

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170019-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
und Dr. D. Scherrer, Oberrichter Dr. M. Kriech und
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 30. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Horgen vom 6. April 2017
(AN150001-F)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 58 S. 2)

- „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 169'780.85 (brutto), zuzüglich Zins von 5 % seit 31. Januar 2014 auf CHF 13'798, seit dem 28. Februar 2014 auf CHF 27'596, seit dem 31. März 2014 auf CHF 41'394 und seit dem 4. April 2014 auf CHF 169'780.85 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 89'687.00 (netto), zuzüglich Zins von 5 % seit 4. April 2014 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.“

Urteil des Arbeitsgerichtes Horgen vom 6. April 2017:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 15'130.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Es wird festgestellt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 9'000.– geleistet hat. Die übersteigenden Kosten von Fr. 6'130.– sind nachzufordern.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 26'970.– inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 68 S. 2):

- „1. Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Arbeitsgericht, vom 6. April 2017 sei aufzuheben und die Klage gutzuheissen.

2. Eventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 74 S. 2):

- „1. Es seien die Berufung und die Klage abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Arbeitsgericht, vom 6. April 2017 sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers.“

Erwägungen:

I.

Der Kläger und die in Stockholm ansässige C. _____ AB, heute D. _____ AB, haben Mitte Juli 1976 einen Arbeitsvertrag geschlossen, gestützt auf den der Kläger ab 1. August 1976 in der Verkaufsabteilung der C. _____ AB tätig war. D. _____ AB und die Beklagte (vormals C. _____ Europe GmbH) sind Tochtergesellschaften der niederländischen B. _____ Holding B.V., wobei die Beklagte als europäische Konzernzentrale fungiert. C. _____ war ein international tätiger E. _____ konzern mit Sitz in den USA. Im Jahre 2017 fusionierte er mit F. _____ zum weltgrössten E. _____ konzern. Im Jahre 1978 wechselte der Kläger innerhalb der D. _____ AB in die technische Abteilung. Ab 1. Februar 1982 arbeitete er bei der Beklagten in Im Nachgang unterzeichneten die Parteien am 8./31. Oktober 1981 eine Vereinbarung („transfer letter“), um diesen Wechsel zu regeln. Im Januar 2013 unterbreitete die D. _____ AB dem Kläger einen Vorschlag, wonach er für ein Jahr freigestellt und per 31. Januar 2014 unter Ausrichtung einer Abfindungssumme frühpensioniert worden wäre. Der Kläger lehnte dieses Angebot ab. Mit Schreiben vom 30. September 2013 forderte die D. _____ AB den Kläger auf, ab 1. Januar 2014 die Arbeit in .../Schweden aufzunehmen, was dieser als unzu-

mutbar erachtete. In der Folge kündigte die D. _____ AB dem Kläger mit Schreiben vom 2. April 2014 fristlos und die Beklagte bestätigte ihm gegenüber diese Kündigung. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger gegenüber der Beklagten Ansprüche aus der angeblich ungerechtfertigten fristlosen Kündigung geltend. Zudem sei die Kündigung missbräuchlich gewesen. Die Vorinstanz kam nach Durchführung eines Beweisverfahrens zum Schluss, dass die Parteien mit dem „transfer letter“ kein neues Arbeitsverhältnis begründen wollten, sondern einen Entsendevertrag abgeschlossen hätten, der die Beschäftigungsdauer in der Schweiz geregelt habe, während die D. _____ AB Arbeitgeberin des Klägers geblieben sei. Weiter lehnte die Vorinstanz einen konkludenten Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte ab. Diese ist daher nach Auffassung der Vorinstanz nicht passivlegitimiert, was zur Abweisung der Klage führte.

II.

Die vorliegende Klage samt Klagebewilligung ist am 26. Januar 2015 bei der Vorinstanz eingegangen (Urk. 1 und 2). Über den Gang des vorinstanzlichen Verfahrens gibt das angefochtene Urteil Auskunft (Urk. 69 S. 5 ff.). Gegen das Urteil vom 6. April 2017 hat der Kläger rechtzeitig Berufung erhoben (Urk. 64/1 und 68). Der Kläger hat fristgerecht einen Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– geleistet (Urk. 71 und 72). Die Berufungsantwort datiert vom 15. September 2017 und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 18. September 2017 zugestellt (Urk. 74 und 75). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

III.

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz

zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich 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 (so aber die Beklagte in der Berufungsantwort über weite Strecken). Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

IV.

A. Vereinbarung vom 8./31. Oktober 1981

1. Strittig ist zwischen den Parteien, ob die Vereinbarung vom 8./31. Oktober 1981 (Urk. 4/3, nachfolgend als *transfer letter* bezeichnet) einen Arbeitsvertrag darstellt, gestützt auf den der Kläger ab 1. Februar 1982 als Arbeitnehmer bei der Beklagten angestellt war. Was die Parteien im Einzelnen vereinbart haben, bestimmt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln. Danach ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (statt vieler: BGE 131 III 606, E. 4.1; BGer 4C.120/2006 vom 30.06.2006, E. 2.3). Beim Willen der Parteien handelt es sich um eine innere Tatsache, über die Beweis geführt werden kann (BK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 315 und 361). Der übereinstimmende tatsächliche Parteiwille ist mittels Indizien zu ergründen. Dazu gehören der Wortlaut der Erklärungen, die gesamten Begleitumstände beim Vertragsabschluss, der Vertragszweck, die Beweggründe der Parteien, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss (Urk. 69 S. 9 f.; BGE 142 III 239, E. 5.2.1; BGE 129 III 675, E. 2.3; BGer 4A_200/2015 vom 03.09.2015, E. 4.1.1; BGer 4C.62/2006 vom 21.04.2006, E. 3.1; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 19 und N 26 ff.).

