

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120077-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 14. Dezember 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. August 2012; Proz. CG100020

Rechtsbegehren:

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 180'000.-- (brutto) zuzüglich Zins zu 5% seit 1. April 2007 zu bezahlen, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ vom 18. August 2007 zu beseitigen.
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. August 2012
(act. 99 S. 30):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 180'000.-- (brutto) zuzüglich Zins zu 5% seit 1. April 2007 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 18. August 2007) aufgehoben.
 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 18'000.--. Die weiteren Kosten betragen: Fr. 1'700.-- Zeugeneinvernahmen.
 3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten zu sieben Achteln, dem Kläger zu einem Achtel auferlegt. Die Kosten des Obergerichtsverfahrens LB090044 im Umfang von Fr. 8'000.-- werden vollumfänglich der Beklagten auferlegt.
 4. Die von den Parteien geleisteten Kautionen für die Zeugeneinvernahmen (Kläger: Fr. 1'700.--, Beklagte Fr. 4'400.--) werden mit den jeweils auferlegten Gerichtskosten verrechnet.
 5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 30'000.-- zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilungen, Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 103):

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. August 2012 (Geschäfts-Nr. CG100020) sei aufzuheben, und die Klage sei abzuweisen;

2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 13. August 2012 (Geschäfts-Nr. CG100020) aufzuheben und die Sache zur erneuten Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1.1 Die Beklagte ist im Bereich der Entwicklung und Produktion von chemischen / pharmazeutischen Reagenzien tätig; sie hat Sitz und Standort in C._____. Der Kläger arbeitete für sie in leitender Stellung. Am 23. März 2007 kündigte ihm die Beklagte per 30. September 2007 und stellte ihn frei.

Der Kläger klagte zunächst Fr. 240'000.-- ein. Von dieser Forderung anerkannte die Beklagte vergleichsweise Fr. 60'000.--, sodass noch Fr. 180'000.-- im Streit blieben. Dieser Teil betrifft die Auslegung und die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung der vertraglichen Klausel, wonach der Kläger einen Jahreslohn zugut hat, wenn die Kontrolle über die Stimmenmehrheit am Kapital der Beklagten wechselt und das Arbeitsverhältnis im Zusammenhang damit von der Arbeitgeberin gekündigt wird — der Anspruch soll entfallen, wenn die Kündigung gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgt (act. 4/3 S. 2 unter der Überschrift "Kontrollwechsel / Change-of-control").

Mit Urteil vom 5. Februar 2009 wies das Bezirksgericht die Klage ab.

1.2 Auf Berufung des Klägers hin erwog die Kammer am 26. Februar 2010 Folgendes:

3. *Der Kläger stützt seine Forderung auf eine Bestimmung in der Vereinbarung vom 31. Mai 2005 / 6. April 2006. Wenn die Kontrolle über die Stimmenmehrheit am Aktienkapital der Beklagten wechselt und das Arbeitsverhältnis im zeitlichen Zusammenhang mit diesem Wechsel von der Arbeitgeberin gekündigt wird, hat der Kläger einen Jahreslohn zugut. Der Anspruch entfällt, wenn die Kün-*

digung gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgt (im Einzelnen act. 4/3 S. 2).

Zu diskutieren sind vier Punkte: ob die erwähnte Klausel gültig vereinbart wurde, ob ein Kontrollwechsel in jenem Sinn vereinbart wurde, ob die Kündigung im Sinne der Klausel zeitnah war, und ob der vereinbarte Ausschlussgrund greift.

3.1 Die Abgangsentschädigung als Folge einer ordentlichen Kündigung im Zusammenhang mit einem Kontrollwechsel wäre nach dem allgemeinen Recht des Arbeitsvertrages nicht geschuldet. Es kommt also darauf an, ob die Parteien sie so vereinbart haben. Das kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen sein (Art. 1 Abs. 2 OR), und es ist keiner Form bedürftig (Art. 11 Abs. 1 OR).

Dem Bezirksgericht hatte die Beklagte vorgetragen, die streitige Klausel sei in einem Vertrag enthalten, welche von einem nicht Zeichnungsberechtigten (mit unterschrieben worden sei, und mangels einer ausdrücklichen Genehmigung durch die Gesellschaft sei die Klausel daher unverbindlich (act. 10 S. 4 f.). Das Bezirksgericht hält ihr entgegen, dass der Kläger ursprünglich per 1. Dezember 2004 eingestellt worden war, und dass jener schriftlich vorliegende Vertrag bestimmte, per 1. Juni 2005 werde ein neuer Vertrag "ausgestellt" (das muss heissen: verhandelt und vereinbart) werden. Wer immer die massgebenden Organe der Beklagten waren, mussten sie also wissen, dass auf den 1. Juni 2005 eine neue Vereinbarung fällig war. Wenn der Kläger darüber hinaus beschäftigt und salarisiert wurde, muss der Beklagten als Organisation bekannt gewesen sein oder nahm sie mindestens in Kauf, dass das auf einer neuen Vereinbarung beruhte. Jedenfalls nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) durfte und musste das der Kläger als Zustimmung zu der Vereinbarung verstehen. Einer ausdrücklichen Genehmigung bedurfte es unter diesen Umständen nicht. Zudem bezog sich die Kündigung des Vertrages ausdrücklich auf die heute streitige Vereinbarung, was deren Kenntnis bei der Beklagten positiv belegt (angefochtenes Urteil Erw. III/1).

Diese Überlegungen sind überzeugend (namentlich im Hinblick auf Art. 33 OR, nach welchem sich Bestand und Umfang einer Vollmacht unabhängig von der tatsächlichen erteilten Ermächtigung nach der "Kundgabe" beurteilen), und

die Beklagte wendet dagegen in der Berufung auch weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht mehr etwas ein (act. 40 S. 7, act. 51 S. 11). Die streitige Klausel ist daher auf das Verhältnis der Parteien anwendbar.

3.2 Nach Darstellung des Klägers habe der Wechsel im Aktionariat der Beklagten und damit einhergehend in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in der ersten Jahreshälfte 2007 stattgefunden. Zuvor seien die Aktien zu gleichen Teilen von den vier Söhnen des Firmengründers gehalten worden. Diese Söhne seien teilweise zerstritten gewesen. Das und Verfehlungen einzelner Aktionäre habe die Gesellschaft belastet, sodass schon 2005 eine Sanierung eingeleitet wurde. Die Rückübertragung der Aktien auf die Witwe des Gründers habe die diskussionsfreie, einheitliche Ausübung der Stimmrechte ermöglicht. Die Ende 2006 amtierenden vier Verwaltungsräte seien alle im Laufe des Jahres 2007 zurückgetreten und durch zwei neue ersetzt worden. In der Geschäftsleitung, welcher Ende 2006 vier Personen angehörten, sei einzig D1._____ als Stellvertreter des Vorsitzenden verblieben, während die anderen drei ausgewechselt wurden. Ferner sei per 26. Oktober 2007 auch die Kontrollstelle ausgewechselt worden (act. 1 S. 5 ff.).

