitee, bestehend aus Mitarbeitern der Beklagten, getätigt worden. Die M._____ AG habe dagegen überhaupt keine Investitionen getätigt. Sie habe seit 2003 Privatpersonen bei der Beteiligung an vier mittelständischen Unternehmen in der Schweiz beraten. Hinzu komme, dass die Gesellschaften zu keinem Zeitpunkt in irgendeiner Art im Wettbewerb zueinander gestanden seien. Die Beklagte habe 95% der Anlagen in Private Equity-Fonds investiert und sei somit insbesondere als "Fund of Funds" tätig gewesen. Die M._____ AG habe überhaupt keine Anlagen in Private Equity-Fonds getätigt und auch keine Investoren dabei beraten (Urk. 24 S. 100 ff. Rz 346 ff.).

3.12.4 In der Duplik bestritt die Beklagte die Ausführungen des Klägers mit Nichtwissen. Im Übrigen trage der Kläger nicht vor, dass die M._____ AG keine Anleger beworben habe, für welche auch die Beklagte tätig geworden wäre,

und/oder für solche Anleger keine Investitionen vorgenommen hätte. Die Beklagte behauptete, dass dies der Fall gewesen sei (Urk. 33 S. 102 Rz 382).

3.12.5 Gemäss AVZ D._____/A._____ kommt es darauf, ob der Kläger für *ein Konkurrenzunternehmen* tätig geworden ist oder sich daran beteiligte. Gemäss Handelsregister des Kantons Zürich ist der Kläger seit dem Juni 2003 Mitglied des Verwaltungsrates (mit Kollektivunterschrift zu zweien) der M._____ AG mit Sitz in Zürich. Deren Zweck wird im Handelsregister wie folgt umschrieben (Urk. 17/31):

"Zweck der Gesellschaft ist die Beratung bei Anlagen im Private Equity-Bereich, die Investment-Beratung, die Beratung und Strukturierung von Finanzierungen, das Investment-Controlling, die Beratung von Beteiligungen sowie ähnliche Geschäfte im Finanzmarkt. Die Gesellschaft kann im übrigen alle Geschäfte tätigen, welche geeignet sind, die Erreichung des Gesellschaftszweckes zu fördern oder zu erleichtern. Die Gesellschaft kann in der Schweiz und im Ausland Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen und Agenturen errichten und sich an Unternehmen ähnlicher Art beteiligen."

Die Beklagte bezweckt die Vornahme und Durchführung von Anlagen im Private Equity-Bereich, Investment-Beratung, Investment-Controlling sowie ähnliche Geschäfte im Finanzmarkt (Urk. 4/1).

3.12.6 Gemäss Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der Arbeitnehmer schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass es mit dem Arbeitgeber in wirtschaftlichem Wettbewerb steht. Erfasst wird grundsätzlich nur die Angebotskonkurrenz. Das Konkurrenzgeschäft muss eine konkurrenzierende Tätigkeit ausüben oder entsprechende Anstalten treffen. Dass es lediglich die Möglichkeit einer solchen Tätigkeit in seinen Statuten vorsieht, reicht nicht aus. Unternehmen der gleichen Branche, die einen verschiedenen Kundenkreis bedienen, sind keine Konkurrenzunternehmen im Sinne von Art. 340 OR (ZK-Staehelin, Art. 340 OR N 20, mit Verweis auf die Rechtsprechung; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 340 OR N 2: "derselben Zielgruppe"; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl.,

2012, Art. 340 OR N 7: "mindestens teilweise überschneidendes Zielpublikum"). Für die Verletzung des Konkurrenzverbotes ist der alte Arbeitgeber beweispflichtig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b OR N 3).

3.12.7 Der Kläger bestreitet, dass die Beklagte und die M._____ AG die gleichen Kunden haben. Die M._____ AG habe ausschliesslich Privatinvestoren als Kunden, die Beklagte habe ausschliesslich institutionelle Kunden. Die Beklagte wiederum behauptet, dass die beiden Unternehmen die gleichen Anleger beworben haben, ohne indes konkrete Beispiele zu nennen. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, substantiiert aufzuzeigen, dass sich die beiden Gesellschaften mit ihren Angeboten zumindest teilweise an die gleichen Kunden wenden bzw. wandten. Die Beklagte will den Nachweis der konkurrenzierenden Tätigkeit ausschliesslich mit der Zweckumschreibung im Handelsregister erbringen. Daraus ergibt sich aber gerade nicht, dass sich die Angebote der beiden Gesellschaften (teilweise) an das gleiche Zielpublikum richten bzw. dass die Beklagte um private Anleger oder die M._____ AG um institutionelle Anleger wirbt. Weitere Beweismittel hat die Beklagte vor Vorinstanz nicht bezeichnet. Auch im Berufungsverfahren argumentiert die Beklagte einzig mit der Zweckumschreibung im Handelsregister (vgl. Art. 45 lit. g HRegV). Der Zweck gehört auch zum gesetzlichen Mindestinhalt der Statuten (Art. 626 Ziff. 2 OR). Für die Eintragung kann das Handelsregisteramt die Zweckumschreibung unverändert aus den Statuten übernehmen oder diese auf den wesentlichen Inhalt verkürzen und hinsichtlich der nicht eingetragenen Angaben mit einem Hinweis auf die nähere Umschreibung in den Statuten ergänzen (Art. 118 Abs. 2 lit. a und b HRegV; Tagmann, Stämpflis Handkommentar, Art. 45 HRegV N 10); letzteres ist vorliegend nicht erfolgt. Beide Gesellschaften sind demnach im Private-Equity-Bereich tätig, wobei bei der Beklagten die *Vornahme und Durchführung* von Anlagen und bei der M._____ AG die *Beratung* von Anlagen im Vordergrund stehen. Über die genaue Tätigkeit hat die Beklagte allerdings keine weiterführenden Angaben gemacht. Mit der Zweckumschreibung allein kann der Nachweis der konkurrenzierenden Tätigkeit nicht erbracht werden (ZK-Staehelin, Art. 340 OR N 20, mit Verweis auf JAR 1986 S. 169 ff., wo ausgeführt wird, es sei üblich, bei der Errichtung der Statuten den Gesellschaftszweck weit zu fassen). Eine konkurrenzierende Tätigkeit läge auch nur dann vor, wenn

die M._____ AG *bisherigen oder potentiellen Kunden der Beklagten* gleichartige Leistungen zur Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse angeboten hätte. Dieser Beweis ist mit dem Auszug aus dem Handelsregister (Urk. 17/31) nicht zu erbringen. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat auch keine Rückweisung "zwecks Durchführung eines diesbezüglichen Beweisverfahrens" zu erfolgen, da die Beklagte beweisbelastet ist und keine weiteren Beweismittel bezeichnet hat.

3.13 Ist der Kläger nicht als "bad leaver" im Sinne von Ziffer 4.2 lit. a AVZ D._____/A._____ zu betrachten, ist der Berufung auch insofern kein Erfolg beschieden.

4.1 Die Beklagte weist in ihrer Berufung darauf hin, dass sie auf die für die A._____ getätigte Investition "Novirio", die im April 2001 für CHF 4'968'590.– gekauft worden sei, Ende Jahr 2001 CHF 4'927'500.– und Ende Jahr 2002 CHF 4'177'500.– habe abschreiben müssen. Da der Erfolg der während des Anstellungsverhältnisses des Klägers getätigten Investition erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten sei, habe der Kläger keinen Anspruch auf den geltend gemachten "Anteil am Umsatz". Die Klage sei daher in diesem Punkt abzuweisen. Schliesslich komme auch in diesem Zusammenhang dazu, dass die Forderung abzuweisen sei, weil der Kläger als "bad leaver" betrachtet werden müsse (Urk. 49 S. 18 f. Rz 43 ff.).

4.2 Es wurde bereits dargelegt, dass der Kläger nicht als "bad leaver" zu betrachten und der Erfolg der Investition "Novirio" nicht auf Ende 2001, auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder auf Ende 2002 zu berechnen ist. Die Berufung ist auch in diesem Punkt unbegründet.

5.1.1 Die Beklagte erhebt hinsichtlich der Investition "Carlyle Partners III" folgende "[g]rundsätzliche Einwendungen": Die Klage im entsprechenden Umfange von CHF 196'016.85 beruhe auf einer vertragswidrigen und falschen Berechnungsmethode; der Kläger habe es auch in diesem Punkt unterlassen, detailliert zu behaupten und zu beweisen, dass bei Anwendung einer "high-water mark" eine Performance von 8% erzielt worden sei. Das Beiblatt zum Arbeitsvertrag lege nicht fest, dass Bestand und Umfang der massgeblichen Performance Fee auf-

grund des von einem Drittinvestor wie CalPERS (California Public Employees' Retirement System) erzielten Investitionserfolgs zu berechnen sei, wie dies der Kläger tue und die Vorinstanz für gut befinde. Zudem könne auch deshalb nicht auf die von CalPERS publizierten Zahlen abgestellt werden, weil weder behauptet noch ersichtlich sei, dass die genannte Organisation zu den gleichen Zeitpunkten anteilmässig gleiche Einzahlungen geleistet habe. Selbst wenn diese Berechnungsmethode zu einem vertretbaren Resultat führen würde, wäre die Klage mangels periodischer Darstellung des Investitionserfolgs abzuweisen, nachdem CalPERS ihr Portfolio quartalsweise veröffentlicht und die relevanten Kennzahlen angegeben habe, weshalb der Kläger in der Replik die jährliche Performance hätte darstellen und behaupten können. Der Kläger habe auch nicht behauptet, dass *während der Dauer seiner Anstellung* eine Performance von 8% erreicht worden sei. Und schliesslich sei die Klage auch abzuweisen, weil der Kläger als "bad leaver" zu betrachten sei (Urk. 49 S. 19 f. Rz 46 ff.).

5.1.2 Der Kläger ist weder als "bad leaver" zu betrachten, noch hat er lediglich Anspruch auf Teilhabe an bis zu seinem Ausscheiden angefallenen Investitionsgewinnen. Auch ist die Rendite der Investitionen nicht periodisch im Sinne der von der Beklagten vertretenen Methode und basierend auf ihrem Verständnis von "catch-up, high-water mark" zu berechnen und darzustellen. Unabhängig davon wäre es Sache der Beklagten gewesen, dem Kläger die Angaben, insbesondere Höchststände, zu liefern, die für eine periodische (jährliche) Berechnung der Rendite notwendig gewesen wären. Widersprüchlich argumentiert die Beklagte, wenn sie einerseits vorbringt, auf die von CalPERS publizierten Zahlen könne nicht abgestellt werden, und andererseits fordert, der Kläger hätte in der Replik die jährliche Performance von Carlyle Partners III aufgrund der von CalPERS quartalsweise publizierten Kennzahlen behaupten und darstellen müssen. Zutreffend ist, dass im Beiblatt zum Arbeitsvertrag nicht davon die Rede ist, dass Bestand und Umfang der massgeblichen Performance Fee auf der Basis des von einem Drittinvestor erzielten Investitionserfolgs zu berechnen ist. Dies ist aber nicht weiter von Belang. Der Kläger hat vor Vorinstanz einlässlich begründet, weshalb auf die publizierten Zahlen von CalPERS, das im Jahre 2000 USD 150'000'000 in den Fund Carlyle Partners III investierte (Urk. 4/48), abgestellt werden kann (Urk. 1

S. 37 ff. Rz 92 ff., Urk. 24 S. 91 ff. Rz 308 ff.). Dabei hat er sich u.a. auch auf den Beschluss der Kammer vom 25. Mai 2012 und auf die Zeugin P._____ berufen. Im Beschluss vom 25. Mai 2012 (LA110005) erwog die Kammer mit Bezug auf einen anderen Arbeitnehmer der Beklagten, der Ertrag, den eine Private Equity-Beteiligung über die gesamte Laufzeit abwerfe, könne einem ausgeschiedenen Arbeitnehmer nicht ohne weiteres bekannt sein. Der Arbeitnehmer verfüge über ein Informationsdefizit und sei daher auf die Mitwirkung der Beklagten, der die Erstellung einer Berechnungsabrechnung und die Produktion von Unterlagen obliege, angewiesen (Urk. 26/9 S. 15 f.). Daran ist festzuhalten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann im Hinblick auf die Bezifferung und den Nachweis des Erfüllungsanspruchs aus Arbeitsvertrag grundsätzlich Art. 42 OR analog angewendet werden, wobei es Sache der Arbeitgeberin ist, die eingeklagten Forderungen substantiiert zu bestreiten, wozu nachvollziehbare Angaben zu den Berechnungsfaktoren gehören (BGer 4A_483/2014 vom 25. November 2014 E. 5.1 und 5.3.1). Vorliegend hat die Beklagte eingeräumt, dass sie keinen Zugang zu Informationen zu Carlyle Partners III habe, welche die Entwicklung der Investition nach dem Verkauf im Oktober 2004 beschreiben würden (Urk. 14 S. 49 Rz 176, S. 63 Rz 250). Dem Kläger ist daher beizupflichten, wenn er ausführt, er sei darauf angewiesen, auf öffentliche Informationsquellen zuzugreifen, solange er nicht über sämtliche Unterlagen betreffend diese Investition verfüge (Urk. 54 S. 26 Rz 69). Die Vorinstanz erwog, die Berechnung des Klägers erscheine durchaus plausibel. Insbesondere könne auf die IRR-Werte [Internal Rate of Return] von CalPERS abgestellt werden, wie das im Erstverfahren bereits getan worden sei. Die Zeugin P._____ habe im Erstverfahren ausgeführt, dass alle Investoren zu den gleichen Konditionen in den Fund gingen und nur die Beträge des Gesamt-Commitments variierten. Auch die Beklagte habe ihrerseits auf die Berechnung mit IRR abgestellt. Der Zeuge Q._____ habe dies im Erstverfahren bestätigt (Urk. 50 S. 33 mit Verweis auf Urk. 17/2 S. 98 und S. 112 sowie Urk. 26/8 Folie 11). Die Beklagte setzt sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht genügend auseinander, wenn sie einfach ihren vorinstanzlichen Standpunkt wiederholt, es sei nicht ersichtlich, dass CalPERS zu den gleichen Zeitpunkten anteilmässig gleiche Einzahlungen geleistet habe (Urk. 33 S. 106 Rz 418). Wenn die Investo-

ren zu den gleichen Konditionen in den Fund gehen, resultiert nach Darstellung der Zeugin P._____, die bis November 2004 bei der Beklagten als Analystin arbeitete, eben die gleiche Rendite. Was daran falsch sein soll, erläutert die Beklagte nicht.

5.2.1 Neben den grundsätzlichen Einwendungen greift die Beklagte die Problematik des Wechselkurses separat auf. Die Vorinstanz hielt den Einwand der Beklagten, dass der klägerische Ansatz mit dem durchschnittlichen Wechselkurs (zwischen 1. Januar 2000 und 30. Juni 2011) grundsätzlich nicht stimme und ungenau sei, für berechtigt. Allerdings wies sie darauf hin, dass die Beklagte nicht aufzeige, wie die Berechnung richtig wäre. Sie lege mit keinem Wort dar, welche Zahlungen und Auszahlungen in welchem Zeitpunkt erfolgt und zu welchem Wechselkurs diese hätten umgerechnet werden müssen. Sie beschränke sich darauf, für die ersten Jahre (bis zum Verkauf im Jahre 2004) aufzuzeigen, dass die klägerische Berechnung nicht richtig sei. Damit genüge sie ihrer Behauptungslast aber nicht. Sie offeriere nicht ein einziges Beweismittel, das dem Gericht die ihrer Ansicht nach korrekte Berechnung erlauben würde. Solche Beweismittel könnten im ordentlichen Verfahren nicht von Amtes wegen beigezogen werden. Unter diesen Umständen bleibe dem Gericht keine andere Möglichkeit, als mit dem Kläger auf den durchschnittlichen Wechselkurs abzustellen (Urk. 50 S. 34).

5.2.2 Die Beklagte wiederholt mit ihrer Berufung, dass die Anwendung des vom Kläger verwendeten Umrechnungskurses (1 USD = CHF 1.294) und die Anwendung der tagesgenauen Wechselkurse für die Zeit von 28. Juni 2000 bis 23. Februar 2004 bzw. für die erste Einzahlung und die ersten acht Auszahlungen ein anderes Ergebnis zeitige (Urk. 49 S. 21 Rz 51). Als Rüge kann dies indes nicht bezeichnet werden, hat die Vorinstanz doch nicht das Gegenteil behauptet. Gegen die Erwägungen der Vorinstanz trägt die Beklagte folgende drei Beanstandungen vor (Urk. 49 S. 22 Rz 53):

- Allein schon die Feststellung der Vorinstanz, dass die Berechnung nicht stimme und ungenau sei, müsse zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und zur Abweisung der Klage in diesem Punkt führen. Ein Urteil, das eine Klage schütze, die in einem zentralen Punkt auf eine Grundlage gestützt

werde, die nicht stimme und ungenau sei, sei ein Fehlurteil, weil es seinerseits nicht stimme und ungenau sei.

- Damit sei auch erstellt, dass die vom Kläger präsentierte Berechnung der strittigen Forderung nicht stimme und ungenau sei. Und damit sei auch erstellt, dass der Kläger die Klage nicht rechtsgenügend substantiiert habe, weshalb sie auch aus diesem Grunde abzuweisen sei. Eine rechtsgenügende Substantiierung liege nicht vor, wenn der klägerische Parteivortrag nicht stimme und ungenau sei.
- Nicht weniger erstaunlich sei der Vorwurf, sie habe ihrer Behauptungslast nicht genügt. Als beklagte Partei treffe sie keine Behauptungslast, sondern lediglich eine Bestreitungslast. Indem die Beklagte detailliert habe, dass und weshalb die Anwendung eines wie auch immer bestimmten durchschnittlichen Wechselkurses zu einem falschen Resultat führe, habe sie ihrer Bestreitungslast sehr wohl genügt, was schon dadurch erstellt sei, dass die Vorinstanz aufgrund ihrer Bestreitungen und Ausführungen selbst zum Ergebnis gelangt sei, es sei grundsätzlich wohl richtig, dass der Ansatz mit dem durchschnittlichen Wechselkurs grundsätzlich nicht stimme und ungenau sei.

Indem die Vorinstanz ihren Entscheid erklärtermassen auf einen Sachverhalt abgestützt habe, der grundsätzlich nicht stimme und ungenau sei, habe sie das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt und de facto eine materielle Rechtsverweigerung begangen. Indem sie der Beklagten zu Unrecht eine Behauptungslast auferlege, habe die Vorinstanz auch Art. 8 ZGB verletzt. Gleichzeitig sei der Kläger anerkanntermassen seiner Substantiierungspflicht und Beweislast nicht nachgekommen, was ebenfalls zur Abweisung der Klage führe. Überdies sei Bundesrecht (Vertragsrecht) falsch angewendet worden (Urk. 49 S. 22 Rz 54).

5.2.3 Der Kläger hält daran fest, dass ihm die von der Beklagten geforderte Verwendung der Tageskurse für jede Ein- und Auszahlung nicht möglich sei, solange er nicht sämtliche Unterlagen betreffend diese Investition von der Beklagten und/oder der E._____ erhalten habe. Da dem Kläger aufgrund fehlender Unterla-

gen und gestützt auf die verfügbaren öffentlichen Quellen eine tagesgenaue Bestimmung des Zeitpunkts, in welchem der Fund ausgelaufen sei, nicht möglich sei, sei es naheliegend, auf den durchschnittlichen Wechselkurs zwischen dem 1. Januar 2000 und dem 30. Juni 2011 abzustellen. Wie der Kläger bereits mehrfach aufgezeigt habe, sei die Berechnung des Anspruchs mittels des Durchschnittswechselkurses notwendig, weil es die Beklagte bis heute unterlassen habe, im Rahmen ihrer prozessualen Editionspflichten sämtliche Unterlagen betreffend die Investition Carlyle Partners III und insbesondere Belege jeder Ein- und Auszahlung vorzulegen. Eine Umrechnung jeder einzelnen Ein- bzw. Auszahlung in Schweizer Franken sei auch deshalb nicht notwendig, weil die Beklagte jeweils direkt Lokalwährungen (USD, EUR etc.) habe abrufen können. Die D.____ A.____-Gruppe betreibe zur Absicherung der Währungsrisiken ein professionelles Währungsmanagement und nehme bei Bedarf entsprechende Absicherungen durch sog. Hedging vor. Der Kläger habe das Währungsrisiko mitgetragen (Urk. 54 S. 27 ff. Rz 73 ff. mit Verweis auf Urk. 24 S. 95 ff. Rz 323 ff.).

5.2.4 Wie bereits erwähnt kann mit Blick auf Bezifferung und Nachweis des Erfüllungsanspruchs aus Arbeitsvertrag grundsätzlich Art. 42 OR analog angewendet werden, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGer 4A_483/2014 vom 25. November 2014 E. 5.1; vgl. auch Art. 99 Abs. 3 OR). Die richterliche Schadensschätzung erfolgt nach freiem richterlichen Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen (BK-Weber, Art. 99 OR N 220). Eine Schadensschätzung ist eine ungenaue Schadensberechnung und lediglich eine Annäherung, denn die Grössenordnung des Schadens muss "hinreichend fassbar" werden (BGE 122 III 219 E. 3.a S. 222). Entgegen der Auffassung der Beklagten führt der Umstand, dass die Vorinstanz mangels Angaben zu den Ein- und Auszahlungen und zu den jeweiligen Wechselkursen die Berechnung aufgrund des durchschnittlichen Wechselkurses als ungenau bezeichnete, nicht ohne weiteres dazu, dass die Klage abzuweisen wäre. Die Beklagte rügt nämlich nicht, der Kläger wäre in der Lage gewesen, die von der Vorinstanz vermissten Angaben zu liefern oder eine Berechnung anzustellen, die einen genaueren und insofern korrekteren Forderungsnachweis gestattet.

5.2.5 Zutreffend ist, dass Art. 42 Abs. 2 OR keine Umkehr der Beweislast bewirkt. Trotzdem geht der Vorwurf, der Vorinstanz seien Fehler im Zusammenhang mit der Behauptung bzw. Bestreitung des klägerischen Anspruchs unterlaufen, fehl. Die Beklagte trifft als Arbeitgeberin eine (materiell-rechtliche) Abrechnungspflicht und eine über die Bestreitungslast hinausgehende Substantiierungslast, wozu nachvollziehbare Angaben zu den Berechnungsfaktoren gehören (BGer 4A_483/2014 vom 25. November 2014 E. 5.3.1). Zu Recht ist die Vorinstanz zur Auffassung gelangt, die Beklagte habe dieser Substantiierungslast nicht zu genügen vermocht:

Die Beklagte hat in der Klageantwort zur Berechnung der Rendite in Schweizer Franken ausgeführt, für die Investorin sei relevant, wieviel Geld sie tatsächlich in CHF investiert und wieviel Geld ihr tatsächlich in CHF zurückbezahlt worden sei. Für einen Fonds wie Carlyle Partners III bedeute dies, dass für jede der vielen Zahlungen, die in USD in den Fonds gehen würden, das Äquivalent in CHF zu berechnen sei. Nur so lasse sich errechnen, wieviel die Investition den Investor in CHF gekostet habe. Dem seien alle Auszahlungen gegenüberzustellen, die wiederum zum Tageskurs in CHF umzurechnen seien. Die Differenz der Summe aller Einzahlungen und Auszahlungen in Schweizer Franken bilde dann den massgeblichen Gewinn oder Verlust. Es ergebe sich auch aus dem damaligen Verhalten der Beklagten, dass auf Tageswechselkurse abzustellen sei, habe sie doch auf jedem Beleg, der einen Geldfluss für Carlyle Partners III in USD ausgewiesen habe, handschriftlich den aktuellen Wechselkurs angefügt. Der Ansatz des Klägers, auf den durchschnittlichen Wechselkurs abzustellen, sei zudem ungenau. Er spiegle aufgrund der Erstarkung des CHF gegenüber dem USD einen zu hohen Gewinn vor. Die in den frühen Phasen der Investition erfolgten Einzahlungen würden unterbewertet und die gegen Ende erfolgenden Rückzahlungen würden überbewertet (Urk. 14 S. 49 f. Rz 180 ff.).

Der Kläger wiederholte in der Replik, die von der Beklagten geforderte Verwendung von Tageskursen für jede Ein- und Auszahlung sei ihm unmöglich, solange er nicht sämtliche Unterlagen betreffend dieses Investment von der Beklagten und/oder der E._____, an die das Investment verkauft worden sei, im Rahmen

der prozessualen Editionsspflicht erhalten habe. Auf den Durchschnittskurs abzustellen, sei angesichts des nicht vorhandenen Zugangs des Klägers zu den einzelnen Unterlagen betreffend Ein- und Auszahlungen dieses Investments die zuverlässigste und genauestmögliche Methode für die Berechnung des Carried Interest-Anspruchs. Die Beklagte sei offensichtlich nicht in der Lage, eine eigene Berechnung bzw. insbesondere den ihrer Ansicht nach zutreffenderen (Durchschnitts-) Wechselkurs anzugeben (Urk. 24 S. 96 f. Rz 328 ff. mit Verweis auf Urk. 1 S. 49 Rz 132 und die dort gestellten Editionsbegehren).

In der Duplik hielt die Beklagte daran fest, dass die einzig genaue und richtige Methode wäre, nach Erhalt aller gegebenenfalls erforderlichen weiteren Unterlagen alle Ein- und Auszahlungen zu Tageswechselkursen in CHF umzurechnen. Es sei richtig, dass sie mangels Unterlagen für die Periode nach dem Transfer von Carlyle Partners III keinen Überblick über die nach diesem Transfer erfolgten Ein- und Auszahlungen in den Fonds Carlyle Partners III habe. Es treffe auch zu, dass diese Unterlagen (in diesem Eventualstandpunkt) zur Berechnung der Performance von Carlyle Partners III relevant seien. Sie unterstütze daher das Editionsbegehren des Klägers. Diese Unterlagen resp. die gestützt auf sie vorgenommenen Performance-Berechnungen zu Tageswechselkursen würden ergeben, dass der Kläger die Performance mittels seiner Berechnungsmethode schone, was sich bereits aus dem gerichtsnotorischen Zerfall des USD ab 2000 ergebe. Die Beklagte hätte daher alles Interesse daran, sämtliche Unterlagen zu Carlyle Partners III einzureichen; allein, sie könne es nicht und sei wie der Kläger auf deren Herausgabe angewiesen (Urk. 33 S. 100 Rz 372 f.). Die Beklagte hatte bereits in der Klageantwort darauf hingewiesen, sie verfüge ebenso wenig wie E. _____ über Unterlagen zu Carlyle Partners III, die nach dem Verkauf der Investition an F. _____ erstellt worden seien (Urk. 14 S. 63 Rz 250, S. 64 Rz 255).

Der von der Beklagten ihrerseits ins Feld geführte Behauptungs- und Beweisnotstand vermag an ihrer Abrechnungs- und Substantiierungspflicht für die genaue Berechnung des klägerischen Anspruchs nach Tageskursen nichts zu ändern. Die Beklagte bringt mit ihrer Berufung nicht vor, die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang irgendwelche von ihr gestellte Beweis- bzw. Editionsan-

träge übergangen. Sie vertrat denn auch bereits in der Klageantwort die Auffassung, das vom Kläger gegenüber ihr und E._____ gestellte Editionsbegehren führe nicht zum Ziel (Urk 14 S. 64 Rz 255). Vielmehr nimmt sie den Standpunkt ein, der Kläger sei für eine genauere Berechnung seines Anspruchs verantwortlich und habe die Folgen der mangelnden Darlegungsmöglichkeit zu tragen. Dem ist nicht zu folgen, zumal der Kläger dazu unbestrittenermassen unverschuldet nicht in der Lage ist und die Beklagte immerhin die Möglichkeit gehabt hätte, sich bei der Weiterveräusserung der Beteiligung auf vertraglichem Weg die ihr jetzt fehlenden Informationen zu sichern. Die Beklagte kann sich der arbeitsrechtlichen Abrechnungspflicht und der daraus fliessenden prozessualen Substantiierungspflicht nicht unter Hinweis auf die Veräusserung ihres Private Equity-Portfolios ent schlagen. Die Vorinstanz hielt fest, dass eine Berechnung der Rendite im Zeitpunkt der Desinvestition der Beklagten im Jahre 2004 nicht in Frage komme und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass die Parteien das Risiko des Verkaufs dem Arbeitnehmer hätten überbinden wollen. Die Beklagte sei sich im Gegenteil bewusst gewesen, dass sie sich nicht durch eine Desinvestition der damit zusammenhängenden Verpflichtungen habe entledigen können (Urk. 50 S. 33 mit Hinweis auf das Memo von G._____ vom 5. Februar 2002; Urk. 4/32). Diese Feststellungen wurden seitens der Beklagten nicht beanstandet.

5.2.6 Der von der Beklagten erfolgte Hinweis auf die quartalsweise Veröffentlichung von Portfolio und Kennzahlen durch CalPERS hilft dem Kläger in diesem Zusammenhang nichts (Urk. 49 S. 20 Rz 47). Einerseits ist der Investitionserfolg nicht periodisch zu berechnen. Andererseits können die von der Beklagten für die Ermittlung des Gewinns als massgebend erachtete Differenz aller Ein- und Auszahlungen des Investors in CHF zum Tageswechselkurs (Urk. 14 S. 50 Rz 181) den von CalPERS quartalsweise veröffentlichen Informationen auch nicht entnommen werden.

5.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz vorliegt.

6. Weitere Beanstandungen gegen das vorinstanzliche Urteil erhebt die Beklagte nicht. Die Berufung ist daher abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 245'824.90. Die Entscheidgebühr ist auf CHF 15'000.– festzulegen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist inkl. Mehrwertsteuer auf CHF 10'000.– zu veranschlagen (§ 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 22. Februar 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 15'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
5. 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.

6. 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 Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 245'824.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 14. März 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
cm