2. a) Zum Inhalt der Vereinbarung (in dieser selbst als *transfer letter* bezeichnet) erwog die Vorinstanz, sie sei nicht als eigentlicher Arbeitsvertrag aufgesetzt worden, in welchem die Parteien explizit als Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezeichnet würden. Vielmehr sei das Dokument in Form eines Bestätigungsschreibens der C._____ Europe an den Kläger auf deren Briefpapier verfasst. Der *transfer letter* sei von G._____, "Employee Relations Manager Switzerland", und dem Kläger unterzeichnet. Es sei damit unmissverständlich klar, dass sich die (heutige) B._____ GmbH mit der Vereinbarung als Vertragspartnerin verpflichtet

habe. Als Arbeitsbeginn sei der 1. Februar 1982 festgelegt worden. Der *transfer letter* enthalte unter anderem eine Lohnvereinbarung mit Lohnzahlung in Schweizer Franken, Regelungen bezüglich des Sozialversicherungsplans, der Arbeitslosenversicherung, der Pensionskasse, der Ferien und der Krankenversicherung. Bezüglich des Sozialversicherungsplans und der Arbeitslosenkasse hätten die Parteien festgehalten, dass sich der Kläger dem schweizerischen Sozialversicherungsplan anschliessen müsse. Die Pensionskasse sei dagegen bei der D. _____ AB verblieben. Zudem habe der Kläger gemäss *transfer letter* einen Auslandzuschlag von Fr. 540.– pro Monat erhalten, welcher, wie in der *European Area Transfer Policy* 1979 festgehalten, nach Ablauf einer bestimmten Beschäftigungsdauer reduziert werden sollte. Regelungen über die Kündigungsmöglichkeiten habe der *transfer letter* nicht enthalten. Am Schluss stehe unter "Other" folgender Satz:

"This 'transfer letter' has been prepared in accordance with the policies set forth in the current European Area Transfer Policy and does not constitute or create an employment contract."

Die *European Area Transfer Policy* stelle damit Teil der Vereinbarung dar, weshalb sie bei der Qualifizierung des *transfer letter* zu berücksichtigen sei. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung habe die *European Area Transfer Policy* vom 1. Juli 1979 mit dem Untertitel "Valid for long term transfers (exceeding 12 months) within C. _____... area" (Urk. 23/1) gegolten. Unter der Überschrift "General Information" sei in Randziffer 102 die Auslegung der Policy geregelt. Erneut finde sich folgende Klausel: "The contents of the policy do not constitute an employment agreement or contract with any employee.", wonach der Inhalt der Policy keinen Arbeitsvertrag begründe. Weiter werde festgehalten, dass ein Transfer eine temporäre Situation darstelle (Rz. 303). Die *European Area Transfer Policy* 1979 beinhalte weiter eine Definition des "Sleeping Base Salary". Dieses stelle den Lohn dar, den der Mitarbeiter bei der Rückkehr zu der entsendenden Gesellschaft erhalte, und werde zur Berechnung der Pensionskassenbeiträge benötigt (Rz. 207). Daneben fänden sich insbesondere folgende Regelungen: Unter dem Titel "Foreign Service Allowance" verpflichte sich die Gesellschaft zur Bezahlung einer Entschädigung zur Kompensation der abweichenden Lebens- und Arbeits-

bedingungen im Gaststaat. Die Entschädigung werde während der ersten vier Jahre in vollem Umfang, im fünften Jahr im Umfang von zwei Dritteln und im sechsten Jahr im Umfang von einem Drittel bezahlt. Ab dem siebten Jahr sei keine Entschädigung mehr geschuldet (Rz. 401). Weiter werde der Angestellte unter dem Titel "Social Benefits" verpflichtet, dem Sozialversicherungsplan des entsendenden Staates angeschlossen zu bleiben, sofern dies möglich sei. Sollte der Arbeitnehmer verpflichtet sein, im Gaststaat Sozialabgaben zu bezahlen, übernehme die entsendende Gesellschaft diese Abgaben (Rz. 701). Unter dem Titel "Vacation and holidays" finde sich sodann die Regelung, dass die Ferien- und Feiertagsregelung des Gaststaates gelte (Rz. 1000; Urk. 69 S. 10 ff.).

b) Der Kläger bemängelt, von der Vorinstanz sei nicht festgehalten worden, dass im *transfer letter* auch die Position des Beklagten (recte: Klägers; „Development Chemist“), also die Arbeitsleistung und der Arbeitsort („our ... Department“), d.h. ..., definiert worden sei (Urk. 68 S. 4). Allerdings zeigt der Kläger nicht auf, dass die Vorinstanz aufgrund dieser Unterlassung eine falsche Beurteilung vorgenommen hat bzw. zu falschen Schlüssen gelangt ist. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

3. a) Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe eine unzutreffende Auslegung und Qualifikation des *transfer letter* vorgenommen. Sie habe auf die (unzutreffende) Bezeichnung "transfer letter" (nicht Arbeitsvertrag) und die (unzutreffende) Qualifikation (nicht Arbeitsvertrag) in der Vereinbarung vom 8./31. Oktober 1981 und der *European Area Transfer Policy* abgestellt und komme zum Schluss, die Auslegung nach dem Wortlaut ergebe, dass die Parteien keinen Arbeitsvertrag begründen wollten, sondern "dem Wortlaut nach einen Entsendevertrag in Übereinstimmung mit der *European Area Transfer Policy*". Wenn eine Vereinbarung wie die vorliegende sämtliche Elemente eines Arbeitsvertrages enthalte, sei sie – so der Kläger – gemäss Art. 319 Abs. 1 OR und entsprechend dem Schutzcharakter des Arbeitsrechts auch als Arbeitsvertrag zu qualifizieren. Sämtliche Elemente des Arbeitsvertrages (Arbeitsleistung gegen Lohn auf unbestimmte Zeit unter Eingliederung in eine Arbeitsorganisation) seien von den Parteien unbestritten von Anfang an gelebt worden, womit diese auch dem wirklichen Willen der Parteien entsprochen hätten. Damit habe die Vorinstanz, indem sie auf die unzu-

treffende Bezeichnung ("transfer letter") und die unzutreffende Qualifikation in der Vereinbarung und der *European Area Transfer Policy* abgestellt habe, sowohl Art. 18 Abs. 1 OR als auch Art. 319 Abs. 1 OR missachtet. Die in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz selektiv und damit willkürlich aufgelisteten zusätzlichen Vertragspunkte führten auch zu keinem anderen Ergebnis; denn der Umstand, dass in einem Vertrag neben den vier Elementen eines Arbeitsvertrages noch zusätzliche entsendungsspezifische Vertragspunkte enthalten seien, ändere an der Qualifikation als Arbeitsvertrag nichts. Wenn die Vorinstanz ausführe, die Parteien hätten keinen Arbeitsvertrag begründen, sondern einen Entsendevertrag abschliessen wollen, scheine sie damit der Meinung zu sein, dass der Entsendevertrag kein Arbeitsvertrag sei. Generell lasse die Vorinstanz jedoch an dieser Stelle völlig offen, was überhaupt der Inhalt dieses "Entsendevertrages" sein solle bzw. wie sich dieser von einem Arbeitsvertrag abgrenze. Stelle man auf die Ausführungen der Vorinstanz zum "Inhalt des Vertrages" ab, ergebe sich, dass dieser zwischen dem Berufungskläger und der Berufungsbeklagten abgeschlossene "Entsendevertrag" alle Elemente eines Arbeitsvertrages enthalte und zusätzlich noch Bestimmungen namentlich zur Sozialversicherung, Krankenversicherung und zu Auslandszulagen. Damit bleibe es auch bei dieser Betrachtung dabei, dass vorliegend von einem Arbeitsvertrag zwischen den Parteien auszugehen sei. Entgegen der Meinung der Vorinstanz sei es diesbezüglich auch irrelevant, dass die Vereinbarung keine Bestimmungen zu den Kündigungsmöglichkeiten und -modalitäten enthalte, da von Gesetzes wegen Art. 335 ff. OR zur Anwendung komme (Urk. 68 S. 5).

b) aa) Die Vorinstanz hat aus dem Wortlaut des *transfer letter* geschlossen, dass die Parteien mit dessen Unterzeichnung keinen Arbeitsvertrag hätten abschliessen wollen. Die Parteien hätten ausdrücklich festgehalten, dass diese Vereinbarung keinen Arbeitsvertrag begründe, und hätten auf die *European Area Transfer Policy* verwiesen. Auch dort sei die Klausel enthalten, wonach kein Arbeitsvertrag begründet werde. Im Einklang damit seien sowohl im *transfer letter* als auch in der *European Area Transfer Policy* die spezifischen Modalitäten eines Auslandeinsatzes geregelt. Der Kläger habe die monatliche Auslandentschädigung erhalten, welche in beiden Schriftstücken vorgesehen gewesen sei. Die Pensionskassenbeiträge habe wie vereinbart die D._____ AB bezahlt und dem

Kläger sei jährlich das *Sleeping Base Salary* mitgeteilt worden. Weiter sei festzuhalten, dass im *transfer letter* Bestimmungen zu den Kündigungsmöglichkeiten und -modalitäten gefehlt hätten (Urk. 69 S. 13 f.).

bb) Wie bereits erwähnt, ist der Wortlaut ein Indiz für den wirklichen Parteiwillen. Das Bundesgericht bezeichnet den Wortlaut als „primäres Indiz“ für die Ermittlung des natürlichen Konsenses bzw. als „primäres Willensindiz“ (BGE 117 II 609, E. 6c bb; BGer 4C.94/2000 vom 20.07.2000, E. 2.4.2; Huguenin, Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2014, S. 87 Rz 287). Der Kläger macht nicht geltend, die Parteien hätten dem eindeutigen Wortsinn, wonach der *transfer letter* keinen Arbeitsvertrag begründe, eine andere Bedeutung beigemessen. Daher hat die Vorinstanz den Wortlaut zu Recht als Indiz gewertet, dass die Parteien keinen Arbeitsvertrag abschliessen wollten. Daran ändert nichts, dass der *transfer letter* alle Merkmale eines Arbeitsvertrages aufwies und daher einen solchen hätte bilden können, geht es doch zunächst um die Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien.

cc) Der Kläger hatte vor Vorinstanz ausgesagt, er sei davon ausgegangen, dass ein neuer Vertrag entstanden sei. Er habe die Klauseln in der Vereinbarung (d.h. dem *transfer letter*) und in der *European Area Transfer Policy* wahrscheinlich nicht verstanden. Er sei ein Laie gewesen und habe geglaubt, was man ihm gesagt habe. In der Vereinbarung sei gestanden, was er habe machen müssen, weshalb er davon ausgegangen sei, dass es sich um einen Arbeitsvertrag gehandelt habe (Prot. I S. 8). Die Vorinstanz bezeichnete die Behauptung des Klägers, als Laie habe er die Vertragsklausel nicht verstanden, als lebensfremd. Bei der Vertragsklausel handle es sich um einen verständlichen Satz, der keine konzernspezifischen oder anderweitig fachspezifischen Begriffe enthalte. Unverständlich könnte einzig der Verweis auf die *European Area Transfer Policy* sein. Der Kläger habe in seiner Befragung aber selbst ausgeführt, dass die *European Area Transfer Policy* vor Unterzeichnung des *transfer letter* mit ihm besprochen worden sei (Prot. I S. 8). Das Argument des Klägers sei deshalb nicht nachvollziehbar (Urk. 69 S. 14).

In seiner Berufungsschrift beharrt der Kläger darauf, dass der Umstand, dass die Klausel – wie das vorliegende Verfahren zeige – im Gesamtkontext alles

andere als einfach verständlich sei, belege, dass er sehr wohl diesbezüglich habe Verständnisprobleme haben und auf das tatsächlich zwischen den Parteien Vereinbarte abstellen dürfen. Für den Kläger sei einzig entscheidend gewesen, dass die Vereinbarung die Rechte und Pflichten enthalten habe, wie er sie mit der Beklagten besprochen habe. Da er sich darin für unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit in der Betriebsorganisation der Beklagten gegen Lohn verpflichtet habe, habe er auch berechtigterweise davon ausgehen dürfen, dass es sich um einen Arbeitsvertrag gehandelt habe (Urk. 68 S. 6).

Geht es darum, den wirklichen Parteiwillen zu eruieren, kann nicht argumentiert werden, eine Klausel sei schon deshalb unklar oder schwer verständlich, weil ihre Bedeutung in einem nachfolgenden Zivilprozess umstritten sei. Denn bestritten wird oftmals auch das Naheliegende und Offensichtliche. Der Kläger vermag nicht zu erklären, weshalb er trotz der Klausel, dass die Vereinbarung keinen Arbeitsvertrag begründe, davon ausgegangen sein will, es sei dennoch ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen worden. Er macht nicht geltend, die Klausel nicht zur Kenntnis genommen zu haben. Und er stellt auch nicht in Abrede, dass die *European Area Transfer Policy* vor Unterzeichnung des *transfer letter* mit ihm besprochen wurde. Daher hat die Vorinstanz zu Recht der Behauptung des Klägers, wonach er die Klausel nicht verstanden habe, keinen Glauben geschenkt.

dd) Die Vorinstanz erörterte weiter, die D. _____ AB sei im *transfer letter* nicht erwähnt, doch sei dieser in Übereinstimmung mit der *European Area Transfer Policy* abgeschlossen worden, in welcher die Rechte und Pflichten des Klägers gegenüber der D. _____ AB als Home Country enthalten seien. Damit beinhalte der *transfer letter* indirekt auch Bestimmungen betreffend das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der D. _____ AB (Urk. 69 S. 14 f.).

In diesem Zusammenhang rügt der Kläger, die Vorinstanz führe an dieser Stelle nicht aus, welche Rechte und Pflichten sie meine. In der Erwägung 2.2 fasse die Vorinstanz den Inhalt der *European Area Transfer Policy* zusammen, allerdings nicht korrekt (vgl. vorn IV/A/2/a). Das *Sleeping Base Salary* sei nicht der Lohn, den der Mitarbeiter bei der Rückkehr zur entsendenden Gesellschaft erhalte, sondern entspreche dem Lohn, den der Mitarbeiter erhalten würde, wenn er in der Home Location verbleiben und die Funktion ausüben würde, die er nun in der

Host Location verrichte. Bei seiner Rückkehr zur Home Location würde er nicht das *Sleeping Base Salary* erhalten, sondern einen Lohn, welcher dazumal der Lohnstruktur der Home Location entspreche. Es werde offengelassen, wer die *Foreign Service Allowance* bezahle. Gemäss *transfer letter* sei dies die Beklagte. Die Übernahme der Sozialversicherungsbeiträge im Gastland durch die Host Location sei nur unter speziellen Voraussetzungen vorgesehen für den Fall, dass ein Mitarbeiter mangels eines entsprechenden Abkommens sowohl in der Home Location als auch in der Host Location Sozialversicherungsbeiträge bezahlen müsse. Es sei aber unbestritten, dass diese in der Schweiz über die Beklagte abgerechnet worden seien und die D._____ AB keine Sozialversicherungsbeiträge für den Kläger bezahlt habe. Die Vorinstanz habe also weder Rechte noch Pflichten des Klägers gegenüber der D._____ AB dargelegt, welche sich aus der *European Area Transfer Policy* ergeben würden. Diese sei lediglich eine allgemeine Richtlinie, welche sich in genereller und allgemeiner Art mit der Mobilität von Arbeitskräften innerhalb des B._____ -Konzerns beschäftige und die der Konkretisierung in einer entsprechenden Vereinbarung bedürfe. Die Feststellung der Vorinstanz, der *transfer letter* beinhalte indirekt auch Bestimmungen betreffend das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der D._____ AB, sei unzutreffend (Urk. 68 S. 7 f.).

Die Vorinstanz hat ihre Ausführungen zur *European Area Transfer Policy* im Zusammenhang mit dem klägerischen Vorbringen gemacht, die D._____ AB sei im *transfer letter* nicht erwähnt, weshalb aus dem Wortlaut nicht klar auf den Parteiwillen einer Entsendung geschlossen werden könne (Urk. 69 S. 14). Der Kläger hatte vor Vorinstanz selber ausgeführt, da seine Versetzung im Rahmen eines internationalen Mitarbeiterereinsatzes innerhalb des B._____ -Konzerns durchgeführt worden sei, sei in der Vereinbarung einerseits auf das massgebende konzerninterne Regelwerk der *European Area Transfer Policy* verwiesen und seien andererseits die darin festgelegten Zusatzleistungen bei internationalen Entsendungen und Versetzungen in der Vereinbarung konkretisiert worden (Urk. 26 S. 10). Entsprechend der Definition auf Seite 2 der *Policy* sei D._____ AB als Home Location anzusehen, weil der Kläger dort ursprünglich innerhalb des B._____ -Konzerns angestellt gewesen sei. Diese Home Location habe insofern Bedeutung, als der Lohn, welcher dem Entsandten für seine neue Tätigkeit am ausländischen Einsatzort bezahlt würde, wenn er weiterhin in der Home Location arbeiten würde,

als sog. *Sleeping Base Salary* bezeichnet werde. Dieses sei jährlich von der Home Location an die lokalen Lohnbewegungen anzupassen und werde als Grundlage für die Einlage in die Pensionskasse und andere entsprechende Ansprüche verwendet. Ein Teil der Vereinbarung sei auch tatsächlich gelebt worden: Die D._____ AB habe dem Kläger jährlich sein *Sleeping Base Salary* mitgeteilt, und auf dieser Basis seien auch seine Pensionskassenbeiträge in Schweden einbezahlt worden. Sodann sei in der *Policy* auch der Fall geregelt, wenn der entsandte Arbeitnehmer wieder zu seiner Home Location zurückkehre. Es werde dem zurückkehrenden Arbeitnehmer ein an die Lohnstruktur in der Home Location angepasster Grundlohn zugesichert. Weiter würden ihm verschiedene Zusatzleistungen zugesprochen, wie eine Rückkehrpauschale, die Übernahme der Zügel-, Reise- und Hausverkaufskosten sowie von Fahrzeugkosten (Urk. 26 S. 13 f.). Die Feststellung der Vorinstanz, die *European Area Transfer Policy* enthalte Rechte und Pflichten des Klägers gegenüber der D._____ AB als Home Country, womit der *transfer letter* indirekt auch Bestimmungen betreffend das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der D._____ AB beinhalte, ist daher nicht zu beanstanden, mag auch die Vorinstanz einzelne Bestimmungen der *Policy* ungenau wiedergegeben haben.

ee) Die Vorinstanz verwarf sodann den Einwand des Klägers, der *transfer letter* sei von der Beklagten unterzeichnet worden, was ein Indiz für deren Arbeitgebereigenschaft sei. Der *transfer letter* beinhalte Regelungen betreffend die Beschäftigungsdauer des Klägers in der Schweiz. Es sei wohl üblich, dass ein Entsendevertrag auch von der entsendenden Gesellschaft unterzeichnet werde, doch sei die fehlende Unterschrift kein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags, insbesondere da gemäss der *European Area Transfer Policy* keine Unterzeichnung seitens der D._____ AB notwendig gewesen sei. Der Zeuge H._____ habe in seiner Einvernahme auf die Frage der Beteiligung der entsendenden Gesellschaft zudem zu Protokoll gegeben, dass diese natürlich von der Entsendung wisse (Urk. 69 S. 15).

Gemäss Kläger ist nicht Vertragspartei, wer in einer Vereinbarung nicht als Partei aufgeführt sei und diese auch nicht selber mitunterzeichne. Daran ändere auch die Äusserung des Zeugen H._____ nichts. Gemäss Vereinbarung habe le-

diglich die Berufungsbeklagte Anspruch auf die Leistung des Berufungsklägers und sei entsprechend aus dem Arbeitsverhältnis verpflichtet. Damit sei die Beklagte auch gemäss der einheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts als Arbeitgeberin anzusehen und damit passivlegitimiert. Der Inhalt der Vereinbarung sei von der D._____ AB tatsächlich gelebt worden. Sie habe das bisher bestehende Arbeitsverhältnis mit dem Kläger auf eine lose Verbindung reduziert, die sich darauf beschränkt habe, dass sie für ihn die berufliche Vorsorge in Schweden aufrechterhalten und ihm zu diesem Zweck jährlich als Grundlage für die Berechnung der Vorsorgebeiträge das *Sleeping Base Salary* bekanntgegeben habe (Urk. 68 S. 8, 10).

Die Argumentation des Klägers greift zu kurz. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung des *transfer letter* bestand ein gültiges Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der D._____ AB. Auch im Konzern besteht in aller Regel das Arbeitsverhältnis nur zu einer Gesellschaft (BGE 130 III 213, E. 2.2.1; BGer 4A_619/2016 vom 15.03.2017, E. 7.2). Der *transfer letter* hatte die Entsendung des Klägers in die Schweiz zum Gegenstand, wie die Vorinstanz zutreffend und unter Hinweis auf die *European Area Transfer Policy* erkannt hat. Die Entsendung bestand darin, dass die Arbeitgeberin den Kläger in eine ausländische Niederlassung des B._____ -Konzerns im Ausland entsandte (vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 S. 6393; Hirschier, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Zürich/St. Gallen 2008, S. 175 {sog. Konzernleihe} und S. 183 f.; BGE 132 III 32 = Praxis 2006 Nr. 81, E. 5.1). Die Klausel, wonach der *transfer letter* keinen Arbeitsvertrag begründe, steht einer stillschweigenden Aufhebung des Arbeitsvertrags mit der D._____ AB entgegen (vgl. Heiz, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Diss. St. Gallen 2004, S. 135 unten). Der *transfer letter* beinhaltete die Zustimmung des Klägers zur Entsendung an die Beklagte. Die *European Area Transfer Policy* regelte die Eckpfeiler der Entsendung. Einer zusätzlichen schriftlichen Vereinbarung zwischen der D._____ AB und der Beklagten über die Entsendung des Klägers bedurfte es nicht; diese Abrede konnte auch mündlich oder stillschweigend getroffen werden (Druey/Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S. 246). Dass der *transfer letter* (auch) dem Willen von D._____ AB entsprach, stellt der Kläger nicht in Abrede (Urk. 68 S. 10).

ff) Die Vorinstanz schrieb, aus den weiteren Anhaltspunkten der Auslegung des *transfer letter* ergebe sich ebenso, dass die Parteien kein Arbeitsverhältnis begründen, sondern einen Entsendevertrag abschliessen wollten. In einem Konzern sei die Entsendung von Mitarbeitern üblich. Es sei deshalb naheliegend, dass im Jahr 1981 die Mitarbeiter der technischen Abteilung in ... zusammengezogen worden seien, ohne dass die Beklagte Arbeitgeberin dieser Mitarbeiter werden sollte. Zum geltend gemachten Beweggrund seitens des Klägers, wonach er im Jahre 1981 von Schweden habe weg wollen, sei festzuhalten, dass das Ziel eines Arbeits- und Wohnortwechsels auch mit der Entsendung erfüllt gewesen sei (Urk. 69 S. 15).

Der Kläger wendet zusammengefasst zu Recht ein, dass die Entsendung eines Mitarbeiters nicht zwingend bedeutet, dass mit dem Unternehmen im Ziel-land kein Arbeitsvertrag begründet wird, sondern dass verschiedene Konstellationen denkbar sind (Urk. 68 S. 9; BGer 4A_564/2014 vom 11.02.2015, E. 3.2). Eine dieser Möglichkeiten besteht aber darin, dass der Arbeitnehmer während seiner Auslandstätigkeit beim entsendenden Unternehmen angestellt bleibt. Der entsandte Arbeitnehmer wird für die Dauer seines Auslandeinsatzes zumindest faktisch in die Arbeitsorganisation eines Unternehmens am tatsächlichen ausländischen Einsatzort eingegliedert und dieses Unternehmen erhält regelmässig das Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer. Gemäss Hischier ist dies wohl die am meisten praktizierte Konstellation des internationalen Mitarbeiterereinsatzes, vor allem bei der Entsendung eines Arbeitnehmers zu einer Konzerngesellschaft, d.h. zu einer Tochter-, Mutter- oder Schwestergesellschaft (Hischier, a.a.O., S. 16). Dass der Arbeitnehmer vom ausländischen Unternehmen entlohnt wird, bedeutet nicht zwingend, dass er bei diesem auch angestellt ist (BGer 4C.41/1999 vom 14.07.2000, E. 4).

c) Die Vorinstanz berücksichtigte bei der Bestimmung des übereinstimmenden Parteiwillens, dass der Kläger bereits vor dem Wechsel seines Arbeitsortes nach ... dem Vorgesetzten I. _____ unterstellt gewesen sei. Durch den Wechsel des Arbeitsortes sei somit kein Wechsel des Vorgesetzten und folglich keine neue berufliche Integration in die Gesellschaft der Beklagten erfolgt. Vielmehr sei das Weisungsrecht aus dem Arbeitsverhältnis bereits vor dem Wechsel an I. _____

delegiert gewesen. In der Folge sei der Kläger sodann auch verschiedenen Vorgesetzten unterstellt gewesen, die in unterschiedlichen Konzerngesellschaften des B.____-Konzerns gearbeitet hätten. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 6. April 2017 habe H.____ diesbezüglich geschildert, dass der Vorgesetzte an jedem Ort der Welt sein könne. Die Mitarbeiter des B.____-Konzerns seien jeweils in ein Business integriert. Dieses sei eine Matrixorganisation, weshalb der Vorgesetzte sowohl am gleichen Ort wie der Mitarbeiter als auch an jedem anderen Ort auf der Welt sein könne. Es sei deshalb festzuhalten, dass sich aus der Unterstellung des Klägers unter den Vorgesetzten I.____ kein Parteiwille zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ableiten lasse (Urk. 69 S. 15 f.). Diese Ausführungen hat der Kläger in seiner Berufungsschrift nicht in Zweifel gezogen.

d) Weiter wies die Vorinstanz darauf hin, dass der Kläger am 23. September 1984 eine Erklärung unterzeichnet habe, wonach die neue Fassung der *European Area Transfer Policy* vom 1. August 1984 anwendbar sei (Urk. 10/3 und 10/4). Diese enthalte grösstenteils gleichlautende Bestimmungen wie die *European Area Transfer Policy* vom 1. Juli 1979. In der *European Area Transfer Policy 1984* würden verschiedene Varianten der Entsendungen aufgrund der Dauer unterschieden. Dabei seien übereinstimmend mit der *European Area Transfer Policy 1979* unbefristete Entsendungen geregelt, welche als "long term transfer" bezeichnet würden. Es sei lebensfremd anzunehmen, der Kläger hätte im Jahr 1984 explizit erneut der Anwendbarkeit eines neuen Reglements bezüglich Entsendungen zugestimmt, obwohl nach seinem behaupteten Willen die Beklagte seit dem Jahr 1982 seine Arbeitgeberin gewesen wäre. Vielmehr lasse die Bestätigung der Anwendbarkeit der *European Area Transfer Policy* auf den ursprünglichen Parteiwillen zum Abschluss eines Entsendevertrags schliessen (Urk. 69 S. 16).

Der Kläger kritisiert, dass rein definitionsgemäss zwischen ihm und der Beklagten gar kein „Entsendevertrag“ vorliegen könne, weil er auf der Grundlage der Vereinbarung vom 8./31. Oktober 1981 seit dem 1. Februar 1982 bei ihr gearbeitet habe. Selbst wenn man von einem Entsendungsvertrag ausgehen wollte, würde dadurch die D.____ AB nicht zur Arbeitgeberin, da sich ihr Verhältnis seit dem 1. Februar 1982 darauf beschränkt habe, für den Kläger in Schweden die Beiträge für die berufliche Vorsorge einzubezahlen und ihm jährlich das dafür

massgebende *Sleeping Base Salary* bekanntzugeben (Urk. 68 S. 11). Zu diesen Einwänden kann auf die Erwägungen vorn unter IV/A/3/b/ee, 3. Absatz verwiesen werden. Weiter moniert der Kläger, wohl würden in der neuen Fassung der *European Area Transfer Policy* verschiedene Varianten der Entsendung beschrieben, ein *Letter of Understanding*, wie er in der *European Area Transfer Policy 1984* vorgesehen sei, sei aber nie abgeschlossen und auch nicht besprochen worden (Urk. 68 S. 11). Damit werden die überzeugenden vorinstanzlichen Erwägungen nicht entkräftet. Die Vorinstanz hat auch zu Recht darauf hingewiesen, dass es für die D._____ AB keinen Grund gegeben hätte, die Vorsorgebeiträge für den Kläger zu bezahlen, wenn nicht im Einklang mit der *European Area Transfer Policy 1979* als Arbeitgeberin (Urk. 69 S. 17). Entgegen den Ausführungen des Klägers ist dies nicht das einzige Indiz für den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der D._____ AB (Urk. 68 S. 12).

e) Gemäss angefochtenem Urteil unternahm die Beklagte in den Jahren 1997 und 1999 Bemühungen, den Kläger in der Schweiz zu lokalisieren, d.h. von der Beklagten anstellen zu lassen (Urk. 69 S. 17; vgl. Roeder, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, in: Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Hrsg. von Kaenel, Zürich 2005, S. 28). Die Vorinstanz hat auf die entsprechenden Zeugeneinvernahmen von H._____ und J._____ hingewiesen (Urk. 69 S. 17). H._____, der u.a. im Bereich Human Resources bei der Beklagten tätig war, erklärte, die Entsandten, die sie in ... gehabt hätten, seien nicht ihre Angestellten gewesen, sondern beim Mutterhaus angestellt gewesen. Wenn ein solcher Mitarbeiter lokalisiert werden sollte, habe er zuerst von sich aus das Arbeitsverhältnis mit der Basis kündigen müssen. Bei Lokalisierungen habe man es so gemacht, dass ein Vertrag ausgearbeitet und mit dem betreffenden Mitarbeiter diskutiert worden sei. Der Vertrag sei aber noch nicht ausgehändigt worden, solange keine Kündigung des Mitarbeiters vorgelegen habe, denn man habe nicht gleichzeitig zwei bestehende Arbeitsverhältnisse haben wollen. Er wisse, dass der Kläger nicht unterschrieben habe und der Vertrag nicht zustande gekommen sei. Die Franzosen und Schweden gäben ihren Kündigungsschutz nur sehr selten auf. Er habe vom Kläger gewusst, dass ein Vertrag erstellt, aber nicht unterzeichnet worden sei (Urk. 62 S. 2 ff.). Die Vorinstanz erwog zu Recht, aus den Zeugenaussagen ergebe sich, dass sich die Beklagte nicht als Arbeitgeberin des Klägers gese-

hen habe. Entgegen der Behauptung des Klägers ging es sehr wohl darum, ein Arbeitsverhältnis durch ein anderes zu ersetzen, und nicht nur um die Frage der Transferierung der Pensionskassengelder in die Schweiz (Urk. 68 S. 12). Der Kläger hat in seiner Parteibefragung eingeräumt, dass es im Jahre 1999 zu einer Besprechung mit J._____ gekommen sei, bei der es „natürlich“ um irgendetwas in Richtung Lokalisierung gegangen sei, aber es sei kein Vertrag diskutiert worden. Da er keinen Vertrag gesehen habe, habe er auch nach dem Gespräch immer noch nicht gewusst, worum es genau gegangen sei. Er habe zu J._____ gesagt, dass er sich Gedanken machen und sich danach wieder mit ihr in Verbindung setzen würde. Als er sich dann wieder bei ihr habe melden wollen, habe er erfahren, dass sie nicht mehr bei der Beklagten gearbeitet habe. Er habe dann in dieser Angelegenheit jemand andern sprechen wollen, doch niemand habe seine Fragen beantworten können oder wollen (Prot. I S. 28). Er sei ein Laie, was Arbeitsverträge angehe. Er habe ja bereits einen Vertrag aus dem Jahr 1981 gehabt und sich gedacht, dass er damit in ... angestellt sei. Auf die Frage, ob er beim Gespräch mit J._____ damit konfrontiert worden sei, dass es nicht so sei und dass da noch ein schwedischer Teil vorhanden sei, antwortete der Kläger, als Angestellter einer grossen Firma wisse man nie, was hinter den Kulissen und beispielsweise in der Personalabteilung laufe. Man sei nicht involviert und habe überhaupt keinen Einfluss auf solche Sachen. Das werde über den Kopf der Angestellten hinweg diskutiert und entschieden (Prot. I S. 30). Die Vorinstanz schloss aus dieser Antwort, dass der Kläger die Beklagte nicht bzw. mindestens nicht ohne Zweifel als seine Arbeitnehmerin [recte: Arbeitgeberin] gesehen habe. Ansonsten hätte er im Jahre 1999 gegenüber der Beklagten interveniert, dass eine Übertragung des Pensionskassenguthabens längst überfällig gewesen wäre (Urk. 69 S. 17).

Der Kläger bringt in der Berufung vor, mit der Lokalisierung hätte einzig sein Entsendestatus beendet werden sollen. Er habe schon seit Jahren im Betrieb in ... seine Arbeitsleistung erbracht und dafür von der Beklagten Lohn erhalten. Für ihn habe somit absolut keine Veranlassung bestanden, eine Lokalisierung anzustreben, da sich für ihn auch danach bzw. mit dem Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit der Beklagten grundsätzlich nichts geändert hätte. Er habe daher keine Veranlassung gehabt, misstrauisch zu werden. Vielmehr habe die Beklagte das

Tatsächliche mit der Rechtswirklichkeit auch formell in Einklang bringen und deshalb einen Arbeitsvertrag (Urk. 10/19) abschliessen wollen, der an die Stelle des *transfer letter* hätte treten sollen, obwohl diese beiden Dokumente inhaltlich grundsätzlich gleich gewesen seien. Ein Unterschied habe aber bestanden, indem der Kläger im neuen Arbeitsvertrag der B._____ Pensionskasse Schweiz hätte beitreten müssen, was ihn vom Abschluss des Vertrages abgehalten habe. Weil er damals mit dieser Rechtslage nicht vertraut gewesen sei, habe er keine Veranlassung gehabt, bei der Beklagten zu intervenieren. Die Lokalisierung sei dann von der Beklagten abgebrochen worden, weil es nicht möglich gewesen wäre, Geld aus der beruflichen Vorsorge in Schweden in ein ausländisches Sozialversicherungssystem zu überführen (Urk. 68 S. 12 f.).

Die Ausführungen des Klägers sind nicht überzeugend. Auf die Frage, ob er von J._____ damit konfrontiert worden sei, dass er noch in Schweden angestellt sei, antwortete er ausweichend. Worin denn die Beendigung des Entsendestatus bestehen sollte, wenn schon der *transfer letter* alles regelte, was im neuen Arbeitsvertrag bzw. Vertragsentwurf stand – den der Kläger erstmals im Verlauf des Prozesses gesehen haben will –, vermag er nicht darzutun. Wäre es nur um die Pensionskasse gegangen, hätte dies der Kläger als Thema der Besprechung mit J._____ zweifellos bezeichnen können und sich nicht hinter dem Argument versteckt, da er keinen Vertrag gesehen habe, habe er nach dem Gespräch noch immer nicht gewusst, worum es genau gegangen sei. Wenn er angeblich nicht wusste, worum es ging, konnte er sich dazu auch keine Gedanken machen.

f) Die Vorinstanz verwarf schliesslich die weiteren Einwände des Klägers, wonach sein Einsatz bei der Beklagten unbefristet erfolgt sei und das Rückberufungsrecht wie auch die Wiedereinstellungsgarantie fehlen würden. Die Bestimmung, der Einsatz des Klägers bei der Beklagten erfolge unbefristet, stelle – so die Vorinstanz – kein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen einem Entsendevertrag und einem Arbeitsvertrag dar. Sowohl ein Entsendevertrag als auch ein Arbeitsvertrag könnten unbefristet oder befristet abgeschlossen werden. Der Zeuge H._____ habe in seiner Einvernahme zudem bestätigt, dass Entsendungen üblicherweise unbefristet vereinbart worden seien. Überdies habe die *European Area Transfer Policy* von 1979 explizit für Entsendungen von mehr als 12 Mona-

ten gegolten. Ebenso wenig dringe der Kläger mit dem Argument des fehlenden Rückberufungsrechts und der fehlenden Wiedereinstellungsgarantie durch. Das Bundesgericht habe zwar festgehalten, dass diese Regelungen explizit vereinbart werden müssten, doch sei dies keine Frage des Verhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten. Vielmehr betreffe dies das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der D._____ AB beziehungsweise die Frage, ob die D._____ AB berechtigt gewesen sei, den Kläger nach über 30 Jahren in ... nach Schweden zurückzuholen (Urk. 69 S. 18).

Mit diesen Erwägungen setzt sich der Kläger nicht auseinander und genügt damit seiner Rügepflicht nicht. Er bemerkt lediglich, die fehlende Befristung des Einsatzes in einem anderen Land und die fehlende Wiedereinstellungsgarantie der entsendenden Gesellschaft seien vom Bundesgericht wiederholt als klare Indizien gewertet worden, dass die entsendende Gesellschaft nicht mehr Arbeitgeberin sei (Urk. 68 S. 13). Im vom Kläger zitierten Entscheid BGer 4C.62/2006 vom 21. April 2006 hielt das Bundesgericht zwar in der Tat fest, der dortige Kläger (Arbeitnehmer) habe nicht davon ausgehen können, das Arbeitsverhältnis mit dem in der Schweiz ansässigen Entsendeunternehmen bestehe fort und es handle sich bloss um eine Entsendung für eine bestimmte Zeit; dafür habe es vorab an der Wiederbeschäftigungsgarantie und an der Festsetzung einer bestimmten Höchstdauer der Tätigkeit in Hongkong gefehlt (E. 3.3.6). Gemäss dortigem Sachverhalt hatten der Kläger und das in Hongkong ansässige Unternehmen aber einen schriftlichen Arbeitsvertrag („Employment Contract“) mit einer anfänglichen Vertragsdauer von zwei Jahren und automatischen Verlängerung auf unbestimmte Zeit nach deren Ablauf geschlossen, während vorliegend ausdrücklich kein Arbeitsvertrag mit der Beklagten geschlossen wurde. Im zweiten vom Kläger zitierten Entscheid (BGer 4A.564/2014 {recte: 4A_564/2014} vom 11.02.2015, E. 3.2) wiederholte das Bundesgericht lediglich das im ersten Entscheid Gesagte, ohne es zu bestätigen. Mit den Hinweisen auf diese beiden Entscheide des Bundesgerichts vermag der Kläger daher die Ausführungen der Vorinstanz nicht zu widerlegen.

4. Es bleibt daher beim vorinstanzlichen Fazit, dass die Parteien mit dem *transfer letter* kein neues Arbeitsverhältnis begründen wollten und die D._____ AB

Arbeitgeberin des Klägers blieb. Mit andern Worten ist dem Kläger der Beweis misslungen, dass die Beklagte ab 1. Februar 1982 seine Arbeitgeberin war.

B. Konkludenter Übergang des Arbeitsverhältnisses

1. Die Vorinstanz prüfte weiter, ob ein konkludenter Übergang des Arbeitsverhältnisses von der D. _____ AB auf die Beklagte erfolgt sei. Die ursprüngliche Entsendung könne bei längerer Dauer unter Umständen zu einem Arbeitsverhältnis mit der empfangenden Konzerngesellschaft führen. Voraussetzung sei, dass der Arbeitnehmer immer stärker in den Betrieb der empfangenden Gesellschaft integriert und eine Rückkehr zur entsendenden Gesellschaft immer unwahrscheinlicher werde. Dabei müsse das gelebte Verhältnis zwischen der empfangenden Gesellschaft und dem Arbeitnehmer sämtliche Kriterien eines Arbeitsvertrages umfassen. Ein konkludenter Übergang des Arbeitsverhältnisses erfolge nicht, wenn die Parteien zu einem späteren Zeitpunkt der Beschäftigung des Mitarbeiters im Betrieb der empfangenden Gesellschaft erneut ihren Willen kundtäten, dass zwischen ihnen kein Arbeitsverhältnis bestehen solle (Urk. 69 S. 19).

2. Die Beklagte widerspricht dieser Rechtsauffassung. Die Rechtssicherheit stehe einer schleichenden Vertragsübertragung entgegen, wäre doch unklar, in welchem Zeitpunkt genau das Arbeitsverhältnis übergegangen wäre. Wollte man eine solche konkludente Vertragsübertragung bejahen, müsste diese zumindest an ein bestimmtes Ereignis angeknüpft werden können, aus dem sich der konkludente Wille der Parteien ergebe, den Vertrag zu übertragen. Ein solches Ereignis habe es vorliegend nicht gegeben und sein Vorliegen werde auch von keiner Seite behauptet (Urk. 74 S. 7).

Die Arbeitgeberin, die im Arbeitsvertrag genannt wird, kann durch konkludentes Verhalten der Parteien formlos ausgewechselt und damit stillschweigend ein konzerninterner Wechsel der Arbeitgeberin vereinbart werden (Druey/Vogel, a.a.O., S. 246, m.w.H.; Heiz, a.a.O., S. 49). Nach Heiz müsste dabei das entleihende Unternehmen sich immer mehr wie ein Arbeitgeber verhalten, sich also auch für das Grundverhältnis zuständig zeigen, indem es zum Beispiel selber Vertragsänderungen vornehme (unter Hinweis auf Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, München 1989, S. 175). Eine Vertragsübertragung kommt indessen nur in

Frage, wenn dieser auch das entsendende Unternehmen zumindest konkludent zugestimmt hat (vgl. Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse im Konzern, in: ZBJV 139 {2003} S. 782 Ziff. 3.44). Vorliegend steht einer solchen stillschweigenden Zustimmung schon der Wortlaut des *transfer letter*, wonach kein neuer Arbeitsvertrag begründet werde, entgegen (Druey/Vogel, a.a.O., S. 247 oben). Zudem hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beklagte in den Jahren 1997 und 1999 zweimal Bemühungen unternahm, den Entsendestatus des Klägers zu beenden und ihn in ihren Betrieb zu integrieren, wobei das Arbeitsverhältnis mit der D._____ AB geendet hätte und mit der Beklagten ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen worden wäre (Urk. 69 S. 19-23). Dass die Lokalisierungsbemühungen von der Beklagten ausgingen, wie der Kläger geltend macht, ist dabei irrelevant (Urk. 68 S. 15). Unzutreffend ist sein Einwand, für ihn hätte sich mit der Lokalisierung arbeitsvertraglich nichts geändert (Urk. 68 S. 15). Er basiert auf der falschen Prämisse, die Beklagte sei schon mit dem *transfer letter* seine Arbeitgeberin geworden. Richtig ist dagegen der Einwand des Klägers, er habe es nicht unterlassen, nach dem Ausscheiden von J._____ bei einem andern Angestellten der HR-Abteilung nachzufragen (Urk. 68 S. 15; vgl. vorn IV/A/3/e). Dies ändert aber nichts daran, dass es – letztlich erfolglose – Lokalisierungsbemühungen gab, die einer konkludenten Vertragsübertragung entgegenstanden. Hinzu kommt, dass die D._____ AB während der ganzen Beschäftigungsdauer des Klägers die Pensionskassenbeiträge in Schweden bezahlte und ihm jährlich das *Sleeping Base Salary* mitteilte (Urk. 69 S. 17). Auch dies spricht gegen eine konkludente Vertragsübertragung. Schliesslich war es die D._____ AB, welche dem Kläger im Januar 2012 einen Vorschlag für eine vorzeitige Pensionierung machte (Urk. 2 S. 7; Urk. 4/12). Und der klägerische Rechtsvertreter betrachtete in seinem Schreiben vom 2. Juni 2014 an den Rechtsvertreter der Beklagten grundsätzlich die D._____ AB als Arbeitgeberin des Klägers (Urk. 8 S. 15 Rz 45; Urk. 4/19 S. 2). Ein konkludenter Übergang des Arbeitsvertrages von der D._____ AB auf die Beklagte ist daher mit der Vorinstanz zu verneinen.

C. Die Passivlegitimation der Beklagten für Ansprüche aus der fristlosen Kündigung ist somit nicht gegeben, was zur Abweisung der Klage führen muss.

V.

Ausgangsgemäss wird der Kläger für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten- und Entschädigungsregelung wurde für den Fall der Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils nicht angefochten und ist zu bestätigen. Da die Beklagte keinen Mehrwertsteuerzuschlag verlangt hat, ist kein solcher zu gewähren.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 15'130.– festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 15'000.– festgesetzt.
4. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten werden dem Kläger auferlegt und mit seinen Kostenvorschüssen verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für beide Instanzen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 36'000.– zu bezahlen.
6. 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.

7. 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. 259'467.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. Januar 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:
bz