Die Beklagte sieht keinen Kontrollwechsel im Sinne des Vertrags. Der Verkauf der Aktien sei in den Jahren 2006 und 2007 innerhalb der Familie erfolgt, und das falle nicht unter die Klausel. Zwei der Verwaltungsräte seien ohne Zutun der Aktionäre und für diese überraschend zurück getreten, und auch die Kontrollstelle habe ohne Vorankündigung das Mandat niedergelegt. In der Berufung bekräftigt die Beklagte ihren Standpunkt, dass eine Aktienübertragung innerhalb der Familie keinen Kontrollwechsel im Sinne des Vertrages darstelle. So wenig wie die Übertragung aller Aktien von den Söhnen auf die Mutter hätte eine Übertragung der Mehrheit vom einen auf einen andern Sohn die streitige Abgangszahlung auszulösen vermocht.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass Inhalt eines Vertrages in erster Linie das ist, was die Parteien übereinstimmend wollten, auch wenn sie absichtlich oder aus Ungeschick etwas anderes sagten (Art. 18). Das ist eine Frage des Tatsächlichen. Interessant wäre etwa zu wissen, ob die Vertragsschliessenden auch nur in einem Teilbereich konkret über mögliche Situationen oder Fallgruppen sprachen,

bei welchen sich die vereinbarte Entschädigung realisieren solle. Nur sekundär wird darauf abgestellt, wie die Äusserungen oder das Verhalten der Vertragsschliessenden unter vernünftigen und korrekten Teilnehmern am Rechtsverkehr angesichts der gegebenen Umstände verstanden werden durften und mussten (Art. 1 OR und Art. 2 ZGB). Das ist eine Rechtsfrage. — Im vorliegenden Fall hat keine der Parteien Behauptungen dazu aufgestellt, wie die damals Vertragsschliessenden die Kontrollwechsel-Klausel tatsächlich verstanden (die Beklagte argumentiert gegenteils mit dem Inhalt der "wohlverstandenen Kontrollwechselklausel", womit sie gerade die objektivierte Auslegung des Textes anspricht: act. 10 S. 16, ähnlich Prot. I S. 10 "zu Ziff. 27"). Über den tatsächlichen inneren Willen der seinerzeit Beteiligten ist daher kein Beweis zu erheben, und die Klausel ist im dargestellten Sinn objektiviert auszulegen.

Das Bezirksgericht stellt zutreffend und von keiner Seite beanstandet fest, dass kein "IPO" oder Börsengang zur Diskussion steht, wie er in der Klausel erwähnt ist. Nicht so klar ist allerdings, warum die Klausel einzig die Übernahme der Kontrolle durch einen familienfremden Dritten erfassen solle, wie es das Bezirksgericht unter Hinweis auf den "Sinn und Geist" der Vereinbarung annimmt. Zunächst steht das im Vertrag so nicht geschrieben. Dieser formuliert den massgeblichen Vorgang als "Kontrollwechsel, d.h. bei einer Geschäftsübernahme oder eines Wechsels der Kapital- und/oder Stimmenmehrheit am Aktienkapital der Arbeitgeberin im Rahmen eines Beteiligungs- oder Unternehmenskaufs oder eines sog. IPO...". Das Letztere scheidet wie soeben erwähnt aus, und eine Geschäftsübernahme liegt ebenfalls nicht vor. Ein Wechsel der Kapital- und/oder Stimmenmehrheit am Aktienkapital hat allerdings stattgefunden. Fraglich ist einzig noch, ob das wie der Vertrag formuliert "im Rahmen eines Beteiligungs- oder Unternehmenskaufs" erfolgte. Dagegen spricht, und darin ist dem Bezirksgericht Recht zu geben, dass man bei unbefangenen Lesen in erster Linie an die Übernahme durch einen aussenstehenden Dritten denkt (wohl in der unausgesprochenen Annahme, die bisherigen Familien-Aktionäre hätten mit der Gesellschaft einvernehmlich und in Übereinstimmung mit der von ihnen installierten Unternehmens- und Geschäftsleitung einheitliche Ziele verfolgt, und "Gefahr" habe nur von aussen gedroht). Die Formulierung schliesst den Wechsel innerhalb der Familie aller-

dings keineswegs aus. Gerade das Beispiel, das die Beklagte anführt, ist gar nicht abwegig: dass ein Familienmitglied, welches die Mehrheit der Aktien hält, diese Mehrheit einem Verwandten überträgt. Die Position eines Mitgliedes der Geschäftsleitung (wie es der Kläger war) ist bei personenbezogenen Gesellschaften in der Regel eng mit den persönlichen Beziehungen zum oder zu den Mehrheits-Aktionären verknüpft. Auch wenn keine grundlegenden Differenzen über die Führung zu bestehen brauchen, kann ein neuer Mehrheitsaktionär den Wunsch haben, die Geschäftsleitung mit Personen seines besonderen Vertrauens zu besetzen. Für diesen Fall ist die Vereinbarung einer Kontrollwechsel-Entschädigung sinnvoll und legitim. Warum das nur bei einem Wechsel der Aktien an Familienfremde gelten sollte, leuchtet nicht ein. Die Beklagte gibt übrigens selber ein einleuchtendes Argument gegen ihren Standpunkt. Sie erklärt, der Verkauf der Aktien von den Söhnen sei erfolgt "an die einzig wirtschaftlich starke Person als allein bestimmende Aktionärin, um damit die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten. Diese Massnahme war eine nötige Voraussetzung für die Durchführung der damals anstehenden, dringend notwendigen Sanierungsmassnahmen und der strategischen Entscheide für eine Neuausrichtung des weiterhin in der Familie D._____ verbleibenden Unternehmens" (act. 10 S. 10 f.). Dass die Kontrolle innerhalb der Familie blieb, spielt nach dem vorstehend Gesagten keine entscheidende Rolle. Die Beklagte sagt nun selber, dass es neu eine "allein bestimmende Aktionärin" geben sollte, was Voraussetzung "für die Durchführung der damals anstehenden, dringend notwendigen Sanierungsmassnahmen und der strategischen Entscheide für eine Neuausrichtung" gewesen sei. In der gegebenen Situation wäre es jedenfalls nicht unplausibel, dass die neu bestimmende Aktionärin die erklärtermassen angestrebte Neuausrichtung der Gesellschaft mit einer personell erneuerten Geschäftsleitung in Angriff nehmen wollte. Für (unter anderem) diesen Fall hat die Klausel über die Kontrollwechsel-Entschädigung sehr wohl Bedeutung, entgegen der Auffassung des Bezirksgerichtes, welches das als durch "Sinn und Geist" der Klausel ausgeschlossen bezeichnet. Der hier erfolgte Übergang von einem (wie damit stillschweigend anerkannt wird) uneinheitlichen zu einem allein bestimmenden Aktionariat ist im Gegenteil sehr wohl als Kontrollwechsel im Sinne des Vertrages zu beurteilen.

3.3 *Der relevante zeitliche Zusammenhang der Kündigung mit Wechseln im Aktionariat der Beklagten wird vom Vertrag grosszügig angenommen; er soll vorliegen, auch wenn eine Kündigung vor oder bis zwei volle Jahre nach einem Kontrollwechsel erfolgte. Der Zusammenhang in diesem Sinn ist evident, und die Beklagte bestreitet ihn auch nicht.*

3.4 *Die für den Kläger günstige, für die Beklagte tendenziell ungünstige Auslegung der Klausel und auch ihre zeitliche Anwendung auf den zu beurteilenden Sachverhalt entscheiden allerdings die Sache noch nicht. Ebenso wichtig wie das grundsätzliche Vorliegen des Kontrollwechsels ist nun die Auslegung und Anwendung der weiteren Bestimmung, "... wenn die Arbeitgeberin nicht nachweisen kann, dass die Kündigung nachweislich gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgte" (act. 4/3 S. 2).*

