

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE180002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## **Beschluss und Urteil vom 24. September 2018**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ (Switzerland) LLC, B.\_\_\_\_\_ [Bundesstaat] (USA),**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Meilen vom 23. März 2018; Proz. FO150001**

**Rechtsbegehren:**  
**(act. 9)**

1. Es sei im Sinne von Art. 85a SchKG festzustellen, dass der Kläger der Beklagten den Betrag von CHF 175'000.00 zzgl. 5% Zins seit 15. März 2013 sowie den Betrag von CHF 212'829.00 zzgl. 5% [Zins] seit 1. November 2013 **nicht** schuldet.
2. Das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon sei anzuweisen, die Betreuung Nr. ... gegen den Kläger aufzuheben.
3. Es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon im Sinne einer vorsorglichen Massnahme vorläufig einzustellen.
4. Unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
5. Es sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der Unterzeichnete [Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_] sei ihm als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten der Beklagten.

**Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 23. März 2018:**  
**(act. 140 S. 47 f.)**

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger der Beklagten den Betrag von CHF 175'000.– zzgl. 5% Zins seit 15. März 2013 sowie den Betrag von CHF 212'829.– zzgl. 5% Zins seit 1. November 2013 nicht schuldet.
2. Die Betreuung Nr. ... beim Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon wird aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 24'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
CHF 1'687.50 Kosten für die Übersetzung  
CHF 100.00 Zeugenentschädigung  

---

**CHF 26287.50 Kosten total**
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und soweit ausreichend von dem von ihr im vorliegenden Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 35'000.– (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen. Diese Parteientschädigung hat die Beklagte direkt an den unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers, Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_, zu bezahlen.

6./7. Mitteilungen und Rechtsmittel

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 138 S. 2):

1. Es sei Ziff. 1 des Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Meilen in der Geschäfts-Nr. FO150001 vom 23. März 2018 teilweise aufzuheben, nämlich insoweit, als in Ziff. 1 des Urteilsdispositivs festgestellt wird, dass "der Kläger der Beklagten den Betrag von CHF 175'000 zzgl. 5% Zins seit 15. März 2013 [...]" nicht schulde. Im Übrigen sei die Klage abzuweisen.
2. Es seien Ziff. 2 - 5 des Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Meilen in der Geschäfts-Nr. FO150001 vom 23. März 2018 vollständig aufzuheben und die Entscheidgebühr, die Kostenverteilung und die Parteientschädigung ausgangsgemäss nach dem Obsiegen respektive Unterliegen der Parteien neu festzusetzen; eventualiter sei die Sache zur Neufestsetzung der Entscheidgebühr, der Kostenverteilung und der Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 146):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin.

Im Verfahren:

Dem Kläger und Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

## Erwägungen:

### I.

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist eine Finanzgesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ im US-amerikanischen Bundesstaat B.\_\_\_\_\_, die über eine Zweigniederlassung in der Schweiz verfügt. Der Kläger und Berufungsbe-  
klagte (fortan Kläger) ist von Beruf Händler am Finanzmarkt. Von Februar bis September 2013 arbeitete er für die Beklagte.

2. Gestützt auf ein Betreibungsbegehren der Beklagten erliess das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon einen Zahlungsbefehl über CHF 175'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 15. März 2013 sowie CHF 212'829.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. November 2013 (act. 3/5). Der Kläger erhob keinen Rechtsvorschlag. Die Betreibung wurde daher mit der Pfändung verschiedener Vermögenswerte des Klägers fortgesetzt. Als die Beklagte am 10. Februar 2015 das Verwertungsbegehren stellte, wandte sich der Kläger mit Eingabe vom 13. Februar 2015 (act. 1) gestützt auf Art. 85a SchKG an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz).

3. Mit Verfügung vom 8. Juni 2015 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Klage ab (act. 25). Auf Beschwerde des Klägers hob die Kammer diesen Entscheid mit Urteil vom 6. Oktober 2015 auf und bewilligte dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihm einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (act. 40).

Nach einem ersten Schriftenwechsel fand am 25. April 2016 die Hauptverhandlung statt (act. 49). Danach führte die Vorinstanz einen zweiten Schriftenwechsel durch. Am 7. März 2017 wurde die Beweisverfügung erlassen (act. 67). Am 14. Juni 2017 (act. 105), 15. September 2017 (act. 117/1) und 19. September 2017 act. 120) wurden der Kläger und - teilweise auf dem Rechtshilfeweg - ver-

schiedene Zeugen befragt. Mit Eingaben vom 14. Dezember 2017 (act. 129 und act. 130) erstatteten die Parteien ihre Schlussvorträge.

4. Mit Urteil vom 23. März 2018 hiess die Vorinstanz die Klage gut (act. 135 = act. 140). Gegen dieses Urteil, das ihrem Vertreter am 27. März 2018 zugestellt wurde (act. 136/2), erhob die Beklagte mit Schriftsatz vom 3. Mai 2018 (act. 138) - unter Berücksichtigung der Gerichtsferien über Ostern (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) - rechtzeitig Berufung an die Kammer. Der Kläger beantwortete die Berufung am 29. Juni 2018 mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 146). Die Beklagte reichte am 27. August 2018 eine unaufgeforderte Stellungnahme ein (act. 150), die dem Kläger am 31. August 2018 zugestellt wurde (act. 152), ohne dass er sich dazu noch vernehmen liess.

5. Gegenstand der Betreibung, gegen die sich die vom Kläger gestützt auf Art. 85a SchKG erhobene Klage richtet, sind zwei Forderungen: eine Forderung über CHF 175'000.00 zuzüglich Zins und eine Forderung über CHF 212'829.00 zuzüglich Zins. Vor Vorinstanz beantragte der Kläger, es sei festzustellen, dass er beide Beträge nicht schulde. Die Vorinstanz hiess diese Klage vollumfänglich gut.

Die Berufung der Beklagten richtet sich nur gegen die Feststellung, dass der Kläger den Betrag von CHF 175'000.00 zuzüglich Zins nicht schuldet. Mit Bezug auf die Forderung von CHF 212'829.00 zuzüglich Zins akzeptiert sie das vorinstanzliche Urteil hingegen (act. 138 S. 10 Ziff. 20). In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil demnach in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

## II.

1. Neben dem als *Broker's Contract* bezeichneten Arbeitsvertrag (act. 3/7) unterzeichnete der Kläger am 31. Januar 2013 einen weiteren Vertrag mit dem Titel *Cash Advance Distribution Agreement and Promissory Note*, in dem sich die Beklagte verpflichtete, dem Kläger einen *Loan* über einen Betrag in USD, der dem Wert von CHF 175'000.00 entspricht, zur Verfügung zu stellen (act. 3/8).

2. Es ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kläger im März 2013 CHF 175'000.00 überwies (vgl. act. 46/8). Mit der Betreuung, die der Kläger mit dieser Klage stoppen will, verlangt sie die Rückzahlung dieses Betrages, den sie als Darlehen qualifiziert. Zur Begründung verweist sie auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, die unstreitig im weiteren Verlauf des Jahres 2013 erfolgt sei. Weil der Kläger vor dem vertraglich als *reference date* festgelegten dritten Jahrestag der Gewährung des Darlehens aus der Beklagten ausgeschieden sei, müsse er das Darlehen zurückzahlen (act. 45 S. 7 f. Rz. 11 ff.).

3. Der Kläger bestreitet diese Verpflichtung. Er macht geltend, die Beklagte habe ihm bei den Vertragsverhandlungen mündlich einen sogenannten *Sign-on* Bonus in der Höhe von CHF 175'000.00 versprochen. Das sei eine branchenübliche Abmachung, mit der ein neu eintretender Arbeitnehmer für den entgangenen Bonus beim alten Arbeitnehmer kompensiert werde. Im Vertrag sei diese Eintrittsprämie als Darlehen bezeichnet worden, das rückzahlbar sein sollte, falls das Arbeitsverhältnis vor einer dreijährigen Dauer beendet werden sollte (act. 1 S. 6 Rz. 17 und S. 7 Rz. 21; act. 50 S. 15 Rz. 54). Mit dieser Bezeichnung habe die Beklagte arbeitsrechtliche Schutzvorschriften zum Lohn umgehen wollen. Soweit ein Arbeitnehmer sorgfältig i.S. von Art. 321e OR gearbeitet habe, besitze er einen vom Ergebnis unabhängigen Lohnanspruch. Eine Bestimmung, welche den Arbeitnehmer für den Gebrauch des Kündigungsrechts bestrafe, während der Arbeitgeber belohnt werde, sei nicht vereinbar mit dem Gebot der Kündigungsfreiheit und der Kündigungsparität. Der aus dem angelsächsischen Recht entnommene Vertrag sei unvereinbar mit dem Schweizer Arbeitsrecht. Die Zahlung sei nicht zurückzuerstatten (act. 1 S. 9 f. Rz. 32 ff.; act. 50 S. 15 ff. Rz. 52 ff.).

Würde man die Auszahlung als Darlehen qualifizieren, müssten analog die Regeln zur Rückzahlung von Darlehen für Aus- und Weiterbildungskosten zur Anwendung gelangen, die nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur rückzahlbar seien, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber ohne einen vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass verlässt, oder wenn er dem Arbeitgeber einen begründeten Anlass gibt, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Davon könne keine Re-

de sein. Ein Rückforderungsanspruch wäre deshalb auch dann zu verneinen, wenn es sich um ein Darlehen handeln würde (act. 1 S. 10 Rz. 36 f.).

Eine Rückzahlungspflicht entfalle ferner auch deshalb, weil die Rückzahlungspflicht längstens für eine Dauer von drei Jahren nach Auszahlung des angeblichen Darlehens gelte. Der *Sign-on Bonus* sei am 15. März 2013 bezahlt worden. Folglich sei jede Rückzahlungspflicht am 15. März 2016 erloschen. Da das Arbeitsverhältnis bis heute nicht beendet worden sei, bestehe von vornherein keine Rückzahlungspflicht (act. 50 S. 13 Rz. 44).

Das *Cash Advance Distribution Agreement* - von der Beklagten mit Partnervertrag übersetzt - sehe zwar eine arbeitsrechtlich vertretbar scheinende Strukturierung der Finanzierung von Beteiligungsrechten vor. Die Beklagte berücksichtige jedoch nicht, dass der Kläger nie Partner dieser Vereinbarung geworden sei. Die Beklagte berufe sich auf eine Rückzahlungsklausel in diesem Vertrag, welche die Rückzahlung an das Ausscheiden aus der Partnerschaft knüpfe, welcher der Kläger nie habe beitreten können, da ihm keine Beteiligungen übergeben worden seien. Die Beklagte könne sich nicht auf einen Vertrag berufen, den sie selber nie eingehalten habe (act. 50 S. 13 ff. Rz. 43 ff.).

4. Nach dem Dafürhalten der Vorinstanz ergab das Beweisverfahren kein klares Bild über den tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillen. Klar sei nur, dass kein Darlehen im Sinne von Art. 312 ff. OR vorliege. Zur Frage, ob es sich bei den CHF 175'000.00 um eine grundsätzlich rückzahlbare Leistung handle, sei die Beweislage widersprüchlich. Einen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen habe keine Partei nachgewiesen (act. 140 S. 29 E. 1.4.3.1).

Der Wortlaut des *Cash-Ad*-Vertrags knüpfe die Auszahlung des Darlehens (die Vorinstanz setzt diesen Begriff in Anführungszeichen) an die Voraussetzung, dass der Kläger Beteiligungen an der Holdinggesellschaft der Beklagten erwerben und an den dadurch erzielten Gewinnausschüttungen mitprofitieren sollte. Die Rückzahlung sollte grundsätzlich aus den Partnerschafts-Gewinnausschüttungen erfolgen. Die Rückforderung des dannzumal noch offenen Teils sollte aber unterbleiben, wenn der Kläger drei Jahre nach dessen Gewährung noch Partner sein

sollte und keine vertraglichen Pflichten verletzt hätte. Die objektive Auslegung des *Cash-Ad-Vertrages* ergebe somit, dass dem Kläger mit dem Darlehen eine Partnerschaft bzw. der entsprechende Erwerb von Anteilen an der Holdinggesellschaft der Beklagten vorfinanziert werden sollte (act. 140 S. 30 ff. E. 1.4.5).

Die Auszahlung des Darlehens an den Kläger sei aber erfolgt, ohne dass er jemals Partner der Holdinggesellschaft geworden sei. Weshalb das trotzdem geschehen sei, so die Vorinstanz, sei "während des gesamten Verfahrens das Geheimnis der Beklagten geblieben". Da die im Vertrag genannten Voraussetzungen nicht erfüllt gewesen seien, könne die Auszahlung der CHF 175'000.00 objektiv verstanden nicht gestützt auf den *Cash-Ad-Vertrag* erfolgt sein. Ein anderer Grund für die Zahlung sei nicht erkennbar bzw. von der Beklagten nicht geltend gemacht worden (act. 140 S. 32 E. 1.4.5.6 und E. 1.4.6.1).

Weder die subjektive noch die objektive Auslegung des *Cash-Ad-Vertrages* habe eine Grundlage für die nun geforderte Rückzahlung der CHF 175'000.00 ergeben, schloss die Vorinstanz. Die Behauptung der Beklagten, bei den CHF 175'000.00 habe es sich gemäss übereinstimmendem tatsächlichem Parteiwillen um ein rückzahlbares Darlehen gehandelt, sei unbewiesen geblieben. Die Folgen der Beweislosigkeit träfen die Beklagte. Die Vorinstanz stellte deshalb fest, dass der Kläger den Beklagten den in Betreuung gesetzten Betrag von CHF 175'000.00 zuzüglich Zins nicht schulde (act. 140 S. 32 E. 1.4.6.3).

5. Mit ihrer Berufung hält die Beklagte der Vorinstanz eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts vor. Die Vorinstanz habe die Beweise falsch gewürdigt und eine falsche subjektive Vertragsauslegung vorgenommen. Bei richtiger Beweiswürdigung und subjektiver Vertragsauslegung hätte die Vorinstanz einen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen zum Abschluss eines Darlehensvertrages über CHF 175'000.00 und der damit verbundenen Rückzahlungspflicht des Berufungsbeklagten bei einem Ausscheiden aus der Beklagten vor Ablauf von drei Jahren nach Gewährung des Darlehens feststellen müssen (act. 138 S. 13 ff. Rz. 29 ff., insbesondere S. 30 Rz. 71).

Weiter wirft die Beklagte der Vorinstanz eine Verletzung der rechtlichen Grundsätze der objektiven Vertragsauslegung vor. Die richtige Anwendung dieser Grundsätze ergebe einen übereinstimmenden (normativen) Parteiwillen zum Abschluss eines Darlehensvertrages. Es sei nicht anzunehmen, dass die Parteien anstelle eines Darlehensvertrages eine Schenkung gewollt hätten. Insbesondere könne nicht angenommen werden, dass die Beklagte als nach Gewinn strebende juristische Person dem Kläger – nachdem der Partnerschaftsvertrag unstrittig nicht unterzeichnet worden und der Kläger bereits nach wenigen Monaten aus der Beklagten ausgeschieden sei – eine Schenkung über CHF 175'000.00 habe machen wollen (act. 138 S. 30 ff.).

Im Sinne einer Alternativbegründung macht die Beklagte geltend, die Darlehensauszahlung sei aus nicht verwirklichtem Grund (*conditio causa data, causa non secuta*) erfolgt, nachdem mit der Aufhebungsvereinbarung vom 9. Juli 2013 zweifelsfrei festgestanden habe, dass der Kläger nie Partner der Beklagten würde. Folglich sei der Kläger ungerechtfertigt um CHF 175'000.00 bereichert und gemäss Art. 62 OR zur Rückzahlung dieser Summe an die Beklagte verpflichtet. Indem die Vorinstanz den Rückforderungsanspruch der Beklagten gegenüber dem Kläger verneinte, habe sie auch Art. 62 OR verletzt (act. 138 S. 35 Rz. 86).

6. In der Berufungsantwort bezeichnet der Kläger die Schlussfolgerung der Vorinstanz als schlüssig und zwingend, dass mit dem *Cash Advance Agreement*, das er als Partnervertrag bezeichnet (vgl. auch act. 146 S. 5 Rz. 14), der Erwerb von Partnerschaftsanteilen vorfinanziert werden sollte und dass sich die Beklagte an diesen Regelungszweck nicht gehalten habe. Weshalb die Beklagte die Zahlung in offensichtlicher Missachtung sämtlicher Abreden im Partnervertrag trotzdem gemacht habe, sei einzig damit zu erklären, dass es sich dabei um die im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger abgemachte *Signing-Fee* gehandelt habe (act. 146 S. 21 f. Rz. 58).

Sämtliche Umstände im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Zahlung sprächen dafür, dass es sich bei dieser Zahlung um einen *Sign-On Bonus* gehandelt habe. Dass die Vorinstanz diese Beurteilung nicht übernimmt, findet der Kläger "nicht vollumfänglich befriedigend" (act. 146 S. 18 Rz. 47). Immerhin sei der

Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie zum Schluss komme, dass auf jeden Fall der Grund für diese Zahlung nicht in der Erfüllung des Partnervertrages gesehen werden könne (act. 146 S. 22 Rz. 58).

Die Beklagte verkenne, dass sie sich für ihre angebliche Forderung nicht auf den Partnerschaftsvertrag berufen könne, weil sie diesen nicht erfüllt habe, und die Zahlung ganz offensichtlich aus einem anderen als dem im Partnervertrag vereinbarten Grund erfolgt sei. Die Beklagte vermöge aber keinen vernünftigen Grund für die Zahlung zu nennen, sondern behaupte lediglich, dass es sich dabei um ein Darlehen handle. Dies, obwohl sämtliche Umstände gegen eine solche Qualifizierung sprächen. Bei der Zahlung habe es sich denn auch um den mit dem Kläger ursprünglich vereinbarten *Sign-On Bonus* gehandelt (act. 146 S. 22 Rz. 60).

Ganz abgesehen davon falle eine Rückzahlungsverpflichtung auch bei Annahme eines Darlehensverhältnisses von vornherein dahin, weil das Arbeitsverhältnis gar nie rechtsgültig aufgelöst worden sei (act. 146 S. 3 f. Rz. 11, S. 22 Rz. 60 und S. 23 Rz. 64).

Die Alternativbegründung der Beklagten, mit welcher sie sich auf ungerechtfertigte Bereicherung berufe, sei missbräuchlich: Im Ergebnis behaupte die Beklagte, der Kläger sei ungerechtfertigt bereichert, weil sie ihren vertraglichen Verpflichtungen auf Übertragung von "*Partnership Units*" nicht nachgekommen sei. Dass der Kläger sich geweigert habe, allfällige notwendige Unterschriften für eine solche Übertragung zu leisten, behaupte sie dabei selber nicht. Tatsache bleibe, dass dem Kläger überhaupt nie angeboten worden sei, "Partner" (d.h. Anteilseigner an der Holdinggesellschaft der Beklagten) zu werden (act. 146 S. 21 Rz. 57).

Der Kläger macht sodann Verrechnung mit Lohnforderungen von August bis Oktober 2013 geltend. Für diese Zeit habe die Beklagte den Lohn des Klägers mit der angeblichen Darlehensforderung verrechnet. Ausgehend von einem monatlichen Bruttolohn von netto CHF 23'546.45 (gemeint wohl Nettolohn) sei bei Gutheissung der Berufung höchstens ein Rückforderungsanspruch von CHF 104'360.65 zuzugestehen (act. 146 S. 4 Rz. 12 und S. 8 Ziff. 21).

7. Im Anschluss an die Feststellung, dass keine Partei einen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen nachgewiesen habe (act. 140 S. 29 E. 1.4.3.1; vgl. oben 4), kam die Vorinstanz aufgrund einer sogenannten objektivierten Vertragsauslegung nach den Vertrauensprinzip zum Schluss, dass dem Kläger mit dem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Betrag eine Partnerschaft bzw. der entsprechende Erwerb von Anteilen an der Holdinggesellschaft vorfinanziert werden sollte (act. 140 S. 32 E. 1.4.5.5).

Die Vorinstanz hielt weiter fest, die Auszahlung sei erfolgt, obwohl die im Vertrag genannten Voraussetzungen nicht erfüllt waren, bzw. ohne dass der Kläger jemals Partner der Holdinggesellschaft geworden sei. Daraus zog sie das Fazit, die Auszahlung könne nicht gestützt auf den Vertrag erfolgt sein. Ein anderer Grund für die Zahlung sei nicht zu erkennen (act. 140 S. 32 E. 1.4.5.6 und E. 1.4.6.1).

Was die Beklagte gegen die Beweiswürdigung und die Vertragsauslegung der Vorinstanz vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Die Beklagte stützt sich auf den Wortsinn der englischen Begriffe *loan* und *lender* und lässt andere Elemente unberücksichtigt, aus denen die Vorinstanz schloss, dass der Wortlaut des Vertrages keineswegs klar und eindeutig sei (act. 140 S. 18 E. 1.4.2.4), dass der Wortlaut des Vertrages nicht dem tatsächlichen Parteiwillen entspreche (act. 140 S. 20 E. 1.4.2.6) bzw. dass die Parteien zwar das Wort Darlehen verwendeten, dieses aber nicht im Rechtssinn verstanden (act. 140 S. 27 f. E. 1.4.2.21).

Diese Argumentation, welche der Kläger mit Rosinenpickerei vergleicht (act. 146 S. 12 Rz. 32), trägt dem Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag keine Rechnung (vgl. dazu act. 140 S. 20 f. E. 1.4.2.8; act. 140 S. 23 E. 1.4.2.11). Der *Cash-Ad*-Vertrag lässt sich nicht isoliert, sondern nur als Teil des ganzen Arbeitsverhältnisses verstehen. Bei einer solchen Betrachtung im Kontext wird erhellt, dass es sich beim *Cash-Ad*-Vertrag nicht um ein gewöhnliches Darlehen, sondern um die Vorfinanzierung einer Mitarbeiterbeteiligung handelt, wie die Vorinstanz richtig erkannte. Der Hauptstandpunkt der Beklagten - Rückforderung gestützt auf Darlehen - greift vor diesem Hintergrund zu kurz, so dass sie damit nicht durchdringt.

8. Dass kein Rechtsgrund für die Zahlung ersichtlich ist (bzw. ein solcher sich nicht verwirklicht hat), bedeutet nicht, dass das auch für eine Rückforderung dieser Zahlung gilt und dafür ebenfalls keine Grundlage besteht. Die Vorinstanz befasste sich lediglich mit vertraglichen Anspruchsgrundlagen und verneinte ein Darlehen. Es bleibt zu prüfen, ob eine ausservertragliche Grundlage gegeben ist, nachdem die Beklagte dies im Berufungsverfahren geltend macht.

Während die Beklagte bereits vor Vorinstanz die Forderung von CHF 212'829.00, welche nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, auf den Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR stützte (vgl. act. 45 S. 35 f. Rz. 87 und Rz. 90), beruft sie sich erstmals im Berufungsverfahren auch für die Forderung von CHF 175'000.00 auf diesen Rechtsgrund (vgl. aber act. 25 S. 9 E. 1.2.3.4 a.E.). Dabei handelt es sich um einen neuen Rechtsstandpunkt, der im Rechtsmittelverfahren ohne Weiteres zulässig ist (vgl. ZK-ZPO, Reetz / Hilber, Art. 317 ZPO N 31 a.E. und N 33).

Eine grundlos erfolgte Zuwendung führt beim Empfänger zu einer Bereicherung, die grundsätzlich zurückzuerstatten ist (Art. 62 ff. OR). Das ist vom Tatbestand einer Schenkung zu unterscheiden. Eine Schenkung stellt einen Vertrag dar, bildet einen Rechtsgrund und die Schenkung erfolgt als vertragliche Leistung daher zwar ohne Gegenleistung, aber eben nicht grundlos. Im Geschäftsverkehr ist nicht zu vermuten, dass eine ohne erkennbare Gegenleistung erbrachte Zuwendung eine Schenkung darstellt. Dies wird denn auch nicht behauptet (vgl. act. 138 S. 18 Rz. 41). Vielmehr macht der Kläger geltend, es handle sich um einen vorab fälligen Bonus, d.h. eine Leistung mit Lohncharakter. Darauf wird unter E. 9 ff. zurückzukommen sein.

Die Zahlung wird auch dadurch nicht zu einer bedingten Schenkung, dass die Beklagte nachträglich nach Ablauf von drei Jahren auf eine Rückzahlung verzichtet (vgl. act. 140 S. 20 E. 1.4.2.7 m.H. auf act. 40 S. 8). Mit dem Verzicht auf die Rückzahlung will die Beklagte die Vertragstreue des Klägers belohnen, welche in dieser Betrachtungsweise die Gegenleistung für die Zahlung darstellt. Diese Konstruktion mag arbeitsrechtlich motiviert sein. Vom Standpunkt einer gewinnstrebigen Unternehmung, die ein Interesse hat, ihre Arbeitnehmer mit finanziellen An-

reizen an sich zu binden, ist das nachvollziehbar und nicht erklärungsbedürftig. Der Kläger äusserte im Beweisverfahren Verständnis dafür, dass sich die Beklagte mit einer resolutiv bedingten Rückzahlungspflicht für den Fall absichern wollte, dass die Zusammenarbeit nicht funktionieren sollte (vgl. act. 105 S. 9 oben).

Mit ihrer Würdigung des Sachverhalts beschreibt die Vorinstanz eine Tatbestandsvariante des Art. 62 Abs. 2 OR: Die Zahlung von CHF 175'000.00 erfolgte im Hinblick auf die nicht realisierte Partnerschaft, d.h. aus einem nicht verwirklichten Grund. Die allgemeinen Bestimmungen am Ende des Cash-Ad Vertrages verweisen auf ein *Partnership Agreement*, das offenbar zwischen den Parteien nicht abgeschlossen wurde (vgl. act. 3/8 Ziff. 5). Ein anderer Grund für die Zahlung ist nicht ersichtlich, es sei denn, es habe sich um einen *Sign-on Bonus* gehandelt (dazu sogleich E. 9 ff.).

Dass die Zahlung erfolgte, obwohl die Fälligkeit nach dem Partnerschaftsvertrag noch nicht eingetreten war, ändert nichts daran. Es steht einem Schuldner grundsätzlich frei, seine Leistung vor Fälligkeit zu erbringen (act. 138 S. 16 Rz. 36). Die Beklagte wusste damals noch nicht, dass der Partnerschaftsvertrag nicht zustande kommen würde. Als sich dies dann herausstellte, wurde daraus ein nicht verwirklichter Grund i.S. von Art. 62 Abs. 2 OR.

9. Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, bei der Zahlung von CHF 175'000.00 habe es sich um eine vertragliche Leistung gehandelt, die als Lohnbestandteil zu qualifizieren sei (act. 50 S. 15 Rz. 54). Ein *Sign-on Bonus* oder Antrittsbonus stellt nach seiner Darstellung eine Art Anwerbepremie dar, die den mit einem Stellenwechsel in der Finanzbranche üblicherweise verbundenen Verzicht auf einen Bonus am alten Arbeitsort abgelten soll (act. 146 S. 4 Rz. 14; act. 50 S. 16 f. Rz. 58).

Im Rahmen der mündlichen Offerte sei ihm neben einem Grundlohn von jährlich brutto CHF 300'000.00 ein garantierter *Sign-on Bonus* in der Höhe von CHF 175'000.000 versprochen worden, sozusagen als garantierter Bonus für das erste Jahr (act. 1 S. 6 Rz. 16 f.). Entgegen dieser vorvertraglichen mündlichen Abmachung habe die Beklagte diese Eintrittsprämie im schriftlichen Vertrag als

Darlehen bezeichnet. Dieser Vertrag sei ihm erst kurz vor bzw. bei Aufnahme der Arbeit vorgelegt worden (act. 1 S. 6 f. Rz. 18 ff. m.H. auf act. 3/7 und act. 3/8).

Abweichend von seiner Parteidarstellung berichtete der Kläger in der Befragung als Partei, die er als Beweis angeboten hatte (act. 1 S. 5 Rz. 12), beim einzigen persönlichen Treffen zwischen ihm und E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ von der Beklagten, das am 5. November 2012 stattgefunden habe, sei nicht über Geld oder Lohn gesprochen worden (act. 105 S. 5 und 6). Über die *Signing-on-fee* habe er vermutlich im November 2012 telefonisch mit F.\_\_\_\_\_ gesprochen. Dieser habe ihn gefragt, was er für Vorstellungen betreffend der *Signing-on-fee* habe. Daraufhin habe er F.\_\_\_\_\_ gefragt, was seine Vorstellungen seien. F.\_\_\_\_\_ habe zu ihm gesagt, dass er sich einen Betrag zwischen CHF 200'000.00 und CHF 250'000.00 vorstellen könnte. Dann habe er natürlich sofort zu F.\_\_\_\_\_ gesagt, dass CHF 250'000.00 gut wären. Jedoch hätten sie nie darüber gesprochen, dass diese Zahlung als Darlehen strukturiert werden sollte. Das habe er erst am Tag erfahren, als er den Vertrag unterzeichnet habe (act. 105 S. 6).

Diese Aussagen hielt die Vorinstanz nicht für geeignet, einen *Sign-on Bonus* zu beweisen. Der Widerspruch zwischen der Aussage des Klägers und seinen Behauptungen in Bezug auf den Rahmen der Vereinbarung (persönliches Treffen oder Telefongespräch) betreffe einen zentralen Punkt und lasse seine Darstellung unglaublich erscheinen. Hinzu komme, dass die Schilderung des angeblichen Telefongesprächs nur mässig detailliert sei. Der pauschale Verweis auf die Üblichkeit einer solchen Zahlung genüge der Vorinstanz nicht als Erklärung für einen *Sign-on Bonus* "in der stattlichen Höhe von CHF 250'000.00" (act. 140 S. 28 E. 1.4.2.23).

10. Der Kläger ist mit dieser Würdigung nicht einverstanden und hält daran fest, dass es sich bei der Zahlung von CHF 175'000.00 um einen *Sign-on Bonus* handle, dafür sprächen sämtliche Umstände im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Zahlung (act. 146 S. 18 Rz. 47).

Dieser pauschale Verweis auf die Umstände bezieht sich, soweit erkennbar, auf den Abzug von Steuern und Sozialabgaben: Ursprünglich seien CHF 250'000.00

abgemacht gewesen. Die Beklagte habe dann CHF 75'000.00 zurückbehalten. Darum habe er es als Einkommen unter Berücksichtigung eines Steuerabzugs betrachtet, sagte der Kläger in der Parteibefragung (act. 146 S. 17 f. Rz. 44 m.H. auf act. 105 S. 9).

Die Beklagte bestätigte in der Klageantwort, im Hinblick auf einen späteren Verzicht auf die Rückzahlung habe sie die voraussichtlichen, bei einem Verzicht fällig werdenden Sozialversicherungsbeiträge bereits bei der Auszahlung vom Bruttobetrag von CHF 250'000.00 abgezogen. Beim ausbezahlten Betrag von CHF 175'000.00 handle es sich daher um einen Nettobetrag (act. 45 S. 43 f. Rz. 119).

Das zeigt zwar, dass auch die Beklagte nicht mit einer Rückzahlung rechnete (vgl. act. 140 S. 24 E. 1.4.2.13 a.E.). Es heisst allerdings nicht, dass eine Rückforderung unter keinen Umständen vorgesehen war. Bestanden aber beide Möglichkeiten – Rückzahlung oder Verzicht auf Rückzahlung –, war es einfacher, wenn die Sozialversicherungsbeträge von Anfang an abgezogen wurden, weil dann bei einem Verzicht auf die Rückzahlung keine weiteren Zahlungen notwendig waren, während es bei einer anfänglichen Auszahlung des Bruttobetrages später auf jeden Fall zu einer Rückforderung (wenn nicht des ganzen Betrages, so doch zumindest der Sozialversicherungsbeträge) gekommen wäre.

Praktische Überlegungen lassen demnach ein solches Vorgehen auch vor dem Hintergrund eines Vertragsverständnisses, wie es im Prozess von der Beklagten geltend gemacht wird, sinnvoll erscheinen. Aus dem Umstand, dass ein Nettobetrag ausbezahlt wurde, kann der Kläger daher nichts zu seinen Gunsten ableiten.

11. Stellt man die Parteidarstellung des Klägers seinen Aussagen im Beweisverfahren gegenüber, so macht es den Anschein, dass er selbst nicht davon ausging, dass der *Sign-on* Bonus Vertragsinhalt wurde: In seinen Rechtsschriften bezeichnet er diesen Punkt als Offerte (act. 1 S. 6 Rz. 16) oder vorvertragliche Abmachung (act. act. 1 S. 7 Rz. 21). Nach eigener Aussage war er zwar enttäuscht, als er feststellte, dass im Vertrag keine *Signing-on-fee*, sondern ein Darlehen vorgesehen war. Aber er habe trotzdem unterschrieben, weil drei frühere Kollegen, die

ebenfalls zur Beklagten gewechselt hätten, ihm gesagt hätten, es gehe ihnen gut, das sei halt die Unternehmenspolitik der Beklagten, die sie nicht ändern werde (act. 105 S. 8 f.).

Der Kläger spricht demnach zwar von einer Offerte, aber er macht nicht geltend, er habe diese sogleich angenommen und dadurch sei ein Vertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen (vgl. Art. 4 OR), sondern er räumt ein, dass er schliesslich eine davon abweichende schriftliche Offerte unterzeichnete, was ihm auch bewusst war, wie der Hinweis auf seine Enttäuschung erkennen lässt. Dieses Dokument ist demnach massgeblich und es gelingt dem Kläger nicht, einen davon abweichenden übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen nachzuweisen.

Dass die Beklagte die Arbeitsverträge sämtlichen neuen Mitarbeitern immer erst nach Arbeitsaufnahme vorlege oder kurz davor, nachdem sie bereits längst beim bisherigen Arbeitgeber gekündigt hätten, im Wissen, dass die Arbeitsverträge, welche unübliche, teilweise unzulässige und anlässlich der Interviews nicht besprochene Konditionen beinhalteten, dann nicht mehr diskutiert werden könnten, wie der Kläger moniert (act. 1 S. 7 Rz. 20; vgl. auch act. 146 S. 7 Rz. 19 und S. 23 Rz. 63), ändert nichts daran. Ein rechtlich relevanter Willensmangel ist darin nicht zu erkennen und wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht.

Obwohl die ausbezahlte Summe von CHF 175'000.00 im *Cash-Ad* Vertrag (act. 3/8) ausdrücklich erwähnt wird, behauptet der Kläger, die Zahlung sei "gänzlich losgelöst von einer solchen Vertragsmechanik" erfolgt. Dass die Beklagte die abgemachte *Signing-Fee* trotzdem bezahle, obwohl sie den Vertrag selber nicht erfülle, den sie dem Kläger zum Beginn des Arbeitsverhältnisses vorlege und der dieser Abmachung nur ansatzweise entspreche, könne nur bedeuten, dass das ursprüngliche Verständnis zwischen den Parteien, nämlich die Auszahlung eines klassischen, üblichen *Sign-on* Bonus, Grundlage dieser Zahlung sein müsse (act. 146 S. 20 f. Rz. 53 f.). Überzeugend ist das nicht. Naheliegender erscheint, dass die Beklagte mit der Zahlung ihrer vertragliche Verpflichtung aus dem *Cash-Ad* Vertrag nachkam, den beide Parteien unterzeichnet hatten.

Dass die Beklagte einen Vertrag abschloss, den sie von Anfang an nicht zu erfüllen gedachte, ist nicht zu vermuten. Im Juli 2013 verhandelten die Parteien über eine Vertragsauflösung, auch wenn sie sich schliesslich nicht einig wurden. Wenn in der vergleichsweise kurzen Zeit von März bis Juli 2013 nie ein Thema war, dass der Kläger Beteiligungen im Sinne des Partnervertrages erhalten sollte, kann der Kläger daraus nichts über die ursprünglichen Absichten der Beklagten ableiten. Der Verweis auf einen angeblichen Parallelfall vermag das Fehlen von konkreten Einwänden nicht zu ersetzen und ist deshalb unbehelflich. Hinzu kommt, dass jener Arbeitnehmer anders als der Kläger offenbar mehrere Jahre für die Beklagte tätig war, wie aus der klägerischen Darstellung hervorgeht, so dass sich die dort gezogenen Schlussfolgerungen (die im Übrigen für die Gerichte in einem anderen Fall nicht bindend wären) ohnehin nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen lassen (act. 146 S. 20 Rz. 52; act. 150 S. 7 f. Rz. 14 ff.).

Da die Beklagte sich in ihrem Alternativstandpunkt auf einen ausservertraglichen Anspruch stützt, sind die Einwände unbehelflich, welche der Kläger einer vertraglichen Rückforderung entgegen hält - etwa dass die vertraglichen Bedingungen für eine Rückforderung nicht eingetreten seien, weil das Arbeitsverhältnis bis heute nicht rechtsgültig beendet worden sei und somit zwischenzeitlich länger als die für die Rückzahlungspflicht vorgesehene Frist von drei Jahren gedauert habe (act. 146 S. 3 f. Rz. 11, S. 7 Rz. 19, S. 10 Rz. 30, S. 21 Rz. 53).

12. Dass die Beklagte ihre Rückforderung in der Berufung neu auch auf ungerechtfertigte Bereicherung stützt, bezeichnet der Kläger in der Berufungsantwort als missbräuchlich, weil die Beklagte damit aus dem Umstand etwas ableiten wolle, dass sie ihren vertraglichen Verpflichtungen auf Übertragung von "*Partnership Units*" nicht nachgekommen sei (act. 146 S. 21 Rz. 57).

Auch bei einer Übertragung von Partnerschaftsanteilen hätte anfänglich zumindest für drei Jahre ein Rückforderungsanspruch bestanden. Es ist also nicht so, dass die Beklagte einen Anspruch geltend macht, der nie entstanden wäre, wenn es zur Übertragung der Partnerschaftsanteile gekommen wäre. Dass die Beklagte eine Zahlung, die während der ersten drei Jahre der Partnerschaft grundsätzlich

rückzahlbar sein sollte, nun auch zurückfordert, nachdem der Kläger gar nie Partner wurde, erscheint grundsätzlich nicht missbräuchlich.

Dass der Grund für das Nichtzustandekommen der Partnerschaft nicht beim Kläger gelegen habe – er betont, er habe sich nicht geweigert, bei der Übertragung von Partnerschaftsanteilen mitzuwirken, aber es sei ihm nie angeboten worden, Partner zu werden (act. 146 S. 21 Rz. 57) – nützt ihm nichts. Ein Bereicherungsanspruch setzt – anders als in der Regel ein Schadenersatzanspruch – kein Verschulden des Pflichtigen voraus.

13. Der Kläger macht geltend, die Forderung der Beklagten sei im Umfang von 70'639.35 (3 x CHF 23'546.45) untergegangen durch Verrechnung mit ihrer Lohnforderung für die Monate August, September und Oktober 2013. Die Beklagte habe ihm für diese drei Monate keinen Lohn ausbezahlt und damit selber die Verrechnung geltend gemacht (act. 146 S. 4 Rz. 12 m.H. auf act. 56 S. 4 f. Rz. 11 ff.).

Der Kläger hatte dieses Argument vor Vorinstanz in der Replik vorgebracht und für den Fall, dass die Beklagte mit dem Rückbehalt seines Lohns ab August 2013 nicht selber die Verrechnung geltend gemacht haben wolle, seinerseits die Verrechnung erklärt (act. 56 S. 5 Rz. 13).

Die Beklagte bestritt vor Vorinstanz, dass sie den Lohn des Klägers mit ihrer Darlehensrückforderung verrechnet habe. Zwar treffe zu, dass sie dem Kläger seit August 2013 keinen Lohn mehr ausbezahlt habe. Der Grund dafür sei jedoch die rückwirkende Aufhebung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte gewesen, nach der es keinen Grund mehr gegeben habe, wieso sie dem Kläger für die Monate August bis Oktober 2013 einen Lohn hätte entrichten müssen (act. 61 S. 7 Rz. 14 m.H. auf act. 45 S. 18 Rz. 35; vgl. auch act. 150 S. 4 Rz. 8). Sie machte also Verrechnung mit ihrem Rückabwicklungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag geltend, der von der Vorinstanz abgewiesen wurde und nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist (act. 150 S. 4 Rz. 9).

Wie der Verweis auf die Klageantwort zeigt, bezieht sich die Beklagte damit auf ihr Schreiben vom 12. November 2013 (act. 3/10), mit dem sie dem Kläger (laut

ihrer Darstellung in der Klageantwort) erklärt habe, dass sie das Arbeitsverhältnis infolge Willensmangels mit sofortiger Wirkung und rückwirkend ab dessen Entstehung aufhebe und die von ihm gestützt darauf ungerechtfertigt erhaltenen Zahlungen zurückfordere (act. 45 S. 18 Rz. 35 m.H. auf act. 3/10).

Diese Lesart des Schreibens vom 12. November 2013 ist jedoch umstritten. Der Kläger verweist darauf, dass das Schreiben vom 12. November 2013 ausschliesslich von der Aufhebungsvereinbarung (gemäss Schreiben der Beklagten vom 20. September 2013; act. 3/9) spreche, welche für null und nichtig erklärt werde, und nicht vom Arbeitsvertrag (act. 146 S. 6 Rz. 16). Die Beklagte bezeichnet den Gedanken, sie habe auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zurückkommen wollen hingegen als abwegig (act. 150 S. 5 Rz. 11).

Der Wortlaut des Schreibens vom 12. November 2013 stützt jedoch das Verständnis des Klägers: Dort ist die Rede vom *accord de fin de contrat*, was die Aufhebungsvereinbarung und nicht den ursprünglichen Vertrag bezeichnet, und verlangt sowohl die Rückzahlung des Darlehens als auch der erfolgten Lohnzahlungen von Februar bis Juli 2013 sowie während der (als Kündigungsfrist bezeichneten) Zeit von August bis Oktober 2013 (act. 3/10 S. 2):

Bien évidemment l'accord de fin de contrat que nous vous avons envoyé est nul et non avenu compte tenu de ce dol et nous exigeons le remboursement immédiat du prêt que vous a été consenti.

Nous entendons être remboursés des sommes que nous vous avons versées de février à juillet 2013 ainsi que du préavis de trois mois d'août à octobre 2013.

Der Prozessstandpunkt der Beklagten wird überdies durch den zeitlichen Ablauf widerlegt. Mit der Formulierung, nachdem das Arbeitsverhältnis von ihr infolge eines Willensmangels rückwirkend aufgehoben und die darauf gestützten Lohnzahlungen zurückgefordert worden seien, habe es keinen Grund gegeben, wieso sie dem Kläger für die Monate August bis Oktober 2013 einen Lohn hätte entrichten müssen (act. 150 S. 4 Rz. 8), schliesst sie selbst von der Chronologie auf die Kausalität ("nachdem"). Dabei geht sie jedoch von falschen Voraussetzungen aus: Die rückwirkende Aufhebung des Arbeitsverhältnisses erfolgte laut ihrer ei-

genen Darstellung erst im November 2013 und kann mithin nicht der Grund dafür gewesen sein, dass sie bereits ab August 2013 keinen Lohn mehr auszahlte.

Die Schreiben vom 12. November 2013 sowie insbesondere das Schreiben vom 20. September 2013, in dem sich die Beklagte auf die Sitzung des Klägers mit F. \_\_\_\_\_ am 15. Juli 2013 bezog und die vorzeitige Auflösung des Arbeitsvertrags auf den 31. Oktober 2013 bestätigte sowie die im Hinblick darauf getroffenen Vereinbarungen aus ihrer Sicht wiedergab, erwecken den Anschein, dass die Beklagte damals davon ausging, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 15. Juli 2013 mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf Ende Oktober 2013 aufgelöst worden war. In Ziffer 1 des Schreibens vom 20. September 2013 wird ausdrücklich festgehalten, dass der Kläger seinen Lohn bis zum *Termination Date*, dem 31. Oktober 2013, erhalte. Ziffer 4 hält fest, dass der Kläger, "wie mit Herrn F. \_\_\_\_\_ vereinbart", den erhaltenen Betrag von CHF 175'000.00 netto der Beklagten sofort zurückzubezahlen habe (act. 3/9).

Der Kläger bestreitet, dass er eine solche Verpflichtung eingegangen sei, und macht geltend, als Reaktion auf das Schreiben vom 20. September 2013 habe er die Rückzahlung von Bedingungen abhängig gemacht, was die Beklagte nicht akzeptiert habe, weshalb die Aufhebungsvereinbarung nicht zustande gekommen sei (act. 146 S. 5 f. Rz. 16).

Dass ihre Rückforderung bzw. zumindest deren Fälligkeit bestritten war, hinderte die Beklagte nicht daran, die Verrechnung geltend zu machen (Art. 120 Abs. 2 OR). Wenn die Beklagte dem Kläger entgegen der nach ihrem damaligen Verständnis offenbar bestehenden Lohnfortzahlungspflicht von August bis Oktober 2013 keinen Lohn mehr bezahlte – was unbestritten ist –, so ist davon auszugehen, dass dies in Verrechnung mit der bereits damals bestehenden Rückforderung über den Betrag von CHF 175'000 geschah. Ein anderer Grund ist aus damaliger Sicht nicht erkennbar. Der von der Beklagten im Prozess angeführte Grund (die rückwirkende Aufhebung des Vertrages) kann nicht zutreffen, da dies erst später – im November 2013 – geschah. Darauf kann die Beklagte nachträglich nicht zurückkommen.

Es ist daher davon auszugehen, dass die Sachdarstellung des Klägers in diesem Punkt zutrifft, was zur Folge hat, dass die Rückforderung der Beklagten im Umfang dieser drei Lohnbetreffnisse (3 x CHF 23'546.45 = CHF 70'639.35) durch Verrechnung untergegangen ist.

14. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rückforderung der Beklagten von CHF 175'000.00 aus ungerechtfertigter Bereicherung im Umfang von CHF 70'639.35 durch Verrechnung untergegangen ist. Die Forderung der Beklagten reduziert sich demnach auf CHF 104'360.65. Es ist festzustellen, dass der Kläger der Beklagten diesen Betrag zuzüglich 5% Zins seit 15. März 2013 schuldet.

15. Die Klage nach Art. 85a SchKG hat sowohl materiellrechtliche als auch betreibungsrechtliche Wirkungen. Während in materiellrechtlicher Hinsicht der Bestand oder Nichtbestand einer bestimmten Forderung festgestellt wird, besteht die betreibungsrechtliche Wirkung darin, dass bei einer Gutheissung der Klage die betreffende Betreibung eingestellt oder aufgehoben wird (Art. 85a Abs. 3 SchKG). Bei einer teilweisen Gutheissung der Klage, wie vorliegend gegeben, wird die Betreibung teilweise aufgehoben (BSK-SchKG I, Bodmer / Bangert, Art. 85a N 32 m.H. auf Art. 85 N 27 und 35).

Die von der Beklagten beim Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon angeordnete Betreibung, welche den Anlass für diese Klage nach Art. 85a SchKG bildet, ist demnach in dem Umfang aufzuheben, der den Betrag von CHF 104'360.65 zuzüglich 5% Zins seit 15. März 2013 übersteigt.

### III.

1. Der Kläger beantragt für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung verweist er darauf, dass die Kammer mit Urteil vom 6. Oktober 2015 (act. 40) die Aussichtslosigkeit seiner Klage verneint und ihm die unentgeltliche Rechtspflege gewährt habe. An seinen Vermögens- und Einkommensverhältnissen habe sich seither nichts geändert. Er lebe zwischenzeitlich von seiner Familie getrennt, sei ohne Einkommen und mittellos. Er

sei vor Vorinstanz mit seiner Klage durchgedrungen. Das Berufungsverfahren sei deshalb offensichtlich nicht aussichtslos (act. 146 S. 3 Rz. 6 ff.).

2. Zu Begründung für seine Mittellosigkeit verweist der Kläger auf einen Entscheid, der über 2 ½ Jahre alt ist, und behauptet, an seinen Vermögens- und Einkommensverhältnissen habe sich seither nichts geändert (act. 146 S. 3 Rz. 7). Als einzigen aktuellen Beleg reicht er ein Schreiben vom 18. Dezember 2017 ein, in dem die Gemeinde G. \_\_\_\_\_ bestätigt, dass sie ihm bei gleichbleibenden finanziellen Verhältnissen die Mietwohnungskosten innerhalb der Gemeinde G. \_\_\_\_\_ bis maximal CHF 1'700.00 (inkl. Nebenkosten) übernehmen werde (act. 147).

Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen, was bedeutet, dass ihre Voraussetzungen mit aktuellen Belegen glaubhaft zu machen sind. Diesen Anforderungen vermag die Begründung des klägerischen Gesuchs kaum zu genügen. Aus dem Schreiben der Gemeinde geht hervor, dass ihn die Gemeinde nach wie vor als bedürftig betrachtet, auch wenn eine Überprüfung dieser Einschätzung nicht möglich ist. Immerhin kann daraus geschlossen werden, dass sich seine finanziellen Verhältnissen nicht zum Besseren verändert haben, so dass er nach wie vor als mittellos zu betrachten ist.

Da im Übrigen seine Sache nicht als aussichtslos bezeichnet werden kann, nachdem die Vorinstanz zu seinen Gunsten entschied, ist dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege auch für das Berufungsverfahren zu gewähren.

3. Nach der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sind die Nebenfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu regeln. Nach dem Berufungsverfahren unterliegt die Beklagte mit Bezug auf die Forderung über CHF 212'829.00 nach wie vor vollumfänglich, während sie mit Bezug auf die Forderung von CHF 175'000.00 im Umfang von CHF 104'360.65 obsiegt. Bezogen auf den gesamten Streitwert des vorinstanzlichen Verfahrens ist das ungefähr ein Viertel.

Die Entscheidungsbüher des vorinstanzlichen Verfahrens, deren Bemessung nicht beanstandet wurde und daher zu bestätigen ist, sowie die weiteren Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sind dementsprechend zu einem Viertel dem Kläger

und zu drei Vierteln der Beklagten zu auferlegen. Weil dem Kläger von der Vorinstanz ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt worden war und eine allfällige Parteientschädigung deshalb nicht ihm, sondern seinem Vertreter ausbezahlen ist, können die Parteientschädigungen nicht miteinander verrechnet werden. Ausgehend von der vorinstanzlich festgesetzten Grundgebühr von CHF 35'000.00 einschliesslich Mehrwertsteuer, die unbeanstandet blieb, hat der Kläger der Beklagten eine auf ein Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'750.00 zu bezahlen, und die Beklagte hat dem klägerischen Vertreter eine auf drei Viertel reduzierte Parteientschädigung von CHF 26'250.00 zu bezahlen.

4. Das Berufungsverfahren geht im Verhältnis von ungefähr 6 zu 4 zugunsten der Beklagten aus. Der Kläger hat demnach 60% der zweitinstanzlichen Kosten zu tragen und der Beklagten eine auf 60% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen, während die Beklagte den Rest der Kosten zu tragen und dem klägerischen Vertreter eine auf 40% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen hat.

5. Bei der Liquidation der Prozesskosten sind die Folgen der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege sowie Art. 123 ZPO zu berücksichtigen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 23. März 2018 mit Bezug auf die Feststellung, dass der Kläger der Beklagten den Betrag von CHF 212'829.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. November 2013 nicht schuldet, in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Guttheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 23. März 2018 mit Bezug auf die Feststellung, dass der Kläger der Beklagten den Betrag von CHF 175'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 15. März 2013 nicht schuldet, aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der Kläger der Beklagten den Betrag von CHF 104'360.65 zuzüglich 5% Zins seit 15. März 2013 schuldet.
2. In teilweiser Guttheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 23. März 2018 aufgehoben und es wird die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon im Umfang, der den Betrag von CHF 104'360.65 zuzüglich 5% Zins seit 15. März 2013 übersteigt, aufgehoben.
3. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 23. März 2018, wird bestätigt.
4. Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 23. März 2018 wird aufgehoben und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu einem Viertel dem Kläger und zu drei Vierteln der Beklagten auferlegt. Der auf den Kläger entfallende Kostenanteil wird zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen, wobei der Kläger auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen wird.
5. Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 23. März 2018 wird aufgehoben und der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'750.00 (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.

6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers, Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 26'250.00 (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
7. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 11'750.00 festgesetzt.
8. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden zu 60% dem Kläger und Berufungsbeklagten und zu 40% der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt. Der auf die Beklagte entfallende Kostenanteil wird mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet und der auf den Kläger entfallende Kostenanteil wird zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen, wobei der Kläger auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen wird.
9. Der Kläger und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 6'462.00 (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
10. Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers, Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'308.00 (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und im Dispositiv an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, sowie an das Bezirksgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

12. 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 und arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der  
Streitwert beträgt CHF 175'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. O. Canal

versandt am: