

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA210016-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LA210017-O

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 13. April 2023

in Sachen

A._____,

Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____ und/oder

Rechtsanwalt Dr. iur. LL.M. Y2._____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufungen gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, im
ordentlichen Verfahren vom 24. März 2021 (AN190049-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 89'042.70 nebst Zins zu 5% seit 31. Mai 2018 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.

2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 4 (Zahlungsbefehl vom 3. Mai 2019) sei aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MwSt) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abt., vom 24. März 2021:

(Urk. 65 = Urk. 68)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 29'680.90 netto nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2019 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'315.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt.
Die Gerichtskosten werden aus dem von dem Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Im Mehrbetrag ist der geleistete Vorschuss dem Kläger von der Gerichtskasse zurück zu erstatten.
Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'771.65 zu ersetzen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'677.25 (inkl. Mehrwertsteuer) sowie Fr. 200.– für die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

7. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Erstberufungsanträge:

des Klägers, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 67 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 89'042.70 nebst Zins zu 5% seit 30. Mai 2019 (mittlerer Verfall) zu bezahlen,
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 4 (Zahlungsbefehl vom 3. Mai 2019) sei aufzuheben,
3. Die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen, und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 7.7% MwSt) zuzusprechen.
4. Eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 24. März 2021 (Geschäfts-Nr. AN190049-L) aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 74 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollständig abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7 % MWST zulasten des Klägers."

Zweitberufungsanträge:

der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 88/67 S. 2):

- "1. Es seien Dispositiv-Ziffern 1 sowie 4 und 5 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. März 2021 aufzuheben und es sei die Klage des Klägers/Berufungsbeklagten vollständig abzuweisen.

2. Eventualiter seien Dispositiv-Ziffern 1 sowie 4 und 5 des Urteils des Arbeitsgerichts aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhalts und Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten des Klägers/Berufungsbeklagten."

des Klägers, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 88/76 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. [...]
3. Eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 24. März 2021 (Geschäfts-Nr. AN190049-L) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte ist eine 2007 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die Finanzprodukte wie strukturierte Produkte und Derivate emittiert und vertreibt (Urk. 5B). Der Kläger war seit dem 1. Februar 2010 für die Beklagte tätig (Urk. 16/5). Am 8./9. Februar 2011 unterzeichneten die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag (Urk. 5/1). Demnach wurde der Kläger per 1. Januar 2011 als "Client Relationship Officer [CRO], Sales Structured Solutions" im Rang eines "Associate" mit einem jährlichen Bruttolohn von CHF 110'000.– angestellt. Zusätzlich sah der Arbeitsvertrag einen jährlichen, per Ende März des Folgejahres auszurichtenden Bonus vor, den der Kläger in jedem Jahr seiner Anstellung erhielt (Urk. 68 S. 4). Die Ausrichtung des Bonus wurde unter anderem von folgender Bedingung abhängig gemacht resp. mit folgender Rückzahlungsklausel versehen (Urk. 5/1 = Urk. 16/6 S. 2 f.; Urk. 21/57 S. 1 f. [dt. Übersetzung]):

"Die Zahlung eines Jahresbonus setzt voraus, dass der Mitarbeiter anerkennt und akzeptiert, dass:

- (1) ein Jahresbonus erst dann ausbezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber schriftlich bestätigt hat, dass*
 - (i) der Mitarbeiter nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig in unangemessener Weise oder durch unangemessene Mittel gehandelt hat, um seinen Bonus zu seinen Gunsten zu beeinflussen, z.B. durch falsche Preisgestaltung von Finanzmodellen einschliesslich ihrer Parameter oder durch marktmissbräuchliche Transaktionen (im Folgenden 'unangemessenes Verhalten' [engl.: Non-Appropriate Behaviour] genannt).*
 - (ii) Der Mitarbeiter verpflichtet sich, bis zu 100% des bezahlten Jahresbonus für das Jahr, in dem das unangemessene Verhalten aufgetreten ist, zurückzugeben, wenn sich in den zwei Jahren nach Bezahlung des Jahresbonus herausstellt, dass eine solches unangemessenes Verhalten stattgefunden hat (dieses Datum ist als 'Feststellungsdatum' zu definieren). Diese Bestimmung gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Feststellungsdatums weiterhin beim Arbeitgeber beschäftigt ist oder nicht.*

Für die Zwecke dieser Klausel über wichtige Hinweise wird vereinbart, dass, solange der Arbeitnehmer das 'Distribution Manual' und alle anwendbaren Richtlinien des Arbeitgebers ordnungsgemäss und vollständig eingehalten hat, in ihren aktuellen und in der jeweils gültigen Fassung zu einem bestimmten Zeitpunkt, kein unangemessenes Verhalten des Arbeitnehmers vorliegt. Es wird davon ausgegangen, dass für die Zwecke dieses Absatzes unangemessenes Verhalten nur dann vorliegt, wenn der Mitarbeiter vorsätzlich oder grob fahrlässig in unangemessener Weise oder durch unangemessene Mittel gehandelt hat, um die Höhe seines Bonus zu seinen Gunsten zu beeinflussen."

Am 29. Juni 2011, 4./12. Dezember 2012 und 26. Juni/4. Juli 2014 unterzeichneten die Parteien Addenda zum Arbeitsvertrag, worin sie die formelbasierte Berechnung des Bonus und dessen teilweisen Aufschub neu regelten (Urk. 26/22-24). Mit Schreiben vom 1. Dezember 2015 wurde der Kläger als "key" bzw. "top performer" in den "Inner Circle" aufgenommen, womit die Einräumung einer Reihe von Privilegien verbunden war. Im Gegenzug stimmte der Kläger zu, dass von 2016 bis 2020 die Hälfte seines Bonus aufgeschoben wurde (Urk. 26/21). Am 18.

Februar/17. März 2016 unterzeichneten die Parteien ein Lock-up Agreement betreffend Aktienbesitz (Urk. 26/32). Auf den 1. Januar 2018 wurde das jährliche Grundgehalt des Klägers von CHF 261'800.– auf CHF 386'800.–, zahlbar in zwölf monatlichen Raten, erhöht; hinzu kamen Verpflegungs- und Repräsentationsspesen (Urk. 5/2, Urk. 5/3). Mit Schreiben vom 14. Januar 2019 wurde dem Kläger für das Geschäftsjahr 2018 ein Bonus von CHF 1'417'160.– in Aussicht gestellt, wobei
50%
(CHF 708'580.–) mit dem März-Lohn 2019 zur Auszahlung gelangen und 50%
(CHF 708'580.–) über die nächsten drei Jahre aufgeschoben werden sollten (Urk. 16/16). Die Zahlungen wurden unter anderem vom Vorliegen folgender Erklärungen des Klägers abhängig gemacht (Urk. 21/65 [dt. Übersetzung]):

- "4. Ihre Bestätigung, dass Sie kein unangemessenes Verhalten [engl.: Non-Appropriate Behaviour] im Sinne Ihres Arbeitsvertrages an den Tag gelegt haben. Das entsprechende Formular 'Unangemessenes Verhalten' für Business/Front Office wird Ihnen im Januar 2019 zur Verfügung gestellt. Bitte beachten Sie, dass Sie im Falle eines unangemessenen Verhaltens bis zu 100% Ihres Bonus für das Jahr/die Jahre, in dem/denen das unangemessene Verhalten aufgetreten ist, zurückerstatten müssen.
5. Ihre Bestätigung, dass Sie in Übereinstimmung mit dem Verhaltenskodex für Arbeitnehmer und allen anderen anwendbaren B._____-Richtlinien für die Dauer von 2018 gehandelt haben ('Jährliche Selbstzertifizierung'), die im Januar 2019 angefordert wird."

Die Bonusschreiben 2017 und 2016 enthielten übereinstimmende bzw. nahezu übereinstimmende Bedingungen (Urk. 16/13+14; Urk. 21/63+64 [dt. Übersetzung]). Die "Annual Self-Certification 2018" resp. die beiden Bestätigungen gemäss Ziffern 4 und 5 hat der Kläger abgegeben (Urk. 16/17+18, Urk. 36/76; Urk. 13 Rz 57, Urk. 34 Rz 145, Urk. 24 Rz 136). Mit Schreiben der Beklagten vom 11. März 2019 wurde dem Kläger ein Bonus 2018 in der Höhe von CHF 1'417'160.– bestätigt und die Auszahlung von 50% für den Monat März angekündigt. Die andere Hälfte wurde aufgeschoben. Die Ziffern 3 und 4 der im Schreiben erwähnten Bonusbedingungen stimmen mit geringfügigen Abweichungen (Abs. 1: "was provided to you in January 2019"; Abs. 2: ohne letzten Halbsatz ["which will be

requested in January 2019"] mit den Ziffern 4 und 5 des Schreibens vom 14. Januar 2019 überein (Urk. 26/31). Der (hälftige) Bonus von CHF 708'580.– wurde dem Kläger in der Folge ausbezahlt (Urk. 13 Rz 34, Rz 60; Urk. 24 Rz 169).

2. Per 1. April 2019 erfolgte die Beförderung des Klägers zum "Managing Director". Mit Schreiben vom 1. April 2019 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis auf den 30. Juni 2019 (Urk. 5/5). Mit Schreiben vom gleichen Tag bestätigte die Beklagte dem Kläger die Kündigung per 30. Juni 2019 und stellte ihn bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses frei (Urk. 5/6, Urk. 16/51). Das Schreiben enthielt u.a. folgenden Passus:

"You will continue to be entitled to salary and insurance benefits [...] during the period of suspension. Please note that you must cooperate fully in ensuring the smooth transfer of your work. Accordingly, you hereby undertake to inform

B._____ of any changes in your contact details during the suspension period and agree to provide such assistance as we may require. You must notify B._____ immediately upon taking up new employment, as your pay will be reduced by the amount of salary earned at your new employer."

Der Kläger unterzeichnete dieses Schreiben am 2. April 2019 unterhalb der Zeile "Acknowledged and agreed:" (Urk. 16/51). Ende März und anfangs April 2019 kündigten nebst dem Kläger vier weitere Mitarbeiter der Beklagten, die zum Team des Klägers gehörten (Urk. 16/47-50). Der Kläger und die vier weiteren Mitarbeiter wechselten in der Folge zur C._____ AG, die vom Mitgründer und ehemaligen CEO der Beklagten gegründet worden war (Urk. 68 S. 5).

3. Die Beklagte leistete für die Monate April bis Juni 2019 keine Lohnzahlungen mehr. Für den Lohn des Monats April 2019 leitete der Kläger die Betreuung ein (Zahlungsbefehl vom 3. Mai 2019), worauf die Beklagte Rechtsvorschlag erhob (Urk. 5/9). Die Beklagte machte geltend, der Kläger verletze aufgrund seiner Tätigkeit für ein anderes, sie sogar konkurrenzierendes Unternehmen seine Treue- und Loyalitätspflicht und seine schriftlichen Bestätigungen der Einhaltung sämtlicher Reglemente hätten sich als falsch erwiesen. Für den Fall, dass aufgrund der Tätigkeit für ein anderes Unternehmen überhaupt ein Lohnanspruch des Klägers bestehe, verrechne sie diesen mit ihr zustehenden Schadenersatz-

ansprüchen und dem Anspruch auf Rückerstattung des Bonus (Urk. 5/8, Urk. 5/11).

4. Mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich (Einzelgericht Audienz) vom 29. April 2019 wurde dem Kläger superprovisorisch unter Strafandrohung verboten, bis zum 31. Juli 2019 in irgendeiner Form bzw. Funktion für die C._____ AG direkt oder indirekt tätig zu sein und vertrauliche Informationen der Beklagten oder ihrer Kunden Dritten zugänglich zu machen (Urk. 16/1). In der Folge schlossen die Parteien einen Vergleich, worin der Kläger die modifizierten Rechtsbegehren der Beklagten anerkannte. Gemäss Verfügung vom 28. Mai 2019 blieb dem Kläger im Sinne einer vorsorglichen Massnahme einerseits die Tätigkeit für die C._____ AG bis 30. Juni 2019 verwehrt; andererseits wurde ihm die Zugänglichmachung, Offenbarung, Verwertung oder Nutzung von vertraulichen Informationen der Beklagten oder ihrer Kunden bis 30. Juni 2020 verboten (Urk. 16/2). Am 12. Juni 2019 erstattete die Beklagte eine Strafanzeige gegen den Kläger sowie gegen Unbekannt betreffend Verdacht auf Verletzung des Effekthändlergeheimnisses gemäss Art. 43 BEHG, Verdacht auf Verletzung des Geschäftsgeheimnisses gemäss Art. 162 StGB und Verdacht auf ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB (Urk. 36/79).

5. Mit Klageschrift vom 18. September 2019 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der D._____ vom 11. Juli 2019 machte der Kläger die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 3). Nach Erstattung der Klageantwort vom 9. Dezember 2019 (Urk. 13) replizierten und duplizierten die Parteien mit Eingaben vom 11. Mai 2020 und 25. September 2020 (Urk. 24, Urk. 34). Am 23. November 2020 nahm der Kläger zu den Dupliknoten Stellung (Urk. 45), worauf die Beklagte ihrerseits am 15. Januar 2021 eine Stellungnahme einreichte (Urk. 55). Die letzte Stellungnahme des Klägers datiert vom 5. März 2021 (Urk. 60). Die Parteien verzichteten auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Urk. 37 bis Urk. 40). Am 24. März 2021 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 65 = Urk. 68).

6. Gegen das ihm am 14. April 2021 zugestellte Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 14. Mai 2021, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 17. Mai 2021, Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 67). Dafür wurde das Verfahren mit Geschäfts-Nr. LA210016-O eröffnet. Der Kostenvorschuss von CHF 6'300.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 71, Urk. 72). Die Beklagte erstattete die Berufungsantwort mit Eingabe vom 26. August 2021 (Urk. 74). In der Folge reichten beide Parteien eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 79, Urk. 83). Eine letzte Stellungnahme des Klägers vom 6. Dezember 2021 (Urk. 85) wurde am 13. Dezember 2021 der Beklagten zugestellt (Urk. 86).

7. Gegen das ihr am 14. April 2021 zugestellte Urteil erhob die Beklagte mit Eingabe vom 14. Mai 2021, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 17. Mai 2021, ebenfalls Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 88/67). Dafür wurde das Verfahren mit der Geschäfts-Nr. LA210017-O eröffnet. Der Kostenvorschuss von CHF 4'000.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 88/72, Urk. 88/73). Der Kläger erstattete die Berufungsantwort mit Eingabe vom 31. August 2021 (Urk. 88/76). Auf die gleichzeitig erhobene Anschlussberufung wurde mit Beschluss vom 20. September 2021 nicht eingetreten (Urk. 88/78, Urk. 88/85). In der Folge reichten beide Parteien eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 88/81, Urk. 88/86). Die Stellungnahme des Klägers vom 22. November 2021 (Urk. 88/86) wurde am 26. November 2021 der Beklagten zugestellt (Urk. 88/87).

II.

1. Der Kläger machte vor Vorinstanz Lohnansprüche (Grundlohn) für die Monate April, Mai und Juni 2019 in der Höhe von CHF 89'042.70 netto (3 x CHF 29'680.90) zuzüglich Zins geltend (Urk. 1).

2. Die Beklagte bestritt ihre Lohnzahlungspflicht für die drei Monate im Grundsatz nicht. Sie machte indes geltend, es sei davon auszugehen, dass der Kläger in Verletzung seiner Treuepflicht während der gesamten Freistellungsdauer für die C._____ AG gearbeitet habe und sich anrechnen lassen müsse, was er

während dieser Zeit verdient (oder zu verdienen unterlassen) habe. Der Verdienst des Klägers entspreche mindestens dem Lohn, den der Kläger bei ihr erhalten hätte. Falls der Kläger keinen Lohn bezogen habe, wäre ihm der übliche Verdienst anzurechnen, denn der Kläger sei Partner der C._____ AG und somit letztlich praktisch selbständig. Dabei sei auf das Durchschnittseinkommen des Klägers – unter Berücksichtigung seiner Kapitalbeteiligung – abzustellen. Unter Anrechnung des höheren Verdienstes des Klägers bestehe kein Lohnanspruch mehr (Urk. 13 Rz 237 ff.).

Eventualiter machte die Beklagte Verrechnung der Lohnforderung des Klägers mit ihrem Anspruch auf Rückerstattung des für 2018 ausbezahlten Bonus geltend. Wie vereinbart habe sie den Bonus explizit unter der Bedingung ausbezahlt, dass sich der Kläger in Übereinstimmung mit allen arbeitsvertraglichen Pflichten verhalten habe. Der Kläger habe (persönlich und in gewolltem Zusammenwirken mit anderen ehemaligen Mitarbeitern) durch sein Verhalten im Zusammenhang mit der C._____ AG in mehrerer Hinsicht Reglemente verletzt. Aufgrund der Pflichtverletzungen und des Ausfalls der vereinbarten und klar kommunizierten Bedingung für den Bonus sei der Kläger zur Rückerstattung in der Höhe von CHF 708'580.– verpflichtet (Urk. 13 Rz 254 ff.).

Subeventualiter brachte die Beklagte die für die Verletzung der Non-Enticement-Bestimmung vereinbarte Konventionalstrafe zur Verrechnung. Die Parteien hätten ein breites Verbot vereinbart, Mitarbeiter der Beklagten in irgendeiner Form dazu zu verleiten (engl. "entice"), sich in irgendeiner Form an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen, sich einem solchen anzuschliessen oder irgendein Interesse daran zu erwerben. Der Kläger habe diese Verpflichtung in mehrfacher Weise verletzt, weshalb die vereinbarte Vertragsstrafe in der Höhe des Fixsalärs plus Bonus, der für das vergangene Jahr bezahlt worden sei, geschuldet werde. Der entsprechende Betrag von CHF 1'918'163.– übersteige die Forderungen des Klägers bei weitem (Urk. 13 Rz 264 ff.).

3.1 Die Vorinstanz erwog, entgegen der Annahme der Klägers führe die Unterzeichnung des Freistellungsschreibens (unter der Bemerkung "acknowledged

and agreed") nicht dazu, dass von einer vereinbarten Freistellung auszugehen sei. Es sei für die Anrechenbarkeit von Ersatzeinkommen allerdings nicht von Belang, ob die Freistellung von der Beklagten einseitig ausgesprochen oder aber vereinbart worden sei. Der Kläger habe sich einen allfälligen Ersatzverdienst anrechnen zu lassen, sei dies gestützt auf Art. 324 Abs. 2 OR im Falle einer von der Beklagten einseitig verfügten Freistellung oder gestützt auf vertragliche Vereinbarungen, sollte die Freistellung auf solchen beruhen (Urk. 68 S. 26). Allerdings habe der Kläger zumindest in seiner Funktion als Arbeitnehmer für die C._____ AG keinen Ersatzverdienst erzielt, der auf den Freistellungslohn anzurechnen wäre. Ein anrechenbarer Vorteil gemäss Art. 324 Abs. 2 OR könne jedoch nicht nur aus den Einnahmen aus einer unselbständigen Tätigkeit bestehen. Der Kläger führe selbst aus, er habe während der Freistellungszeit lediglich und erlaubterweise seine künftige Selbständigkeit vorbereitet (Urk. 68 S. 27). Wer sich ohnehin selbständig machen wolle, sei nicht verpflichtet, während der Freistellung noch einmal eine unselbständige Arbeit anzunehmen oder zu suchen. Jedoch müsse sich der Arbeitnehmer in diesem Fall den Vorteil anrechnen lassen, dass er sich bereits während der Freistellungsperiode dem Aufbau seines Geschäfts habe widmen können. Dieser Vorteil einer früheren Vorbereitung und/oder eines früheren Starts der Selbständigkeit sei in Bezug auf den Freistellungslohn angemessen zu berücksichtigen, auch wenn der Arbeitnehmer – wie dies bei der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit üblich sei – in der ersten Zeit noch keinen Gewinn ausweisen könne (Urk. 68 S. 25). Ob der Kläger durch seine Handlungen die Treuepflicht verletzt habe, sei nicht entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob die Beklagte noch Freistellungslohn schulde. Massgebend sei vielmehr, dass der Kläger im Hinblick auf seine künftige Selbständigkeit einen Vorteil habe ziehen können, der darin bestanden habe, dass er sich bereits während der Kündigungsfrist gewissen Vorbereitungshandlungen für seine zukünftige Selbständigkeit habe widmen und den Aufbau derselben habe vorantreiben können (Urk. 68 S. 27 f.).

Die Vorinstanz kürzte in der Folge den Freistellungslohn um zwei Monate (April und Mai 2019) resp. rechnete dem Kläger einen Betrag in der Höhe von zwei Monatslöhnen an den ihm zustehenden Freistellungslohn an. Der Kläger habe – so die Vorinstanz weiter – diese Zeit zur besseren Vorbereitung seiner Selbst-

ständigkeit nutzen können, woraus ihm ein entsprechender Vorteil erwachsen sei. Für den Monat Juni 2019 schulde die Beklagte dem Kläger hingegen den Freistellungslohn. Im Juni 2019 habe der Kläger anordnungsgemäss sein Ferienguthaben bezogen und vom 1. bis 17. Juni 2019 in E._____ und vom 20. bis 25. Juni 2019 auf F._____ geweiht. Während der Kläger die Ferien im Ausland verbracht habe, habe er keinen anrechenbaren Vorteil im Sinne der früheren bzw. besseren Vorbereitung seiner Selbständigkeit erzielt. Die Beklagte schulde dem Kläger damit den Freistellungslohn für einen Monat in der Höhe von CHF 29'680.90 netto (Urk. 68 S. 28 f.).

3.2 Während der Kläger den gesamten Bonus als Lohnbestandteil betrachtete (Urk. 24 Rz 56, Rz 171), ging die Beklagte von einem zumindest teilweise diskretionären Bonus aus (Urk. 13 Rz 50). Die Vorinstanz hielt dafür, es könne offen gelassen werden, ob hinsichtlich des – gemäss Ziffer 2 des Addendums vom 26. Juni 2014 (Urk. 26/24) im Ermessen der Beklagten stehenden – Bonusanteils von bis zu 4% des Nettoumsatzes des Arbeitnehmenden eine verpflichtende Übung bestanden habe. Denn selbst im Falle einer verpflichtenden Übung läge lediglich eine (stillschweigend) verabredete, unechte Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR vor, die von Bedingungen abhängig gemacht werden könne. Da der gemäss Ziffer 2 des Addendums als unechte Gratifikation zu qualifizierende Bonusanteil im Jahr 2018 mit CHF 616'087.– die klägerische Forderung übersteige, erübrige es sich auch, die übrigen Bonusanteile gemäss Ziffer 1A und 1B des Addendums zu qualifizieren. Da im Jahre 2018 der Grundlohn des Klägers CHF 386'000.– und der fünffache Medianlohn CHF 392'280.– betragen hätten, sei im Hinblick auf die Akzessorietät festzuhalten, dass der Bonusanteil gemäss Ziffer 2 des Addendums zumindest in einem solch hohen Betrag als Gratifikation zu qualifizieren sei, dass ein allfälliger Rückforderungsanspruch der Beklagten die klägerische Forderung übersteige (Urk. 68 S. 38 f.).

Die Beklagte vertrat unter Verweis auf den Arbeitsvertrag und die Bonuschreiben die Auffassung, der Bonus sei an die Einhaltung sämtlicher Reglemente (Policies) geknüpft worden. Bei Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten sei kein Bonus geschuldet bzw. sei der Bonus zurückzubezahlen (Urk. 13 Rz 48

ff.,

Rz 254 ff.). Der Kläger vertrat demgegenüber den Standpunkt, die "Non-Appropriate Behaviour"-Klausel im Arbeitsvertrag komme nur zur Anwendung, falls er absichtlich oder grobfahrlässig in einer ungebührlichen Weise oder mit ungebührlichen Mitteln gehandelt habe, um den Bonus zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Nicht einmal die Beklagte werfe ihm solches vor, weshalb sie über keinen Anspruch auf Rückerstattung des Bonus verfüge. Die Bonusschreiben könnten daran nichts ändern; die Beklagte könne sich nicht auf Bedingungen berufen, die sie einseitig in ihren Bonusschreiben aufstelle und die von der vertraglichen Regelung abweichen würden. Ein einseitiges Vertragsanpassungsrecht sei nicht vereinbart worden (Urk. 24 Rz 121 f., Rz 172, Rz 246). Die Vorinstanz erwog, der Arbeitgeber könne grundsätzlich einseitig die Zahlungsmodalitäten und weitere Bedingungen festlegen, wenn eine Sondervergütung auf freiwilliger Basis ausgerichtet werde (Urk. 68 S. 40). Sie stellte sodann fest, die Parteien seien sich darin einig, dass gemäss Arbeitsvertrag die Auszahlung resp. Rückerstattung des Bonus von einem unangemessenen Verhalten ("Non-Appropriate Behaviour") abhängig gemacht worden sei. Uneinigkeit bestehe darüber, wie genau die im Arbeitsvertrag vorgesehene "Non-Appropriate Behaviour"-Klausel zu verstehen sei. Gestützt auf den Wortlaut im Arbeitsvertrag lasse sich die von der Beklagten behauptete Bedingung für die Auszahlung des Bonus in der Form der Einhaltung aller Reglemente nicht erstellen. Vielmehr komme es gemäss Arbeitsvertrag darauf an, ob der Mitarbeiter die Bonushöhe durch unangemessene Mittel bzw. in unangemessener Weise beeinflusst habe, wobei die Vermutung bestehe, dass kein unangemessenes Verhalten vorliege, solange der Arbeitnehmer das "Distribution Manual" und alle anwendbaren Richtlinien eingehalten habe. Dem Arbeitsvertrag lasse sich nicht entnehmen, dass ein "unangemessenes Verhalten" im Sinne der Bonusbestimmungen vorliege, sobald irgendein Reglement der Beklagten verletzt werde (Urk. 68 S. 42 ff.). Einen vom Wortlaut des Arbeitsvertrags abweichenden Konsens, wonach die Einhaltung sämtlicher Reglemente Bedingung für die Bonuszahlung gewesen sei, habe die Beklagte substantiiert darzulegen und zu beweisen (Urk. 68 S. 44). Ein tatsächlicher Konsens, wie er von der Beklagten vorgetragen werde, sei weder

substantiiert dargetan noch erstellt worden. Es bleibe daher zu prüfen, ob ein normativer Konsens vorgelegen habe, den die Beklagte darin erkenne, dass der Kläger die Bonusschreiben der Jahre 2016 bis 2018 mit einem entsprechenden Hinweis auf diese Bedingung und den Bonus ohne Opposition entgegen genommen sowie die notwendigen Bestätigungen (Self-Certifications) abgegeben habe. In den Bonusschreiben 2016 bis 2018 werde für die Bedeutung des "Non-Appropriate Behaviour" jeweils auf den Arbeitsvertrag verwiesen. Daraus habe der Kläger nicht schliessen müssen, die Beklagte wolle neue, über die arbeitsvertragliche Regelung hinausgehende Bedingungen für den Bonus einführen. Hingegen hätten die Bonusschreiben eine weitere Ziffer enthalten, die als Bedingung für den Bonus die Bestätigung verlangt habe, dass der Verhaltenskodex (Code of Conduct) und alle Reglemente im relevanten Jahr eingehalten worden seien. Die Aufnahme der Bonusbedingung, dass sämtliche Reglemente einzuhalten seien, stelle eine drastische Verschärfung des Bonusreglements dar. Die stillschweigende bzw. konkludente Akzeptanz des Arbeitnehmers zu einer solch drastischen Änderung des Bonusreglements dürfe nicht leichthin angenommen werden. Dies umso mehr, als die Beklagte die Verschärfung nur implizit mit den Bonusschreiben habe vornehmen wollen, jedoch nicht separat angekündigt habe, obwohl andere Veränderungen des Bonusregimes (wie der Beitritt des Klägers zum "Inner Circle" und die damit einhergehenden Neuregelungen betreffend Aufschub und Austritt) dem Kläger ausdrücklich unterbreitet worden seien. Auch die Self-Certifications enthielten keinen Hinweis zu einem allfälligen Bonusverlust oder einer Bonusrückzahlungspflicht. Ein normativer Konsens sei damit ebenfalls zu verneinen. Die dem Kläger von der Beklagten vorgeworfenen Treuepflichtverletzungen hätten mit der Bonushöhe oder deren Beeinflussung durch unangemessenes Verhalten nichts zu tun. Die Verrechnungsforderung der Beklagten unter dem Titel "Rückerstattung Bonus 2018" sei damit abzuweisen (Urk. 68 S. 45 ff.).

3.3 Die Vorinstanz prüfte schliesslich, ob der Beklagten eine Verrechnungsforderung (Konventionalstrafe) infolge Verletzung der "Non-Enticement-Vereinbarung" zustehe. Sie führte aus, gemäss ihrem klaren Wortlaut hätte die Vereinbarung für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten sollen. Ein Konsens darüber, dass die Vereinbarung bereits während des Arbeitsverhält-

nisses gegolten habe, werde von der Beklagten nur pauschal und unsubstantiiert behauptet. Eine Zeugenbefragung könne deshalb entfallen. Eine Beweisabnahme erübrige sich aber ohnehin, da die "Non-Enticement-Vereinbarung" bei Geltung während des Arbeitsverhältnisses als unzulässig einzustufen wäre. Hätte die Konventionalstrafe eine schadensausgleichende Funktion, wäre die entsprechende Vereinbarung aufgrund einer unzulässigen Verschärfung der Haftung des Arbeitnehmers gemäss Art. 321e OR unzulässig und nichtig. Hätte sie bloss die Funktion einer disziplinarischen Massnahme, wären die verpönten Tatbestände zu breit gefasst mit der Folge, dass der Arbeitnehmer keine Gewissheit habe, welche konkreten Handlungen die Konventionalstrafe nach sich ziehe. Eine solche Vertragsklausel erfülle das Bestimmtheiterfordernis nicht und sei unzulässig, weshalb die Höhe der Konventionalstrafe nicht weiter erörtert werden müsse. Da alle dem Kläger vorgeworfenen "Enticement-Handlungen" vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Ende Juni 2019) stattgefunden hätten, könnten diese Handlungen keine Konventionalstrafe im Sinne der "Non-Enticement-Verpflichtung" zur Folge haben. Die Verrechnungsforderung gestützt auf die "Non-Enticement-Vereinbarung" sei damit abzuweisen (Urk. 68 S. 54 ff.).

III.

1.1 Die beiden Berufungen richten sich gegen denselben Entscheid und betreffen dieselbe Streitsache, in der sich dieselben Parteien gegenüberstehen. In dieser Situation rechtfertigt es sich, die Berufungsverfahren mit den Geschäfts-Nr. LA210016-O und LA210017-O in analoger Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen. Die Akten des abzuschreibenden Verfahrens mit der Geschäfts-Nr. LA210017-O sind als Urk. 88/67-88 zu den Akten des vorliegenden Verfahrens mit der Geschäfts-Nr. LA210016-O zu nehmen. Die vom Kläger erhobene Berufung ist als Erstberufung und die von der Beklagten erhobene Berufung als Zweitberufung zu behandeln.

1.2 Erst- und Zweitberufung wurden form- und fristgerecht erhoben. Sie richten sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Die Parteien haben den ihnen auferlegten Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet. Da die Streitwertgrenze

erreicht wird, ist auf die Berufungen – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 Abs. 1 und Art. 311 ZPO).

1.3 Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), wobei die Berufung zu begründen ist (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. In der Begründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Allgemeine Kritik oder ein blosser Verweis auf die erstinstanzlichen Vorbringen genügen den Begründungsanforderungen nicht (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 mit Hinweisen, 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_72/2021 vom 28. September 2021, E. 7.3.2 mit Hinweisen). Soweit in der Berufungsbegründung Tatsachen vorgebracht oder Sachverhaltsrügen erhoben werden, ist mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo die entsprechenden Behauptungen oder Bestreitungen vorgetragen wurden (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 95 und N 97; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 37). Auch sind die Parteien grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen. Dies gilt auch für die berufungsbeklagte Partei, muss diese doch mit einer Gutheissung der Berufung rechnen (BGE 144 III 394 E. 4.2). Die Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

1.4 Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 144 III 394

E. 4.1.4 mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Die Beanstandungen haben die Parteien in der Berufung bzw. Berufungsantwort vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts (vgl. Urk. 79, Urk. 83, Urk. 85; Urk. 88/81, Urk. 88/86) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (Urk. 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417, mit weiteren Verweisen). Allerdings kann die Berufungsinstanz die Berufung auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 144 III 462 E. 3.2.3).

1.5 Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

2.1 Die Erstberufung des Klägers richtet sich gegen die vorinstanzliche Kürzung des Lohnanspruchs in der Höhe von zwei der drei eingeklagten Nettomonatslöhne (Urk. 67 Rz 4). Er trägt vor, die Beklagte habe die Anrechnung des von ihm erzielten Verdienstes während der Freistellung verlangt; sie habe nicht geltend gemacht, dass ihm auch der Vorteil anzurechnen sei, den er daraus habe ziehen können, dass er sich während zwei von drei Monaten der Freistellung und

damit früher auf seine Selbständigkeit habe vorbereiten können. Die Beklagte habe diesen Vorteil folglich nicht zu belegen vermocht. Wenn die Beklagte keine Vorteilsanrechnung im von der Vorinstanz vorgenommenen Sinn verlangt habe, hätte diese auch keine solche vornehmen dürfen. Indem die Vorinstanz ihm gleichwohl einen solchen Vorteil angerechnet und diesen aus eigenem Antrieb mit CHF 59'361.80 bemessen habe, ohne dass ein solcher Vorteil seitens der Beklagten behauptet und bewiesen worden sei, habe sie die Dispositions- und Verhandlungsmaxime (Art. 58 Abs. 1 und Art. 55 Abs. 1 ZPO) verletzt (Urk. 67 Rz 15 ff., Rz 48 f.).

Der Kläger rügt weiter, die Vorinstanz folgere zu Unrecht, dass die Freistellung resp. die daraus resultierende Befreiung von der Arbeitspflicht und die diesbezüglichen Konditionen auf einer einseitigen Anordnung und nicht auf einer Vereinbarung beruhten. Die Anrechnung eines Ersatzverdienstes falle mangels Annahmeverzugs im Sinne von Art. 324 Abs. 2 OR bereits aus diesem Grunde ausser Betracht. Unabhängig davon, ob es sich um eine vereinbarte oder angeordnete Freistellung gehandelt habe, habe das Freistellungsschreiben keine generelle Vorteilsanrechnung, sondern lediglich eine Anrechnung des andernorts erzielten Einkommens vorgesehen. Ein solches Einkommen habe die Beklagte zwar behauptet, sei gemäss vorinstanzlicher Feststellung und den tatsächlichen Gegebenheiten aber nicht erzielt worden. Dementsprechend dürfe ihm selbst dann nichts an seinen Freistellungslohn angerechnet werden, wenn er während der Freistellung tatsächlich irgendeinen Vorteil erzielt hätte. Vorliegend habe er sich während der Freistellung nicht um eine andere Stelle bemüht und bereits in seinem Kündigungsgespräch gegenüber der Beklagten (wie vor Vorinstanz dargelegt) klargemacht, dass er sich nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses auf das Wagnis einer beruflichen Selbständigkeit einlassen wolle. Weder in der Freistellungsvereinbarung noch vor Vorinstanz habe die Beklagte von ihm die Anrechnung eines Vorteils einer früheren Vorbereitung und/oder eines früheren Starts in die Selbständigkeit verlangt. Sie habe auch keinen Beweis dafür erbracht, dass er überhaupt einen solchen Vorteil erlangt habe. Indem die Vorinstanz gleichwohl von einem solchen Vorteil ausgegangen sei, habe sie folglich Art. 8 ZGB verletzt und sich über die Feststellungen hinweggesetzt, die sie hin-

sichtlich des Freistellungsschreibens selbst getroffen habe. Die von der Vorinstanz bejahte Anrechenbarkeit anderweitiger Vorteile sei nicht möglich (Urk. 67 Rz 18 ff., Rz 48 f.).

Auch die vorinstanzliche Kalkulation des ihm angeblich anrechenbaren Vorteils entbehre – so der Kläger weiter – jeder nachvollziehbaren Grundlage. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen werde nicht ersichtlich, wie sich der Vorteil konkret berechne und weshalb die Vorinstanz es als angemessen erachte, den Freistellungslohn exakt um zwei volle Monatslöhne zu kürzen. Indem die Vorinstanz von einer Begründung der Anrechnungsbemessung absehe, verletze sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Sinngemäss scheine die Vorinstanz davon auszugehen, er habe von 2. April bis 31. Mai 2019 in einem 100%-Pensum seine Selbständigkeit vorbereitet. Diesbezüglich stelle die Vorinstanz auf einen falschen Sachverhalt ab, hätten doch weder er noch die Beklagte je behauptet, er habe in diesem Zeitraum zu diesem Pensum seine Selbständigkeit vorbereitet. Selbst wenn er während der Kündigungsfrist seine Selbständigkeit vorbereitet hätte, bedeutete dies nicht automatisch, dass er dies während zwei Monaten in einem Vollzeitpensum getan habe. Die Vorgehensweise der Vorinstanz führe nicht zu einem Vorteilsausgleich, sondern zu einer einseitigen Bevorteilung der Beklagten. Sie habe zur Folge, dass er im Endeffekt besser gefahren wäre, wenn er während der Freistellung eine Temporärstelle zu einem tieferen Einkommen gefunden, nach einer solchen erfolglos gesucht oder es gleich ganz unterlassen hätte, eine solche zu suchen. Dies führe folglich zu einer ungerechtfertigten Schlechterstellung des Klägers und gleichzeitig zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der Beklagten, die freiwillig auf seine Arbeitsleistung verzichtet habe, im Wissen darum, dass sie weiterhin zur Lohnzahlung verpflichtet bleibe. Hinzu komme, dass die vorinstanzliche Beurteilung auch den aus Art. 335a OR abgeleiteten Grundsatz der Kündigungsparität verletze. Gemäss Vorinstanz habe er erstmals im September 2019 wieder eine Vergütung für seine Erwerbstätigkeit erhalten und im Zeitraum von September bis Ende 2019 eine Gesamtvergütung von CHF 29'130.– erwirtschaftet, was einem Durchschnittslohn von CHF 7'500.– pro Monat entspreche. Werde seine Gesamtvergütung auf den Zeitraum ab Juli 2019 umgerechnet, hätte sich sein monatlicher Verdienst lediglich auf CHF 4'855.– be-

laufen. Es bleibe unerfindlich und sei geradezu willkürlich, wenn die Vorinstanz den anrechenbaren Vorteil auf das Doppelte dessen bemesse, was er bis zum Jahresende 2019 verdient habe (Urk. 67 Rz 31 ff.).

2.2 Die Beklagte entgegnet, sie habe vor Vorinstanz die umfassende Anrechnung der Vorteile, die der Kläger durch seine Tätigkeit für die C._____ AG während der Freistellung erzielt habe, verlangt. Explizit verlangt worden sei auch die Berücksichtigung der Wertsteigerung der Beteiligung an der C._____ AG, sofern formell kein angemessener Lohn ausbezahlt worden sein sollte. Auch habe sie die Anrechnung des hypothetischen Verdienstes verlangt, den der Kläger erzielt hätte, wenn er für seine Arbeit bereits damals entschädigt worden wäre, was nichts anderes sei als der Vorteil aus der Vorbereitung der selbständigen Tätigkeit. Der anzurechnende hypothetische Lohn – eben der Vorteil aus selbständiger Tätigkeit – ergebe sich aus den Wertsteigerungen der Kapitalbeteiligung (Urk. 74 Rz 31 ff.). Die Abweisung der Klage zu zwei Dritteln sei vom Rechtsbegehren gedeckt. Sie habe mehrfach behauptet, dass der anrechenbare Verdienst mindestens dem von ihr dem Kläger zu entrichtenden Lohn entspreche, womit sie einen deutlich höheren Vorteil behauptet habe, als die Vorinstanz angenommen habe. Es liege keine Verletzung der Dispositions- oder der Verhandlungsmaxime vor (Urk. 74 Rz 43 ff.).

Die Beklagte hält dafür, die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Freistellung des Klägers auf einer einseitigen Anordnung beruht habe. Eine Vereinbarung über Punkte, die einseitig angeordnet werden könnten und von Gesetzes wegen ohnehin gegolten hätten, mache objektiv keinen Sinn. Allerdings sei die Unterscheidung im Hinblick auf die Anrechnungspflicht des Ersatzverdienstes ohnehin von keiner Bedeutung. In beiden Fällen seien nach Art. 324 OR (direkt oder analog) sämtliche Vorteile an den Lohn anzurechnen (Urk. 74 Rz 50 ff.,

Rz 88). Die Vorinstanz habe das Freistellungsschreiben vom 1. April 2019 zu Recht dahingehend ausgelegt, dass jegliche Art von Verdienst oder Vorteil entschädigungspflichtig sei, zumal die wirtschaftliche Situation für beide Parteien bei

Lohn oder Gewinn aus selbständiger Arbeit identisch sei und gleichbehandelt werden sollte. Auch im Falle einer vereinbarten Freistellung würden Wortlaut, Interessenlage, Sinn und Zweck die Auffassung der Vorinstanz stützen, dass jegliche Vorteile anzurechnen seien (Urk. 74 Rz 66 ff.). Sie habe sich stets auf den Standpunkt gestellt, es dürfe nicht auf die formelle Anstellung abgestellt werden, sondern es müsse auch berücksichtigt werden, dass der Kläger Aktionär sei und seine Tätigkeit ihm entsprechend über die Wertsteigerung der Aktien zu Gute komme, wenn er sich formell keinen Lohn ausbezahle. Sie habe ausdrücklich die Anrechnung des Vorteils für die Tätigkeit während der Freistellung verlangt und darauf hingewiesen, dass die vom Kläger gewählte rechtliche Struktur – formelle Anstellung erst als Mitarbeiter – nichts daran ändere, dass er aus seiner Tätigkeit einen Vorteil gezogen habe. Sie habe auch detailliert dargelegt und mittels diversen Beweismitteln nachgewiesen, welche Tätigkeiten der Kläger während der Freistellung für die C._____ AG erbracht habe. Ausserdem habe der Kläger seine Tätigkeiten selbst eingeräumt. Ob diese als "Vorbereitungshandlungen" für die (quasi-) selbständige Tätigkeit zu qualifizieren seien, wie der Kläger behauptete, sei von keiner Relevanz, weil ihm daraus in jedem Fall ein Vorteil erwachse, da er Aktionär der C._____ AG sei und sich die Tätigkeit direkt in einem Wertzuwachs niederschlage. So habe sie vor Vorinstanz ausgeführt, dass die Entlohnung des Klägers wesentlich über seine Kapitalbeteiligung bzw. deren Wertsteigerung erfolgt sei. Entsprechend liege auch keine Verletzung von Art. 8 ZGB vor, wenn das Gericht von einem anrechenbaren Vorteil ausgegangen sei. Der Vorteil sei von ihr behauptet, belegt und vom Kläger auch eingestanden worden, indem er seine Tätigkeiten für die C._____ AG auch zugegeben habe. Wenn jemand für ein Unternehmen arbeite, an dem er kapitalmässig beteiligt sei, erwachse ihm daraus zwingend ein Vorteil, weil sein Kapitalanteil steige, wenn er sich diese Wertsteigerung nicht als Lohn ausbezahle. Dabei habe es der Kläger weitgehend selbst in der Hand, ob er sich einen Lohn ausbezahle oder auf einen Lohn verzichte und dadurch von der Wertsteigerung des Kapitalanteils profitiere (Urk. 74 Rz 82 ff.).

Die Beklagte weist auch den Vorwurf, die Vorinstanz sei bei der Bemessung des Vorteils willkürlich vorgegangen, zurück. Sie habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass der Kläger während der gesamten Kündigungsfrist in Vollzeit für die

C._____ AG tätig gewesen sei, und dazu zahlreiche Beweisanträge gestellt. Der Kläger habe dies, abgesehen von der Zeit, in der er angeblich in den Ferien gewesen sei, nicht substantiiert bestritten. Vielmehr habe er – abgesehen von seinen Ferien – explizit eingeräumt und sogar selbst detailliert dargelegt, für die C._____ AG tätig gewesen zu sein. Der Schluss der Vorinstanz, der Kläger sei während rund zwei Monaten in einem vollen Pensum für die C._____ AG tätig gewesen, sei daher nicht zu beanstanden (Urk. 74 Rz 97 ff.). Die Tätigkeit habe sich einerseits auf den Wert seiner Beteiligung ausgewirkt und andererseits ermöglicht, dass er sich bereits ab dem 1. August 2019 ein Salär von der C._____ AG habe ausbezahlen lassen können, was nicht möglich gewesen wäre, hätte er nicht schon vorher für die C._____ AG gearbeitet. An den schwierigen Nachweis des anzurechnenden Vorteils dürften keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Es entspreche daher schweizerischer Gerichtspraxis, ab dem Zeitpunkt, in dem der Kläger begonnen habe, "seine Selbstständigkeit in die Tat umzusetzen, d.h. ab April 2019, einen Lohnanspruch abzulehnen bzw. einen Lohn in bisheriger Höhe anzurechnen", auch wenn in der ersten Zeit noch kein Gewinn generiert worden sei. Die Situation bei fehlender oder ungenügender Stellensuche, bei welcher ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde, sei mit der Situation der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit vergleichbar. Es mache durchaus Sinn, für die Schätzung des hypothetischen Einkommens vom bisherigen Monatslohn auszugehen, zumal keineswegs unrealistisch sei, dass der Kläger eine Stelle mit einem gleich hohen bzw. höheren monatlichen Nettoeinkommen gefunden hätte. Da der Kläger seinen Lohn als Aktionär weitgehend frei festsetzen und manipulieren könne, könne nicht einfach auf den formell ausbezahlten Lohn (im Durchschnitt CHF 7'500.–) abgestellt, sondern müsse zusätzlich auch der Gewinn berücksichtigt werden. Der Kläger habe es bewusst unterlassen, irgendwelche Unterlagen zu edieren, obwohl diese in seinem Besitz gewesen wären und sie entsprechende Beweisanträge gestellt habe. Unter diesen Voraussetzungen sei die Gleichsetzung des anrechenbaren Vorteils mit dem Fixlohn des Klägers bei der Beklagten während der entsprechenden Zeit nicht zu beanstanden, zumal dies ohnehin dem üblichen Vorgehen bei Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit entspreche, da der frühere Arbeitgeber das Risiko, dass das neue Ge-

schäft nicht sofort Gewinn abwerfe, nicht zu tragen habe. Im Fall, dass das vorinstanzliche Urteil aufgehoben werden sollte, wären die zahlreichen von ihr offerierten Beweise (Aktienbuch der C._____ AG, Gesellschaftsvertrag und weitere Verträge zwischen dem Kläger und den Gesellschaftern der C._____ AG, Arbeitsvertrag mit der C._____ AG, E-Mail-Korrespondenz, Nachweis über Zahlungen der C._____ AG an den Kläger, Quartalsabschlüsse der C._____ AG per 31. März, 31. Juni und 31. Dezember 2019) abzunehmen (Urk. 74 Rz 104 ff.).

2.3.1 Mit Schreiben vom 1. April 2019 akzeptierte die Beklagte die Kündigung auf das vom Kläger gewünschte Datum (30. Juni 2019) und teilte ihm mit, er sei per 2. April 2019 von seinen Verpflichtungen freigestellt. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beklagte die Zustimmung des Klägers zur Freistellung und zu den im Schreiben ebenfalls enthaltenen Bedingungen einholte und der Kläger sein Einverständnis dazu erteilte (Urk. 16/51). Die Parteien haben somit eine Freistellungsvereinbarung getroffen. Der Kläger hat nicht nur bestätigt, dass er die Anordnung der Freistellung zur Kenntnis nimmt und verstanden hat (vgl. Urk. 74 Rz 61). Vielmehr hat er mit seiner Unterschrift unter der Zeile "Acknowledged and agreed:" bekundet, dass er die Freistellung zu den von der Beklagten formulierten Modalitäten akzeptiert. Ob die Freistellung einseitig hätte angeordnet werden können und sämtliche von der Beklagten im Schreiben aufgeführten Pflichten "ohnehin von Gesetzes wegen" gegolten hätten (Urk. 74 Rz 58; Urk. 34 Rz 130), ist unerheblich. Die Beklagte ersuchte um das Einverständnis des Klägers und dieser erteilte es. An diese Vorgehensweise ist die Beklagte gebunden. Mit (konkludenter) Zustimmung des Arbeitnehmers zur Freistellung kommt ein Erlassvertrag zustande (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 324 OR N 13 S. 396). Angesichts der expliziten Zustimmungserklärung des Klägers ist entgegen der Vorinstanz nicht relevant, dass sich im restlichen Schreiben kein Hinweis "auf eine solche Vereinbarung" finden lässt (Urk. 68 S. 26). Zutreffend ist im Übrigen der klägerische Hinweis, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni 2019 habe angesichts der dreimonatigen Kündigungsfrist und der am 1. April 2019 ausgesprochenen Kündigung auf Übereinkunft beruht (Urk. 45 Rz 60).

2.3.2 Nach einem überwiegenden Teil der Lehre entfällt die Anrechnungspflicht gemäss Art. 324 OR, wenn die Befreiung von der Arbeitspflicht auf einer Vereinbarung beruht, weil der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug gerät. Allerdings können die Parteien in diesem Fall eine Anrechnung von anderweitigem Verdienst bzw. anderweitiger Verdienstmöglichkeit vereinbaren (BSK OR I-Portmann/ Rudolph, Art. 324 N 7; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O.; Brühwiler, Der Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, Art. 324 OR N 10 S. 162; Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., 2010, Rz 371; derselbe, in: FHB Arbeitsrecht, Rz 7.62; von Zedtwitz/Keller, in: Etter/Facincani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, Art. 324 OR N 17). Dieser Ansicht ist auch die Kammer in einem Entscheid vom 14. Mai 2014 (*OGer ZH LA130006 vom 14.05.2014, S. 7 E. 4.1*; JAR 2015 S. 600) und die Vorinstanz (Urk. 68 S. 24) gefolgt. Vorliegend haben die Parteien eine solche Abrede betreffend Anrechnung getroffen und vorgesehen, dass der Kläger die Beklagte über die Aufnahme einer neuen Beschäftigung umgehend zu informieren hat, da seine Vergütung um den Lohn reduziert wird, den er bei seinem neuen Arbeitgeber verdient (Urk. 16/51: "You must notify B._____ immediately upon taking up new employment, as your pay will be reduced by the amount of salary earned at your new employer").

2.3.3 Die vereinbarte Anrechnungsklausel zielt gemäss ihrer Formulierung auf eine unselbständige Erwerbstätigkeit. Die Beklagte berief sich vor Vorinstanz darauf, der Kläger habe bereits während der Kündigungsfrist für die C._____ AG als Arbeitnehmer gearbeitet und sei somit unselbständig erwerbstätig gewesen (Urk. 34 Rz 133). Für den Fall, dass der Kläger keinen Lohn bezogen hätte, brachte sie vor, dem Kläger müsse der übliche Verdienst resp. ein Durchschnittseinkommen – unter Berücksichtigung seiner Kapitalbeteiligung – angerechnet werden, da er als Partner der C._____ AG praktisch selbständig sei und seine Bezüge beliebig manipulieren könne (Urk. 13 Rz 252). Allerdings machte die Beklagte nicht geltend, der Kläger habe die Anrechnungsklausel dahingehend verstanden bzw. verstehen müssen, dass sie als Anrechnungsgegenstand auch eine selbständige Erwerbstätigkeit im Allgemeinen und den Vorteil der besseren Vorbereitung und/oder eines früheren Starts der Selbständigkeit (Urk. 68 S. 25) mitumfasse. Das

Gleiche gilt für ein lediglich hypothetisches Einkommen bzw. für Wertsteigerungen einer Kapitalbeteiligung. Auch die "dem Kläger ohnehin von Gesetzes wegen obliegenden Pflichten", mit denen dieser einverstanden gewesen sei, bezog die Beklagte auf die im Schreiben aufgeführten Pflichten (Urk. 34 Rz 130), wozu eben die Informationspflicht einerseits und die Pflicht zur Anrechnung eines (tatsächlich erzielten) Ersatzverdienstes andererseits gehörten. Im Übrigen musste der Kläger nach dem Vertrauensprinzip auch nicht damit rechnen, dass unter die vereinbarte Klausel, die sich auf die Anrechnung von Einkünften aus unselbständiger Erwerbstätigkeit beschränkt, auch irgendwelche Vorteile aus der Vorbereitung einer selbständigen Erwerbstätigkeit fallen könnten, zumal ein Verzicht des Arbeitgebers auf jegliche Anrechnung ohne weiteres zulässig ist (Blesi, a.a.O., Rz 362) und eine Anrechnungspflicht bei vereinbarter Freistellung besonderer Vereinbarung bedarf. Die Anrechnung eines pekuniären Vorteils fällt bereits aus diesem Grunde (mangels Vereinbarung) ausser Betracht, da unstrittig ist, dass der Kläger bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses von der C._____ AG keine Vergütung in Form von Lohn bezog.

2.3.4 Gemäss ihrer Erstberufungsantwort will die Beklagte vor Vorinstanz die Anrechnung sämtlicher Vorteile aus der Tätigkeit des Klägers resp. die umfassende Anrechnung der Vorteile, welche der Kläger durch seine Tätigkeit für die C._____ AG während der Freistellung erzielte, verlangt haben. Explizit habe sie auch die Berücksichtigung der Wertsteigerung der Beteiligung an der C._____ AG verlangt, sofern formell kein angemessener Lohn ausbezahlt worden sein sollte. Zudem habe sie die Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes verlangt, den der Kläger erzielt hätte, wenn er für seine Arbeit bereits damals entschädigt worden wäre, was nichts anderes sei als der Vorteil aus der Vorbereitung der selbständigen Tätigkeit. Der anzurechnende hypothetische Lohn – oder eben der Vorteil aus selbständiger Tätigkeit – ergebe sich aus den Wertsteigerungen der Kapitalbeteiligung. Dabei verweist die Beklagte auf folgende Stellen in der Klageantwort, in der Duplik und in der Stellungnahme vom 15. Januar 2021 (Urk. 74 Rz 31 ff.):

- Der Kläger sei während der Freistellung für die C._____ AG tätig gewesen. Nicht nur der Kläger, sondern auch die weiteren Mitarbeiter der Beklagten seien bereits unmittelbar nach der Kündigung – trotz laufendem Arbeitsvertrag mit der Beklagten – wie Arbeitnehmer für die C._____ AG tätig gewesen (Urk. 13 Rz 185, Rz 189, Rz 192 f., Rz 197 f.).
- Der Lohn, den der Kläger durch seine Tätigkeit für die C._____ AG während laufendem Arbeitsverhältnis erzielt habe bzw. verdient hätte, sei ihm anzurechnen und sein Lohnanspruch vermindere sich entsprechend (Urk. 13 Rz 198).
- Da der Kläger nicht nur Arbeitnehmer der C._____ AG sei, sondern gleichzeitig ihr Gesellschafter bzw. ihr Partner und Aktionär, könne nicht nur auf den formellen Arbeitsvertrag abgestellt werden, sondern es sei die ganze rechtliche Beziehung zwischen dem Kläger und der C._____ AG zu berücksichtigen. Es sei nicht nur die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen, sondern auch allfällige spätere Zahlungen der C._____ AG, da es dem Kläger ein Leichtes sei, sein Entgelt, das er ordentlicherweise für seine Tätigkeit für die C._____ AG während seiner Anstellung für die Beklagte erzielt hätte, auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben. Entsprechend stelle die Beklagte mehrere Editionsbegehren. Gestützt auf diese Unterlagen werde sich der anrechenbare Lohn ergeben (Urk. 13 Rz 199 ff., mit Verweis auf Urk. 13 Rz 110 ff. und Rz 174 ff.).
- Die zu edierenden Unterlagen würden belegen, dass der Kläger gearbeitet habe und dass das erzielte (oder erzielbare) Einkommen den Lohnanspruch gegenüber der Beklagten übersteige. In jedem Fall sei davon auszugehen, dass der Kläger bei der C._____ AG unter Berücksichtigung aller Umstände, inklusive Beteiligung an der C._____ AG, mindestens dasselbe Einkommen erziele wie bei der Beklagten, ansonsten er nicht gewechselt hätte (Urk. 13 Rz 202 ff.).
- Unbehelflich sei die Aussage des Klägers, die entsprechenden Tätigkeiten hätten nur der Vorbereitung der selbständigen Tätigkeit gedient. Der Kläger sei unbestreitbar während mehreren aufeinanderfolgenden Tagen für die C._____ AG am Arbeiten gewesen, als sein Arbeitsvertrag mit der Beklagten noch bestanden habe und während einer Zeit, in welcher er nun Lohn von der Beklagten fordere. Der Kläger habe dabei für die C._____ AG als Arbeitnehmer gearbeitet und sei somit unselbständig tätig gewesen. Ohnehin seien seine Handlungen über jene der Vorbereitung hinausgegangen (Urk. 34 Rz 133).

- Da die Entlohnung offenbar wesentlich über seine Kapitalbeteiligung erfolgt sei, seien auch die Quartalsabschlüsse der C._____ AG per 31. März 2019, 31. Juni 2019 und 31. Dezember 2019 zu edieren, aus welchen sich der Wert der Beteiligung des Klägers bzw. die Veränderungen ergeben würden. Der anzurechnende Lohn werde sich aus den Wertsteigerungen seiner Kapitalbeteiligung ergeben (Urk. 34 Rz 138 f.).
- Es sei nicht nur ein allfällig formell ausbezahlter Lohn zu berücksichtigen, sondern auch allfälliger Gewinn aus seiner Tätigkeit als Gesellschafter der C._____ AG oder Lohn, der eigentlich für die Tätigkeit während der Kündigungsfrist geschuldet gewesen wäre, aber formell erst später entrichtet worden sei, bzw. sein üblicher marktgerechter Verdienst, wenn der Kläger und die C._____ AG die Entlohnung manipuliert hätten, um der Anrechnung zu entgehen; die in der Klageantwort und in der Duplik beantragten Beweismittel würden auch dies belegen (Urk. 55 Rz 70).

In der Klageantwort hatte die Beklagte überdies ausgeführt, der Verdienst des Klägers bei der C._____ AG entspreche mindestens dem Lohn, den er bei der Beklagten erhalten hätte. Soweit der Kläger keinen Lohn bezogen habe sollte, wäre ihm der übliche Verdienst anzurechnen, denn der Kläger sei als Partner der C._____ AG letztlich praktisch selbständig und könne seine Bezüge beliebig manipulieren. Aus diesem Grund sei auf das Durchschnittseinkommen des Klägers – unter Berücksichtigung auch seiner Kapitalbeteiligung – abzustellen. Sie werde den Betrag nach Edition der beantragten Unterlagen spezifizieren (Urk. 13 Rz 252).

Die Beklagte kommt in der Erstberufungsantwort zum Schluss, sie habe sich stets auf den Standpunkt gestellt, es dürfe nicht auf die formelle Anstellung bzw. auf die vom Kläger gewählte rechtliche Struktur – formelle Anstellung erst als Mitarbeiter – abgestellt werden, sondern es müsse auch berücksichtigt werden, dass der Kläger Aktionär sei und seine Tätigkeit ihm über die Wertsteigerung der Aktien zu Gute komme, wenn er sich formell keinen Lohn ausbezahle. Ob die von ihr detailliert dargelegten und nachgewiesenen Tätigkeiten während der Freistellung als "Vorbereitungshandlungen" für die (quasi-) selbständige Tätigkeit zu qualifizieren seien, wie der Kläger behaupte, sei nicht relevant, da er Aktionär der C._____

AG sei und sich seine Tätigkeit direkt in einem Wertzuwachs niederschlage. Wenn jemand für ein Unternehmen arbeite, an welchem er kapitalmässig beteiligt sei, erwachse ihm zwingend ein Vorteil, weil sein Kapitalanteil im Wert steige, wenn er sich diese Wertsteigerung nicht als Lohn ausbezahle, wobei es der Kläger als Gesellschafter weitgehend selbst in der Hand habe, ob er sich seinen Lohn ausbezahle oder auf einen Lohn verzichte und dadurch von der Wertsteigerung des Kapitalanteils profitiere (Urk. 74 Rz 82 bis Rz 86).

2.3.5 Die Vorinstanz hat auf die Anrechnungspflicht bei Freistellung und auf die Pflicht des Arbeitnehmers zur Stellensuche hingewiesen (Urk. 68 S. 24). Sie hat sich sodann auf die von kantonalen Gerichten zu Art. 337c Abs. 2 OR und Art. 324 Abs. 2 OR entwickelte Praxis berufen, wonach ein Arbeitnehmer, der sich (aus freien Stücken) selbständig machen will, nicht gehalten ist, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eine unselbständige Arbeit anzunehmen oder zu suchen, sich aber den Vorteil einer besseren Vorbereitung oder eines früheren Starts der selbständigen Tätigkeit anrechnen lassen muss, der darin liegt, dass er sich in der betreffenden Periode dem Aufbau seines Geschäfts widmen kann, auch wenn er in jener Zeit noch keinen Gewinn realisiert (Urk. 68 S. 25). Konkret ging es um Arbeitnehmer, die eine eigene Firma gründeten (JAR 1986 S. 157 ff. = ZR 84 [1985] Nr. 124) oder sich als Pflasterer (JAR 1988 S. 140 ff.), Landwirt (JAR 1988 S. 310 ff.) oder im Management-/Projektbereich (JAR 2010 S. 578 ff.) selbständig machten. In einem Fall machte sich der Arbeitnehmer (EDV-Fachmann) insoweit selbständig, als er sich als einzelzeichnungsberechtigter Direktor einer AG engagieren liess und bereits einen Monat später infolge Ausscheidens einer weiteren Person faktisch die alleinige Führung und Verantwortung der Aktiengesellschaft übernahm (JAR 1992 S. 145 ff.). Diese Rechtsprechung hat in der Lehre Zustimmung gefunden (Blesi, a.a.O., Rz 358; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324 N 7). Die Beweislast für anderweitigen Verdienst liegt – wie auch die Vorinstanz erwähnt hat – beim Arbeitgeber. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III E. 4 S. 191).

2.3.6 Die Vorinstanz erwog, gemäss Lohnausweis 2019 habe der Kläger von der C._____ AG im Zeitraum von 1. August bis 31. Dezember 2019 einen Netto-

lohn von CHF 29'130.– erhalten (Urk. 26/36). Damit sei erstellt, dass der Kläger zumindest in seiner Funktion als Arbeitnehmer für die C._____ AG keinen Ersatzverdienst erzielt habe, der auf den Freistellungslohn anzurechnen wäre. Dies wurde seitens der Beklagten im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Seitens des Klägers blieb unbestritten, dass er als Partner und Teilhaber (Aktionär) der C._____ AG fungiert und seit 8. November 2019 auch kollektiv zeichnungsberechtigt ist (Urk. 13 Rz 110 f., Urk. 24 Rz 182; Urk. 16/23, Urk. 16/26). Der Kläger präzisierte diesbezüglich: Er sei im Sommer 2019 Teilhaber der C._____ AG geworden (Urk. 24 Rz 5), er habe sich im Juli 2019 an einer Neugründung beteiligt (Urk. 24 Rz 114), der Aktienkaufvertrag und dessen Konditionen seien erst ab Juli 2019 ausgehandelt und schliesslich im August 2019 vollzogen worden, während seiner Anstellung bei der Beklagten sei er nicht an der C._____ AG beteiligt gewesen und es sei richtig, dass er über ein massgebliches Aktienpaket verfüge (Urk. 24 Rz 214). Dies alles wurde seitens der Beklagten nicht bestritten (Urk. 34 Rz 131 [Ad Rz 110-112], Rz 140 [Ad Rz 119-136], Urk. 34 Rz 275 ff. [Ad Rz 214-231]).

2.3.7 Wie sich aus den vorstehend wiedergegebenen Vorbringen ergibt (E. III/2.3.4), machte die Beklagte vor Vorinstanz ausschliesslich den vom Kläger als Arbeitnehmer erzielten Ersatzverdienst in Form von Lohn geltend. Sie widersprach sogar der Darstellung des Klägers, wonach dieser, wenn überhaupt, lediglich seine zukünftige Selbständigkeit vorbereitet habe, und beharrte darauf, der Kläger habe als Arbeitnehmer für die C._____ AG gearbeitet und sei somit unselbständig tätig gewesen (Urk. 34 Rz 133). Die Beklagte behauptete somit gerade nicht, der Kläger habe sich zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit entschlossen. Aufgrund der Besonderheit, dass der Kläger an der C._____ AG als Aktionär mitbeteiligt ist, machte die Beklagte mit Blick auf die Entlohnung geltend, es könne nicht nur auf den formell ausbezahlten Lohn abgestellt werden, sondern es seien auch spätere Zahlungen, ein allfälliger Gewinn aus der Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter bzw. die Wertsteigerung seiner Kapitalbeteiligung oder ein üblicher Verdienst zu berücksichtigen. In der Erstberufungsantwort bekräftigte die Beklagte gleichsam ihren Standpunkt, indem sie ausführte, entscheidend sei, wie sie bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht habe, dass der Kläger

als Aktionär seinen *Lohn* weitgehend frei festsetzen könne. Er könne manipulieren, wie viel *Lohn* er sich ausbezahle und wieviel *Gewinn* er in der Gesellschaft lasse, weshalb nicht auf den *Lohn* abgestellt werden könne, sondern zusätzlich auch der *Gewinn* berücksichtigt werden müsse (Urk. 74 Rz 124; Hervorhebung durch das Gericht). Dies alles hat indes nichts mit der Anrechnung des Vorteils zu tun, der nach der Rechtsprechung gerade deshalb erfolgt, weil der freigestellte Arbeitnehmer in der Absicht, sich selbständig zu machen, sich dem Aufbau des eigenen Geschäfts widmet, er aber weder einen Lohn (als Arbeitnehmer) erzielt noch einen Gewinn aus einer Geschäftstätigkeit ausweisen kann. Letzteres räumt auch die Beklagte ein (Urk. 74 Rz 124 a.E.). Die Beklagte machte mit keinem Wort geltend, der Kläger habe sich Vorteile anrechnen zu lassen, weil er die Zeit der Freistellung für die Gründung eines eigenen Geschäfts und im Hinblick auf einen zukünftigen Gewinn habe nutzen können. Sie hat zwar ausgeführt, der Kläger sei als Partner der C._____ AG "letztlich praktisch selbständig", allerdings erfolgte diese Bemerkung zur Untermauerung ihres Standpunktes, der Kläger könne seine Bezüge beliebig manipulieren, weshalb ihm der "übliche Verdienst" resp. ein "Durchschnittseinkommen unter Berücksichtigung auch seiner Kapitalbeteiligung" anzurechnen sei (Urk. 13 Rz 252). Diesen Vorwurf mitsamt dem üblichen Verdienst substantiierte die Beklagte allerdings nicht näher (zur mangelnden Substantiierung vgl. auch E. III/2.3.9). Es ist auch nicht ersichtlich, wie der Kläger als einer von damals sechs Partnern (Urk. 16/26) bei der C._____ AG schalten und walten konnte, wie er wollte, mit der Folge, dass er trotz seines Arbeitsverhältnisses gleich wie ein Selbständigerwerbender zu behandeln ist. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich deshalb auch massgeblich von dem in JAR 1992, S. 145 ff., beurteilten Fall, in dem einem einzelzeichnungsberechtigten Direktor die alleinige Führung und Verantwortung der AG oblag. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Kläger mit Bezug auf die Vorteilsanrechnung als Selbständigerwerbender zu betrachten ist, bereits deshalb nicht, weil die Beklagte die Vorbereitung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und daraus entspringende Vorteile gar nicht mit hinreichender Bestimmtheit geltend machte.

2.3.8 Aus dem vorstehend Ausgeführten folgt, dass dem Kläger mangels entsprechender Vorbringen (Art. 55 Abs. 1 ZPO) kein Vorteil aus der Vorbereitung einer selbständigen Erwerbstätigkeit anzurechnen ist. An diesem Ergebnis vermag nichts zu ändern, dass sich der Kläger (im Gegensatz zur Beklagten) dahingehend äusserte, er habe – wenn überhaupt – lediglich seine künftige Selbständigkeit vorbereitet (Urk. 24 Rz 110, Rz 225 und Rz 243). Die Behauptung des Klagefundaments für anderweitigen Verdienst ist Sache der Beklagten, die eben gerade keine Anrechnung von Vorteilen mit Blick auf eine Selbständigkeit geltend machte. Entgegen ihrer Beteuerung zeigt die Beklagte in der Erstberufungsantwort mit ihren Verweisen auch nicht auf, wo sie vor Vorinstanz darlegte, worin die Tätigkeiten des Klägers für die C._____ AG *nach* erfolgter Freistellung (d.h. von 2. April bis 30. Juni 2019) genau bestanden haben sollen (Urk. 74 Rz 85 mit Verweis auf Urk. 13 Rz 185 ff. und Urk. 34 Rz 158 ff.; Urk. 74 Rz 97 mit Verweis auf Urk. 13 Rz 185 ff. und Urk. 34 Rz 127 ff., Rz 131 ff.). Es lässt sich daher auch nicht beurteilen, ob sie der früheren und besseren Vorbereitung der Selbständigkeit dienten und Vorteile mit sich brachten, die eine Anrechnung rechtfertigen. Wenn die Beklagte zum Nachweis dafür, dass "der Kläger während der gesamten Kündigungsfrist Vollzeit für die C._____ AG" arbeitete, auf ihre vor Vorinstanz gestellten "zahlreichen Beweisanträge" verweist resp. diese der guten Ordnung nochmals wiederholt (Urk. 74 Rz 97), hilft ihr dies daher nicht weiter. Allfälliges Fehlverhalten *vor* der Kündigung und Freistellung (Urk. 34 Rz 158 ff., Urk. 13 Rz 113 ff.) muss bei der Anrechnung selbstredend ebenso ausser Betracht bleiben. Soweit die Beklagte in der Klageantwort für die Zeit nach der Kündigung mehrheitlich "interne Arbeiten" des Klägers wie die Einspeisung der relevanten Datenbanken mit den mitgenommenen Daten vermutete (Urk. 13 Rz 239), ist auch dies zu spekulativ und unbestimmt. Zudem bestritt der Kläger eine solche Aktivität (Urk. 24 Rz 240), weshalb diese beweislos bleibt. Eine unterbliebene Beweisabnahme rügt die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht.

2.3.9 Da der Kläger mit seiner Rüge der unzulässigen Vorteilsanrechnung durchdringt, muss auf seinen Einwand der willkürlichen Kalkulation dieses Vorteils (Urk. 67 Rz 31 ff.) und auf die diesbezüglichen Entgegnungen der Beklagten

(Urk. 74 Rz 89 ff.) nicht mehr näher eingegangen werden. Damit ist auch die Abnahme der von der Beklagten genannten Beweismittel obsolet, die "für den hypothetischen Fall, dass das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid [...] in Bezug auf die Höhe des angerechneten Vorteils aufheben sollte" (Urk. 74 Rz 125), verlangt wurde (Urk. 74 Rz 125). Die Beweisabnahme kann aber auch aus weiteren Gründen unterbleiben. Konkrete, über den Lohnausweis hinausgehende "spätere Zahlungen der C._____ AG" an den Kläger (Urk. 74 Rz 33, Urk. 13 Rz 200) nannte die Beklagte nicht. Bei ihrem diesbezüglichen Vorbringen handelt es sich um reine Spekulation und der entsprechende Editionsantrag ("Nachweis über sämtliche Zahlungen der C._____ AG an den Kläger zwischen 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2019") blieb entsprechend unbestimmt, weshalb ihm nicht entsprochen werden könnte. Soweit die Beklagte die Berücksichtigung der "Wertsteigerungen der Aktien" verlangte (Urk. 74 Rz 82), weil sich die Arbeit "direkt in einem Wertzuwachs niederschlägt" und "sein Kapitalanteil im Wert steigt, wenn er sich diese Wertsteigerung nicht als Lohn ausbezahlt" (Urk. 74 Rz 82, Rz 85 f.), ist zu sagen, dass die Beklagte – welche die Edition von Quartalsabschlüssen der C._____ AG per 31. März, 31. Juni und 31. Dezember 2019 beantragte (Urk. 74 Rz 125) – mit keinem Wort erwähnte, anhand welcher Zeitspanne bzw. basierend auf welchen Anfangs- und Schlusswerten eine solche Wertsteigerung zu berechnen und auf welche Weise der Wert der Arbeitsleistung des Klägers anhand eines allfälligen Wertzuwachses des Unternehmens zu eruieren wäre (Urk. 13 Rz 206, Rz 252; Urk. 34 Rz 138 f.).

2.4 Im Ergebnis erweist sich die Erstberufung des Klägers als begründet. Die Beklagte schuldet dem Kläger nicht einen, sondern drei Monatslöhne für die Monate April bis und mit Juni 2019. Der Kläger stellt nicht in Frage, dass die Parteien keinen Verfalltag für die Lohnzahlung vereinbarten. Entgegen der Darstellung des Klägers bedarf es einer Mahnung, um den Verzug herbeizuführen, wenn sich die Fälligkeit – wie vorliegend (Urk. 68 S. 58) – aus Art. 323 Abs. 1 OR ergibt (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 323 N 3). Wie die Vorinstanz korrekt darlegte (Urk. 68 S. 58), werden mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich alle Forde-

rungen fällig (Art. 339 Abs. 1 OR) und ist zum Eintritt des Verzugs keine Mahnung erforderlich, wenn das Arbeitsverhältnis infolge Kündigung endet (Art. 102 Abs. 2 OR). Betreffend Verzugszins erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit CHF 89'042.70 netto zuzüglich 5% Zins seit 1. Juli 2019.

3.1 Die Zweitberufung der Beklagten richtet sich gegen die Verneinung ihres Anspruchs auf Rückerstattung des im März 2019 für das Jahr 2018 ausbezahlten Bonus von CHF 708'580.– bzw. gegen die Abweisung der entsprechenden Verrechnungsforderung. Im Sinne einer Vorbemerkung legt sie dar, dass sämtliche Bonuskomponenten (Ziffern 1A, 1B und 2 gemäss Addendum vom 26. Juni 2014) in ihrem Ermessen gestanden hätten und der gesamte Bonus somit als echte Gratifikation zu qualifizieren sei (Urk. 88/67 Rz 42 ff.). Im Übrigen hält sie an ihrer Auffassung fest, dass "die Bedingung für den Bonus nicht erfüllt" und der Kläger zur Rückerstattung desselben verpflichtet sei, weil er im Jahre 2018 die Bedingung der Einhaltung des "Code of Conduct" und der übrigen B._____-Reglemente nicht erfüllt, sondern diese mehrfach und in gravierender Weise verletzt habe (Urk. 88/67 Rz 56). Die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten, dass der Arbeitgeber Gratifikationen einseitig an Bedingungen knüpfen könne. Indem die Vorinstanz in der Folge dennoch geprüft habe, ob eine Vereinbarung zustande gekommen sei, wonach der Bonus von der Einhaltung des Arbeitsvertrags und der Reglemente abhängig sei, habe sie das Recht falsch angewandt bzw. Art. 322d OR verletzt. Es sei erstellt und gehe unzweideutig aus den Bonusschreiben hervor, dass sie die Bezahlung des Bonus an die Bedingung der Einhaltung sämtlicher Reglemente geknüpft habe. Auch die Vorinstanz sei von nichts anderem ausgegangen, habe sie doch die Bedingung der Einhaltung sämtlicher Reglemente an der Zustimmung des Klägers scheitern lassen. Damit habe die Vorinstanz negiert, dass die Bedingung durch den Arbeitgeber eben gerade "einseitig" habe festgelegt werden können. Eine Zustimmung zu dieser Bedingung durch den Kläger sei demnach nicht erforderlich gewesen. Ebenfalls sei im vorinstanzlichen Verfahren nachgewiesen worden, dass die Bedingung nicht erfüllt gewesen sei. Entsprechend habe die Beklagte Anspruch auf Rückerstattung der Bonuszahlung und die klägerische

Forderung sei aufgrund der Verrechnung vollständig abzuweisen. An diesem Ergebnis änderte auch nichts, wenn von einer unechten Gratifikation ausgegangen würde. Auch in diesem Fall sei es zulässig, die Ausrichtung an die Bedingung der Einhaltung der Reglemente zu knüpfen und den Bonus bei Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers einseitig zu kürzen bzw. zu verweigern, auch wenn dies nicht vereinbart worden sei. Der Arbeitnehmer müsse bei der unechten Gratifikation nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Höhe der Gratifikation von der Einhaltung seiner arbeitsrechtlichen Verpflichtungen abhängig sei. Da eine (unechte) Gratifikation gemäss Lehre und Rechtsprechung wegen groben oder grobfahrlässigen Vertragsverletzungen gekürzt oder gestrichen werden dürfe, müsse es auch möglich sein, die Ausrichtung an die Bedingung der fehlenden Vertragsverletzung zu knüpfen und – wenn der Arbeitgeber erst nach der Ausrichtung von der Vertragsverletzung erfahre – die Bonuszahlung zurückzufordern. Sie habe daher die Bonuszahlung einseitig an die Bedingung der Einhaltung der Reglemente knüpfen dürfen, was sie auch wirksam gemacht habe. Da die Bedingung nicht erfüllt gewesen sei, bestehe ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch (Urk. 88/67 Rz 58 ff.). Im Übrigen habe sie eventualiter eine Täuschung und einen Irrtum betreffend die im März 2019 kurz vor der Kündigung zugesprochenen und ausgerichteten CHF 708'580.– geltend gemacht. Die Vorinstanz habe dieses Argument gänzlich unberücksichtigt gelassen und damit das rechtliche Gehör sowie Art. 24 und Art. 28 OR verletzt. Es sei aufgrund der Bonusschreiben evident gewesen, dass die Bonuszahlung nur erfolge, wenn der Kläger bestätige, dass er die Reglemente eingehalten habe. Die verlangte Self-Certification sei gerade deshalb verlangt worden, weil sie im Zeitpunkt der Zusprechung und Ausrichtung des Bonus niemals mit Sicherheit wissen könne, ob der Kläger die Gesetze, Reglemente und den Arbeitsvertrag eingehalten habe. Der Kläger habe dies bewusst und arglistig falsch angegeben und sie getäuscht. Hätte der Kläger die Bestätigung nicht abgegeben oder wahrheitsgemäss abgegeben, so wäre es nicht zu einer Auszahlung gekommen, weshalb der Kläger auch unter diesem Gesichtspunkt zur Rückerstattung verpflichtet sei (Urk. 88/67 Rz 75 ff.).

Die Beklagte bemängelt weiter, die Vorinstanz habe das Vertrauensprinzip falsch angewandt und Art. 1 OR verletzt, indem sie einen Konsens, wonach der

Bonus von der Einhaltung sämtlicher vertraglicher Verpflichtungen bzw. aller Reglemente abhängig gemacht worden sei, verneint habe (Urk. 88/67 Rz 83, Rz 96). Die Self-Certification, auf der zugegebenermassen ein Hinweis auf die Rückforderung des Bonus gefehlt habe, müsse in Verbindung mit dem Bonusschreiben gelesen werden, das auf die Self-Certification verweise und sie als Voraussetzung bzw. Bedingung für den Bonus bezeichne. In den Bonusschreiben 2016 bis 2018 werde ausdrücklich erwähnt, dass "die Self-Certification der Einhaltung des Arbeitsvertrages und der Reglemente" eine Bedingung bzw. Voraussetzung für die Bonuszahlung sei. Dem Kläger habe aufgrund des Bonusschreibens mit dem expliziten Hinweis auf die Self-Certification klar sein müssen, dass sie die Auszahlung des Bonus an die Einhaltung der Reglemente habe knüpfen wollen und kein Bonus bezahlt werde, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt sei. Daraus folge direkt die Rückerstattungspflicht im Falle einer falschen Bestätigung, wenn sie erst nach Auszahlung des Bonus von Vertrags-, Gesetzes- und Reglementsverletzungen erfahre. Die gegenteilige Ansicht würde die Self-Certification jeglicher Wirkung und Relevanz berauben, was nach dem Vertrauensprinzip nicht anzunehmen sei (Urk. 88/67 Rz 79 ff.). Entgegen der Vorinstanz gehe es nicht um eine stillschweigende Annahme gemäss Art. 6 OR, sondern um eine konkludente Annahme der Vertragsänderungsofferte durch aktives Handeln, die darin zu sehen sei, dass der Kläger die ausdrücklich als Bedingung für die Auszahlung des Bonus verlangte Self-Certification abgegeben habe. Die Vorinstanz habe auch unberücksichtigt gelassen, dass die entsprechende Bedingung während Jahren in jedem Bonusschreiben prominent und ausdrücklich angeführt worden sei, was der Kläger nicht anders habe verstehen können, als dass sie den Bonus von dieser Bedingung habe abhängig machen wollen, und der Kläger die entsprechenden Bestätigungen auch während Jahren immer ohne Opposition abgegeben habe. Entgegen der Vorinstanz lasse sich aus dem Beitritt des Klägers zum "Inner Circle" per 1. Dezember 2015 nichts in Bezug auf die Vereinbarung der Bedingung der Einhaltung der vertraglichen Pflichten bzw. Reglemente ableiten, da die Bonusschreiben allesamt später ausgestellt worden seien. Unzutreffend sei schliesslich die Behauptung der Vorinstanz, es handle sich bei der Bedingung der Einhaltung der Reglemente um eine "drastische Verschärfung" der Bonusverein-

barung. Vorliegend liege – wenn überhaupt – lediglich eine geringfügige Verschlechterung der Position des Klägers durch die ausdrückliche Bedingung im Bonusschreiben vor, da jedenfalls nach Ziffer 2 der "Bonus-Formel" überhaupt keine Verpflichtung zur Ausrichtung einer Gratifikation bestehe und der Arbeitgeber in jedem Fall ein Ermessen bei der Höhe der Gratifikation habe. Irrelevant sei der Hinweis der Vorinstanz, dass der Kläger Gefahr laufen würde, selbst bei einem auf den ersten Blick bedeutungslosen Regelverstoss den gesamten Bonus zu verlieren bzw. zurückerstatten zu müssen. Einerseits habe der Kläger schwerwiegende Vertragsverletzungen begangen und andererseits müsse lediglich entschieden werden, ob eine Rückforderung in der Höhe der eingeklagten Forderung zulässig und berechtigt sei (Urk. 88/67 Rz 89 ff.).

3.2 Der Kläger macht zusammengefasst geltend, die Beklagte mache in der Berufung neu geltend, sie habe die zusätzlichen Bonusbedingungen einseitig festgelegt und dies auch tun dürfen. Sie setze sich damit über ihre eigene Position vor Vorinstanz hinweg, wo sie sich noch ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt habe, die veränderten Bedingungen seien zwischen den Parteien vereinbart worden. Das Vorbringen der einseitigen Festlegung erfolge grundlos verspätet und sei im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig (Urk. 88/76 Rz 97 ff., Rz 193). Da die Beklagte die Bonusbedingungen mit ihm detailliert vereinbart und ihm den entsprechend kalkulierbaren Bonus auch stets ausbezahlt habe, sei eine einseitig zu seinen Lasten und zugunsten der Beklagten "angeordnete" Abweichung von den vertraglich vereinbarten Bedingungen unzulässig (Urk. 88/76 Rz 109). Im Übrigen bestünde selbst bei Zulässigkeit einseitiger Bedingungsänderungen keine Rückerstattungspflicht. Denn die Beklagte habe im Bonusschreiben 2018 lediglich die Bedingung, wonach er zu bestätigen habe, dass seinerseits keinerlei unangemessenes Verhalten, wie es im Arbeitsvertrag definiert worden sei, vorliege, mit einer Rückerstattungspflicht verknüpft (Urk. 88/76 Rz 111 ff., Rz 194, Rz 201). Ein unangemessenes Verhalten zum Zwecke der Bonusbeeinflussung sei nie erfolgt und werde auch nicht geltend gemacht (Urk. 88/76 Rz 223, Rz 115). Die Beklagte habe die Abgabe einer entsprechenden Bestätigung für den Bonus, wonach er sämtliche Reglemente eingehalten habe, gemäss ihren Schreiben vom 14. Januar 2019 und 11. März 2019 zwar tatsächlich als Bedingung zu setzen versucht. Er

habe beide Bestätigungen abgegeben, wären die Bedingungen zum Vertragsbestandteil erhoben worden, was nicht der Fall sei. Die beiden von der Beklagten in ihren beiden Schreiben gesetzten Bedingungen wären damit erfüllt, selbst wenn das einseitige Aufoktroieren zusätzlicher Bedingungen zulässig gewesen wäre (Urk. 88/76 Rz 118). Eine Irrtumsanfechtung begründe und belege die Beklagte wie bereits vor Vorinstanz nicht genügend (Urk. 88/76 Rz 195, Rz 198). Die Beklagte habe vor Vorinstanz einen normativen Konsens behauptet, was die Vorinstanz zu Recht verneint habe (Urk. 88/76 Rz 200). Er habe sich in guten Treuen darauf verlassen dürfen, dass die Beklagte nicht plötzlich formfrei einseitige Vertragsänderungen zu seinen Ungunsten einführe, um ihn so um den vertraglichen Bonus zu prellen. Entgegen der Beklagten bestehe auch kein normativer Konsens über die Einführung einer Bedingung, dass er sämtliche Reglemente eingehalten habe (Urk. 88/76 Rz 118, Rz 207).

3.3.1 Die von der Beklagten unter Hinweis auf das vorinstanzliche Urteil und die Lehre geäußerte Ansicht, dass der Arbeitgeber Gratifikationen einseitig an Bedingungen knüpfen kann (Urk. 88/67 Rz 58 ff., vgl. bereits Urk. 34 Rz 58), bezieht sich auf die freiwillige Gratifikation. Bei dieser Konstellation fehlt es an einer schuldrechtlich relevanten Vereinbarung (Morf, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2011, Rz 680, Rz 683; BK-Rehbinder, Art. 322d OR N 9). Vorliegend haben die Parteien indes im Arbeitsvertrag vom 8./9. Februar 2011 eine Gratifikationsvereinbarung (Bonusvereinbarung) getroffen, die sie später auch modifiziert haben (Urk. 26/21-24). Der Detaillierungsgrad einer solchen Grundsatzvereinbarung kann verschieden sein. Soweit die Parteien Eckpunkte oder Ausrichtungsmodalitäten der (unechten) Gratifikation (auch nur dem Grundsatz nach) einvernehmlich festgelegt haben, sind beide Parteien daran gebunden, auch wenn der Arbeitgeber in der weiteren Konkretisierung hinsichtlich nicht geregelter Punkte (z.B. Höhe, Festlegung der Zahlungsmittels und der Fälligkeit) grundsätzlich frei bleibt (Morf, a.a.O., Rz 661, Rz 671). Von Bedeutung ist zudem, dass es vorliegend nicht um die Bedingungen für die Entstehung des Bonusanspruchs oder für die Auszahlung des Bonus geht. Zu beurteilen ist vielmehr, ob der Kläger *zur Rückerstattung* des ihm ausbezahlten Bonus

von CHF 708'580.– verpflichtet ist und der Beklagten eine entsprechende Forderung zusteht, die sie zur Verrechnung bringen kann. Als Teil der Bonusvereinbarung haben die Parteien in den Arbeitsvertrag auch eine Rückzahlungsklausel (sog. Clawback-Klausel) aufgenommen (Urk. 68 S. 40). Clawback-Klauseln sollen die Rückforderung von bereits ausbezahlten variablen Vergütungen ermöglichen. Dabei sind mit Bezug auf das die Rückforderung auslösende Ereignis verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten denkbar. Von einem Compliance-Clawback wird gesprochen, wenn die Rückforderung vom Vorliegen einer Pflichtverletzung abhängig gemacht wird. Der Performance-Clawback setzt ein Nichterreichen zuvor definierter Ziele voraus. Die Parteien legen in der Clawback-Klausel den Anknüpfungspunkt der Rückforderung bzw. den konkreten Auslösemechanismus im vornherein vertraglich fest (Rosiak, Clawback-Klauseln im System der Vorstandsvergütung, Baden-Baden 2022, S. 23, S. 26 f., S. 85 f., S. 106, S. 165, S. 283; vgl. – im Zusammenhang mit einer späteren Kündigung des Arbeitnehmers – ferner Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, 2007, Rz 495; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4^e éd. 2019, S. 224 f.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 25).

3.3.2 Im hier zu beurteilenden Fall haben die Parteien im Arbeitsvertrag die Rückzahlung des bereits ausbezahlten Jahresbonus von einem unangemessenen Verhalten des Arbeitnehmers im Sinne einer bonusrelevanten Handlung des Arbeitnehmers abhängig gemacht (Urk. 21/57: "[...] wenn der Mitarbeiter vorsätzlich oder grob fahrlässig in unangemessener Weise oder durch unangemessene Mittel gehandelt hat, um die Höhe seines Bonus zu seinen Gunsten zu beeinflussen."). Diese Rückzahlungsverpflichtung bezieht sich auf den gesamten "annual bonus" (Urk. 5/1 S. 2), weshalb sämtliche Bonuskomponenten gemäss Addendum vom 26. Juni 2014 (Formula 1 Ziffer 1A, 1B und 2; Urk. 26/24) davon erfasst werden. Die Beklagte kann die Rückzahlungsverpflichtung nicht einseitig auf weitere Tatbestände ausdehnen. Dies gilt auch insoweit, als der Bonusbestandteil gemäss Ziffer 2 betroffen ist, der dem Grundsatz nach vereinbart, dessen genaue Höhe aber ausdrücklich dem Ermessen der Arbeitgeberin vorbehalten wurde (Urk. 26/24, Urk. 31/45 [dt. Übersetzung]). Es ist daher vergeblich, wenn die Beklagte mit der Zweitberufung auch die Höhe der Bonuskomponenten gemäss Ziffer 1A und 1B von ihrem Ermessen abhängig machen will (Urk. 88/67 Rz 48 ff.; vgl.

demgegenüber noch Urk. 13 Rz 50 und Urk. 34 Rz 58 f.). Im Übrigen legt die Beklagte mit keinem Wort dar, wo sie vor Vorinstanz entsprechende Behauptungen zu ihrem Ermessen bei der Festlegung dieser Bonuskomponenten aufgestellt hätte, weshalb ihre Vorbringen mit dem Kläger als neu und unzulässig einzustufen sind (Urk. 88/76 Rz 75). Indem die Vorinstanz prüfte, ob die Parteien (nachträglich) eine Vereinbarung getroffen haben, wonach der Bonus von der Einhaltung sämtlicher Reglemente abhängig gewesen sei, hat sie das Recht bzw. Art. 322d OR somit nicht unrichtig angewandt.

3.3.3 Umsonst beruft sich die Beklagte im Zusammenhang mit der "zugeprochenen und ausgerichteten Zahlung von CHF 708'580" (Urk. 88/67 Rz 75 mit Verweis auf Urk. 13 Rz 59) auf einen Irrtum (Art. 24 OR) bzw. eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR). Die Art. 23 ff. OR befassen sich mit den Mängeln des Vertragsabschlusses. Die Bestimmungen sind zwar auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anwendbar (BK-Schmidlin, Art. 23/24 OR N 302). Die Beklagte tut indes nicht dar, inwiefern die Zahlung einer variablen Vergütung im vorliegenden Zusammenhang nicht nur als tatsächliches Tun, sondern darüber hinaus als (einseitiges) Rechtsgeschäft qualifiziert werden muss (zur Rechtsnatur der Erfüllung: BK-Weber, Einleitung und Vorbem. zu Art. 68-96 OR N 64 ff.; BSK OR I-Schroeter, Vor Art. 68-74 N 22). Zudem haben die Parteien eine Vereinbarung getroffen, in welchen Fällen eine Rückzahlung des Bonus wegen später entdecktem Fehlverhalten des Klägers zu erfolgen hat. Eine solche Rückzahlung kann ausschliesslich dann gefordert werden, wenn sich herausstellt, dass der Kläger den Bonus zu seinen Gunsten beeinflusst hat. Diese Regelung lässt sich nicht unter Berufung auf Willensmängel erweitern.

3.3.4.1 Die Vorinstanz prüfte, ob aufgrund der Bonusschreiben 2016 bis 2018 und der vom Kläger abgegebenen Self-Certifications davon ausgegangen werden muss, die Parteien hätten die Einhaltung sämtlicher Reglemente als Bedingung für die Auszahlung des Bonus vereinbart und bei Nichtvorliegen dieser Bedingung eine Rückerstattungspflicht vorgesehen. Sie kam zum Schluss, ein tatsächlicher Konsens sei weder substantiiert dargetan noch erstellt und ein normativer Konsens über ein erweitertes Bonusregime sei zu verneinen (Urk. 68 S.

45, S. 48). Die Beklagte hält berufungsweise daran fest, dass zumindest ein normativer Konsens bestanden habe, wonach die Bonuszahlungen von der Einhaltung sämtlicher Reglemente – und nicht nur vom Fehlen eines unangemessenen Verhaltens – abhängig gemacht worden seien (Urk. 88/67 Rz 80 ff.). Aus dem Umstand, dass sie die Auszahlung des Bonus an die Einhaltung der Reglemente habe knüpfen wollen und kein Bonus bezahlt werde, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt sei, schliesst die Beklagte direkt auf eine Rückerstattungspflicht, falls sich die Bestätigung als falsch erweist und sie erst nach Auszahlung des Bonus von Vertrags-, Gesetzes- und Reglementsverletzungen erfährt. Ihrer Ansicht nach wäre ansonsten die Self-Certification gänzlich ohne Wirkung und Relevanz gewesen (Urk. 88/67 Rz 87). Die Verneinung eines tatsächlichen Konsenses hält die Beklagte zwar ebenfalls für falsch (Urk. 88/67 Rz 41). Sie begründet dies aber mit keinem Wort, weshalb insoweit auf die Berufung nicht einzutreten ist.

3.3.4.2 Der (hälftige) Bonus 2018 von CHF 708'580.– wurde dem Kläger anfangs 2019 ausbezahlt (Urk. 13 Rz 34, Rz 60; Urk. 24 Rz 169). Daher stellt sich lediglich die Frage, ob die Parteien die Clawback-Klausel (nicht aber die Bedingungen für die Auszahlung des Bonus) nachträglich erweitert haben. Die Parteien haben die Voraussetzungen für die Auszahlung des Bonus und die Clawback-Voraussetzungen im Arbeitsvertrag separat geregelt (Urk. 5/1 S. 2). Richtig gesehen hat die Beklagte die Clawback-Voraussetzungen in den Bonusschreiben allerdings nicht breiter gefasst als im Arbeitsvertrag:

- Gemäss Arbeitsvertrag musste der Kläger vor der Auszahlung bestätigen, dass er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig in unangemessener Weise oder durch unangemessene Mittel gehandelt hat, um seinen Bonusbetrag (his bonus amount) zu beeinflussen. Sodann verpflichtete er sich, bis zu 100% des bezahlten Jahresbonus für das Jahr, in dem das unangemessene Verhalten aufgetreten ist, zurückzugeben, wenn sich in den zwei Jahren nach Bezahlung des Jahresbonus herausstellt, dass ein solches unangemessenes Verhalten stattgefunden hat, wobei in diesem Zusammenhang ein unangemessenes Verhalten ausdrücklich auf den Tatbestand beschränkt wurde, dass der Mitarbeiter vorsätzlich oder grob fahrlässig in unangemessener Weise oder durch unangemessene Mittel gehandelt hat, um seinen Bo-

nusbetrag (his bonus amount) zu beeinflussen (Urk. 5/1 S. 2 f.; Urk. 21/57 S. 1 f. [dt. Übersetzung]).

- Gemäss Bonusschreiben 2016 bis 2018 hatte der Kläger vor Auszahlung einerseits zu bestätigen, dass er kein unangemessenes Verhalten wie in seinem Arbeitsvertrag definiert an den Tag legte, und andererseits zu bestätigen, dass er in Übereinstimmung mit dem Verhaltenskodex für Arbeitnehmer und allen anderen anwendbaren B.____-Richtlinien gehandelt hat. Dabei wurde jeweils darauf aufmerksam gemacht, dass der Kläger im Falle eines unangemessenen Verhaltens bis zu 100% des Bonus für das Jahr bzw. die Jahre, in dem bzw. in denen das unangemessene Verhalten aufgetreten ist, zurückzuerstatten hat (Urk. 16/13 S. 2 Ziff. 4 und 5, Urk. 16/14 S. 2 Ziff. 3 und 4 und Urk. 16/16 S. 2 Ziff. 4 und 5; Urk. 21/63-65 [dt. Übersetzung]).

Durch den Verweis auf die Definition des unangemessenen Verhaltens im Arbeitsvertrag einerseits und die Verknüpfung der Rückerstattungspflicht mit einem unangemessenen Verhalten andererseits wird klar, dass auch die Bonusschreiben die Rückerstattungspflicht einzig für den Fall vorsehen, dass der Kläger seinen Bonus zu seinen Gunsten beeinflusste. Mit anderen Worten liegt keine einseitige nachträgliche Verschärfung der Rückzahlungsbedingungen zulasten des Klägers vor. Die Beschränkung der Rückerstattungspflicht auf den Tatbestand eines "Non-Appropriate Behaviour" im Sinne des Arbeitsvertrags resp. eines bonusbeeinflussenden Verhaltens wurde in den Schreiben, in denen die Boni 2016-2018 jeweils definitiv mitgeteilt wurden, nochmals bestätigt (Urk. 26/29 S. 2 Ziff. 4, Urk. 26/30 S. 2 Ziff. 3, Urk. 26/31 S. 2 Ziff. 3). Sämtliche Bonusschreiben stimmen insoweit mit dem Arbeitsvertrag überein. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Clawback-Klausel auf den Fall angewendet wird, in dem die Tatbestandsvoraussetzungen der Klausel vorliegen, der Bonus, auf dessen Auszahlung bereits ein Anspruch entstanden ist, aber noch nicht ausbezahlt wurde, mit der Folge, dass ein bereits entstandener Anspruch nicht ausbezahlt werden muss (vgl. Rosiak, a.a.O., S. 103). Die Vorinstanz stellte unangefochten fest, dass die dem Kläger von der Beklagten vorgeworfenen Treuepflichtverletzungen mit der Bonushöhe oder deren Beeinflussung durch unangemessenes Verhalten nichts zu tun haben

(Urk. 68 S. 48; vgl. auch Urk. 88/67 Rz 100 ff.). Die dem Kläger vorgeworfenen Vertragsverletzungen bzw. Reglementsverletzungen (Urk. 88/67 Rz 100 ff.) können nicht zur Rückerstattung des Bonus führen. Damit kann die Beklagte auch keine Gegenforderung auf Rückerstattung der ausbezahlten CHF 708'580.– zur Verrechnung bringen. Ihre Berufung erweist sich damit bereits aus diesem Grunde als unbegründet.

3.3.5.1 Eine Verschärfung des Bonusregimes kann darin gesehen werden, dass der Kläger gemäss Arbeitsvertrag lediglich zu bestätigen hatte, dass es seinerseits zu keinem "Non-Appropriate Behaviour" gekommen ist, wogegen er gemäss Bonusscheiben zusätzlich in einer "Annual Self Certification" zu bescheinigen hatte, dass er im betreffenden Jahr in Übereinstimmung mit dem Code of Conduct (Verhaltenskodex) für Arbeitnehmer und allen anderen anwendbaren B.____-Richtlinien gehandelt hat. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass der Kläger die "Annual Self Certification 2018" resp. die notwendigen Bestätigungen abgegeben hat (Urk. 13 Rz 57, Urk. 24 Rz 136, Urk. 34 Rz 49, Rz 53 und Rz 145 f.; Urk. 16/17). Mit Abgabe der Bestätigungen waren die Bedingungen für die Auszahlung des Bonus bereits erfüllt. Darüber hinaus macht die Beklagte mit der Berufung erneut geltend, aus den Bonusschreiben mit dem expliziten Hinweis auf die Self-Certification habe dem Kläger klar sein müssen, dass sie die Auszahlung des Bonus an die Einhaltung der Reglemente habe knüpfen wollen und kein Bonus bezahlt werde, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt sei, woraus sich direkt die Rückerstattungspflicht im Falle einer falschen Bestätigung ergebe, wenn sie erst nach Auszahlung des Bonus von Vertrags-, Gesetzes- und Reglementsverletzungen erfahre. Der Kläger habe dieser Vertragsänderungsofferte mit Abgabe der Self-Certification konkludent zugestimmt (Urk. 88/67 Rz 86 f.).

3.3.5.2 Dieser Argumentation kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden. Zunächst vermischt die Beklagte die Auszahlung des Bonus mit dessen Rückerstattung. Selbst für den Fall, dass die Beklagte tatsächlich berechtigt gewesen wäre, bei Verletzungen irgendeines ihrer Reglemente die Auszahlung des

Bonus zu verweigern, folgt nicht automatisch, dass sie auch dessen Rückerstattung verlangen kann. In der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es für einen Arbeitnehmer einen Unterschied macht, ob er einen bereits ausbezahlten und allenfalls bereits verbrauchten Betrag zurückzahlen soll oder ob lediglich der Bonus nicht ausbezahlt wird (Rosiak, a.a.O., S. 104; vgl auch Urk. 68 S. 48: "oder, was für einen Arbeitnehmer noch einschneidender ist, im Falle eines erst nach der Bonuszahlung entdeckten Fehlverhaltens den gesamten Bonus zurückerstatten zu müssen"). Wie bereits erwähnt, haben die Parteien eine Rückerstattung sowohl im Arbeitsvertrag als auch in den Bonusschreiben ausschliesslich auf ein "Non-Appropriate Behaviour" im Sinne eines die Bonushöhe beeinflussenden Verhaltens beschränkt. Es würde einen Arbeitnehmer deutlich stärker treffen, müsste er bis zwei Jahre nach Auszahlung (Urk. 5/1: "Finding Date") wegen irgendeiner Pflichtverletzung bzw. eines beliebigen Verstosses gegen ein Reglement des Arbeitgebers mit der Rückerstattung rechnen.

Selbst wenn davon ausgegangen werden müsste, die Beklagte habe dem Kläger mit den Bonusschreiben eine Änderung des Bonusregimes unterbreitet, könnte mit der Vorinstanz nicht darauf geschlossen werden, der Kläger habe mit der Abgabe der Self-Certifications konkludent einer Regelung zugestimmt, die bei jedem Verstoß gegen eine Vertragsbestimmung bzw. ein Reglement einen Bonusverlust oder eine Bonusrückerstattung zur Folge hat. Ausgangspunkt bildet der schriftliche Arbeitsvertrag. Darin wurde für die Auszahlung des Bonus eine Bestätigung des Klägers, dass kein unangemessenes Verhalten im Sinne einer unlauteren Beeinflussung der Bonushöhe erfolgte, verlangt und für den Fall, dass eine solche Beeinflussung nachträglich entdeckt wird, eine Rückerstattungspflicht statuiert (Urk. 5/1, Urk. 21/57 [dt. Übersetzung]). In der Folge wurden Modifikationen der Bonusregelung zwischen den Parteien jeweils schriftlich vereinbart, zuletzt in der Vereinbarung über die Aufnahme des Klägers in den "Inner Circle" vom 1. Dezember 2015 (Urk. 26/21). In den Bonusschreiben 2016 bis 2018 wurde die Auszahlung des Bonus über die (bereits im Arbeitsvertrag vorgesehene) Erklärung (Certification) betreffend "Non-Appropriate Behaviour (as defined in your contract of employment)" hinaus zusätzlich von einer "Annual Self Certification" betreffend "Code of Conduct and all other applicable B._____ policies" abhängig

gemacht (Urk. 16/13 S. 2, Urk. 16/14 S. 2, Urk. 16/16 S. 2). Die Bonusschreiben nennen als zusätzliche Bedingung für die Auszahlung des Bonus lediglich die Abgabe der "Annual Self Certification", nicht aber die Einhaltung sämtlicher Reglemente. Auch die Beklagte drückte sich in dieser Beziehung missverständlich aus, indem sie einerseits von der "Abgabe der geforderten Bestätigungen als Voraussetzungen für den Bonus" (Urk. 35 Rz 153) und andererseits von der "Bedingung der Einhaltung sämtlicher Reglemente" (Urk. 35 Rz 142) sprach. Die Globalerklärung der Kenntnis und Einhaltung sämtlicher Regeln und Vorschriften in einer Selbsteinschätzung bzw. -bescheinigung (Urk. 16/17: "to confirm their awareness of and compliance with all applicable rules and regulations") und die tatsächliche Einhaltung aller dieser Regeln ist indes nicht das Gleiche. Zwar durfte die Beklagte davon ausgehen, der Kläger werde die Self-Certification (Urk. 16/17) nach bestem Wissen und Gewissen ausfüllen und keine bewusst wahrheitswidrigen Angaben machen. Angesichts der klaren Regelung im Arbeitsvertrag und der in der Folge jeweils schriftlich getroffenen Abänderungen konnte die Beklagte indes nicht unterstellen, der Kläger stimme stillschweigend einer Regelung zu, die bei jedem (allenfalls auch nur geringfügigen) Verstoss gegen vertragliche Pflichten bzw. Reglemente zu einer Kürzung oder Versagung des Bonus führen kann. Dafür spricht auch, dass in der Bestimmung über die geforderte "Annual Self Certification" weder auf ein "Non-Appropriate Behaviour" im Sinne eines bonuswirksamen Verhaltens noch auf eine Rückerstattungspflicht Bezug genommen wurde. Das Rekapitulieren der Rückerstattungspflicht erfolgte lediglich für den Fall eines "Non-Appropriate Behaviour". Zum gleichen Ergebnis ist die Vorinstanz gelangt, auf deren zutreffende Begründung verwiesen werden kann (Urk. 68 S. 45 ff.).

3.3.5.3 Daran vermag nichts zu ändern, was die Beklagte in der Zweitberufung dagegen vorträgt:

a) Was ihren Einwand betrifft, die Vorinstanz habe übersehen, dass sie die entsprechende Bedingung nicht nur einmal, sondern während Jahren in jedem Bonusschreiben prominent und ausführlich angeführt und der Kläger die entsprechenden Bestätigungen abgegeben habe (Urk. 88/67 Rz 90), ist ihr entgegenzu-

halten, dass es nach dem in E. III/3.3.5.2 Ausgeführten nicht darauf ankommen kann, ob dem Kläger Bonusschreiben mit dem jeweils gleichen Inhalt (Abgabe der Self-Certification und der Certification betreffend "Non-Appropriate Behaviour") einmal oder mehrmals (2016 bis 2018) zugestellt wurden und der Kläger die geforderten Bestätigungen einmal oder mehrmals abgab. Die Vorinstanz hat denn auch keineswegs übersehen, dass sich die Beklagte auf die Bonusschreiben von drei Jahren berief und der Kläger in allen Jahren die geforderten Bestätigungen abgab (Urk. 68 S. 45 ff.).

b) Auch die Rüge, aus dem Beitritt des Klägers zum "Inner Circle" per 1. Dezember 2015 dürfe nichts in Bezug auf die Vereinbarung der Bedingung der Einhaltung der vertraglichen Pflichten bzw. Reglemente abgeleitet werden, da ihre Bonusschreiben und die entsprechenden Bestätigungen des Klägers allesamt später ausgestellt worden seien (Urk. 88/67 Rz 91), verfängt nicht. Für die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang *sowie den gesamten Umständen* verstanden werden durften und mussten (BGE 148 III 57 E. 2.2.1 S. 62). Die Vorinstanz hat daher zu Recht auch das Verhalten der Parteien vor der behaupteten Vertragsergänzung berücksichtigt und in Rechnung gestellt, dass frühere Veränderungen des Bonusregimes, darunter der Beitritt des Klägers zum "Inner Circle" und die damit einhergehenden Neuregelungen, dem Kläger jeweils ausdrücklich unterbreitet wurden, was die Beklagte auch gar nicht in Frage stellt (vgl. auch E. III/3.3.5.2). Ohnehin aber kann dem Beitritt des Klägers zum "Inner Circle" als lediglich ergänzendes Auslegungsmittel (vgl. Gauch/ Schlupe/Schmid, OR/AT, 11. Aufl. 2020, Rz 1214) angesichts der aus dem Wortlaut der Bonusschreiben selbst gewonnenen Erkenntnis keine entscheidende Bedeutung zukommen. Am Auslegungsergebnis würde sich daher selbst dann nichts ändern, wenn der Beitritt des Klägers zum "Inner-Circle" ausgeblendet würde.

c) Die Beklagte stellt weiter in Abrede, dass es sich bei der Bedingung der Einhaltung der Reglemente um eine "drastische Verschärfung" der Bonusverein-

barung gehandelt habe, und geht unter Hinweis auf das ihr zustehende Ermessen bei der Ausrichtung und der Festsetzung der Höhe der Gratifikation von einer nur geringfügigen Verschlechterung der Position des Klägers durch die ausdrückliche Bedingung im Bonusschreiben aus (Urk. 88/67 Rz 92 ff.). Dem kann nicht beige-pflichtet werden. Die Beklagte will die Rückforderungsmöglichkeit vom eng umgrenzten Tatbestand des bonusbeeinflussenden unangemessenen Verhaltens auf den Tatbestand eines allumfassenden Regelverstosses ausdehnen. Die einschneidende Bedeutung für den Kläger zeigt auch der Umstand, dass die Beklagte gestützt auf die gemäss ihrer Ansicht im Bonusschreiben enthaltene zusätzliche Bedingung den gesamten dem Kläger ausbezahlten Bonusbetrag als verwirkt betrachtet und zurückfordert (Urk. 13 Rz 282 f., Urk. 64 Rz 165). Der Vorinstanz kann kein Fehler in der Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung vorge-worfen werden, wenn sie dies als drastische Verschärfung (und nicht bloss ge-ringfügige Änderung) des Bonusreglements wertet, zu der nicht leichthin eine Zu-stimmung anzunehmen ist.

d) Als letzten Einwand trägt die Beklagte vor, für den vorliegenden Fall sei ir-relevant und unmassgeblich, dass die Vorinstanz befürchte, der Kläger laufe Ge-fahr, selbst bei einem auf den ersten Blick bedeutungslosen Regelverstoss den gesamten Bonus zu verlieren. Einerseits würden vorliegend schwerwiegende Ver-tragsverletzungen vorliegen und andererseits müsse das Gericht lediglich ent-scheiden, ob eine Rückforderung in der Höhe der geltend gemachten Forderung zulässig und berechtigt sei (Urk. 88/67 Rz 95). Allerdings kann die Einführung der Bedingung der Einhaltung sämtlicher Reglemente nicht davon abhängig gemacht werden, ob nachträglich ein schwerwiegender oder bloss leichter Verstoss gegen Reglemente festgestellt bzw. geltend gemacht wird. Vorliegend hat das Gericht auch nicht nur darüber zu entscheiden, ob Regelverstösse eine Rückforderung in der Höhe der eingeklagten Lohnforderung rechtfertigen. Vielmehr ist darüber zu befinden, ob Regelverstösse, die keinen Zusammenhang zur Bonushöhe aufwei-sen, grundsätzlich zur Rückforderung berechtigen.

3.4 Die Beklagte wirft dem Kläger keine Beeinflussung der Bonushöhe durch unangemessenes Verhalten vor. Demzufolge ist die Vorinstanz zu Recht zum Er-

gebnis gelangt, der Anspruch auf Rückerstattung des bereits ausbezahlten Bonusanteils sei nicht ausgewiesen und die Verrechnungsforderung der Beklagten demzufolge abzuweisen (Urk. 68 S. 48). Auf die Ausführungen der Beklagten zu den behaupteten Vertrags- bzw. Reglementsverletzungen (Urk. 88/67 Rz 97 ff.) muss daher nicht mehr näher eingegangen werden. Nicht mehr aufgegriffen wurde im Berufungsverfahren die von der Beklagten zur Verrechnung gestellte Forderung auf Konventionalstrafe wegen Verletzung der "Non-Enticement-Vereinbarung", die von der Vorinstanz ebenfalls zurückgewiesen wurde (Urk. 68 S. 49 ff.). Die Beklagte kann die klägerische Lohnforderung somit nicht mit Gegenforderungen verrechnen.

4. Die Erstberufung des Klägers ist (mit Ausnahme des Verzugszinsenlaufes) gutzuheissen und die Zweitberufung der Beklagten ist abzuweisen. Demzufolge ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 89'042.70 netto nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2019 zu bezahlen. Der Kläger setzte CHF 33'333.35 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Mai 2019 als Lohn für den Monat April 2019 in Betreuung (Urk. 5/9). Der dem Kläger für den Monat April 2019 zuzusprechende Lohn beträgt CHF 29'680.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Juli 2019. In diesem Umfang ist in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 3. Mai 2019, der Rechtsvorschlag aufzuheben.

IV.

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die erstinstanzlichen Prozesskosten (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 89'042.70. Die von der Vorinstanz erhobene Entscheidgebühr von CHF 8'315.–, gegen die keine Einwendungen erhoben wurden, ist zu bestätigen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf CHF 8'310.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG). Der Kläger hat im erstinstanzlichen Verfahren einen Kostenvorschuss von CHF 8'315.– geleistet (Urk. 8), der mit den Ge-

richtskosten zu verrechnen ist. Für das zweitinstanzliche Verfahren wurde vom Kläger ein Vorschuss von CHF 6'300.– und von der Beklagten ein Vorschuss von CHF 4'000.– geleistet (Urk. 72, Urk. 88/73). Nach der Verrechnung gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO hat die Beklagte dem Kläger den erstinstanzlich geleisteten und vollumfänglich beanspruchten Vorschuss von CHF 8'315.–, die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 600.– sowie den zweitinstanzlich geleisteten Vorschuss im beanspruchten Umfange von CHF 4'310.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die von der Vorinstanz auf CHF 10'243.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer festgelegte Parteientschädigung wurde nicht beanstandet, weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 11'031.70 zu bezahlen. Sodann ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren (Erstberufungsbegründung und Zweitberufungsantwort) eine Parteientschädigung von CHF 8'000.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV). Für die weiteren, unaufgefordert einreichten Eingaben sind keine Zuschläge im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV zu erheben.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren LA210017-O wird mit dem Berufungsverfahren LA210016-O vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt. Das Berufungsverfahren LA210017-O wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 89'042.70 netto nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2019 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag (Zins) wird die Klage abgewiesen.

2. Im Betrage von CHF 29'680.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Juli 2019 ist in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 3. Mai 2019, der Rechtsvorschlag aufgehoben.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 8'315.– wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 8'310.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von CHF 8'315.– und die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 600.– zu ersetzen.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von CHF 4'310.– zu ersetzen.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 11'031.70 zu bezahlen.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 8'616.– zu bezahlen.
9. 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.
10. 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 vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 89'042.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. April 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

lic. iur. S. Notz

versandt am:

ip