Das Bezirksgericht hat den Punkt, der nach seiner Rechtsauffassung freilich unerheblich war, mit dem Hinweis auf das dem Kläger ausgestellte Arbeitszeugnis behandelt. Wenn der Kläger die Firma laut dem Zeugnis "als Konsequenz der langfristig geplanten Neubesetzung der CEO Position verlasse", könne die Neubesetzung "schon begrifflich nicht (spontane) Folge eines Kontrollwechsels sein (angefochtenes Urteil S. 16). Das ist logisch und prozessual unhaltbar. Dass nur eine "spontane" Kündigung zur Entschädigung führen wolle, steht nirgends geschrieben; Neubesetzung der Geschäftsleitung und Kontrollwechsel können gewiss parallel geplant und durchgeführt werden. Unhaltbar ist es, das von der Beklagten in Kenntnis des Arbeitsvertrages verfasste Zeugnis tel quel zu Lasten des Klägers zu würdigen ohne Überlegungen dazu, dass die kritische Formulierung auch "pour les besoins de la cause" entstanden sein könnte. Vor allem aber sieht das noch geltende Prozessgesetz vor, dass über Bestrittenes Beweis abgenommen wird, und das von hier nicht aktuellen Ausnahmefällen abgesehen mittels einer ordentlichen Beweisaufgabe (§ 136 ZPO). Die neue schweizerische Zivilprozessordnung wird die Beweisaufgabe zwar nicht mehr kennen. Auch nach neuem Recht muss das Gericht allerdings vor der Abnahme der Beweise den Parteien anzeigen, zu welchem Thema und mit wie verteilter Beweislast es welche Beweise abnehmen will: Art. 154 [CH]ZPO und SJZ 104/2008 S. 474; das neue Recht

wird zudem jedenfalls so lange keine Anwendung auf das vorliegende Verfahren finden, als dieses in der ersten Instanz hängig ist: Art. 404 Abs. 1 [CH]ZPO.

Vom Mechanismus der vertraglichen Vereinbarung her ist die Kontrollwechsel-Entschädigung beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen geschuldet, es wäre denn, dass die Arbeitgeberin nachwiese, dass die Kündigung nachweislich gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgte. Die dem Wortlaut nach nur die Beweislast betreffende Formulierung setzt nach allgemeinen Regeln voraus, dass die Beklagte entsprechende Behauptungen aufstellt. Diese sind dann in einem Beweisverfahren zu erhärten, wenn sie bestritten sind (§ 133 ZPO). Hilfsweise kann der Kläger im Rahmen seines Gegenbeweises eigene tatsächliche Behauptungen formulieren. Vorweg ist endlich klarzustellen, auf welche Behauptungen abzustellen ist. Die Parteien haben in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens behauptet und Beweisangebote gemacht, als ob es die Revision von 1995 nie gegeben hätte. Demgegenüber hätte sie ein Blick ins Gesetz (§ 267 ZPO) und in die entsprechenden Verfügungen des Vorsitzenden (act. 30, act. 36) darüber belehrt, dass neue Behauptungen und Beweisangebote unzulässig sind, es wäre denn, sie liessen sich auf einen Ausnahmetatbestand von § 115 ZPO stützen (§ 267 Abs. 1 ZPO; im neuen Recht wird es noch strenger sein: Art. 317 Abs. 1 [CH]ZPO, insbesondere wird es den heutigen Ausnahmetatbestand der sofort beweisbaren Behauptungen nach § 115 Ziff. 2 ZPO nicht mehr geben). Das wirkt sich insofern nicht allzu sehr aus, als vor der förmlichen Beweisaufgabe überhaupt keine Frist zur Beweismittelnennung laufen kann und laufen konnte (§ 136 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO). Für das Folgende ist daher einzig auf die Vorbringen der Parteien vor Bezirksgericht abzustellen. Wenn eine Partei der Meinung ist, in der Berufung neu Vorgetragenes sei zulässig und auch für die Fortsetzung des Verfahrens zu beachten, mag sie das mit einer Begründung dem Bezirksgericht vortragen (vgl. dazu die entsprechenden Bestimmungen in den erwähnten prozessleitenden Verfügungen des Obergerichtes).

In der Klageschrift verwies der Kläger lediglich auf die "escape"-Klausel der unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgten Kündigung und hielt fest, es sei Sache der Beklagten, das nachzuweisen (act. 1 Rz. 9 und 17).

Die Beklagte war zwar der Meinung, die Klausel sei nicht gültig vereinbart, und es liege zudem kein Kontrollwechsel im Sinne der Vereinbarung vor. Im Rahmen der Eventualmaxime (§ 113 ZPO) hatte sie sich aber auch zur "escape"-Klausel zu äussern, und sie tat das auch. Allerdings muss unterschieden werden zwischen Behauptungen der Beklagten, welche (nur) die behaupteten Gegenansprüche der Gesellschaft gegen die Lohnforderungen des Klägers begründen und solchen, die in Zusammenhang mit der Kündigung gebracht werden; die Beklagte lässt bei ihren Vorträgen eine saubere Trennung dieser beiden Bereiche vermissen. Der Kläger soll "in seiner Funktion als Leiter des Bereichs Marketing und Verkauf seine Aufgaben krass vernachlässigt" und durch Mitwirkung an falschen Rechnungen einen grossen Schaden verursacht haben. Da die Beklagte selbst sagt, das habe sie nach der Kündigung entdeckt, kann es für die Kündigung nicht ursächlich gewesen sein (act. 10 Rz. 8). Schon vor der Kündigung bekannt war nach Darstellung der Beklagten der Vorwurf, der Kläger habe sich illoyal verhalten, indem er in der Branche herumgeboten habe, die Gesellschaft wäre zu einer Übernahme durch einen Dritten bereit (act. 10 S. 6 unten, act. 12/2). Ebenfalls mindestens der Spur nach hat die Beklagte behauptet, der Kläger als Mitglied der Geschäftsleitung sei für die prekäre Lage des Unternehmens im Zeitraum des Kontrollwechsels und der Kündigung mindestens mit-verantwortlich gewesen (act. 10 S. 7). Das Benützen eines Autos über die Freistellung hinaus (act. 10 S. 8) kann mit der Kündigung wiederum logisch nichts zu tun haben. Die Beklagte bringt die Punkte Illoyalität und Mit-Verantwortung für die schlechte Lage der Unternehmung sodann in Zusammenhang mit der Kündigung. Sie behauptet, die personellen Wechsel (und dazu gehört die Entlassung des Klägers) seien "ausschliesslich in mangelnder Führungs- bzw. Fachkompetenz oder Verfehlungen der betroffenen Personen" begründet gewesen (act. 10 S. 13). Die Entlassung des Klägers sei insbesondere schon am 30. Juni 2006 im Verwaltungsrat diskutiert worden (act. 14 f.).

Der Kläger bestritt jede Verfehlung seinerseits (insbesondere in act. 16 Rz. 14 und 15) und auch eine ursächliche Mitverantwortung für die Probleme des Unternehmens (act. 16 Rz. 16). Ferner weist er argumentativ darauf hin, wie die

Beklagte selbst den Wechsel im Aktionariat schildert und begründet (act. 16 Rz. 29).

Die Beklagte erneuerte in der Duplik die Behauptung, dass sie mit dem Kläger "nicht zufrieden" war, weil er Weisungen ignoriert habe und seine Aufgaben "stark vernachlässigte" (Prot. I S. 9). Der Kläger sei auch mit verantwortlich daran, dass die Beklagte finanziell schlecht stand, dass die notwendigen Massnahmen [sinngemäss zu ergänzen: mit Mit-Verantwortung des Klägers] verschleppt und verzögert wurden (Prot. I S. 9 unten). Die Familienmitglieder seien nicht zerstritten, und es habe keine Verfehlungen von Aktionären gegeben (Prot. I S.11).

Die Behauptungen der Beklagten sind an der unteren Grenze des Brauchbaren. Wo die Vertreterin "bestreitet", dass die Kündigung in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem Aktienverkauf stehen solle (Prot. I S. 11), verkennt sie die Behauptungs- und Beweislast. Die Behauptungen sind auch generell reichlich vage und an der Grenze dessen, was sinnvollerweise zum Thema eines Beweissatzes gemacht werden kann. Allerdings lassen sich hier keine klaren Grenzen ziehen. Nach Treu und Glauben lässt sich dem Vortrag der Beklagten aber doch entnehmen, dass die Familie nicht zerstritten gewesen sei und damit die Übertragung auf die eine Aktionärin nur formelle Bedeutung gehabt habe (wogegen der Kläger vorträgt, die Familienmitglieder seien zerstritten gewesen: act. 16 Rz. 29). Dass die Beklagte schon seit längerem mit den Leistungen des Klägers unzufrieden gewesen sei (Stichwort: mangelnde Führungs- bzw. Fachkompetenz), namentlich weil unter seiner (Mit-)Führung eine finanzielle Schieflage entstanden war. Dass die Beklagte der Meinung gewesen war, der Kläger habe notwendige Massnahmen verschleppt und verzögert. Dass die Beklagte dem Kläger auch mangelnde Loyalität (Stichwort: Übernahme durch Dritte) vorgeworfen hatte. Und endlich, wenn auch nur sinngemäss behauptet: dass die Kündigung nur aus diesen Gründen erfolgte, und mit dem Wechsel des Aktionariates keinen inneren Zusammenhang hatte.

Dem werden die Einwendungen des Klägers gegenüberzustellen sein, wie sie vorstehend nachgezeichnet wurden. Und dann wird erwogen werden müssen, welche Bedeutung der Formulierung zukommt, dass die Kündigungsentschädi-

gung (nur) dann entfällt, wenn die Entlassung "gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel" erfolgte.

Zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid ist die Sache an das Bezirksgericht zurückzuweisen (§ 270 ZPO).

(act. 56, LB090044-U)

1.3 Das Bezirksgericht führte ein Beweisverfahren durch. Im angefochtenen Urteil würdigt es die abgenommenen Beweise und kommt zum Schluss, die Beklagte habe ihre Behauptungen nicht beweisen können, welche den Anspruch des Klägers aufheben. Entsprechend heisst es die Klage gut.

Dagegen richtet sich die Berufung. Sie wurde vom neu mandatierten Vertreter der Beklagten fristgerecht (act. 99/Anhang, act. 103) eingereicht. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Der Kostenvorschuss wurde geleistet.

2.1 Die Beklagte lässt durch den neu mandatierten Anwalt die Grundlagen der Rückweisung an das Bezirksgericht und damit des dann durchgeführten Beweisverfahrens in Frage stellen: sie kommt auf die Auslegung des Vertrages zurück und argumentiert, dieser erfasse als "Kontrollwechsel" einzig die Übertragung der Aktien auf einen Aussenstehenden, und gerade nicht von den Söhnen auf die Mutter (act. 103 Rz. 14 ff.).

Das Bezirksgericht war an die Rechtsauffassung der Rückweisung gebunden (statt Vieler Bot ZPO S. 7376, gleich wie schon die Erläuterungen zum Vorentwurf). Das gilt auch für die rückweisende Instanz. Zwar äussern sich weder die Botschaft (a.a.O.) noch die Erläuterungen zum Vorentwurf (bei Art. 298 VE/ZPO) dazu. Da die mangelnde Bindung an die Rückweisung in Verfahren des Zürcher Kassationsgerichtes zu Missständen geführt hatte, schuf § 104a GVG/ZH eine ausdrückliche Bestimmung dazu. Diese ist unter der neuen Zivilprozessordnung nicht mehr direkt anwendbar. Nachdem das neue Gesetz aber nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers weniger Neues schaffen als den aktuellen "aquis cantonal" zusammenfassen wollte (Bot ZPO S. 7263 und 7241), bleiben kantonale Regelungen beachtlich. Überzeugend ist denn die ausführliche Behandlung der

Frage durch ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N. 44 ff., welche eine Bindung der rückweisenden Instanz auch unter der neuen ZPO annehmen. Das stimmt nicht zuletzt überein mit der Praxis des Bundesgerichts zu seinen Rückweisungen (BSK BGG-Meyer/Dormann, Art. 107 N. 18). Es ist anzustreben, gleiche Fragen nicht für das kantonale Verfahren und dasjenige vor Bundesgericht unterschiedlich zu beantworten - vorbehalten selbstredend verschiedene gesetzliche Regelungen, was hier aber nicht der Fall ist. Die Kritik der Beklagten an der in der Rückweisung geäußerten Rechtsauffassung ist demnach nicht zulässig.

Allerdings sähe sich das Obergericht auch in der Sache nicht veranlasst, seine Auslegung der streitigen Klausel zu revidieren. Es ist daran zu erinnern, dass es um eine nach Treu und Glauben vorzunehmende objektivierende Auslegung geht, und nicht um das subjektive Verständnis der Parteien. Dazu äussert sich der vorstehend wiedergegebene Rückweisungsentscheid ausführlich. Es ist daran festzuhalten. Die Beklagte räumt denn auch in der Berufung (erneut) ein, dass die "Zersplitterung der Stimmrechte einer dringenden Sanierung nicht dienlich ist, liegt auf der Hand" (act. 103 Rz. 21). Zudem gab der frühere Präsident des Verwaltungsrates und Familienaktionär D2. _____ als Zeuge zu Protokoll, auch er habe im Zuge der Restrukturierung und Sanierung seinen Posten geräumt (räumen müssen: "ich wurde abgewählt") und sich aus dem aktiven Geschäft zurückgezogen. Er höre nur noch wenig über die Firma, ausser wenn er bei seiner Mutter sei oder mit seinen Brüdern rede, "da wir die Firma wieder zu übernehmen gedenken" (Prot. I S. 77). Das bestätigt das Obergericht in seiner Auffassung, die Übertragung der Aktien von den Söhnen auf die Mutter sei keine reine Formsache, sondern ein materieller Kontrollwechsel im Sinne des Vertrages gewesen.

2.2 In zweiter Linie kritisiert die Beklagte grundsätzlich das durchgeführte Beweisverfahren. Sie macht geltend, es komme nach dem Vertrag nicht auf einzelne Gründe für die Entlassung an, sondern es gehe einzig um die Frage, ob die Entlassung "gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel" erfolgte.

Der Beklagten ist nicht zu folgen. Zunächst kann man sich fragen, ob die Einwendungen nicht treuwidrig spät sind, nachdem die Beklagte in der Beweisan-

tretung ohne Vorbehalte ihre Beweismittel nannte (act. 67). Das kann aber offen bleiben, da die Einwendungen auch in der Sache nicht begründet sind:

Richtig ist, dass der Vertrag die zeitliche Nähe der Entlassung zum Kontrollwechsel nur dann zum Anspruch des Klägers führen lässt, wenn die Arbeitgeberin nicht nachweisen kann, dass die Kündigung vom Kontrollwechsel gänzlich unabhängig war. Auf den ersten Blick scheint tatsächlich (nur) das Beweisthema zu sein. In dieser Allgemeinheit ist es aber weder zu beweisen noch zu widerlegen. Ähnlich wie bei den allgemeinen Anforderungen an die Substanziierung der Parteibehauptungen müssen sinnvolle Fragen formuliert werden können und — ganz wesentlich — muss die Gegenseite sinnvoll dagegen argumentieren und Gegenbehauptungen aufstellen können (ZR 102/2003 Nr. 57, 90/1991 Nr. 3). Nun ginge es nicht an, aus der allzu vagen Formulierung des Vertrages abzuleiten, die Beklagte könne ihren so allgemein gehaltenen Beweis von vorneherein nicht erbringen (was zur sofortigen Guttheissung der Klage führen müsste). Wie schon im Rückweisungsentscheid erwogen, war zu ermitteln, welche anderen Gründe als die Nähe zum Kontrollwechsel für die Entlassung des Klägers vorgetragen worden waren, und darüber war Beweis zu erheben. Die Kritik der Beklagten (das ganze Beweisverfahren sei völlig am Thema vorbei gegangen) wäre möglicherweise berechtigt, wenn das Bezirksgericht diese einzelnen Behauptungen nicht in Beziehung zum allgemeinen Beweisthema gebracht hätte. Es hat aber zutreffend die Aufzählung der Beweissätze damit eingeleitet, dass es die Frage formulierte, ob der Kläger "einzig deshalb entlassen wurde, weil ..." (Prot. I S. 3). Damit macht es deutlich (was dann bei der Beweiswürdigung wieder aufzunehmen ist), dass es nicht nur um die einzelnen Behauptungen je für sich geht, sondern eben so sehr darum, ob und wie diese (behaupteten) Umstände für die Kündigung bestimmend waren. Das ist, was der Vertrag vorgibt: die zeitliche Nähe der Kündigung zum Kontrollwechsel löst den Anspruch des Entlassenen aus, wenn nicht die Arbeitgeberin das Fehlen des kausalen Zusammenhanges beweist — was sie praktisch nur anhand konkreter Umstände und/oder Motive tun kann — aber auch tun darf. Indem es die einzelnen behaupteten Kündigungsgründe mit der Behauptung der Beklagten verknüpfte, dass "der Kläger einzig deshalb entlassen wurde", hat das Bezirksgericht wie bereits ausgeführt das zum Beweis verstellt, was die Beklagte

beweisen muss, um der vertraglichen Zahlungspflicht zu entgehen. Sollte bei den einzelnen Befragungen dieser Aspekt — die exklusiv kausale Verknüpfung der konkreten Kündigungsgründe mit der tatsächlich erfolgten Kündigung — nach Auffassung der Beklagten zu wenig deutlich geworden sein, hätte es ihr frei gestanden, darauf hinzuweisen und allenfalls selber die notwendigen Ergänzungsfragen zu stellen.

Mit der grundsätzlichen Kritik am Aufbau des Beweisverfahrens kommt die Beklagte damit gegen das angefochtene Urteil nicht auf.

Die Beklagte beruft sich in der Berufung auf neu eingereichte Urkunden, nämlich Verwaltungsratsprotokolle vom 19. Februar und 16. März 2007 (act. 105/3 und /4). Sie will damit (zusätzlich) beweisen, dass der Kläger trotz des bereits laufenden Kontrollwechsels zweimal in seiner Funktion bestätigt wurde, womit "der vermeintliche Kontrollwechsel logischerweise in keiner Weise die Ursache für die Entlassung des Klägers bilden [konnte]" (act. 103 Rz. 54 ff.). Weshalb sie diese Dokumente wegen "dieser falschen vorinstanzlichen Konzeption des Beweisverfahrens" nicht schon dem Bezirksgericht vorlegte (sie meint: gar nicht vorlegen konnte), leuchtet freilich nicht ein. Wie dargestellt war die Verknüpfung der namhaft gemachten Kündigungsgründe mit der effektiven Kündigung durchaus und ausdrücklich Gegenstand der Beweisaufgabe ("... einzig deshalb entlassen wurde, weil ..." - Prot. I S. 3). Zu genau diesem Punkt hätte die Beklagte die erst heute vorgelegten Dokumente sehr wohl zum Beweis nennen können — und hätte nennen sollen, wenn sie glaubte, sie seien für ihr Beweisthema nützlich. Ob sie das Beweisergebnis tatsächlich zu ihren Gunsten beeinflusst hätten, braucht heute nicht entschieden zu werden. Jedenfalls ist es nicht so, dass die Beklagte diese Urkunden "trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte" (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) — und den Novengrund des durch neue Urkunden sofort erbrachten Beweises (§ 115 Ziff. 2 an Ende ZPO/ZH) kennt das neue Recht nicht mehr. Die neuen Dokumente müssen bei der Beweiswürdigung daher unbeachtet bleiben (für das alte Recht § 114 ZPO/ZH, für das neue Art. 317 ZPO und dazu *BGer 4A_228/2012* vom 28. August 2012).

2.3 Die Beklagte argumentiert in der Berufung, "[Die Kündigung] erfolgte allein im Rahmen der Sanierung und wäre auch erfolgt, wenn keine oder ein anderer Modus der Aktienübertragung stattgefunden hätte. Die Aktienübertragung wurde für die künftige Führung der Gesellschaft und deren Erhalt als Familiengesellschaft [...] damals als notwendig erachtet [...] Sie war *nicht die Ursache* für die Kündigung" (act. 103 Rz.13). Das war schon in erster Instanz ihr Prozessstandpunkt, und sie hat(te) Anspruch darauf, dass darüber Beweis geführt wurde. Dass das Bezirksgericht dieses Beweisverfahren nach Ansicht des Obergerichts korrekt eingeleitet hat, wurde soeben ausgeführt. Zur Beweiswürdigung, die im Rahmen der vorgetragenen Rügen (dazu BGE 138 III 374, E. 4.3.1) mit freier Kognition und nicht nur auf qualifizierte Mängel hin zu prüfen ist (Art. 310 lit. b ZPO), ergibt sich was folgt:

2.3.1 Die Beklagte kritisiert die Würdigung der Zeugenaussagen durch das Bezirksgericht als willkürlich und unhaltbar. Dem ist im Einzelnen nachzugehen.

Der Zeuge E._____ war CEO der Beklagten, als das vorliegende Verfahren seinen Anfang nahm, konnte aber über die streitigen Vorgänge keine Auskunft geben (Prot. I S. 43 ff.), davon geht auch die Beklagte aus (act. 103 Rz. 69).

Die Zeugen D3._____, D1._____, und D2._____ stimmen überein in der negativen Beurteilung des Klägers. D3._____, bis Ende 2006 Geschäftsführer der Beklagten, war mit den Verkaufszahlen nicht zufrieden. Offenbar war er der Meinung, das habe nicht er als Geschäftsführer, sondern der Kläger zu verantworten, und er stellte dem Verwaltungsrat den Antrag, den Kläger zu entlassen; darauf habe ihm ein Mitglied des Verwaltungsrates beschieden, man wolle dem Kläger noch eine Chance von sechs bis neun Monaten geben. Zeitlich konnte er das nicht präzise einordnen, doch ist seinen Aussagen immerhin zu entnehmen, dass die rapportierten Vorgänge vor der Übertragung der Aktien erfolgt sein dürften (Prot. I S. 47 ff.). D1._____, Mitglied der Geschäftsleitung, war mit den Leistungen des Klägers ebenfalls nicht zufrieden. Er erinnerte sich, dass man unter den Brüdern über die Entlassung des Klägers diskutierte, zeitlich allerdings nicht eingegrenzt. (Prot. I S. 51 ff.). D2._____ war zur fraglichen Zeit Präsident des Verwaltungsrates. Er sagte als Zeuge aus, der Kläger sei nicht entlassen worden, weil es

Platz für einen der Brüder D._____ brauchte. Es habe Gerüchte gegeben, die Firma stehe zum Verkauf, und auf den Kläger sei (nur schon seiner Tätigkeit im Aussendienst wegen) der Verdacht gefallen, aber die Quelle der Gerüchte sei nicht aufgedeckt worden. Der Zeuge bestätigte, dass er und seine Brüder mit den Leistungen des Klägers nicht zufrieden waren, er sagte, dass es Differenzen über die Art der Kundenakquisition und -pflege gab, und dass sich der Kläger auch an konkrete Weisungen in dieser Hinsicht nicht gehalten habe. Eine Entlassung habe aber der Verwaltungsrat nicht vornehmen wollen, weil das nach innen und aussen "Zündstoff" abgäbe. Dass der Kläger sich konkrete Verfehlungen zu Schulden hätte kommen lassen, welche für die prekäre Liquiditätslage der Beklagten mit verantwortlich waren, konnte der Zeuge nicht bestätigen ("dazu kann ich nichts sagen"), und von einer anderen "Vernachlässigung von Aufgaben" über die Differenzen im Marketing hinaus hatte er keine Kenntnis (Prot. I S. 76 ff.). Zum Einfluss des Kontrollwechsels auf die Kündigung wurden die drei Brüder weder vom Gericht noch seitens der Beklagten befragt. Der Zeuge D4._____ war zwar (noch) für die Gesellschaft tätig, als der Kläger dort arbeitete, konnte aber zum Beweis-thema keine Angaben machen (Prot. I S. 85 ff.). Dass "für ihn bei der Beklagten keine Position gesucht worden sei" (so die Beklagte in act. 103 Rz. 74) ergibt sich aus seiner Einvernahme nicht, und die Beklagte nennt keine Akten- resp. Protokollstelle dafür.

Der Zeuge F._____ war als Berater eines Mitglieds der Familie D._____ eine zeitlang Verwaltungsrat der Beklagten. Dass der Kläger entlassen worden wäre, weil man einen Platz für jemanden aus der Familie brauchte, verneinte auch er. Zu den Leistungen des Klägers äusserte er sich differenziert. Der Rolle des Klägers bei den mehrfach beschriebenen Gerüchten mass er kein grosses Gewicht bei; der Verdacht habe auf der Hand gelegen bei einem Mitglied der Geschäftsleitung, das regelmässige Branchenkontakte habe — man habe aber nichts auf solches "Gerede" gegeben, und eine Mahnung an den Kläger, in dieser Sache diskret zu sein, möge es gegeben haben (er wusste es nicht mehr bestimmt), das wäre aber als "ein Zurückpfeifen im normalen Geschäftsalltag" zu verstehen. Der Kläger habe zwar mitunter Aufgaben nicht zeitgerecht erfüllt, etwa eine interne Präsentation nicht mit den aktuellsten Zahlen vorgelegt. Im Ganzen konnte der

Zeuge sich aber an keine erheblichen individuellen Vergehen des Klägers erinnern: es sei eine sehr schwierige Situation gewesen, einen Einzelnen verantwortlich zu machen, wäre nicht richtig, und "wenn es eine grobe Sache gewesen wäre, hätte man ihn [den Kläger] entlassen". Bereits bei der Anstellung des Klägers habe "man" gewusst, dass er dem Anforderungsprofil nicht entsprach. Entsprechend habe es auch Diskussionen gegeben, ob sich die Firma von ihm trennen solle — man habe aber davon Abstand genommen, um nicht noch mehr Unruhe in die Sanierung hinein zu bringen. Ohne dass das einer Frage des Gerichts oder einer Partei zugeordnet werden könnte, steht im Protokoll die Aussage des Zeugen, "Ob er einzig wegen dieser mangelnden Kompetenzen entlassen wurde, kann ich nicht beantworten" (Prot. I S. 20 ff.).

Ab Frühjahr 2007 war der Zeuge G._____ Verwaltungsratspräsident der Beklagten. Er war in dieser Charge seinerzeit konfrontiert mit dem Anspruch des Klägers, und er ist Partner im Büro der vormaligen Anwältin der Beklagten, hat aber nach eigenem Bekunden keine Instruktionen erhalten. Er verneinte bestimmt, dass die Entlassung des Klägers einen Platz für ein Familienmitglied habe schaffen sollen. Vielmehr habe sich der Kläger "in der Firma verbrannt", er habe nicht den erwünschten Erfolg gehabt, und er sei bei wichtigen Kunden nicht gut "angekommen", was bis zu eigentlichem Misstrauen geführt habe. Eigentlich habe er ja den Betrieb so gut gekannt, dass seine Beförderung zum CEO nahe gelegen hätte. Aber weil er nicht (mehr) zur Firma passte, habe man im Team entschieden, dass er gehen müsse. Der Zeuge erinnerte sich, dass die Situation der Firma schwierig war, dass die Zusammenarbeit zwischen Finanzabteilung und Verkauf ungenügend war und der Kläger zu wenig dazu beitrug, die Liquiditätslage zu entspannen. Einmal habe der Kläger auch "filmreif eingeparkt". An eigentliche Verfehlungen konnte sich der Zeuge nicht erinnern. Auf einen möglichen Einfluss des Wechsels im Aktionariat auf die Entlassung des Klägers wurde er nicht angesprochen (Prot. I S. 27 ff.).

Auch der Zeuge H._____ war Verwaltungsrat der Beklagten. Er sagte, bei einer Firma wie bei der Beklagten sei es letztlich eine Verdrängungsfrage, welche Schlüsselfunktionen wie besetzt würden. Er wusste aber nicht mit Sicherheit, ob

die Kündigung des Klägers (auch) dazu dienen sollte, für D4._____ eine Position frei zu machen. Er äusserte sich zur schwierigen Liquiditätsslage des Betriebes bei seinem Eintritt, und dass der Kläger in diesem Punkt eine Verantwortung trug. Zur Motivation der massgeblichen Gremien und Personen, den Kläger zu entlassen, machte der Zeuge keine Angaben (Prot. I S. 33 ff.). Die Beklagte verweist in der Berufung darauf, dass der Zeuge Mitglied des Verwaltungsrates war, und dass es daher interessant gewesen wäre zu erfahren, ob und wie die Entlassung in diesem Gremium besprochen wurde. Ihre spitze Bemerkung, dass das "die Vorinstanz seltsamerweise gar nicht interessierte", kann als Kritik am einvernehmenden Richter verstanden werden und hätte als solche etwas für sich, wenn der Zeuge dazu überhaupt zu befragen gewesen wäre. Das ist aber nicht der Fall. Er wurde zur Frage, ob die Entlassung des Klägers schon im "alten" Verwaltungsrat diskutiert wurde, nicht als Zeuge genannt (act. 67 S. 4 f.), und bei den beiden Beweissätzen, wo danach gefragt wurde, ob bestimmte Umstände der einzige Grund zur Entlassung waren, hatte ihn die Beklagte nicht als Zeugen genannt (act. 67 S. 2 f.); er war angerufen einzig zum Thema, "dass sich der Kläger Verfehlungen zuschulden kommen liess" (act. 67 S. 3 f. in Verbindung mit Prot. I S. 6 ff. und S. 10) — dazu wurde er befragt. Zudem — wenn denn die Motivation der Kündigung Zeugenthema gewesen wäre und das Gericht zu Unrecht nicht danach gefragt haben sollte — fiel die Kritik auf die Beklagte selber zurück: ihr war die Einvernahme des Zeugen H._____ so gut wie alle anderen Einvernahme mitgeteilt worden, sie liess sich dabei durch eine Anwältin vertreten, und auch diese scheint sich nach den Worten der Beklagten für entsprechende Fragen "seltsamerweise gar nicht interessiert" zu haben. Dabei hat es nun sein Bewenden.

Der Zeuge I._____ wurde erst nach dem Austritt des Klägers Verwaltungsratspräsident und später CEO der Beklagten, konnte also über die fraglichen Vorgänge nur vom Hörensagen berichten, auch wenn er früher bereits einmal für die Beklagte tätig gewesen war. Aus den Akten, die er vorfand, und daraus, dass der Kläger für den Verkauf verantwortlich gewesen war, schloss er, der Kläger habe seine Aufgaben mangelhaft erfüllt — wenn er auch einräumte, dass die massiven Verluste nicht allein dem Kläger anzulasten waren. Immerhin glaubte er sagen zu können, dass der Kläger Verkäufe abschloss, welche die gesamthaft kalkulierten

Gestehungskosten nicht deckten, und dass er verlustbringende Geschäfte nicht "stornierte" (wobei er nicht erläuterte und von der Beklagten nicht danach gefragt wurde, wie das "Stornieren" abgeschlossener Verträge rechtlich hätte gehen sollen). Zur Motivation der Kündigung gegenüber dem Kläger wurde er nicht gefragt und sagte er nichts (Prot. I S. 38 ff.). Auf die auch hier spitze Bemerkung der Beklagten, das Bezirksgericht wolle der Ursache der Kündigung "offenbar keine entscheidende Beachtung schenken" (act. 103 Rz. 68), ist zurückzukommen.

Der Zeuge J._____ kam als Verwaltungsrat zur Beklagten, als diese sich bereits in der Krise befand. Er sieht seine Aufgabe rückblickend vor allem darin, nach dem Tod des Patrons eine Nachfolgeregelung für die Führung zu finden, weil die Söhne dafür wenig geeignet waren. Er schied wieder aus, weil es ihm nicht gelang, die massgebenden Personen zu einem Konsens zu bringen. Der Kläger war damals bei der Beklagten tätig. Der Zeuge verneint, dass es zwischen dem Kläger und D4._____ Rivalitäten um eine Stelle gab. Von Illoyalitäten des Klägers gegenüber der Beklagten wusste er nichts, und weil er die Beklagte im fraglichen Zeitpunkt schon wieder verlassen hatte, wollte er sich zu den Gründen der Entlassung des Klägers nicht äussern. Konkrete Vorwürfe zur Arbeit des Klägers bestätigte er nicht, und er machte gegenteils die Andeutung, er hätte wenn schon eher jemand anders entlassen (ohne diesen Anderen aber namentlich zu nennen). Der Kläger habe zwar wenig Erfahrung mit einem Marketing-Konzept gehabt, es sei aber auch ganz besonders schwierig gewesen, das Richtige zu tun in jener Situation, als China mit Tiefst-Preisen auf den Markt drängte. Aus seiner Sicht gab es Probleme innerhalb der Aktionärsfamilie, welche sich vor allem dann einig zeigte, wenn sie einen gemeinsamen Gegner hatte — er vermutete, ein Teil des Misstrauens sei daraus genährt worden, dass Familienaktionäre ihre begrenzten Kompetenzen — und die besseren Kompetenzen anderer Personen — erkennen mussten. Der Zeuge leitete daraus allerdings nichts Konkretes zur Kündigung gegenüber dem Kläger ab, und es wurden keine entsprechenden (Zusatz-) Fragen gestellt (Prot. I S. 61 ff.).

Der Zeuge K._____ stiess als Sanierer in der Funktion des Verwaltungsrates zur Beklagten, und er verliess sie wie der Zeuge J._____ wieder, als er sich mit

seinen Vorschlägen für die Neubesetzung der Führung gegenüber der Eigentümer-Familie nicht durchsetzen konnte. Er erinnerte sich nicht, dass dem Kläger gekündigt worden wäre, um D4._____ Platz zu machen, da sich jener für die Funktion nicht geeignet hätte. Aus der Sicht des Zeugen bestand das Problem der Firma vor allem darin, dass die Söhne ohne entsprechende Ausbildung und Erfahrung Führungspositionen wahrnahmen. Hinter dem Rücken des Verwaltungsrates habe ein "*family office*" eine eigene Strategie entwickelt und namentlich die Absetzung des Klägers verlangt. So lange er — der Zeuge — im Verwaltungsrat tätig war, habe er den Kläger nicht entlassen wollen und der Familie daher auch Widerstand geleistet. Es habe zwar aus dem Kreis der Familie immer wieder Vermutungen über Illoyalitäten gegeben, aber das sei nie Anlass für personelle Konsequenzen gewesen, und in diesem Zusammenhang gab es nach der Erinnerung des Zeugen jedenfalls keine "causa B._____". Der Zeuge erinnert sich, dass die Arbeit des Verwaltungsrates bei seinem Eintritt unprofessionell organisiert wurde, und dass der Kläger "mit Abstand" am besten mit den geschäftsmässigen Vorgängen vertraut war. Allerdings war der Kläger in seiner Wahrnehmung "eher der Verkäufertyp als der grosse Strategie" (Prot. I S. 68 ff.).

2.3.2 Die Beklagte kritisiert, wie das Bezirksgericht die zum Beweis offerierten Urkunden würdigte. Das (nicht unterzeichnete) Protokoll des Verwaltungsrates vom 30. Juni 2006 belege sehr wohl, dass die Entlassung des Klägers schon lange vor dem Übergang der Aktien ein Thema war, was ja auch alle Zeugen bestätigt hätten. Das Protokoll gebe nur wieder, was der Kläger gar nie bestritt, und decke sich auch mit seiner Behauptung (welche alle Zeugen negiert hätten), dass man zu seinen Lasten einen Posten für D4._____ suchte. Das Bezirksgericht habe auch das "Konzept ..." inhaltlich nicht erfasst, während es gerade entscheidend sei: es beweise, dass die sofortige Ersetzung der Geschäftsleitung beschlossen wurde, weil man mit ihr höchst unzufrieden war, und dass die Übertragung der Aktien auf die Witwe des verstorbenen Patrons nur eine Massnahme unter anderen war, eben etwa neben dem Auswechseln der Kaderleute (act. 103 Rz. 81 ff.).

Das genannte Protokoll über eine Sitzung des Verwaltungsrates vom 30. Juni 2006 ist nicht unterzeichnet. Das mindert an sich seinen objektiven Wert sehr wohl. Es bleibt insofern von untergeordneter Bedeutung, als der Inhalt des Protokolls sich wie die Beklagte richtig ausführt weit gehend mit den Aussagen der Zeugen deckt. Der von D2._____ geprägte ("D2._____ erläutert", "D2._____ wiederholt"...) und — aus der Sicht der Beklagten — entscheidende Satz lautet "B._____ hat keinen Platz im Konstrukt; er verlässt die Firma". Das stimmt überein mit den Zeugnissen der (damaligen) Familien-Aktionäre und der unabhängigen Verwaltungsräte: dass die Brüder D._____ die Entlassung des Klägers betrieben. Insofern braucht es das Protokoll gar nicht. Nach den Zeugenaussagen ist auch klar, dass die Familienaktionäre das bereits im Vorfeld der Sanierung thematisiert hatten.

Im Januar 2006 dann einigten sich alle Familienmitglieder auf ein "... - Konzept". Die Vertragsschliessenden definierten eine "zukünftige Strategie (Bestätigung)", wonach die Gesellschaft selbständig bleiben und Gewinn erzielen wolle, Wachstum Priorität habe und der Vollausbau der Produktion im neuen Fabrikgebäude angestrebt werde. Sie beschlossen die "Konzentration aller Aktien auf einen D5._____; Verkauf aller Aktien durch die Söhne auf den 1. Oktober 2006", und unter "Organe" legten sie fest, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung "sofort" ersetzt und die Stellen durch Fachleute neu besetzt würden (act. 69/6). So hat das Bezirksgericht das Dokument auch wahrgenommen, auch wenn es bei der Würdigung nicht zu dem von der Beklagten gewünschten Schluss gelangt.

2.3.3 Die Beklagte gibt in der Berufung zutreffend an — wenn auch mit dem nach ihrem Prozessstandpunkt erforderlichen Vorbehalt, man habe gerade keinen Kontrollwechsel im Sinne des Vertrages vor sich —, nach welchem Massstab die Beweise zu würdigen sind: "dass die Kündigung gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgte (...). Liegt also ein für die Abgangsentschädigung grundsätzlich relevanter Kontrollwechsel vor (...), obliegt der Beklagten der Beweis, dass die Kündigung nichts mit dem Kontrollwechsel zu tun hatte (act. 103 Rz. 30), oder mit dem Wortlaut des Vertrages: "wenn die Arbeitgeberin nicht nachweisen kann,

dass die Kündigung gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgte" (act. 4/3). Das ist der entscheidende Punkt: wenn die Leistungen des Klägers kritisch beurteilt wurden, wenn man seitens der Aktionäre und/oder des Verwaltungsrates mit ihm unzufrieden war, und selbst wenn man einen Weg suchte oder auf einen günstigen Zeitpunkt wartete, um sich von ihm zu trennen, kann die Beklagte gestützt darauf ihren Beweis dann nicht führen, wenn der Kontrollwechsel *auch* eine Rolle spielte – wenn dieser Aspekt nur nicht dermassen untergeordnet ist, dass die Berufung des Klägers darauf geradezu missbräuchlich scheint. Insofern ist der Beklagten Recht zu geben, wenn sie in der Berufung argumentiert, die – aus ihrer Sicht – "eentlichen" Kündigungsgründe seien "nur am Rande von Interesse" (act. 103 Rz. 36). Des Umstandes wegen, dass ein Negativum (dass die Kündigung nichts mit dem Kontrollwechsel zu tun habe) als Solches kaum beweisbar ist, behält die Auseinandersetzung mit den "anderen" oder "eentlichen" Kündigungsgründen freilich ihre Bedeutung.

Die Zeugenaussagen haben unabhängig von der Interessenlage der einzelnen Befragten ergeben, dass der Kläger zum Teil für die missliche Lage der Beklagten verantwortlich gemacht wurde. Die an seine Adresse gerichteten spezifischen Vorwürfe konnten zwar nicht erhärtet werden: dass er sich illoyal verhalten und nach aussen kommuniziert hätte, die Aktien der Beklagten seien im Angebot, wurde nicht bestätigt. Seine Qualitäten und Qualifikationen wurden unterschiedlich beurteilt: etwas pointiert ausgedrückt reichen die Beurteilungen von "ein Kadermann, den man besser nie eingestellt hätte" (so der Zeuge F._____, wenn auch differenziert) , bis zu "der Einzige, welcher vom Geschäft etwas verstand" (Zeuge K._____.). Irgend welche gravierende Vorwürfe oder Pflichtverletzungen des Klägers kamen im Beweisverfahren nicht zutage. Der Verwaltungsrat nahm den Wunsch der D._____-Brüder zwar zur Kenntnis, den Kläger zu entlassen, leistete aber Widerstand, wobei die meist genannte Begründung ist, man habe nicht die Unruhe vergrössern wollen. Das ist für den Betroffenen nicht unbedingt ein Kompliment, zeigt aber doch, dass es (wie das mehrfach erklärt wurde) keine schwer wiegenden oder dringenden Gründe gab, sich vom Kläger zu trennen.

Nun ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch ohne wichtigen Grund zulässig. Bei einem Mitarbeiter in leitender Stellung kommt dem gegenseitigen Vertrauen ein besonderer Stellenwert zu. Ob die Mitglieder der Familie D. _____ objektiv zu Recht oder zu Unrecht den Kläger für die Probleme ihrer Gesellschaft verantwortlich machten — es stand ihnen frei, sich von ihm zu trennen. Das Beweisverfahren hat wie dargestellt ergeben, dass sie das auch wollten.

Entgegen der Auffassung der Beklagten in der Berufung entscheidet das aber wie vorstehend erörtert die Klage nicht. Nachdem die Übertragung aller Aktien von den Söhnen auf die Mutter zeitnah zur Kündigung erfolgte, muss die Beklagte *zusätzlich* beweisen, dass die Kündigung gänzlich unabhängig vom Kontrollwechsel erfolgte. Dagegen spricht, dass der damalige Verwaltungsrat sich ihrem Ansinnen erfolgreich widersetzte — ob dabei die unabhängigen Verwaltungsräte den Kläger aus Überzeugung halten wollte, oder ob sie nur befürchteten, der Abgang des Klägers würde intern und extern Unruhe auslösen, ist dabei nicht entscheidend.

Das von der Beklagten angerufene "... - Konzept" vereinigt die Trennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung und die Übertragung der Aktien von den Söhnen auf die Mutter. Diese beiden Teile *können* von einander unabhängig sein. Näher liegt oder mindestens möglich ist es freilich, dass entgegen der Beteuerungen der Beklagten ein innerer Zusammenhang besteht. Der Zeuge J. _____, auf den sich die Beklagte im Übrigen ausdrücklich beruft und dessen Integrität sie in der Berufung nicht bezweifelt, berichtete von Unstimmigkeiten und Uneinigkeiten innerhalb der Familie. Von da her machte es durchaus Sinn, mehr oder weniger gleichzeitig oder jedenfalls konzeptionell als Bestandteil der Neu-Orientierung sowohl die Aktien in einer Hand zu vereinigen, damit es gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nur noch eine Ansprechstelle geben sollte, als auch die personellen Änderungen zu erzwingen. Dabei ist daran zu erinnern, dass Beweisthema nicht ist, ob die Kündigung gegenüber dem Kläger sachlich gerechtfertigt oder aus irgend welchen anderen Gründen von der Familie gewünscht war, sondern ob sie gänzlich unabhängig vom Übergang der Aktien erfolgte, ob dieser

also nicht nur ein wenn auch allenfalls untergeordnetes Element darstellte. Die Formulierung des neuen Konzeptes spricht dagegen.

Sodann ist darauf zurück zu kommen, dass die Aussagen der Zeugen wie eingehend dargestellt zu diesem entscheidenden Punkt nichts hergeben — der einzige Zeuge, der sich zum Punkt äussert, ist der Zeuge F._____, und er erklärt wie oben ausgeführt, er könne dazu nichts sagen. Damit soll nicht unterstellt werden, wenn die (dazu überhaupt angerufenen) Zeugen zum Thema aktiv befragt worden wären, hätten sie den Standpunkt der Beklagten bestätigt; es genügt festzustellen, dass sich aus den Befragungen für den Beweis der Beklagten nichts ergibt.

Alles in Allem ist der Entscheid des Bezirksgerichts zu bestätigen: der Beklagten ist der Beweis nicht gelungen, dass die Entlassung des Klägers von der Übertragung der Aktien von den Söhnen D._____ auf ihre Mutter "gänzlich unabhängig" erfolgte — und das führt zur Guttheissung der Klage.

3. Die Beklagte wird für das aktuelle Berufungsverfahren kostenpflichtig. Der Kläger hat die Kostenreglung für das Verfahren des Bezirksgerichtes und für das erste Berufungsverfahren nicht angefochten. Im zweiten Berufungsverfahren hatte er nicht Stellung zu nehmen, und er hat daher auch keinen Anspruch auf eine (zusätzliche) Entschädigung.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr.180'000.-- brutto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. April 2007 zu bezahlen.
In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 18. August 2007) beseitigt.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, wie sie das angefochtene Urteil für das erstinstanzliche Verfahren und für das erste Berufungsverfahren trifft (Dispositiv Ziffern 2 - 5), wird bestätigt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.-- festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
4. Für das aktuelle Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift act. 103, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

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

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 180'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: