

**I. Zivilabteilung**

**Z1 2021 11**

Oberrichter lic.iur. P. Huber, Abteilungspräsident  
Oberrichter Dr.iur. F. Horber  
Oberrichter Dr.iur. A. Staub  
Gerichtsschreiberin MLaw K. Fotsch

**Urteil vom 25. Oktober 2022 [rechtskräftig]  
(berichtigt mit Urteil vom 31. Oktober 2022)**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_,**  
vertreten durch RA lic.iur. B. \_\_\_\_\_  
**Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger,**

gegen

**C. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch RA lic.iur. D. \_\_\_\_\_,  
**Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte,**

betreffend

Forderung aus Arbeitsvertrag  
(Berufungen gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 15. März 2021)

## **Rechtsbegehren**

### **Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte**

#### **Berufung vom 30. April 2021**

1. Es seien die Dispositiv-Ziffern 1.1, 1.2, 1.3, 2. und 3. des Urteils des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 15. März 2021 (A2 2017 43) aufzuheben und die Klage mit Ausnahme der Dispositiv-Ziffer 1.4 (Personaldossier) abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes und Neuentscheidung zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers/Berufungsbeklagten (zuzüglich 7,7 % MWST).

#### **Anschlussberufungsantwort vom 6. September 2021**

1. Die Anschlussberufung des Klägers sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers/Berufungsbeklagten (zuzüglich 7,7 % MWST).

### **Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger**

#### **Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 17. Juni 2021**

1. Die Berufung der Beklagten sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei die Dispositiv-Ziffer 1.5 des Entscheids des Kantonsgerichts Zug vom 15. März 2021 (Geschäfts-Nr.: A2 2017 43) aufzuheben, und die Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Kläger, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger USD 288'307.63 zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 15. November 2015 und USD 764'842.84 zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 1. Januar 2014 zu bezahlen sowie 192'205.09 Aktien der G. \_\_\_\_\_ LLC zu Eigentum und zur freien Verfügung zu verschaffen und dieselben auf erstes Verlangen des Klägers, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers zum Rückkauf anzunehmen.
3. Eventualiter sei die Dispositiv-Ziffer 1.5 des Entscheids des Kantonsgerichts Zug vom 15. März 2021 (Geschäfts-Nr.: A2 2017 43) aufzuheben, und die Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Kläger, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger USD 288'307.63 zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 15. November 2015, USD 764'842.84 zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 1. Januar 2014 sowie den Gegenwert von 192'205.09 Aktien der G. \_\_\_\_\_ LLC im Betrag von insgesamt USD 6'727'178.15 zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 10. Mai 2015 zu bezahlen.
4. Subeventualiter sei die Dispositiv-Ziffer 1.5 des Entscheids des Kantonsgerichts Zug vom 15. März 2021 (Geschäfts-Nr.: A2 2017 43) aufzuheben und das Verfahren zur Vervollständigung des Beweisverfahrens und erneuter Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten.

## Sachverhalt

- 1.1 Die C. \_\_\_\_\_ AG (ehemals H. \_\_\_\_\_ AG; nachfolgend: Beklagte) ist eine \_\_\_\_\_ gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in K. \_\_\_\_\_. Sie bezweckt \_\_\_\_\_ (act. 1/1).

Die Beklagte gehört zur I. \_\_\_\_\_ Gruppe, die zentral durch die I. \_\_\_\_\_ LLC (nachfolgend: I. \_\_\_\_\_) mit Sitz in Z. \_\_\_\_\_, Connecticut (USA), gehalten wird. Die Aktien der I. \_\_\_\_\_ werden ihrerseits von zwei Gesellschaften gehalten: der G. \_\_\_\_\_ LLC (nachfolgend: G. \_\_\_\_\_) sowie der börsenkotierten J. \_\_\_\_\_, Inc. (nachfolgend: J. \_\_\_\_\_). Die "effektive Schaltzentrale" der Gruppe ist die J. \_\_\_\_\_ (act. 1 Rz 19 ff. und act. 6 Rz II.1 f.).

- 1.2 A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Kläger) trat am 11. April 1994 als "Assistant Portfolio Manager" in den Dienst der Beklagten. Der entsprechende Arbeitsvertrag datiert vom 1. April 1994. In der Folge wurde der Kläger wiederholt befördert. Zuletzt hatte er über viele Jahre die Position des "Chef Handel Europa" und damit eines geschäftsführenden Direktors sowie Mitglieds der Konzernleitung inne (act. 1 S. 10 und 15; act. 1/5). Am 5. März 2014 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Die Kündigung wurde dem Kläger vom Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten zunächst telefonisch eröffnet und auch kurz begründet, wobei der genaue Inhalt dieser Begründung zwischen den Parteien umstritten ist. Kurz darauf wurde dem Kläger die Kündigung auch schriftlich (ohne Angabe von Gründen) eröffnet. Der Kläger bestätigte den Erhalt dieses Schreibens, wies aber gleichzeitig darauf hin, dass er mit der Kündigung nicht einverstanden sei (act. 1 Rz 31 f.; act. 1/6). Eine unterzeichnete, schriftliche Begründung der Kündigung erhielt der Kläger trotz entsprechendem Ersuchen an die Beklagte nicht (act. 1 Rz 37 f.; act. 1/9).
- 1.3 In der Folge gerieten die Parteien in Streit darüber, welche Ansprüche dem Kläger aus dem fristlos beendeten Arbeitsverhältnis noch zustehen.
- 2.1 Nach erfolglos verlaufenem Schlichtungsverfahren reichte der Kläger am 24. Oktober 2017 beim Kantonsgericht Zug gegen die Beklagte eine Klage mit folgendem Rechtsbegehren ein (act. 1):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger das vollständige Personaldossier herauszugeben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 1'900'567.95 zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 5. März 2014 zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger USD 1'264'073.07 zu bezahlen, zuzüglich Zinsen zu 5 %
  - auf dem Betrag von USD 210'922.60 seit dem 15. Dezember 2015,
  - auf dem Betrag von USD 288'307.63 seit dem 15. November 2015, und
  - auf dem Betrag von USD 764'842.84 seit dem 1. Januar 2014.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 111'447 Aktien der J. \_\_\_\_\_, Inc. zu Eigentum und zur freien Verfügung zu verschaffen.

Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Gegenwert von 111'447 Aktien der J.\_\_\_\_\_, Inc. von USD 4'019'401.68 zu bezahlen, zuzüglich Zinsen zu 5 %

- auf dem Betrag von USD 1'542'765.00 seit dem 10. Mai 2015,
- auf dem Betrag von USD 1'378'525.38 seit dem 10. Mai 2016, und
- auf dem Betrag von USD 1'098'111.30 seit dem 10. Mai 2017.

5. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 192'205.09 Aktien der G.\_\_\_\_\_ LLC zu Eigentum und zur freien Verfügung zu verschaffen und dieselben auf erstes Verlangen des Klägers zum Rückkauf anzunehmen.

Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Gegenwert von 192'205.09 Aktien der G.\_\_\_\_\_ LLC im Betrag von insgesamt USD 6'727'178.15 zuzüglich Zinsen zu 5 % seit dem 10. Mai 2015 zu bezahlen.

6. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit folgendem Inhalt auszustellen:

*Arbeitszeugnis*

[...]

*Zug, 30. Juni 2014*

7. Der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes K.\_\_\_\_\_, Zahlungsbefehl vom 6. März 2017, sei im klageguthessenden Umfang zu beseitigen.
8. Der Kläger behält sich eine Mehrforderung und eine Nachklage ausdrücklich vor.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beklagten.

2.2 In der Klageantwort vom 30. Januar 2018 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage, sofern darauf einzutreten sei (act. 6).

2.3 In der Replik vom 8. Mai 2018 (act. 9) und der Duplik vom 4. September 2018 (act. 12) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Der Kläger äusserte sich zudem am 10. Oktober 2018 im Rahmen seines unbedingten Replikrechts zu den Dupliknoten und beantragte die Edition diverser Unterlagen sowie die Befragung von Zeugen (act. 16).

2.4 Mit Beweisverfügung vom 2. Mai 2019 ordnete der erstinstanzliche Referent die Befragung der Zeugen L.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ an. Im Weiteren forderte er die Beklagte zur Edition von Unterlagen im Zusammenhang mit dem möglichen Anspruch des Klägers auf Aktien der G.\_\_\_\_\_ auf (act. 22). Darauf reagierte die Beklagte mit Eingabe vom 13. Mai 2019, wobei sie bestritt, solche Unterlagen zu besitzen, und ausserdem geltend machte, dass der Kläger bezüglich der Edition dieser Unterlagen gar kein Rechtsschutzinteresse habe (act. 23).

2.5 Während L.\_\_\_\_\_ am 19. Dezember 2019 als Zeuge einvernommen werden konnte (act. 45), misslang eine rechtshilfeweise Befragung von M.\_\_\_\_\_ in Deutschland, weil

dieser offenbar nicht (mehr) an der von der Beklagten angegebenen Adresse wohnhaft war, sondern sich nach Iran abgemeldet hatte. Der erstinstanzliche Referent verzichtete daraufhin mit Entscheid vom 4. Mai 2020 auf die Einvernahme dieses Zeugen und schloss das Beweisverfahren ab (act. 55). Da aufgrund der Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung gegen die Covid-19-Pandemie zu jener Zeit keine Verhandlungen stattfinden konnten, nahmen die Parteien schriftlich mit je zwei "Parteivorträgen" zum Beweisergebnis Stellung: der Kläger mit Eingaben vom 15. Juni und 31. August 2020 (act. 58 und 64), die Beklagte mit Eingaben vom 17. August und 5. Oktober 2020 (act. 62 und 69).

2.6 Am 15. März 2021 fällte das Kantonsgericht Zug, 2. Abteilung, folgenden Entscheid (act. 72; Verfahren A2 2017 43):

- 1.1 Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 449'000.95 (CHF 321'500.95 netto zuzüglich CHF 127'500.00) nebst Zins zu 5 % ab 5. März 2014 sowie USD 210'922.60 nebst Zins zu 5 % ab 14. Februar 2016 zu bezahlen, und es wird festgehalten, dass der Kläger die Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes K. \_\_\_\_\_ im Umfang von CHF 449'000.95 nebst Zins zu 5 % ab 5. März 2014 sowie im Umfang von USD 210'922.60 nebst Zins zu 5 % ab 14. Februar 2016 fortsetzen kann.
- 1.2 Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 111'447 Aktien der J. \_\_\_\_\_, Inc. zu Eigentum zu verschaffen.
- 1.3 Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit folgendem Inhalt aus- und zuzustellen:

*Arbeitszeugnis*

*Herr A. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.jjjj, heimatberechtigt in \_\_\_\_\_, stand in unserem Unternehmen vom 14. April 1994 bis 30. Juni 2014 in einem vollzeitlichen Anstellungsverhältnis.*

*Herr A. \_\_\_\_\_ trat bei uns als Händlerassistent ein und wurde dank seiner guten Leistungen jjjj zum Händler ernannt. Er arbeitete sich in der Folge zum Deputy Chef Handel hoch und wurde jjjj als Partner in unsere Group aufgenommen. jjjj ernannten wir Herrn A. \_\_\_\_\_ per interim zum Chef Handel Europa. Ab jjjj übernahm er diese Funktion definitiv und wurde gleichzeitig in die Konzernleitung aufgenommen. Diese besteht heute aus weltweit 15 Geschäftsleitern, wobei neben Herrn A. \_\_\_\_\_ ein weiterer ausserhalb der USA arbeitete.*

*In seiner Funktion als geschäftsführender Direktor der H. \_\_\_\_\_ AG war Herr A. \_\_\_\_\_ für 16 Länder mit 40 Handelsplattformen verantwortlich. Sein grosses Fachwissen, welches er sich in den ersten fünf Jahren als Aktienhändler und als Spezialist für Aktienderivate und Indizes Derivate erworben hat, halfen mit, den Handel in vielen Ländern aufzubauen. Herr A. \_\_\_\_\_ war in diesen Märkten auch verantwortlich für die Lancierung verschiedener neuer Produkte wie \_\_\_\_\_. Dazu gehörten auch das Handels- und Emissionsgeschäft mit Scheinen und dem damit verbundenen weitförmigen Setup.*

*Herr A. \_\_\_\_\_ erbrachte während all der Jahre eine ausgezeichnete und überdurchschnittliche Leistung. Wir verdanken ihm eine für uns geleistete, wertvolle Aufbauarbeit. In einer schwierigen und äusserst anspruchsvollen Phase*

*des weltweiten Marktes gelang es Herrn A.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ AG als Neuling im europäischen Markt zu etablieren. Seine von ihm angewandte, erfolgreiche Strategie wurde von den Märkten positiv aufgenommen. Erfolgreiche Reputation und Vertrauen im Markt bildeten für Herrn A.\_\_\_\_\_ die Grundlage für die längerfristig aufgebauten Marktanteile.*

*Herr A.\_\_\_\_\_ arbeitete sehr zielorientiert und effizient. Er verstand es ausgezeichnet, seine ihm unterstellten Teammitglieder erfolgreich und menschlich angenehm zu führen. Mit seinem motivierenden Führungsverständnis gelang es Herrn A.\_\_\_\_\_ besonders gut, auch bei anspruchsvollen Herausforderungen, entgegenkommend und dennoch zielorientiert vorzugehen. Vorgesetzte und Aussenstehende empfanden ihn ebenfalls als sehr umgänglich, aufmerksam und freundlich.*

*Herr A.\_\_\_\_\_ verlässt unsere Organisation mit dem heutigen Tag. Wir verlieren mit Herrn A.\_\_\_\_\_ eine hervorragende Führungspersönlichkeit und einen ausgezeichneten Händler, der den automatisierten elektronischen Handel von Wertpapieren sowohl im Kunden- als auch im Eigenhandel fundiert kennt. Herr A.\_\_\_\_\_ wird heute als fachlich hochstehender Spezialist weit über die Landesgrenzen hinaus geschätzt und anerkannt. Wir danken ihm für seine langjährige, hervorragende Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine Zukunft viel Erfolg und alles Gute.*

*Zug, 30. Juni 2014*

- 1.4 Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger das vollständige Personaldossier herauszugeben.
  - 1.5 Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
  2. Die Gerichtskosten werden wie folgt festgesetzt:  
  
CHF 150'000.00 Entscheidgebühr  
  
Die Gerichtskosten werden zu zwei Dritteln dem Kläger (= CHF 100'000.00) und zu einem Drittel der Beklagten (= CHF 50'000.00) auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von CHF 150'000.00 verrechnet. Die Beklagte hat dem Kläger den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 50'000.00 sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von CHF 400.00 zu ersetzen.
  3. Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 72'159.00 (MWST inbegriffen) zu bezahlen.
  4. [Rechtsmittelbelehrung]
  5. [Mitteilung]
3. Gegen diesen Entscheid liess die Beklagte mit Eingabe vom 30. April 2021 beim Obergericht des Kantons Zug innert Frist Berufung mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren einreichen (act. 73). In der Berufungsantwort vom 17. Juni 2021 schloss der Kläger auf kostenfällige Abweisung der Berufung und erhob gleichzeitig Anschlussberufung mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 77). In der Anschlussberufungsantwort vom 6. September 2021 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Anschlussberufung (act. 81).

Ein zweiter Schriftenwechsel und eine Berufungsverhandlung wurden nicht durchgeführt. Hingegen äusserte sich der Kläger zur Anschlussberufungsantwort im Rahmen seines unbedingten Replikrechts mit Eingabe vom 17. September 2021 (act. 83).

## Erwägungen

- 1.1 Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Zuger Gerichte wird von den Parteien im Berufungsverfahren zu Recht nicht (mehr) beanstandet, weshalb ohne Weiteres auf die zutreffenden Ausführungen in E. 1.1 des angefochtenen Entscheids verwiesen werden kann.
- 1.2 Dispositiv-Ziff. 1.4 des angefochtenen Entscheids (Herausgabe Personaldossier) blieb unangefochten, weshalb der Entscheid insofern bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Dasselbe gilt, soweit die Vorinstanz einen anteilmässigen Anspruch des Klägers auf Auszahlung eines Cash-Bonus von brutto CHF 345'667.00 für das Jahr 2014 verneint hat (act. 73 Rz 57 und act. 77 Rz 132). Diese Klagepunkte bilden demnach nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens.
- 1.3 Weiter ist in prozessualer Hinsicht vorab Folgendes festzuhalten:

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (vgl. 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 Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dabei muss die Berufungsklägerin aufzeigen, inwiefern und weshalb sie den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet bzw. weshalb (zulässige) Noven oder neue Beweismittel einen anderen Schluss aufdrängen. Um diesen Anforderungen nachzukommen, genügt es nicht, wenn die Berufungsklägerin lediglich auf ihre Vorbringen vor erster Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Vielmehr muss sie im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen ihre Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_598/2019 vom 23. Dezember 2019 E. 3.1 m.w.H., insbesondere auf BGE 142 III 413 E. 2.2.2 und 138 III 374 E. 4.3.1).

Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Lässt die Berufung insgesamt oder hinsichtlich eines bestimmten Streitpunkts eine (hinreichende) Begründung vermissen, so tritt die Berufungsinstanz darauf nicht ein. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO entbindet nicht von einer gehörigen Begründung der Rechtsmitteleingabe. Ebenso wenig besteht eine Pflicht des Berufungsgerichts, die Berufung zur Verbesserung zurückzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO (vgl. Urteile des

Bundesgerichts 5A\_350/2019 vom 26. Oktober 2020 E. 4.1 und 5A\_342/2020 vom 4. März 2021 E. 3.3, je m.w.H.).

2. Die Beklagte beanstandet zunächst, die Vorinstanz habe keine den gesetzlichen Anforderungen genügende Beweisverfügung erlassen.

2.1 Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen Folgendes vor (act. 73 Rz 8-16):

2.1.1 Die Beweisverfügung vom 2. Mai 2019 (act. 22) habe nur einen Teil der Klagepunkte, nämlich den Kündigungsgrund, die Höhe der Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR und die Aktien der G. \_\_\_\_\_ behandelt. Andere Klagepunkte, wie namentlich der Bonus für das Jahr 2014, die Abgangsentschädigung, die Aktien der J. \_\_\_\_\_, die Dividenden auf den Aktien und die Vorteile aus Tax Benefits Shares seien in der Beweisverfügung überhaupt nicht behandelt worden, obwohl die diesbezüglichen Forderungen und Sachvorbringen des Klägers bestritten gewesen seien und beide Parteien zahlreiche Urkunden und Befragungen von Zeugen und Parteien zum Beweis und Gegenbeweis der jeweiligen Behauptungen offeriert hätten. Bezüglich dieser Themen sei somit bis zum angefochtenen Entscheid völlig unklar geblieben, welche Sachvorbringen das Gericht für entscheidrelevant und beweisbedürftig erachtet habe, welche Beweismittel zugelassen und abgenommen würden sowie welche Partei den Hauptbeweis und welche den Gegenbeweis zu erbringen habe. Es habe dazu schlicht gänzlich an einer Beweisverfügung gefehlt.

Zudem habe die Vorinstanz zu den Beweisthemen, die behandelt worden seien, lediglich pauschal und abstrakt i.S.v. Art. 8 ZGB festgehalten, welche Partei die Beweislast trage. Art. 154 ZPO und das rechtliche Gehör verlangten jedoch eine Beweisverfügung im konkreten Streitfall, die sich mit den strittigen und relevanten Tatsachen des konkreten Falles und den dazu offerierten und zugelassenen Beweismitteln befasse. Welche konkreten Sachvorbringen das Gericht als entscheidrelevant und beweisbedürftig erachtet habe, welche Beweismittel zugelassen und abgenommen würden und welche Partei für welches konkrete Sachvorbringen den Hauptbeweis und welche den Gegenbeweis zu erbringen habe, sei der Beweisverfügung vom 2. Mai 2019 nicht zu entnehmen. Dasselbe gelte für die Beweisthemen, zu denen die Zeugen M. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ befragt werden sollten. Die Beweisverfügung vom 2. Mai 2019 lege offensichtlich kein "Programm" für die Beweiserhebung fest. Sie entspreche weder den Anforderungen von Art. 154 ZPO noch den Anforderungen, die in E. 1.5 des angefochtenen Entscheids formuliert worden seien. Die Vorinstanz habe Art. 154 ZPO und das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt, was diese im erstinstanzlichen Verfahren bereits mehrfach gerügt habe.

2.1.2 Dass gerade vorliegend eine Beweisverfügung wichtig gewesen wäre, zeige erstens der Umstand, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid in zahlreichen Punkten der Beklagten lapidar unterstellt habe, den Beweis nicht erbracht zu haben, ohne sich auch nur mit einem Wort zu den von der Beklagten dazu offerierten Beweisen zu äussern. Die Vorinstanz habe die entsprechenden Beweisofferten der Beklagten entweder übersehen oder ignoriert, was durch eine ordnungsgemässe Beweisverfügung hätte vermieden werden können. Zweitens habe sich das für die Parteien transparente Beweisverfahren auf punktuelle Sachverhalte bezüglich des wichtigen [Kündigungs-]Grundes "reduziert". Welche Beweise die Vorinstanz zu anderen Themen der Klage abnehme oder nicht abnehme, was strittig sei, wer für welche

Tatsachenbehauptung die Beweislast trage usw. sei völlig offengeblieben. Den Parteien sei es damit auch nicht möglich gewesen, sich im Rahmen der Schlussvorträge substantziell zum Beweisergebnis zu äussern.

2.1.3 Der fehlende Erlass einer hinreichenden Beweisverfügung trotz mehrfacher Aufforderung seitens der Beklagten stelle einen schwerwiegenden Verfahrensmangel dar, der zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen müsse. Die Sache sei daher an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese sei anzuweisen, eine Beweisverfügung zu erlassen und gestützt darauf das Verfahren mit dem Beweisverfahren fortzusetzen.

2.2 Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und es wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Beweisverfügungen können jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (Art. 154 ZPO); sie sind prozessleitende Verfügungen im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO (Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 154 ZPO N 24; Brönnimann, Berner Kommentar, 2012, Art. 154 ZPO N 5; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar, 2. A. 2014, Art. 124 ZPO N 3 und Art. 154 ZPO N 1).

Der Wortlaut von Art. 154 ZPO lässt viel Raum für Interpretationen und seine Entstehungsgeschichte ist komplex (vgl. Wuillemin, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO [Beweisverfügung], 2018, N 80 ff.; ders., Probleme der Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO [Probleme], ZZZ 2022, S. 12 ff., 17 ff.). Viele grundlegende Fragen zur Beweisverfügung sind deshalb umstritten und die praktische Handhabung unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Kantonen und Gerichten erheblich (vgl. Wuillemin, Probleme, a.a.O., S. 15 f.). Die Meinungen, wie die ideale oder auch nur die korrekte Beweisverfügung auszusehen hat, gehen entsprechend weit auseinander. Wird die Thematik im Rahmen eines konkreten Gerichtsverfahrens diskutiert, darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass prozessuale Vorschriften kein Selbstzweck sind. Das Zivilprozessrecht ist vielmehr darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen (sog. dienende Funktion des Zivilprozessrechts). Die Berufungsinstanz hat dementsprechend nicht abstrakt zu prüfen, ob eine Beweisverfügung in diesem oder jenem Punkt lege artis erlassen wurde. Für sie ist letztlich entscheidend, ob und inwieweit eine Partei allenfalls beschwert ist, d.h. ob ihr aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfügung ein erheblicher Nachteil entsteht und ob insbesondere ihr grundrechtlicher Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt worden ist (vgl. dazu Urteil des Obergerichts Zug Z1 2020 1 vom 27. November 2020 E. 2.2.1-2.2.3 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_30/2021 E. 4.1 m.w.H.; 4A\_541/2013 vom 2. Juni 2014 E. 3.4; 4A\_78/2014 bzw. 4A\_80/2014 vom 23. September 2014 E. 8.1; Wuillemin, Probleme, a.a.O., S. 20). Offenbar verkennt dies die Beklagte, wenn sie – losgelöst von allfälligen, konkret von ihr erlittenen Nachteilen – geltend macht, der angefochtene Entscheid sei bereits deshalb aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil die Beweisverfügung der Vorinstanz vom 2. Mai 2019 den Anforderungen von Art. 154 ZPO nicht genüge.

2.3 Aber auch sonst kann der Beklagten nicht gefolgt werden. Die Beklagte stört sich primär daran, dass mehrere von ihr offerierte Beweise von der Vorinstanz nicht abgenommen worden sind.

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat die Vorinstanz auf die Abnahme weiterer Beweismittel aber zu Recht verzichtet. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz ohnehin nicht verpflichtet war, nicht zugelassene Beweismittel in der Beweisverfügung zu erwähnen, was sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 154 ZPO ergibt. Inwiefern der Beklagten aufgrund der Nichterwähnung der nicht abgenommenen Beweismittel in der Beweisverfügung vom 2. Mai 2019 ein Nachteil entstanden sein soll, ist deshalb von vornherein nicht ersichtlich. Soweit die Beklagte sodann behauptet, es sei ihr nicht möglich gewesen, sich in den Schlussvorträgen substantiell zum Beweisergebnis zu äussern, überzeugen ihre Ausführungen ebenfalls nicht. Im Entscheid vom 4. Mai 2020 teilte der Referent im erstinstanzlichen Verfahren den Parteien unter anderem mit, dass das Beweisverfahren abgeschlossen sei, weshalb den Parteien Gelegenheit zu geben sei, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen (act. 55 S. 3 7. Lemma). Den Parteien war somit spätestens zu diesem Zeitpunkt klar, dass keine weiteren Beweise abgenommen würden. Weshalb es der Beklagten bei dieser Ausgangslage verwehrt gewesen sein soll, sich substantiell zum Beweisergebnis zu äussern, ist nicht nachvollziehbar. Die Beklagte legt denn auch nicht dar, welche entscheidenden Äusserungen sie konkret im Schlussvortrag gemacht hätte, wenn die Beweisverfügung alle ihrer Ansicht nach erforderlichen Informationen enthalten hätte. Inwiefern sich die Beweisverfügung konkret zu ihrem Nachteil ausgewirkt haben soll, legt die Beklagte somit nicht rechtsgenügend dar und ist auch nicht ersichtlich. Sie ist mit ihrer Kritik deshalb nicht zu hören.

3. In materieller Hinsicht ist zwischen den Parteien nach wie vor umstritten, ob die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt war.
- 3.1 Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3).
- 3.1.1 Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch die Arbeitgeberin nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 OR) gilt für leitende Angestellte in erhöhtem Masse, weshalb eine Verletzung dieser Pflicht durch solche Angestellte schwerer wiegt. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwelle erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Das Gericht hat in seiner Würdigung die Position und die Verantwortung des Arbeitnehmers ebenso zu berücksichtigen wie die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Art und die Schwere des vorgeworfenen Fehlverhaltens und die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Je kürzer diese Dauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Entlassung zu berechtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_393/2020 vom 27. Januar 2021 E. 4.1.1;

4A\_296/2020 vom 6. August 2020 E. 1.3.1 m.H.; 4A\_349/2017 vom 23. Januar 2018 E. 4.2; 4A\_625/2016 vom 9. März 2017 E. 3.2; BGE 142 III 579 E. 4.2; 130 III 28 E. 4.1).

- 3.1.2 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere auf die Schwere der Straftat und ob die Straftat unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_7/2018 vom 18. April 2018 E. 4.2.2; 4A\_625/2016 vom 9. März 2017 E. 6.2 m.w.H.).

Kündigt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer aufgrund von Anschuldigungen, die von einem anderen Mitarbeiter oder von einem Kunden erhoben werden, wird vom Arbeitgeber erwartet, dass er zuvor eine umfassende Untersuchung durchführt oder durchführen lässt, eventuell durch einen externen Beauftragten, wenn die Anschuldigung schwerwiegend ist. Dem angezeigten Arbeitnehmer sind dabei Verfahrensgarantien vergleichbar einer strafrechtlichen Untersuchung einzuräumen, z.B. die Möglichkeit, seine Verteidigung vorzubereiten, einen Rechtsbeistand hinzuzuziehen und Beweise erheben zu lassen. Der Arbeitgeber muss sich bemühen, die angezeigten Tatsachen zu überprüfen. Im Lichte von Art. 328 Abs. 1 OR muss der Arbeitnehmer zudem Gelegenheit haben, seinen Standpunkt angemessen zu verteidigen, wenn seine Ehre angegriffen wird. Im Übrigen können die Anforderungen an die vom Arbeitgeber zu beachtenden Schritte nicht abstrakt festgelegt werden; sie hängen vielmehr von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (Urteil des Bundesgerichts 4A\_694/2015 vom 4. Mai 2016 E. 2.4).

- 3.1.3 Die Beweislast für die Tatsachen, aus denen die Berechtigung zur fristlosen Kündigung abgeleitet wird, obliegt der Partei, welche die fristlose Kündigung erklärt hat (Art. 8 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 4A\_169/2016 vom 12. September 2016; BGE 130 III 213 E. 3.2). Es gilt das reguläre Beweismass. Der reguläre (strikte) Beweis gilt als erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Er muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn der Richter am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_578/2021 vom 24. Februar 2022 E. 3.3.3.3 m.w.H.).

- 3.2 Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Ergebnis, dass die Beklagte die von ihr geltend gemachten Gründe für die fristlose Kündigung nicht nachgewiesen habe und die fristlose Kündigung daher ungültig sei. Sie führte dazu zusammengefasst Folgendes aus (act. 72 E. 3-3.6):

- 3.2.1 Die Beklagte habe zur Begründung der fristlosen Kündigung im Wesentlichen vorgebracht, der Kläger habe über mehrere Jahre den ihm unterstellten Mitarbeiter M.\_\_\_\_\_ dazu missbraucht, sich an die Adresse von dessen Eltern in Deutschland Pakete mit wertvollem Inhalt liefern zu lassen. M.\_\_\_\_\_ habe diese Pakete anschliessend unter Umgehung des Zolls dem Kläger in die Schweiz bringen müssen. Dabei habe der Kläger M.\_\_\_\_\_

wissentlich und willentlich dem Risiko ausgesetzt, sich strafbar zu machen. Dazu habe er dreist die Wohnadresse der Eltern von M. \_\_\_\_\_ als seine private Lieferadresse angegeben, ohne diese zu fragen, ob ihnen das recht sei, und ohne sich dafür erkenntlich zu zeigen. Dies habe der Kläger auch fortgesetzt, als M. \_\_\_\_\_ krankheitshalber längerfristig arbeitsunfähig gewesen sei. M. \_\_\_\_\_ habe dies sehr belastet. Er habe sich vom Kläger stark abhängig und unter Druck gesetzt gefühlt. Nachdem M. \_\_\_\_\_ deswegen bei der eidgenössischen Zollverwaltung eine Selbstanzeige erstattet habe, habe der Kläger zudem seine Rolle als Vorgesetzter missbraucht, um M. \_\_\_\_\_ zu einem Rückzug der Anzeige zu bewegen. Dazu habe er sich unangemeldet zu den Eltern von M. \_\_\_\_\_ begeben und dort verschiedene Drohungen ausgesprochen. Ausserdem habe er einen weiteren Mitarbeiter, L. \_\_\_\_\_, dazu gezwungen, M. \_\_\_\_\_ sowohl am 21. Februar 2014 als auch am 24. Februar 2014 mit Drohungen zum Rückzug der Strafanzeige zu bewegen.

3.2.2 Der Kläger habe bestätigt, dass er sich Pakete an die Adresse der Eltern von M. \_\_\_\_\_ habe liefern lassen. Die Beklagte habe jedoch nicht nachgewiesen, dass er dabei widerrechtlich gehandelt habe. Das genannte Vorgehen sei nämlich grundsätzlich legal und im Grenzgebiet denn auch weit verbreitet. Es ermögliche, die im Verhältnis zu anderen Staaten höheren Einkaufspreise zu umgehen, welche Onlinehändler bei Einkäufen mit Liefer- oder IP-Adresse in der Schweiz typischerweise verlangen würden. Bis zum Freibetrag von CHF 300.00 werde keine Mehrwertsteuer (Einfuhrsteuer nach Art. 1 Abs. 2 lit. c MWSTG) erhoben, sofern die Waren für den privaten Gebrauch oder zum Verschenken bestimmt seien (Wertfreigrenze nach Art. 53 Abs. 1 lit. a MWSTG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 EFD-VO; SR 641.204). Eine spiegelgleiche Wertfreigrenze gelte auch für die Verzollung (Art. 5 Abs. 1 Reisendenverkehrsverordnung; SR 631.251.1). Bis zum Freibetrag von CHF 300.00 wäre das dem Kläger vorgeworfene Verhalten somit nicht strafbar gewesen und ein Nachweis dafür, dass der Kläger diesen Freibetrag überschritten habe, habe die Beklagte nicht erbracht. Das Strafverfahren gegen den Kläger sei mit Verfügung vom 17. April 2014 denn auch eingestellt worden. Im Übrigen hätte selbst eine Verurteilung des Klägers aufgrund des vorgeworfenen Mehrwertsteuerdelikts nicht ausgereicht, um eine fristlose Entlassung des Klägers zu rechtfertigen. Eine weitere Zusammenarbeit wäre nämlich auch nach dem entsprechenden Delikt zumutbar gewesen, da man die vorgeworfene Übertretung nicht als schwer bezeichnen könne, sei doch keine erhöhte kriminelle Energie dafür notwendig, sich vereinzelt Pakete über die Grenze bringen zu lassen und so die (geringen) Zollgebühren und Mehrwertsteuern darauf umgehen zu können. Nach der Darstellung der Beklagten habe der Kläger dieses Delikt zwar wiederholt begangen. Nichts weise jedoch darauf hin, dass der Kläger sich in seinen 20 Jahren bei der Beklagten im Übrigen nicht korrekt verhalten habe. In Anbetracht seines beruflichen Aufstiegs sei sogar vom Gegenteil auszugehen. Auch stehe das vorgeworfene Delikt nicht im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Klägers oder des dazu angeblich missbrauchten Mitarbeiters M. \_\_\_\_\_ und schädige den Ruf der Beklagten als Arbeitgeberin daher nicht.

3.2.3 Ferner sei die angebliche psychische Belastung von M. \_\_\_\_\_ weder glaubhaft noch objektiv nachvollziehbar, habe dieser seine "Dienstleistung" doch über mehrere Jahre und nicht nur dem Kläger, sondern auch mehreren anderen Mitarbeitern zur Verfügung gestellt. Die gesundheitlichen Beeinträchtigungen von M. \_\_\_\_\_ basierten wohl – wie die Beklagte selber ausführe – auf dessen traumatischen Erlebnissen im Zusammenhang mit zwei Raubüberfällen. Sodann werde auch nicht geltend gemacht, M. \_\_\_\_\_ habe sich bis zur

Strafanzeige je gegen seine "Dienstleistung" gewehrt. Somit vermöge auch der dem Kläger vorgeworfene Missbrauch eines untergebenen Arbeitnehmers zur Ausführung des (ohnehin nicht erstellten) MWST-Delikts eine fristlose Entlassung nicht zu rechtfertigen. Die angeblichen Drohungen des Klägers gegenüber M.\_\_\_\_\_, dessen Eltern E.\_\_\_\_\_, und F.\_\_\_\_\_, sowie L.\_\_\_\_\_ seien ebenfalls nicht nachgewiesen. L.\_\_\_\_\_ habe im Rahmen der Zeugenbefragung den Inhalt des Gesprächsprotokolls vom 3. März 2014 nicht bestätigt, sondern erklärt, er sei damals unter Druck gewesen, da er im Konflikt zwischen der Arbeitgeberin und dem Kläger – als seinem Vorgesetzten – gestanden habe (auch wenn ihm keine "Vorgaben" zu den Antworten erteilt worden seien und sich der Zeuge auch nicht daran habe erinnern können, ob er sich bei den Antworten frei gefühlt habe). Das Gespräch vom 3. März 2014 habe – gemäss L.\_\_\_\_\_ – stattgefunden, da die Beklagte den Kläger habe "raushaben" wollen. Der Versuch, M.\_\_\_\_\_ rechtshilfweise einzuvernehmen, sei erfolglos geblieben. Der Inhalt des Befragungsprotokolls vom 4. März 2014 habe somit nicht verifiziert werden können.

- 3.2.4 Entgegen der Auffassung der Beklagten könne sodann nicht unbesehen auf dieses Befragungsprotokoll abgestellt werden. So habe der Zeuge L.\_\_\_\_\_ bestätigt, dass er "damals unter Druck gewesen" sei, was auch beim Zeugen M.\_\_\_\_\_ nicht ausgeschlossen werden könne. Zudem sei es für eine Würdigung von (schriftlichen) Aussagen relevant, unter welchen Umständen sie gemacht worden seien. Im Übrigen sei es in Verfahren wie dem vorliegenden Aufgabe der Parteien, dem Gericht die Beweisofferten zu unterbreiten, wozu auch die Adressen von Zeugen gehörten. Die öffentliche Publikation der Zeugenvorladung sei sodann erst nach Aktenschluss beantragt worden. Die Befragung von Personen zu einem Sachverhalt, den sie nicht selber wahrgenommen hätten, helfe – wie im vorliegenden Fall – in der Regel nicht weiter und sei daher zu unterlassen. Selbst wenn aber auf die von der Beklagten eingereichten Gesprächsprotokolle abgestellt würde, wären die angeblichen Drohungen des Klägers nicht ausreichend, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Insbesondere angesichts seiner langen Tätigkeit für die Beklagte von beinahe 20 Jahren hätte die Beklagte den Kläger zuerst verwarnen müssen. Für ein solches Vorgehen spreche auch die relativ kurze ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten. Die Zeugenbefragung von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ zur Verifizierung des Inhalts des Gesprächsprotokolls vom 7. März 2014 habe somit unterbleiben können, da selbst dann, wenn dieser Inhalt bestätigt würde, kein Grund für eine fristlose Kündigung gegeben wäre. Die geforderte objektive Schwere eines Vorfalls sei nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, wenn sich das Verhalten nicht direkt auf die Arbeitsleistung auswirke.
- 3.2.5 Um die ausserordentliche Kündigung doch noch rechtfertigen zu können, hätte die Beklagte sodann den Nachweis dafür erbringen müssen, dass sie alles ihr Zumutbare vorgenommen habe, um ihrer Aufklärungspflicht nachzukommen. Dies gelinge ihr nicht, da sie nicht nachweisen könne, dass sie im Rahmen ihres – nur zwei Tage andauernden – internen Untersuchungsverfahrens dem Kläger ausreichend ermöglicht habe, sich zu verteidigen. Der Inhalt des letzten Gesprächs zwischen den Parteien sei umstritten und nicht nachgewiesen. Ausserdem habe die Beklagte weder nachgewiesen noch mache sie überhaupt geltend, den Kläger vorgängig ausreichend informiert zu haben, sodass er sich auf dieses Gespräch hätte vorbereiten können. Folglich sei es dem Kläger auch nicht möglich gewesen, seine Verteidigung vorzubereiten, geschweige denn jemanden zu organisieren, welcher ihn während des Gesprächs hätte unterstützen können. Auch die Möglichkeit, entlastende Beweismittel zu

sammeln, sei ihm verwehrt worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reiche diese Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs bereits aus, um einer fristlosen Verdachtskündigung die Legitimität zu entziehen.

Angesichts der langen Anstellungsdauer des Klägers sowie seiner Stellung bei der Beklagten und da sich ihr Verdacht im Kündigungszeitpunkt nur auf die Aussagen von M.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ gestützt habe, wären Zweifel bezüglich der Vorwürfe angebracht gewesen. Dies gelte insbesondere deshalb, weil M.\_\_\_\_\_ damals seit über einem halben Jahr aus psychischen Gründen arbeitsunfähig und sein Arbeitsverhältnis zur Beklagten bereits gekündigt gewesen sei. Darüber hinaus entstehe der Anschein, die Beklagte habe bereits vor dem abschliessenden Gespräch den Beschluss zur fristlosen Kündigung getroffen oder doch stark damit gerechnet. Hierfür spreche, dass die Beklagte vor dem abschliessenden Gespräch unbestrittenermassen bereits alle notwendigen Dokumente für die Kündigung vorgefertigt und einen Sicherheitsmann für den Konfliktfall organisiert habe. Insgesamt habe die Beklagte jedenfalls nicht nachweisen können, dass sie ein internes Untersuchungsverfahren im notwendigen Ausmass durchgeführt habe, das die unrechtmässige fristlose Verdachtskündigung doch noch hätte rechtfertigen können.

3.2.6 Somit stehe fest, dass die Beklagte den Kläger in ungerechtfertigter Weise fristlos entlassen habe.

3.3 Die Beklagte bringt dagegen mehrere Rügen vor. Zunächst beanstandet sie, die Vorinstanz halte in E. 3.2 "lapidar" fest, die Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass der Kläger widerrechtlich gehandelt habe, weil die Beklagte keinen Nachweis dafür erbracht habe, dass die Pakete, die sich der Kläger durch M.\_\_\_\_\_ habe in die Schweiz liefern lassen, den Freibetrag von CHF 300.00 überschritten hätten. Diese Feststellung sei aktenwidrig und verletze das Recht der Beklagten auf Beweis.

3.3.1 Zur Begründung führt die Beklagte aus, sie habe in Rz 11 der Klageantwort die Aussagen von M.\_\_\_\_\_ zusammengefasst, die dieser in der internen Untersuchung gemacht habe. Als Beweis habe sie die Zeugenbefragung von M.\_\_\_\_\_ und ihres Rechtsanwalts D.\_\_\_\_\_ offeriert, der M.\_\_\_\_\_ damals befragt habe, sowie das Befragungsprotokoll von M.\_\_\_\_\_ als Beweisurkunde eingereicht. Die Befragung von M.\_\_\_\_\_ als Zeuge sei gescheitert, weil dieser der Beklagten eine falsche Adresse angegeben und sich damit einer Befragung entzogen habe. Die beiden anderen Beweismittel der Beklagten habe die Vorinstanz schlicht ignoriert. Das Befragungsprotokoll (act. 6/3 S. 2) erbringe den Urkundenbeweis dafür, dass M.\_\_\_\_\_ für den Kläger unter Umgehung der Einfuhrsteuer ein Paket im Wert von EUR 10'000.00 und damit weit über dem Freibetrag von CHF 300.00 über die Grenze gebracht habe. Der Rechtsanwalt der Beklagten könne bezeugen, dass M.\_\_\_\_\_ die protokollierte Aussage ihm gegenüber am 4. März 2014 gemacht habe.

3.3.2 In Rz 12 der Klageantwort habe die Beklagte zudem die Aussagen der Eltern von M.\_\_\_\_\_ zitiert, die diese im Rahmen der internen Untersuchung am 6. März 2014 gegenüber dem Rechtsanwalt der Beklagten im Beisein von M.\_\_\_\_\_ gemacht hätten. Diese hätten unter anderem ausgesagt, es habe einmal ein grosses und schweres Paket von einem sehr exklusiven Auktionshaus für den Kläger gegeben, von dem es "geheissen" habe, es sei etwas sehr Wertvolles bzw. sehr Teures drin, wobei sie nicht gewusst hätten, was drin

gewesen sei. Zum Beweis habe die Beklagte die Befragung von M. \_\_\_\_\_, dessen Eltern und des Rechtsanwalts der Beklagten als Zeugen sowie das Wortprotokoll der Befragung (act. 6/4) als Beweisurkunde offeriert. Auch diese Beweise habe die Vorinstanz kommentarlos ignoriert.

3.3.3 Weiter habe die Beklagte Fotos von den Paketen, die der Kläger von M. \_\_\_\_\_ in die Schweiz habe schmuggeln lassen, ins Recht gelegt. Wie die Beklagte in Klageantwort Rz 13 und Duplik Rz 107 ausgeführt habe, würden diese Fotos beweisen, dass sich der Kläger Pakete an die Adresse der Eltern von M. \_\_\_\_\_ habe liefern lassen. Ausserdem sehe man auf den Fotos die Absender der Pakete. Es handle sich dabei um Händler teurer Sammler-Modelleisenbahnen bzw. um die Inhaberin einer Auktionshalle, die unter anderem ebenfalls antike Modelleisenbahnen verkaufe. Deshalb habe die Beklagte geltend gemacht, dass die Pakete auf den Fotos antike Eisenbahnmodelle und/oder andere Waren enthalten würden, und zwar jeweils mit einem Warenwert über der Zollfreigrenze von CHF 300.00. Zum Beweis habe die Beklagte die Edition der entsprechenden Kaufbelege durch den Kläger, eventualiter von den jeweiligen Absendern, sowie deren Befragung als Zeugen beantragt. Sämtliche von der Beklagten offerierten Beweise seien von der Vorinstanz wiederum kommentarlos ignoriert worden.

3.3.4 Mit der Abnahme dieser Beweise könne die Beklagte den Beweis dafür erbringen, dass der Kläger gegen das MWSTG verstossen und dazu den ihm unterstellten Mitarbeiter M. \_\_\_\_\_ missbraucht habe. Indem der Kläger M. \_\_\_\_\_ über den Paketinhalt und dessen Wert angelogen habe, habe er M. \_\_\_\_\_ zudem vorsätzlich dem Risiko ausgesetzt, sich beim Transport dieser Pakete in die Schweiz strafbar zu machen (act. 73 Rz 19 ff.).

3.4 Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass M. \_\_\_\_\_ für den Kläger Pakete vom Domizil seiner Eltern in Deutschland in die Schweiz brachte (vgl. act. 72 E. 3.2). Hingegen ist unter anderem umstritten, ob die so importierten Güter zumindest teilweise einen Wert von mehr als CHF 300.00 hatten, sodass deren undeklarierte Einfuhr in die Schweiz als widerrechtlich im Sinne des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG) zu qualifizieren wäre. Diesbezüglich gilt im Reisendenverkehr ein Freibetrag von CHF 300.00 (Art. 53 Abs. 1 lit. a MWSTG i.V.m. Art. 1 lit. c und Art. 2 Verordnung des EFD über die steuerbefreite Einfuhr von Gegenständen in kleinen Mengen, von unbedeutendem Wert oder mit geringfügigem Steuerbetrag). Irrtümlich wird im angefochtenen Entscheid zudem erwähnt, dass auch für die Verzollung eine spiegelgleiche Wertfreigrenze gelte. Die Reisendenverkehrsverordnung, auf die sich die Vorinstanz stützte, ist jedoch seit dem 1. Mai 2007 nicht mehr in Kraft. Zwar sieht auch die neue Zollverordnung grundsätzlich eine Wertfreigrenze von (nur) CHF 300.00 im Reisendenverkehr vor (Art. 66 Abs. 1 Zollverordnung [ZV], SR 631.01). Das Eidgenössische Finanzdepartement, das gemäss Art. 68 Abs. 3 ZV die Pauschalansätze festlegt, schreibt eine Verzollung seither aber nur noch für gewisse landwirtschaftliche Produkte, alkoholische Getränke, Tabakwaren und Treibstoffe vor. Alle anderen Waren für den Eigenverbrauch sind seit dem 1. Mai 2007 im Reisendenverkehr zollfrei (vgl. Art. 2 und 3 i.V.m. Anhang 1 Zollverordnung des EFD [in den Fassungen, die bis zum 1. Juli 2014 in Kraft waren], SR 631.011). Die "Kuriertätigkeit" von M. \_\_\_\_\_ begann gemäss dessen eigenen Angaben erst ungefähr im Jahr 2011 (act. 6/3 S. 3), weshalb jedenfalls das neue Recht zur Anwendung kam. Dass die Pakete, die M. \_\_\_\_\_ für den

Kläger in die Schweiz brachte, landwirtschaftliche Produkte, alkoholische Getränke, Tabakwaren oder Treibstoffe enthalten hätten, hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Eine Widerrechtlichkeit dieser Handlungen aufgrund des Zollgesetzes fällt deshalb – vorausgesetzt, die bestellten Waren dienten dem Privatgebrauch – ungeachtet des Werts der jeweiligen Pakete ausser Betracht. Dass die Pakete Modelleisenbahnen enthalten hätten, mit denen der Kläger später gehandelt habe, hat die Beklagte zwar behauptet (act. 12 Rz 109), aber nicht nachgewiesen. Die blossе Tatsache, dass der Kläger Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH ist, die unter anderem den Handel, Import und Export von Modelleisenbahnen bezweckt (act. 12/18), genügt dafür nicht.

- 3.5 Die Beklagte ist der Auffassung, sie habe bewiesen – oder hätte bei Abnahme der von ihr offerierten Beweismittel zumindest beweisen können –, dass die transportierten Pakete teilweise einen Wert von deutlich über CHF 300.00 gehabt hätten. Sie habe zum Beweis dieser Tatsache die Protokolle der Befragung von M. \_\_\_\_\_, von dessen Eltern und von L. \_\_\_\_\_ sowie Fotos von einigen Paketen eingereicht. Ausserdem habe sie die Zeugenbefragung von M. \_\_\_\_\_, von dessen Eltern und von ihrem Rechtsanwalt, der die protokollierten Befragungen durchgeführt habe, sowie von den Absendern der Pakete, die auf den eingereichten Fotos erkennbar seien, angeboten. Schliesslich habe sie die Edition der Kaufbelege zu den fotografierten Paketen entweder durch den Kläger oder durch die Absender beantragt. Die Vorinstanz habe ihre Beweismittel aber ignoriert.
- 3.5.1 Das Recht auf Beweis ist in Art. 152 ZPO gesetzlich vorgesehen und wird auch aus Art. 8 ZGB abgeleitet. Demnach hat die beweispflichtige Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht. Das Recht auf Beweis schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen jedoch nicht aus. Eine solche liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnen hat, nicht zu erschüttern. Bei dieser Überlegung hat das Gericht zu unterstellen, dass das Beweismittel zu Gunsten der Partei ausfällt, die es angerufen hat, und dafür spricht, dass die zu beweisende Tatsache zutrifft. Das Gericht kann auf eine Abnahme beantragter Beweismittel verzichten, wenn es ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen durfte, eine weitere Beweiserhebung würde seine Überzeugung nicht beeinflussen. Der Gehörsanspruch ist nur dann verletzt, wenn einem Beweismittel von vornherein jede Erheblichkeit abgesprochen wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.2.1; 4A\_285/2019 vom 18. November 2019 E. 4.1 f.).
- 3.5.2 Im Übrigen ist das Gericht lediglich zur Abnahme von tauglichen Beweismitteln verpflichtet. Auf die Abnahme von Beweisen kann das Gericht daher auch dann verzichten, wenn es die beantragte Beweiserhebung von vornherein für nicht geeignet hält, die behauptete Tatsache zu beweisen (sog. unechte antizipierte Beweiswürdigung; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.1.1.2; 5A\_723/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 6.4.1). Verzichtet das Gericht (spätestens im Endentscheid) definitiv auf die Abnahme von Beweismitteln, hat es dies entsprechend zu begründen, weil ansonsten eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids nicht möglich ist. Dies ergibt sich aus dem Anspruch der Parteien

auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, vgl. Sogo/Naegeli, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2021, Art. 239 ZPO N 5 f. m.H.).

- 3.6 Die Kritik der Beklagten ist insofern berechtigt, als sich die Vorinstanz tatsächlich nicht dazu geäußert hat, wie sie die erwähnten Urkundenbeweise gewürdigt hat und weshalb sie – im Zusammenhang mit dem Wert der Pakete – auf die Abnahme der Zeugenbeweise und auf eine Edition verzichtet hat. Insofern verletzt der angefochtene Entscheid das Recht der Beklagten auf rechtliches Gehör. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann jedoch ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_1022/2015 vom 29. April 2016 E. 5.3 m.H.).

Das Obergericht prüft die Vorbringen der Beklagten als Berufungsinstanz mit voller Kognition. Wie nachfolgend darzulegen ist, hat die Vorinstanz zudem im Ergebnis zu Recht auf die Abnahme der umstrittenen Beweismittel verzichtet. Auch ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie zum Schluss kam, es sei nicht erwiesen, dass die Pakete zumindest teilweise einen Wert von über CHF 300.00 aufgewiesen hätten. Eine Rückweisung würde bei dieser Ausgangslage einem unnötigen formalistischen Leerlauf gleichkommen, weshalb davon abzusehen ist.

- 3.7.1 Zur (antizipierten) Würdigung der offerierten und abgenommenen Beweise ist vorab festzuhalten, dass der Kläger im Rahmen seines Gegenbeweises eine Einstellungsverfügung der Eidgenössischen Zollverwaltung vom 17. April 2014 eingereicht hat (act. 1/11). Daraus geht hervor, dass die Eidgenössische Zollverwaltung zwar gegen den Kläger ein Verfahren wegen Verdachts auf Widerhandlungen gegen das MWSTG eröffnete, das Verfahren am 17. April 2014 – nachdem unbestrittenermassen eine Hausdurchsuchung durchgeführt worden war (vgl. act. 6 Rz 12 S. 14 unter Verweis auf act. 6/4; act. 9 Rz 247) – nach kurzer Zeit aber bereits wieder einstellte. Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, dass (einzelne) Pakete mit einem Wert von über CHF 300.00 eingeführt wurden, was von den Behörden allenfalls übersehen wurde oder wofür es im Zeitpunkt der Untersuchung keine Beweise mehr gab, weshalb der Beklagten der Hauptbeweis grundsätzlich immer noch gelingen könnte. An diesen Beweis waren (und sind) aufgrund der eingestellten Verwaltungsstrafuntersuchung jedoch deutlich höhere Anforderungen zu stellen.
- 3.7.2 Die Beklagte reichte zum Beweis ihrer Tatsachendarstellung insgesamt drei "Befragungsprotokolle" ein: Ein erstes, welches den Inhalt der von L. \_\_\_\_\_ am 3. März 2014, 11:20-11:50 Uhr, gegenüber N. \_\_\_\_\_ und dem (per Telefon zugeschalteten) Rechtsvertreter der Beklagten gemachten Äusserungen wiedergeben soll. Als Protokollführer wird in diesem Dokument der Rechtsvertreter der Beklagten bezeichnet (act. 6/2). An der

gerichtlichen Zeugenbefragung gab L. \_\_\_\_\_ dann jedoch an, er selbst habe das Protokoll führen müssen (act. 45 Ziff. 20). Unterzeichnet ist dieses Dokument von niemandem. Weiter gibt es ein "Befragungsprotokoll" von einer Befragung von M. \_\_\_\_\_ vom 4. März 2014, 10:00 Uhr. Diese Befragung wurde gemäss Protokoll ebenfalls vom Rechtsvertreter der Beklagten durchgeführt, wobei zusätzlich O. \_\_\_\_\_ als Protokollführerin und Zeugin ("Minutes/Witness") zugegen gewesen sein soll. Dieses Dokument ist von M. \_\_\_\_\_ und vom Rechtsvertreter der Beklagten unterzeichnet, nicht aber von der "Zeugin" und Protokollführerin O. \_\_\_\_\_ (act. 6/3). Das dritte Dokument soll den Inhalt einer Besprechung wiedergeben, die am 7. März 2014 – also bereits nach der fristlosen Kündigung – zwischen 15:45 und 17:00 Uhr am Wohnort der Eltern von M. \_\_\_\_\_ in Deutschland stattgefunden haben soll. Teilnehmer sollen wiederum der Rechtsvertreter der Beklagten, der die Eltern von M. \_\_\_\_\_ befragte, die Eltern selbst und zudem M. \_\_\_\_\_ gewesen sein. Wer in diesem Fall das Protokoll führte, geht aus dem Dokument nicht hervor. Auch trägt es keine Unterschriften (act. 6/4).

- 3.7.2.1 Wie die Beklagte grundsätzlich zutreffend festhält, handelt es sich bei diesen Beweismitteln um (private) Urkunden i.S.v. Art. 177 ZPO. Als solche unterliegen sie aber der freien Würdigung durch das Gericht (Art. 157 ZPO). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass zwei der drei "Befragungsprotokolle" (act. 6/2 und 6/4) weder von den befragten Personen noch vom Protokollführer unterzeichnet sind. In diesen beiden Fällen ist zudem unklar, wer die Protokolle überhaupt verfasste und wann dies geschah. Falls die undatierten und nicht unterzeichneten Protokolle – genauso wie die Rechtsschriften auch – vom Rechtsvertreter der Beklagten erstellt wurden, fragt sich zudem, inwiefern sie sich überhaupt noch von (substanzierten) Parteibehauptungen unterscheiden. In beiden Fällen würde es sich dann nämlich lediglich um schriftliche Behauptungen eines Parteivertreters handeln. Die blosser Tatsache, dass die "Befragungsprotokolle" getrennt von den Rechtsschriften als Beweismittel eingereicht wurden, kann nicht ausreichen, um ihnen eine erhöhte Beweiskraft zukommen zu lassen. So oder anders ist die Beweiskraft dieser Urkunden jedenfalls von vornherein ausgesprochen gering.
- 3.7.2.2 Zudem wäre der Beklagten bezüglich des Werts der Pakete selbst dann nicht geholfen, wenn erstellt wäre, dass die Eltern von M. \_\_\_\_\_ die im "Befragungsprotokoll" festgehaltenen Aussagen (act. 6/4) tatsächlich so gemacht haben. Über den Inhalt der Pakete wussten die Eltern von M. \_\_\_\_\_ nämlich offenbar nichts Konkretes. Sie sollen vielmehr ausdrücklich erklärt haben, dies habe sie nicht interessiert. Ansonsten sollen sie zu diesem Thema lediglich angegeben haben, dass es bei einem grossen Paket "geheissen" habe, es habe etwas sehr Wertvolles bzw. Teures enthalten. Die Eltern von M. \_\_\_\_\_ entnahmen dies offenbar einer Äusserung des "Lieferanten", der auch empfohlen habe, das Paket "ganz sicher" zu verwahren. Das Paket sei von einem sehr exklusiven Auktionshaus geliefert worden (act. 6/4 S. 2). Ab welchem Wert ein Gegenstand "wertvoll" oder "teuer" ist, ist aber erst einmal subjektiv. Zudem ist nicht bekannt, wie der "Lieferant" (dabei dürfte es sich letztlich um einen nicht fachkundigen Spediteur gehandelt haben) zur Auffassung gelangte, dass das Paket sehr "wertvoll" sei. Folglich könnte die Zuverlässigkeit dieser Angabe ebenfalls nicht gewürdigt bzw. eingeschätzt werden. Aufgrund der blossen Tatsache, dass der Paketbote das Paket als wertvoll oder teuer bezeichnet haben soll, kann deshalb nicht als erwiesen betrachtet werden, dass der Wert des Pakets CHF 300.00 überstieg. Dasselbe gilt für den Umstand, dass es offenbar von einem "sehr exklusiven" Auktionshaus gekommen sei. Letztlich handelt es sich in beiden Fällen um

blosse Indizien, die einen Wert des fraglichen Pakets von mehr als CHF 300.00 als plausibel erscheinen lassen. Wären diese Indizien – z.B. aufgrund einer Zeugenaussage – erstellt, würde das allenfalls genügen, um einen Wert von über CHF 300.00 glaubhaft zu machen. Ein strikter Beweis ist damit aber nicht zu erbringen.

3.7.2.3 Ferner unterscheidet sich das Protokoll der Befragung von M. \_\_\_\_\_ am 4. März 2014 von den anderen beiden Protokollen im Wesentlichen dadurch, dass es von M. \_\_\_\_\_ und vom Rechtsvertreter der Beklagten auf der letzten Seite datiert und unterzeichnet wurde. Insofern ist dieses Dokument als schriftliche Zeugenbescheinigung zu qualifizieren. Als solche wird die schriftliche Erklärung eines Dritten bezeichnet, mit welcher er bestätigt, eine bestimmte Tatsache wahrgenommen zu haben. Dabei handelt es sich nicht um ein eigenständiges Beweismittel, sondern um eine Urkunde, die eine Behauptung enthält. Schriftliche Zeugenbescheinigungen haben dabei regelmässig einen geringen Beweiswert für die darin gemachte Aussage, weil der Verfasser einer Zeugenbescheinigung weder einer prozessualen Wahrheitspflicht unterliegt noch Sanktionen des Gerichts zu befürchten hat. Eine solche Urkunde kann eine formelle Zeugen- oder Parteiaussage keinesfalls ersetzen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_907/2020 vom 30. März 2021 E. 2.4.1; Schmid/Baumgartner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], a.a.O., Art. 177 ZPO N 5 und Art. 169 N 11 f.). Hinzu kommt, dass der Zeuge, der lediglich eine schriftliche Erklärung verfasst (oder wie hier: ein Protokoll unterzeichnet), sich nicht der Gegenpartei und deren Ergänzungsfragen stellen muss.

Vorliegend bestätigten M. \_\_\_\_\_ und der Rechtsvertreter der Beklagten mit ihrer Unterschrift, das Gespräch wie im Protokoll dokumentiert geführt zu haben. Dies erhöht zwar den Beweiswert von act. 6/3 gegenüber den beiden undatierten und nicht unterzeichneten "Befragungsprotokollen" (act. 6/2 und 6/4). Dennoch handelt es sich nach dem Gesagten weiterhin um einen von vornherein schwachen Beweis für die darin festgehaltenen Behauptungen von M. \_\_\_\_\_.

3.7.2.4 Hinzu kommt die besondere Rolle von M. \_\_\_\_\_ im vorliegenden Prozess. Ganz allgemein ist in Bezug auf die Glaubwürdigkeit von M. \_\_\_\_\_ als Zeuge festzuhalten, dass dieser dem Kläger im Zeitpunkt der Befragung nicht neutral gegenüberstand. Gemäss seinen eigenen Angaben in der Zeugenbescheinigung traf er den Kläger im November 2013 zu einer Besprechung, um zu klären, wie er nach seiner krankheitsbedingten Abwesenheit in den Betrieb der Beklagten reintegriert werden könnte. M. \_\_\_\_\_ habe selbst vorerst nur in einem 20%-Pensum arbeiten wollen, was der Kläger abgelehnt habe. Dieser habe ihm gesagt, wenn er nicht 100 % arbeiten könne, werde er im Januar 2014 entlassen ("[He] said if I can't work 100 % I will be fired in January" [act. 6/3 S. 7]). Kurz darauf, d.h. im Dezember 2013, machte M. \_\_\_\_\_ eine Selbstanzeige wegen der Warentransporte, womit er den Kläger erheblich belastete und die zu einer Hausdurchsuchung beim Kläger führte. Später kam es dann tatsächlich zur Kündigung gegenüber M. \_\_\_\_\_, was sicherlich nicht zur Entspannung des Verhältnisses zwischen ihm und dem Kläger beigetragen hat. Hinzu kommt, dass M. \_\_\_\_\_ offenbar vernommen hatte, dass der Kläger bei der Beklagten herumerzählt habe, M. \_\_\_\_\_ sei gar nicht wirklich krank ("[...] I know he was joking around [...], he said I wouldn't have a real sickness, just try to stay home and do nothing" [act. 6/3 S. 7]). Die protokollierte Befragung fand am 4. März 2014 und damit in sehr nahem zeitlichem Zusammenhang zu all diesen Ereignissen statt. Mithin standen M. \_\_\_\_\_ und

der Kläger damals mitten in einem persönlichen Konflikt, der M. \_\_\_\_\_ durchaus zu den für den Kläger belastenden Aussagen veranlasst haben könnte. Aus diesem Grund ist es für die Würdigung von act. 6/3 von besonderer Bedeutung, dass sich M. \_\_\_\_\_ einer formellen Befragung als Zeuge im Rahmen des vorliegenden Gerichtsverfahrens entzogen hat. Dieser Umstand lässt jedenfalls ernsthafte Zweifel daran aufkommen, ob er noch zu seinen damaligen – im emotional aufgeladenen Zustand abgegebenen – Aussagen steht, zumal er offensichtlich nicht bereit ist, diese auch in Anwesenheit des Klägers und unter strafbewehrter Wahrheitspflicht zu wiederholen. Im Gegenzug spricht einiges dafür, dass es sich bei den Anschuldigungen gegenüber dem Kläger um eine Racheaktion von M. \_\_\_\_\_ gehandelt haben könnte, mit der dieser heute nichts mehr zu tun haben will.

Im Ergebnis kommt auch act. 6/3 trotz der Unterzeichnung durch M. \_\_\_\_\_ angesichts der gescheiterten Zeugenbefragung nur ein sehr geringer Beweiswert zu.

3.7.2.5 Dass M. \_\_\_\_\_ zum Nachteil des Klägers zumindest übertriebene Aussagen gemacht haben könnte, trifft konkret insbesondere auf seine – für den Wert der transportierten Pakete einzig relevante – Behauptung zu, dass er in einem Paket, das er für den Kläger habe zurückschicken müssen, ein Signal für eine Modellanlage mit einem Preisschild von EUR 10'000.00 gesehen habe. Auch wenn nicht ausgeschlossen ist, dass ein besonderes Sammelstück einen solchen Preis erreicht, erscheint dieser für ein blosses Signal doch exorbitant hoch. Auf Ebay, wo der Kläger unter anderem seine Bestellungen aufgegeben haben soll, wird das teuerste Signal derzeit für weniger als CHF 1'000.00 angeboten. Die weit überwiegende Mehrheit der Angebote ("10'000.00+" von "11'000+" Angeboten) liegen preislich unter CHF 70.00. 586 Ergebnisse werden zu einem Preis zwischen CHF 70.00 und 300.00 angeboten. Nur gerade 22 Angebote liegen über CHF 300.00

([https://www.ebay.ch/sch/262316/i.html?\\_from=R40&\\_nkw=modelleisenbahn+signale&\\_sop=3](https://www.ebay.ch/sch/262316/i.html?_from=R40&_nkw=modelleisenbahn+signale&_sop=3)) [besucht am 7. Oktober 2022]). Wie hoch der Preis tatsächlich war, den M. \_\_\_\_\_ gesehen hat – sofern er überhaupt einen gesehen hat –, lässt sich deshalb ohne formelle Zeugenbefragung nicht erhärten.

3.7.3 Als weitere Urkunden hat die Beklagte Fotos von Paketen eingereicht, die der Kläger an die Adresse der Eltern von M. \_\_\_\_\_ bestellt hat (act. 6/5). Die Absender dieser vier Pakete, die für den Kläger an die Adresse \_\_\_\_\_, Deutschland (die Adresse der Eltern von M. \_\_\_\_\_), geliefert wurden, waren P. \_\_\_\_\_ aus München, "Q. \_\_\_\_\_" aus Wien, R. \_\_\_\_\_ aus Gütersloh und S. \_\_\_\_\_ aus T. \_\_\_\_\_. Ein Datum (12. März 2013) ist nur auf dem Paket von S. \_\_\_\_\_ erkennbar. Dass der Kläger Pakete an die Adresse der Eltern von M. \_\_\_\_\_ liefern liess, ist aber – wie schon erwähnt – anerkannt, sodass diese Fotos für sich allein keinen Beweiswert haben.

3.7.4 Dem von der Beklagten gestützt auf die Fotos (act. 6/5) gestellten Beweisantrag, der Kläger oder die jeweiligen Absender seien zur Edition der zu den fotografierten Paketen gehörigen Kaufbelege zu verpflichten, kann sodann nicht gefolgt werden. Ein Editionsverfahren setzt hinreichend bestimmte Behauptungen voraus und die zum Beweis vorgesehene Edition darf nicht zur Tatsachenausforschung dienen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_433/2011 vom 27. Januar 2012 E. 3.5.2). Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, bei einem der Pakete habe es sich um jenes Paket gehandelt, das nach Angaben der Eltern von M. \_\_\_\_\_ "sehr wertvoll" gewesen sein soll. Auch andere konkrete Anhaltspunkte, dass es sich gerade bei

diesen Paketen um solche mit einem Warenwert von über CHF 300.00 gehandelt haben soll, liegen nicht vor. Daran ändert nichts, dass es sich bei den Absendern um Modelleisenbahnhändler bzw. um die Inhaberin der Auktionshalle T. \_\_\_\_\_ handelt. Sowohl in den Modelleisenbahnshops von P. \_\_\_\_\_ alias " \_\_\_\_\_ " und R. \_\_\_\_\_ alias " \_\_\_\_\_ " auf Ebay als auch bei der Auktionshalle T. \_\_\_\_\_ gibt es bereits ab wenigen Euro Waren zu kaufen (vgl. < \_\_\_\_\_ > [alle abgerufen am 7. Oktober 2022]). Das Einholen von Kaufbelegen aufgrund einer blossen Vermutung der Beklagten läuft deshalb auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus. Die Vorinstanz hat daher zu Recht darauf verzichtet. Dasselbe gilt im Übrigen für die Befragung der erwähnten Absender als Zeugen. Dass diese nach rund 10 Jahren noch aus eigener Erinnerung Angaben zu einer konkreten Bestellung machen könnten, ist zudem ausgesprochen unwahrscheinlich, wenn nicht sogar auszuschliessen, womit es sich auch um einen von vornherein untauglichen Beweis handelt.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass im Rahmen der beim Kläger durchgeführten Hausdurchsuchung sämtliche allenfalls beim Kläger noch vorhandenen Belege überprüft wurden. Etwas anderes hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Dabei wurden offenbar keine Unregelmässigkeiten entdeckt, ansonsten das Verfahren gegen den Kläger nicht eingestellt worden wäre. Auf eine Edition von Belegen beim Kläger konnte und kann auch aus diesem Grund verzichtet werden.

- 3.7.5 Schliesslich hat die Beklagte die Befragung ihres Rechtsvertreters sowie der Eltern von M. \_\_\_\_\_ als Zeugen offeriert. Die Vorinstanz konnte indessen auch auf die Abnahme dieser Beweismittel verzichten. Zwar fällt ein Parteivertreter als Zeuge nicht grundsätzlich ausser Betracht (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C\_118/2016 vom 19. April 2016 E. 2.1 und 4A\_140/2013 vom 4. Juli 2013 E. 1.3). Vorliegend ist die Befragung des Rechtsvertreters der Beklagten aber als untauglich zu betrachten, könnte dieser doch aus eigener Wahrnehmung höchstens bestätigen, dass die Befragungen wie protokolliert stattgefunden hätten, wobei wiederum davon auszugehen ist, dass er sich heute, d.h. rund 8 Jahre später, an den Inhalt der Gespräche nicht mehr im Detail erinnern kann. Aufgrund seiner offenkundigen Interessenbindung wären seine Aussagen zudem auch mit grosser Zurückhaltung zu würdigen. Vor allem aber vermöchte seine Befragung den Beweis für die Richtigkeit der Angaben der von ihm befragten Personen nicht zu erbringen. Gerade darauf käme es jedoch an. Daher konnte auch auf die Befragung der Eltern von M. \_\_\_\_\_ in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden. Selbst wenn sie die Aussagen gemäss art. 6/4 bestätigen würden, würde dies nicht für den (strikten) Beweis genügen, dass der Wert der Pakete zumindest teilweise CHF 300.00 überstieg (vgl. dazu vorne E. 3.7.2.2).
- 3.7.6 Zusammengefasst durfte die Vorinstanz ohne Verletzung des Rechts der Beklagten auf Beweis auf weitere Beweisabnahmen verzichten und feststellen, dass die Beklagte den Beweis für ein vom Kläger begangenes Mehrwertsteuerdelikt nicht erbracht hat. Die Berufung der Beklagten ist in diesem Punkt abzuweisen.
- 3.8.1 Die Beklagte moniert weiter, der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden, wenn sie in E. 3.2 ausführe, selbst eine Verurteilung des Klägers aufgrund des vorgeworfenen Mehrwertsteuerdelikts hätte nicht ausgereicht, um dessen fristlose Entlassung zu

rechtfertigen. Die Vorinstanz blende dabei aus, dass der Kläger nicht einfach wegen des Verdachts der Umgehung der Mehrwertsteuer fristlos entlassen worden sei, sondern weil er

- hierfür den ihm unterstellten Mitarbeiter M.\_\_\_\_\_ missbraucht und diesen vorsätzlich dem Risiko ausgesetzt habe, sich strafbar zu machen;
- die Wohnadresse der Eltern von M.\_\_\_\_\_ als seine private Lieferadresse missbraucht habe, ohne die Eltern zu fragen, ob ihnen das recht sei und ohne sich dafür erkenntlich zu zeigen;
- am Freitag, 21. Februar 2014, versucht habe, über einen anderen, ihm unterstellten Mitarbeiter, L.\_\_\_\_\_, Druck auf M.\_\_\_\_\_ auszuüben;
- am Samstag, 22. Februar 2014, unangemeldet um 8.30 Uhr bei den Eltern von M.\_\_\_\_\_ erschienen sei und diese während Stunden unter Druck gesetzt habe, auf ihren Sohn einzuwirken, damit dieser die Selbstanzeige zurückziehe, wobei er den Eltern unmissverständlich zu verstehen gegeben habe, dass er in der Lage und gewillt sei, ihren Sohn beruflich und finanziell zu ruinieren und seine Zukunft zu zerstören, wenn dieser nicht spure, und die Eltern gleich zu Beginn des Gesprächs gezielt mit dem Hinweis verängstigt habe, dass er zuhause eine geladene Pistole habe, und ihre Bemerkung, dass sie dieses Gespräch nicht möchten, einfach ignoriert habe, was an Drohung und Nötigung grenzt habe;
- am Montag, 24. Februar 2014, L.\_\_\_\_\_ missbraucht habe, um Drohungen gegen M.\_\_\_\_\_ auszusprechen, und
- bei all dem seine Position als Vorgesetzter missbraucht habe, indem er den von ihm abhängigen Mitarbeiter M.\_\_\_\_\_ und dessen Eltern für private, rechtswidrige Zwecke missbraucht habe, M.\_\_\_\_\_ schwerwiegende arbeitsrechtliche Konsequenzen (nämlich die Ausstellung eines schlechten Arbeitszeugnisses und den Verlust von Mitarbeiteraktien) angedroht und einen anderen abhängigen Mitarbeiter, L.\_\_\_\_\_, entgegen dessen erklärten Willen und während der Arbeit in die Angelegenheit einbezogen habe und über jenen schwerwiegende Drohungen gegenüber M.\_\_\_\_\_ habe aussprechen lassen.

Dieses Verhalten des Klägers stehe in einem Zusammenhang mit seiner Position als Vorgesetzter bei der Beklagten und sei auch geeignet gewesen, den Ruf der Beklagten als Arbeitgeberin zu schädigen. Bezüglich des Umstandes, dass die Kündigung aus diesen Gründen ausgesprochen worden sei, habe die Beklagte die Zeugenbefragung von U.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_ angeboten, was die Vorinstanz aber ignoriert habe (act. 73 Rz 29 f.).

- 3.8.2 Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die von der Beklagten kritisierte erstinstanzliche Eventualbegründung ihre Relevanz insofern verloren hat, als ein Mehrwertsteuerdelikt des Klägers nicht nachgewiesen ist (vgl. vorne E. 3.7). Demnach könnte es ohnehin nur noch darum gehen, ob die von der Beklagten aufgelisteten übrigen Umstände geeignet wären, auch für sich allein eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Indessen hat die Vorinstanz nicht etwa "ausgeblendet", dass die Beklagte diese übrigen Umstände behauptet hat. Vielmehr ging sie (zu Recht) davon aus, dass die Beklagte den Nachweis für die angebliche Drohung gegenüber den Eltern von M.\_\_\_\_\_ und den "Missbrauch" von L.\_\_\_\_\_ ebenfalls nicht beweisen konnte (vgl. dazu hinten E. 3.12 und E. 3.13). Ferner hat der Kläger nicht substantiiert behauptet, dass die Beklagte die Kündigung (subjektiv) aus anderen

Gründen ausgesprochen habe (vgl. hinten E. 5.6.3), weshalb auf die Befragung der von der Beklagten diesbezüglich offerierten Zeugen ohne Weiteres verzichtet werden kann.

- 3.9 Unbehelflich ist auch der weitere Einwand der Beklagten, wonach die Vorinstanz – entgegen den Ausführungen der Beklagten in der Klageantwort (act. 6 Rz 4 f.) – aktenwidrig festgestellt habe, es gebe keine Hinweise darauf, dass sich der Kläger während seiner 20-jährigen Tätigkeit bei der Beklagten unkorrekt verhalten habe (act. 73 Rz 31-33).

Einerseits kommt es nicht mehr darauf an, ob sich der Kläger über die Jahre korrekt verhielt, nachdem die Vorwürfe, mit denen die Kündigung letztlich begründet wurde, unbewiesen geblieben sind. Andererseits wirft die Beklagte dem Kläger zwar vor, dass er ein "Machtmensch" sei, gezielt Abhängigkeiten geschaffen habe, "auf eine unterschwellige Art unangenehm" habe sein können, seine Autorität auf Furcht gegründet und er sich mit einem anderen ehemaligen Kadermitarbeiter gegen die Beklagte solidarisiert und Mitarbeiter von der Arbeit abgelenkt habe. Offenbar hat aber keine dieser angeblichen (allesamt unbewiesenen) Verhaltensweisen des Klägers die Beklagte dazu veranlasst, eine Verwarnung auszusprechen oder den Kläger anderweitig dazu anzuhalten, sein Verhalten zu ändern. Vielmehr hat sie den Kläger – wie die Vorinstanz richtig festhielt – über die Jahre immer wieder befördert. Die Vorinstanz durfte daher ohne Weiteres davon ausgehen, dass die Beklagte mit den Leistungen und dem Verhalten des Klägers insgesamt zufrieden war.

- 3.10 Sodann beanstandet die Beklagte die Feststellung der Vorinstanz, wonach die angebliche [auf das Verhalten des Klägers zurückzuführende] psychische Belastung von M. \_\_\_\_\_ nicht erstellt sei. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe dabei die E-Mail von M. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2014 (act. 6/1) sowie seine Aussagen in der Befragung durch den Rechtsanwalt der Beklagten (act. 6/3) nicht berücksichtigt und gewürdigt. M. \_\_\_\_\_ habe glaubhaft geschildert, dass ihn die vom Kläger geforderten "Lieferdienstleistungen" belastet hätten und weshalb er sich dagegen nicht zur Wehr gesetzt habe. Auch habe er dargelegt, dass die vom Kläger geforderten "Lieferdienstleistungen" ganz andere Dimensionen gehabt hätten als diejenigen gegenüber anderen Kollegen und er sich vom Kläger unter Druck gesetzt und bedroht gefühlt habe. Weiter belege die E-Mail von M. \_\_\_\_\_ an N. \_\_\_\_\_ vom 6. März 2014 (act. 12/20), dass sich M. \_\_\_\_\_ vor dem Kläger tatsächlich gefürchtet habe. Darin schreibe er, dass er an jenem Tag die Polizei angeschrieben habe, weil der Kläger bei seinen Eltern von einer geladenen Waffe gesprochen habe. Es sei fraglich, ob die Vorinstanz all diese Beweismittel zur Kenntnis genommen habe. Zudem habe die Vorinstanz verkannt, dass das Befragungsprotokoll für sich den Urkundenbeweis erbringe und die Beklagte neben M. \_\_\_\_\_ auch ihren Rechtsvertreter als Zeuge dafür offeriert habe, dass M. \_\_\_\_\_ am 4. März 2014 die Aussagen wie protokolliert gemacht habe (act. 73 Rz 34 ff.).

- 3.10.1 Auch diese Argumente der Beklagten überzeugen nicht. Zwar hätte die Vorinstanz tatsächlich auch hier darlegen müssen, wie sie die offerierten Beweismittel gewürdigt hat bzw. begründen müssen, weshalb sie diese nicht als relevant erachtet hat. Dieser Mangel kann jedoch – wie bereits erwähnt – im Berufungsverfahren geheilt werden (vgl. vorne E. 3.6).

Im Ergebnis ist der Vorinstanz sodann zuzustimmen. In Bezug auf den Beweiswert des Protokolls der Befragung von M. \_\_\_\_\_ (act. 6/3) sowie der Befragung des Rechtsvertreters

der Beklagten als Zeugen kann auf die E. 3.7.2.3 f. und 3.7.5 verwiesen werden. Diese Beweismittel sind nicht geeignet, den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Dies gilt auch für die E-Mails von M.\_\_\_\_\_, auf welche die Beklagte verweist. In der E-Mail vom 3. März 2014 an N.\_\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_\_ schrieb M.\_\_\_\_\_, der Kläger habe am 22. Februar 2014 um 8:30 Uhr unangemeldet seine Eltern in Deutschland aufgesucht und er, M.\_\_\_\_\_, habe am 24. Februar 2014 um 11:01 Uhr auf ausdrücklichen Wunsch des Klägers hin einen Anruf von einem Mitarbeiter aus dem "Tradingfloor" erhalten. Er habe die Information erhalten, dass der Kläger in der Lage sei, seine Zukunft negativ zu beeinflussen bzw. "ihm grossen finanziellen Schaden anzurichten". Dem Kläger sei sein Gesundheitszustand bekannt und er wisse, dass M.\_\_\_\_\_ wegen des Arbeitsplatzverlusts seine Haussanierung nicht weiter vorantreiben könne. Infolge dessen habe er, M.\_\_\_\_\_, am 25. Februar 2014 "psychologisch/medizinisch betreut" werden müssen. Er wolle von der Beklagten nicht mehr telefonisch und persönlich ohne vorherige Anmeldung kontaktiert werden (act. 6/1). Die E-Mail vom 6. März 2014 mit dem Betreff "diverses", die M.\_\_\_\_\_ an N.\_\_\_\_\_ schrieb, ist zu einem grossen Teil geschwärzt. Lesbar ist neben dem Grusswort nur folgender Satz: "Hallo N.\_\_\_\_\_, ich habe heute die Polizei angeschrieben, weil A.\_\_\_\_\_ [der Kläger] bei meinen Eltern von einer geladenen Waffe gesprochen hat, die bei ihm lagert. Sobald ich diesbezüglich eine Antwort habe, werde ich es Dich wissen lassen [...]" (act. 12/20). Diese E-Mails beweisen für sich genommen nichts, sondern enthalten lediglich schriftliche Behauptungen von M.\_\_\_\_\_. Insofern sind sie grundsätzlich ähnlich zu würdigen wie eine Zeugenbescheinigung, weshalb auch hier auf E. 3.7.2.3 f. verwiesen werden kann. Weil sich M.\_\_\_\_\_ einer Befragung als Zeuge entzogen hat, konnte der Wahrheitsgehalt seiner schriftlich (in Form des unterzeichneten Protokolls sowie der E-Mails) geäusserten Behauptungen nicht verifiziert werden.

- 3.10.2 Wie die Vorinstanz zudem zu Recht festhielt, führte die Beklagte selber aus, dass M.\_\_\_\_\_ zu diesem Zeitpunkt (Anfang März 2014) seit rund 8 Monaten aus gesundheitlichen Gründen arbeitsunfähig gewesen sei, weil er innert kurzer Zeit zweimal Opfer eines brutalen Raubüberfalls geworden sei und in der Folge wegen eines Nervenzusammenbruchs gar habe hospitalisiert werden müssen (act. 6 Rz 7). Entsprechend war M.\_\_\_\_\_ mit Bezug auf seine psychische Gesundheit offensichtlich zumindest schwer vorbelastet. Selbst wenn er – wie er in seiner E-Mail vom 3. März 2014 schrieb – am 25. Februar 2014 hätte psychologisch/medizinisch betreut werden müssen, wäre eine Kausalität zwischen dem (unbewiesenen) Verhalten des Klägers und der psychischen Verfassung von M.\_\_\_\_\_ trotz dessen Behauptung in der E-Mail deshalb höchst fraglich.
- 3.10.3 Der E-Mail vom 6. März 2014 kann sodann ohnehin nichts zu einer allfälligen Belastung oder Verängstigung von M.\_\_\_\_\_ entnommen werden. Vielmehr ist diese Mitteilung kühl und sachlich. Bemerkenswert ist dabei im Übrigen, dass er die Meldung bei der Polizei offenbar erst am 6. März 2014 machte, obwohl das fragliche Gespräch des Klägers mit den Eltern bereits am 22. Februar 2014 stattgefunden haben soll und M.\_\_\_\_\_ spätestens am 25. Februar 2014 darüber Bescheid wusste (in seiner E-Mail vom 3. März 2014 nannte er den Besuch des Klägers bei seinen Eltern als Grund dafür, dass er am 25. Februar 2014 psychologisch/medizinischer Betreuung bedurft habe). Hätte es ihn tatsächlich derart verängstigt, dass der Kläger von einer geladenen Waffe gesprochen haben soll, hätte er wohl kaum neun Tage zugewartet, um den Vorfall der Polizei zu melden. Zumindes aber hätte er die angebliche Bemerkung des Klägers zur geladenen Waffe in seiner E-Mail vom 3. März

2014 bereits erwähnt. So aber wirkt der Schritt nicht durch Angst begründet, sondern durchaus kalkuliert. Zudem erscheint es nicht naheliegend, dass M.\_\_\_\_\_ die Beklagte von sich aus über seinen Schritt informierte. Immerhin befand er sich im gekündigten Arbeitsverhältnis und die Beklagte hatte zu diesem Zeitpunkt auch gegenüber dem Kläger bereits die fristlose Kündigung ausgesprochen. Wie die Parteien ihren Konflikt weiter austragen würden, war für die Beklagte insofern nicht mehr von Belang. Daher entsteht der Eindruck, dass es bei dieser E-Mail primär um die Schaffung eines Beweismittels gegangen sein könnte.

- 3.11 Weiter kritisiert die Beklagte, dass die Vorinstanz M.\_\_\_\_\_ nicht mittels öffentlicher Publikation vorgeladen und als Folge der gescheiterten Zeugenbefragung nicht auf das "Befragungsprotokoll" der Beklagten vom 4. März 2014 abgestellt hat.
- 3.11.1 Die Beklagte führt dazu aus, M.\_\_\_\_\_ habe sich der Befragung offensichtlich entzogen, was nicht der Beklagten anzulasten sei. Über die Gründe dafür könne nur spekuliert werden. Aufgrund der unbekannteten Adresse von M.\_\_\_\_\_ hätte die Vorinstanz diesen gemäss Art. 141 ZPO durch öffentliche Bekanntmachung vorladen müssen, wie es die Beklagte am 17. August 2020 beantragt habe. Die Beklagte habe die öffentliche Publikation auch nach Aktenschluss beantragen dürfen, da sie vorher nicht damit habe rechnen müssen, dass sich M.\_\_\_\_\_ durch Mitteilung falscher Adressen einer Zeugenbefragung entziehen würde. Dies habe sich erst nach Aktenschluss ergeben, weshalb es sich um ein echtes Novum gehandelt habe. Im Übrigen sei es gängige Praxis, die Adressen von Zeugen dem Gericht erst mitzuteilen, wenn es zu deren Befragung komme, da die Adressen zwischen Einreichen der Rechtsschrift und der Beweisverhandlung ja ändern könnten. Im Recht liege das detaillierte und von M.\_\_\_\_\_ unterzeichnete "Befragungsprotokoll" vom 4. März 2014. Es gebe keinerlei Indizien, die Zweifel an den damaligen Aussagen von M.\_\_\_\_\_ begründen würden. Seine Aussagen stimmten insbesondere auch mit denjenigen, die M.\_\_\_\_\_ und seine Eltern im Gespräch vom 7. März 2014 gemacht hätten, sowie den Ausführungen in seinen E-Mails vom 3. und 6. März 2014 und den Aussagen von L.\_\_\_\_\_ vom 3. März 2014 überein. Die Vorinstanz habe dies bei der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt. Zudem hätte die Vorinstanz, so die Beklagte weiter, auch die Eltern von M.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_ und den Rechtsanwalt der Beklagten als Zeugen befragen können und müssen, wenn sie Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der Protokolle gehabt hätte (act. 73 Rz 41 f.).
- 3.11.2 Die Parteien sind zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet (Art. 160 Abs. 1 ZPO). Die Mitwirkungspflichten sind in Art. 160 ZPO nicht abschliessend aufgezählt. Zu den in Art. 160 Abs. 1 ZPO nicht namentlich aufgezählten Mitwirkungspflichten zählt mitunter die Pflicht, dem Gericht (vollständige) Zeugennamen und -adressen zu bezeichnen (Higi, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 160 ZPO N 18; Schmid, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 160 ZPO N 32 f.).
- 3.11.3 Die Beklagte war mit Verfügung vom 2. Mai 2019 aufgefordert worden, die "Privatadressen" der von ihr offerierten Zeugen anzugeben (act. 22). Dabei wusste sie, dass die Adressangaben dazu dienten, gegebenenfalls die rechtshilfweise Zeugenbefragung durchzuführen, falls eine Befragung in Zug nicht möglich sein würde. Ihr war mithin ohne Weiteres klar, dass die Wohnadresse und nicht irgendeine Zustelladresse benötigt wurde. Die Beklagte wusste auch, dass M.\_\_\_\_\_ im Jahr 2015 in den Iran gezogen war. Dies ergibt sich aus ihren

Ausführungen in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2019 (act. 23). Dennoch fragte N. \_\_\_\_\_ M. \_\_\_\_\_ am 3. Mai 2019 per E-Mail an, ob seine Postadresse in Hünenberg noch aktuell sei. Dies geht aus einem E-Mail-Wechsel hervor, den die Beklagte später – auszugsweise – einreichte. M. \_\_\_\_\_ antwortete am 5. Mai 2019 und teilte mit, dass die Adresse in Hünenberg schon seit Jahren nicht mehr aktuell sei. Dem fügte er hinzu: "Nimm einfach: M. \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_" (act. 53/1). Aus der Formulierung "nimm einfach" geht deutlich hervor, dass es sich dabei gerade nicht um die korrekte Wohnadresse von M. \_\_\_\_\_, sondern vielmehr um eine blossе Zustelladresse handelte. Dass M. \_\_\_\_\_ diese Adresse (seiner Eltern) gerne als Zustelladresse benutzte bzw. diese auch anderen Personen zu diesem Zweck zur Verfügung stellte, war der Beklagten im Übrigen bestens bekannt. Immerhin handelt es sich doch gerade um exakt diejenige Adresse, an die auch der Kläger Pakete zwecks Imports in die Schweiz bestellt hat.

- 3.11.4 Trotzdem gab die Beklagte die Adresse der Eltern von M. \_\_\_\_\_ gegenüber der Vorinstanz als dessen "Privatadresse" an und verletzte dadurch ihre Mitwirkungspflicht. Selbst als die Vorinstanz mit Schreiben vom 20. August 2019 bekanntgab, M. \_\_\_\_\_ nun an der von der Beklagten angegebenen Adresse in Deutschland rechtshilfeweise befragen zu lassen, schritt die Beklagte nicht ein. Ob sie lediglich hoffte, dass eine Befragung von M. \_\_\_\_\_ in Deutschland gelingen könnte, obwohl er dort keinen Wohnsitz hatte, oder ob sie mutwillig handelte, um den Prozess zu verzögern, kann letztlich offenbleiben. Entscheidend ist, dass vergeblich ein erheblicher Aufwand betrieben wurde, um die Befragung des von der Beklagten offerierten Zeugen M. \_\_\_\_\_ zu ermöglichen. Die Vorinstanz hat alle ihre Möglichkeiten ausgeschöpft und hatte deshalb nebst einem Verzicht auf die Befragung gar keine sinnvollen Optionen mehr. Zwischen der Anordnung der Zeugenbefragung und der Verfügung, mit der die Vorinstanz schliesslich auf die Befragung von M. \_\_\_\_\_ verzichtete, lagen fast auf den Tag genau zwei Jahre (act. 22 und 55) und M. \_\_\_\_\_ war offenkundig nicht bereit, sich als Zeuge im vorliegenden Verfahren vernehmen zu lassen. Eine zwangsweise Befragung wäre nur am Wohnort von M. \_\_\_\_\_ in Teheran möglich gewesen. Dies fiel aber ausser Betracht, weil dazu seine genaue Wohnadresse erforderlich gewesen wäre, welche die Beklagte gerade nicht erhältlich machen konnte.
- 3.11.5 Die Beklagte vertritt zwar die Meinung, die Vorinstanz hätte den Zeugen noch gestützt auf Art. 141 ZPO mittels amtlicher Publikation vorladen müssen. Welchen Nutzen dies gebracht hätte, lässt sie dabei aber aus gutem Grund offen. Eine Person mit Wohnsitz im Ausland kann nicht zur Zeugenaussage in der Schweiz gezwungen werden. Dass sich M. \_\_\_\_\_ plötzlich doch noch freiwillig einer Zeugenbefragung in Zug gestellt hätte, macht denn auch die Beklagte nicht geltend. Eine amtliche Publikation der Zeugenvorladung wäre bei dieser Ausgangslage offenkundig nutzlos gewesen. Die Vorinstanz hat zu Recht darauf verzichtet und zwar ungeachtet der Frage, ob die Beklagte den Antrag rechtzeitig gestellt hat.
- 3.11.6 Weiter verlangt die Beklagte, dass nach dem Scheitern der Zeugenbefragung von M. \_\_\_\_\_ auf ihr privates "Befragungsprotokoll" abzustellen sei. Diese Auffassung ist in rechtlicher Hinsicht nicht nachvollziehbar. Wie in E. 3.7.2.3 dargelegt, handelt es sich beim "Befragungsprotokoll" um eine Zeugenbescheinigung, die für sich allein für die darin aufgestellten Behauptungen einen geringen Beweiswert hat und eine Zeugenbefragung keinesfalls ersetzen kann. Folglich ist es logisch nicht zu begründen, weshalb gerade das Scheitern der Zeugenbefragung dazu führen soll, die Zeugenbescheinigung bezüglich ihrer

Beweiskraft aufzuwerten. Auch ändert sich am geringen Beweiswert der Zeugenbescheinigung nichts, wenn die Beklagte behauptet, es lägen keine Indizien vor, die Zweifel an den damaligen Aussagen von M. \_\_\_\_\_ begründen würden. Abgesehen davon, dass dies nicht zutrifft (vgl. vorne E. 3.7.2.4 f.), würde es zu einer unzulässigen Umkehr der Beweislast führen, wenn eine schriftlich aufgestellte Behauptung so lange als richtig gelten müsste, bis die Gegenpartei Indizien vorgebracht hat, die gegen die Richtigkeit der Bescheinigung sprechen. Soweit die Beklagte schliesslich pauschal behauptet, die Aussagen von M. \_\_\_\_\_ in der Zeugenbescheinigung stimmten insbesondere auch mit denjenigen von ihm und seinen Eltern im Gespräch vom 7. März 2014, seinen E-Mails vom 3. und 6. März 2014 und den Aussagen von L. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2014 überein, so ist darauf nicht weiter einzugehen. Die Beklagte hat es versäumt, im Einzelnen darzulegen, inwiefern die konkreten Aussagen "übereinstimmten" und weshalb dies gerade für die Richtigkeit welcher darin enthaltenen Behauptungen sprechen würde. Insofern ist die Berufung unzureichend begründet (vgl. vorne E. 1.3).

- 3.11.7 Unklar bleibt schliesslich, worauf die Beklagte hinauswill, wenn sie geltend macht, es sei nicht ihr anzulasten, dass M. \_\_\_\_\_ nicht als Zeuge habe befragt werden können. Dass sie als beweisbelastete Partei die Folgen der Beweislosigkeit trägt, wenn ihr Zeuge nicht befragt werden kann, entspricht dem Grundsatz von Art. 8 ZGB. Weshalb vorliegend etwas anderes gelten sollte, ist nicht einzusehen.
- 3.12 Im Weiteren beanstandet die Beklagte, dass die Vorinstanz Drohungen des Klägers gegenüber den Eltern von M. \_\_\_\_\_ als nicht nachgewiesen erachtete. Auch diese Feststellung sei aktenwidrig und verletze das Recht der Beklagten auf Beweis. Sie habe für diese Drohungen die "Befragungsprotokolle" vom 4. März 2014 [Befragung von M. \_\_\_\_\_] und vom 7. März 2014 [Befragung der Eltern von M. \_\_\_\_\_] sowie M. \_\_\_\_\_ und dessen Eltern als Zeugen offeriert. Die Vorinstanz habe es versäumt, diese Beweise abzunehmen und insbesondere die Eltern von M. \_\_\_\_\_ als Zeugen zu befragen. Durch Abnahme der Beweise hätte die Beklagte den Beweis für die behaupteten, sehr schwerwiegenden Drohungen des Klägers gegenüber den Eltern von M. \_\_\_\_\_ problemlos erbringen können. Zudem sei unklar, was die Vorinstanz mit der Bemerkung gemeint habe, M. \_\_\_\_\_ sei damals "unter Druck gewesen". Dies erschliesse sich aus den Erwägungen nicht. Jedenfalls gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte M. \_\_\_\_\_ unter Druck gesetzt habe. Aus den Akten ergebe sich, dass sich M. \_\_\_\_\_ von sich aus bei der Beklagten über den Kläger beschwert habe (act. 73 Rz 43 ff.).
- 3.12.1 Diese Rüge geht im Wesentlichen am angefochtenen Entscheid vorbei. Die Beklagte übergeht, dass die Vorinstanz in diesem Punkt den Verzicht auf die Befragung der Eltern von M. \_\_\_\_\_ als Zeugen sehr wohl begründete. So hielt sie fest, dass die angeblichen Drohungen des Klägers ohnehin nicht ausreichen würden, um eine fristlose Kündigung rechtfertigen zu können, selbst wenn auf die "Befragungsprotokolle" der Beklagten abgestellt würde. Angesichts der langen Tätigkeit des Klägers für die Beklagte hätte die Beklagte den Kläger auch in diesem Fall vor Aussprache der fristlosen Kündigung verwarnen müssen. Auch die relativ kurze ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten spreche gegen die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung ohne Vorwarnung. Die Zeugenbefragung der Eltern von M. \_\_\_\_\_ habe unterbleiben können, da selbst dann, wenn diese ihre Aussagen bestätigen würden, kein Grund für eine fristlose Kündigung gegeben wäre. Die geforderte

objektive Schwere eines Vorfalls sei nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, wenn sich das Verhalten nicht direkt auf die Arbeitsleistung auswirke (act. 72 E. 3.3 a.E.). Dagegen bringt die Beklagte (zu Recht) nichts vor.

- 3.12.2 Ob M. \_\_\_\_\_ sodann "unter Druck" gewesen ist oder nicht bzw. was die Vorinstanz damit gemeint hat, kann offenbleiben. Als Zeuge befragt werden konnte M. \_\_\_\_\_ nicht und seine Zeugenbescheinigung erbringt den Beweis für die von ihm aufgestellten Behauptungen für sich allein ebenfalls nicht (vgl. vorne E. 3.7.2.3 f. und 3.11). Zu den angeblichen Drohungen gegenüber seinen Eltern hätte M. \_\_\_\_\_ ausserdem ohnehin nichts aus eigener Wahrnehmung berichten können.
- 3.13 Ferner bringt die Beklagte vor, es treffe entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht zu, dass der Zeuge L. \_\_\_\_\_ den Inhalt des "Gesprächsprotokolls" vom 3. März 2014 nicht bestätigt habe. L. \_\_\_\_\_ habe vielmehr ausgesagt, er könne sich nur noch vage an das Gespräch erinnern. An manche Punkte habe er sich noch erinnern können, an andere nicht. Jedenfalls habe er keinen einzigen Fehler im Protokoll identifiziert. Die Vorinstanz habe auch hier verkannt, dass das "Gesprächsprotokoll" vom 3. März 2014 (act. 6/2) für sich den Urkundenbeweis erbringe. Ausserdem habe sie wiederum ignoriert, dass die Beklagte zum Inhalt des "Gesprächsprotokolls" vom 3. März 2014 nebst L. \_\_\_\_\_ auch N. \_\_\_\_\_ und ihren Rechtsvertreter als Zeugen offeriert habe. Jedenfalls erwähne die Vorinstanz mit keinem Wort, dass sie diese Beweisofferten der Beklagten zur Kenntnis genommen und aus welchen Gründen sie davon abgesehen habe, sie anzunehmen. Mit diesen Zeugen hätte die Beklagte ohne Weiteres den Beweis dafür erbringen können, dass das "Gesprächsprotokoll" vom 3. März 2014 den Inhalt des Gesprächs korrekt wiedergebe, L. \_\_\_\_\_ von der Beklagten unter keinerlei Druck gesetzt worden und es einzig um die objektive und ergebnisoffene Sachverhaltsabklärung gegangen sei (act. 73 Rz 46).
- 3.13.1 Zum Beweiswert des "Gesprächsprotokolls" vom 3. März 2014 kann auf die E. 3.7.2.1 verwiesen werden. Die Beklagte verkennt, dass dieses Dokument selbst dann nicht den Beweis für die geäusserten Behauptungen erbringen würde, wenn es von L. \_\_\_\_\_ unterzeichnet worden wäre. Ausserdem übersieht die Beklagte auch hier, dass es nicht ausreicht, wenn der Zeuge "keinen einzigen Fehler identifiziert", um die in act. 6/2 aufgestellten Behauptungen als erwiesen zu betrachten (vgl. vorne E. 3.11.6). Hinzu kommt, dass die Beklagte nicht in erster Linie beweisen muss, dass das Gespräch mit L. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2014 gemäss act. 6/2 geführt wurde. Beweisgegenstand ist vielmehr, ob L. \_\_\_\_\_ tatsächlich vom Kläger dazu angehalten wurde, M. \_\_\_\_\_ Drohungen zu übermitteln. Von den als Zeugen offerierten Personen kann einzig L. \_\_\_\_\_ selbst aus eigener Wahrnehmung hierüber berichten. Mithin war von allen offerierten Beweismitteln ausschliesslich dessen Befragung als Zeuge überhaupt geeignet, um den Beweis für diese Behauptungen zu erbringen. Was die Befragung des Rechtsvertreters der Beklagten als Zeuge betrifft, kann auf E. 3.7.5 verwiesen werden. Die dort festgehaltenen Überlegungen gelten im Übrigen sinngemäss auch für N. \_\_\_\_\_.
- 3.13.2 Im Weiteren ist zwar festzuhalten, dass die Vorinstanz die Zeugenaussagen von L. \_\_\_\_\_ tatsächlich relativ oberflächlich würdigt. Insgesamt treffen ihre diesbezüglichen Erwägungen jedoch zu. So wurde L. \_\_\_\_\_ in der Befragung act. 6/2 vorgelegt, worauf er das Dokument zunächst durchlas und dann erklärte, er könne sich vage daran erinnern. An

manche Punkte könne er sich erinnern und an andere nicht (act. 45 Ziff. 18). Auf die Frage, ob das Gespräch stattgefunden habe, antwortete er, er erinnere sich an ein Gespräch mit dem Rechtsanwalt der Beklagten und N.\_\_\_\_\_. Auch erinnere er sich daran, dass es Differenzen zwischen M.\_\_\_\_\_ und dem Kläger gegeben habe und er da manchmal ins Büro des Klägers gerufen worden sei (act. 45 Ziff. 19). Als L.\_\_\_\_\_ gefragt wurde, ob er die Korrektheit des "Gesprächsprotokolls" bestätigen könne, führte er aus, er könne sich nicht mehr an alles erinnern; es sei sechs Jahre her. Und weiter: "Dass es seitens der J.\_\_\_\_\_ festgehalten wurde, ist korrekt. Wir sassen zusammen und ich musste das Protokoll von dem, was gesagt wurde, führen. Dies war zusammen mit dem Anwalt im Büro von N.\_\_\_\_\_. Ich wurde immer von einem Büro in das nächste geschoben. Danach haben wir Fragen zum Protokoll gestellt und ich musste sagen, was der Ablauf ungefähr war. Ich muss Ihnen gestehen, dass ich mich nicht mehr komplett an alles erinnern kann" (act. 45 Ziff. 20). Als der Rechtsanwalt des Klägers gegen Ende der Befragung nachfragte, was er damit gemeint habe, wenn er im Zusammenhang mit dem Gespräch vom 3. März 2014 gesagt habe, er sei "von Büro zu Büro geschoben worden", erklärte L.\_\_\_\_\_, er habe ein Gespräch mit dem Kläger gehabt. "Dann normalerweise wurde ich entweder kontaktiert oder sollte wieder zurück zum HR, insbesondere zu N.\_\_\_\_\_ gehen" (act. 45 Ziff. 28). Weiter gab er an, er meine, einmal ein Protokoll unterschrieben zu haben. Er wisse aber nicht mehr, was es gewesen sei; ob es ein Protokoll oder ein anderes Dokument gewesen sei (act. 45 Ziff. 21). Auf die Frage, ob er wisse, was der Anlass für das Gespräch vom 3. März 2014 gewesen sei, sagte er: "Ja. Man wollte A.\_\_\_\_\_ raushaben" (act. 45 Ziff. 22). Daraufhin stellte ihm der Referent die Frage, ob Druck auf ihn ausgeübt worden sei, worauf L.\_\_\_\_\_ antwortete: "Darf ich eine offene Frage stellen? Ich weiss nicht, ob das richtig ist, aber würden Sie sich nicht unter Druck gesetzt fühlen, wenn Sie zwischen dem Chef und der Firma stehen würden? Der Chef, der Sie angestellt hat, und die Firma, die Ihren Lohn zahlt. In der Mitte zu sein, ist nie lustig" (act. 45 Ziff. 23).

- 3.13.3 Aus diesem Befragungsverlauf geht hervor, dass sich L.\_\_\_\_\_ zwar noch daran erinnerte, dass ein Gespräch stattfand und es – seiner Erinnerung nach – darum ging, dass man den Kläger "raushaben" wollte. Aufgrund seiner Aussagen zur Frage, ob Druck auf ihn ausgeübt worden sei, ergeben sich zudem klar die Erwartungen, welche die Beklagte in diesem Zusammenhang dem Zeugen gegenüber hatte und dieser offenbar deutlich spürte. Zu den eigentlichen Vorwürfen der Beklagten, die mithilfe seiner Aussage hätten bewiesen werden sollen (dass nämlich L.\_\_\_\_\_ vom Kläger dazu gezwungen worden sei, M.\_\_\_\_\_ "Drohungen" weiterzuleiten), sagte der Zeuge nichts. Insbesondere blieb offen, ob dies zu den Punkten gehörte, an die er sich erinnern konnte oder gerade nicht. Dazu stellte im Übrigen auch die Beklagte keine Ergänzungsfragen. Ohnehin ist das meiste von dem, was L.\_\_\_\_\_ sagte, diffus und unverständlich. So konnte er keine klaren Angaben mehr dazu machen, wie das Gespräch vom 3. März 2014 überhaupt abgelaufen sein soll. Dass er zunächst beim Kläger gewesen sein soll, wenn es eigentlich darum ging, dass man den Kläger "raushaben" wollte, macht keinen Sinn. Sollte es – wie von der Beklagten behauptet – darum gegangen sein, die Vorwürfe von M.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Kläger zu verifizieren, leuchtet ein solches Vorgehen erst recht nicht ein. Auch ist unklar, was L.\_\_\_\_\_ damit meinte, wenn er sagte, sie ("wir") hätten nach dem von ihm protokollierten Gespräch Fragen zum Protokoll gestellt und er habe angeben müssen, was ungefähr der Ablauf gewesen sei. Jedenfalls passt dies – wie auch die übrigen Aussagen von L.\_\_\_\_\_ zum Ablauf des Gesprächs vom 3. März 2014 – nicht zur Darstellung der Beklagten, wonach

man L. \_\_\_\_\_ lediglich neutral und sachbezogen zu den Vorwürfen befragt und er dann spontan die Ausführungen gemäss act. 6/2 gemacht habe.

- 3.13.4 Zusammengefasst erbringt auch die Befragung des Zeugen L. \_\_\_\_\_ den Beweis für die Richtigkeit der Angaben in act. 6/2 offenkundig nicht, sodass der Beweis misslungen ist.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass – auch hier – eine fristlose Kündigung selbst dann nicht gerechtfertigt gewesen wäre, wenn die Behauptungen gemäss act. 6/2 als erstellt betrachtet würden. Gemäss act. 6/2 soll L. \_\_\_\_\_ damals angegeben haben, dass der Kläger Druck auf ihn ausgeübt habe, damit er M. \_\_\_\_\_ anrufe und ihm die "Drohungen" des Klägers übermittle. Konkret hätte er M. \_\_\_\_\_ ausrichten sollen, dass der Kläger für M. \_\_\_\_\_ kein gutes Wort in den USA hinsichtlich dessen Aktien einlegen würde und der Kläger M. \_\_\_\_\_ kein gutes Arbeitszeugnis ausstellen könne, wenn dieser den Kläger persönlich angreife. Weiter soll es um eine allfällige Gegenanzeige des Klägers gegangen sein, die M. \_\_\_\_\_ viel Geld kosten könne (act. 6/2). Ein solches Verhalten wäre zwar sicherlich nicht gerade professionell, letztlich aber einigermaßen harmlos gewesen. Dies betrifft insbesondere den Verzicht, für M. \_\_\_\_\_ ein "gutes Wort" einzulegen, wozu der Kläger ohnehin nicht verpflichtet war. Eine fristlose Kündigung wäre aufgrund der in act. 6/2 geschilderten Ereignisse jedenfalls nicht gerechtfertigt gewesen.

- 3.14 Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangte, dass die Beklagte ein Fehlverhalten des Klägers, das eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte, nicht nachweisen konnte.

- 3.15 Soweit die Beklagte schliesslich die Auffassung vertritt, wonach sie alle Untersuchungspflichten erfüllt habe, die Verfehlungen des Klägers "hinreichend erstellt" gewesen seien und sie den Kläger pflichtgemäss mit den Vorwürfen konfrontiert habe (act. 73 Rz 50-53), kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden.

- 3.15.1 Die Beklagte bestreitet nicht, dass die interne Untersuchung lediglich zwei Tage dauerte, sie den Kläger nur ein einziges Mal unvorbereitet und mündlich mit den Vorwürfen konfrontierte und ihm keine Gelegenheit gab, seinerseits entlastendes Beweismaterial zu beschaffen und vorzulegen oder sich (rechtlichen) Beistand zu suchen. Sie stellt sich indessen auf den Standpunkt, der Kläger habe, als er mit den Vorwürfen konfrontiert worden sei, jedes Fehlverhalten kategorisch in Abrede gestellt und wahrheitswidrig und unglaubwürdig behauptet, in den Paketen hätten sich bloss Spielwaren für seine Kinder im Wert von CHF 5.00 bis 30.00 befunden. Er habe weder nach einem Beistand verlangt noch um Zeit zum Sammeln entlastender Beweismittel gebeten. Seine Verteidigung habe sich auf unglaubwürdiges und pauschales Bestreiten beschränkt (act. 73 Rz 50).

Damit wiederholt die Beklagte im Wesentlichen nur ihre eigene Würdigung des Konfrontationsgesprächs mit dem Kläger, wonach dessen Gegendarstellung "wahrheitswidrig und unglaubwürdig" gewesen sei. Dies hilft ihr nicht weiter, da es vorliegend gerade darum geht, ob sie aufgrund eines angemessenen Untersuchungsverfahrens und somit zu Recht zu diesem Schluss gelangte. Was sie in diesem Zusammenhang an Fakten vorträgt, genügt offenkundig nicht. Insbesondere ist nicht relevant, ob der Kläger aktiv verlangt hat, Gelegenheit zum Sammeln von Entlastungsbeweisen zu erhalten oder einen Beistand

organisieren zu können. Vielmehr hätte es der Beklagten obliegen, ein angemessenes und faires Untersuchungsverfahren aus eigener Initiative sicherzustellen. Soweit sie im Übrigen behauptet, die Verteidigung des Klägers habe sich auf unglaubwürdiges, pauschales Bestreiten beschränkt, widerspricht sie sich gleich selbst: So behauptete sie nämlich auch, der Kläger habe angegeben, in den Paketen hätten sich Spielwaren für seine Kinder im Wert von CHF 5.00 bis 30.00 befunden. Damit hätte der Kläger aber auch gemäss der Darstellung der Beklagten durchaus konkrete Angaben zum angeblichen Inhalt der Pakete gemacht. Anstatt den Kläger aber aufzufordern, er solle seine Behauptungen belegen, hat ihm die Beklagte von vornherein keinen Glauben geschenkt. Mehr noch: Sie scheint offenbar damals wie heute der Auffassung zu sein, allein das Abstreiten der Vorwürfe an sich sei als Renitenz zu werten, die eine fristlose Kündigung gerechtfertigt habe. Dies beweist aber gerade ihre Voreingenommenheit, denn mit dieser Logik hatte der Kläger von vornherein keine Chance, sich selbst zu entlasten.

- 3.15.2 Im Übrigen gelangte die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die Beklagte bei der Abklärung der Vorwürfe gerade aufgrund der Vorgeschichte von M. \_\_\_\_\_ (achtmonatige Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen und anschliessender Kündigung des Arbeitsverhältnisses) und dessen Auseinandersetzung mit dem Kläger besonders kritisch hätte sein müssen. Dagegen bringt die Beklagte denn auch nichts vor. Wenn sie schliesslich argumentiert, sie sei aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren anderen Mitarbeitern zu raschem Handeln gezwungen gewesen (act. 3 Rz 53), ist ihr entgegenzuhalten, dass sie dieser Fürsorgepflicht ohne Weiteres auch mit einer vorläufigen Freistellung des Klägers hätte nachkommen können. Eine fristlose Kündigung war aus diesem Grund jedenfalls nicht geboten.
- 3.15.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Beklagten nicht geeignet sind, die Erwägungen der Vorinstanz zum internen Untersuchungsverfahren der Beklagten infrage zu stellen. Vielmehr ist aufgrund der Behauptungen der Beklagten davon auszugehen, dass sie die Vorwürfe gegenüber dem Kläger nicht ergebnisoffen abgeklärt und dem Kläger auch das rechtliche Gehör nur unzureichend gewährt hat, weshalb sich die Befragung der von ihr dazu offerierten Zeugen erübrigt (vgl. vorne E. 3.6).
- 3.16 Bei diesem Ergebnis kommt es nicht mehr darauf an, ob es sich nun um eine sogenannte Verdachtskündigung gehandelt hat, wie die Vorinstanz annahm (und was die Beklagte ebenfalls beanstandet [act. 73 Rz 48]). So oder anders konnte die Beklagte weder beweisen, dass die von ihr geltend gemachten Kündigungsgründe sich tatsächlich wie von ihr behauptet ereignet haben, noch ist davon auszugehen, dass sie ihrer Untersuchungspflicht ausreichend nachgekommen ist. Mithin erweist sich die fristlose Kündigung – wie bereits die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat – als ungerechtfertigt, sodass die Berufung der Beklagten in diesem Punkt abzuweisen ist.
- 4.1 Aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung sprach die Vorinstanz dem Kläger Schadenersatz in der Höhe von CHF 94'900.95 sowie eine Entschädigung gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von CHF 127'500.00, je zuzüglich Zins, zu (act. 72 E. 4 und E. 6). Die Höhe der Schadenersatzzahlung wird von der Beklagten nicht beanstandet (act. 73 Rz 55 f.) und hinsichtlich der Pönalentschädigung übt sie lediglich pauschale Kritik: Diese sei aufgrund der schwerwiegenden Verfehlungen des Klägers "massiv überhöht";

wenn überhaupt eine solche zuzusprechen sei, wäre sie "im unteren Bereich" zu bemessen (act. 73 Rz 58 f.). Diese Ausführungen genügen den Anforderungen an eine Berufungsbegründung offenkundig nicht, sodass darauf nicht einzutreten ist (vgl. vorne E. 1.3). Der angefochtene Entscheid ist folglich auch in diesen beiden Punkten zu bestätigen.

4.2 Dasselbe gilt hinsichtlich des Arbeitszeugnisses (act. 72, Dispositiv-Ziff. 1.3). In diesem Zusammenhang beanstandet die Beklagte lediglich das Enddatum des Arbeitsverhältnisses und das Ausstellungsdatum des Zeugnisses und zwar mit der Begründung, dass bei gerechtfertigter fristloser Kündigung auf das effektive Enddatum abzustellen sei und nicht auf das hypothetische Enddatum im Falle einer ordentlichen Kündigung (act. 73 Rz 89). Nachdem der angefochtene Entscheid in Bezug auf die fristlose Kündigung zu bestätigen ist, ist diesen Rügen die Grundlage entzogen.

5. Die Beklagte beanstandet sodann, dass die Vorinstanz dem Kläger eine Abgangsentschädigung in der Höhe von CHF 226'600.00 zzgl. Zins zu 5 % ab 5. März 2014 zugesprochen hat.

5.1 Die Vorinstanz begründete den Anspruch des Klägers auf eine Abgangsentschädigung zusammengefasst wie folgt (act. 72 E. 7-7.2):

5.1.1 Gemäss Art. 339b Abs. 1 OR habe ein Arbeitnehmer, welcher mindestens 50 Jahre alt sei und 20 oder mehr Dienstjahre beim selben Arbeitgeber gearbeitet habe, einen Anspruch auf eine Abgangsentschädigung. Nach Art. 339c Abs. 1 OR könne die Höhe der Entschädigung durch schriftliche Abrede bestimmt werden. Dabei dürfe sie aber den Betrag nicht unterschreiten, der dem Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate entspreche. Wenn keine konkrete Regelung getroffen worden sei, so sei sie vom Richter unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen festzusetzen, dürfe aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für acht Monate entspreche.

5.1.2 Am 25. März 2013 um 17:08 Uhr habe der Kläger an V. \_\_\_\_\_, CFO der J. \_\_\_\_\_ und Verwaltungsrat der Beklagten, mit Kopie an N. \_\_\_\_\_ Folgendes geschrieben:

"V. \_\_\_\_\_,  
*if [H. \_\_\_\_\_ AG Europe] would layoff some employees from the Europe trading department (in order to increase the company profitability, so not because of any fault or performance of the employees themselves), is the Group:*  
1) *willing to pay the Group severance payment (one month per year of employment),*  
*and*  
2) *willing to vest whatever participation plan the employee is in (SIP, ROI or shares)?*  
*How would you want to pursue with these two items?*  
*Thank you*  
A. \_\_\_\_\_"

Darauf habe V. \_\_\_\_\_ in einer E-Mail vom 25. März 2013 um 17:18 Uhr mit Kopie an N. \_\_\_\_\_ und Y. \_\_\_\_\_ folgende Antwort gegeben:

*"Our practice (not written policy) for layoffs has been to pay 2 weeks salary per year of employment, with a maximum of 1 year's salary. It has also been our practice to waive the 50 % forfeiture provision in the SIP for employees aged 59 or under and in the ROI plan.*

*Y.\_\_\_\_\_ can comment further if I missed something.*

*V.\_\_\_\_\_ "*

V.\_\_\_\_\_ habe gegenüber dem Kläger in seiner E-Mail vom 25. März 2013 bestätigt, wie sich die Praxis der J.\_\_\_\_\_ zur Abgangsentschädigung für Mitarbeiter der Beklagten (ehemals "H.\_\_\_\_\_ AG Europe") gestaltet habe. Weder N.\_\_\_\_\_ (ehemals Prokurist und heute Mitglied der Geschäftsleitung und Direktor der Beklagten) noch Y.\_\_\_\_\_ (damals Associate General Counsel der I.\_\_\_\_\_ ) hätten dieser Aussage V.\_\_\_\_\_ s widersprochen. Gerade jene Arbeitnehmer, welche die Höchstgrenze der Abgangsentschädigung von 24 Jahren (ergebe das Maximum von einem Jahressalär) erreichen würden, hätten regelmässig Kaderpositionen inne. Ausserdem sei eine Abgangsentschädigung bei Kaderleuten noch eher üblich als bei Mitarbeitern ohne Kaderstelle. V.\_\_\_\_\_ habe bei seiner Auskunft denn auch nicht zwischen Mitarbeitern mit und ohne Kaderstelle unterschieden. Nach Treu und Glauben habe der Kläger darauf vertrauen dürfen, dass diese Praxis auch für ihn gelte. Falls die Beklagte den Kläger ordnungsgemäss entlassen hätte, hätte sie ihm diese Abgangsentschädigung somit ebenfalls zukommen lassen müssen. Da die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ungerechtfertigt gewesen sei, sei der Kläger so zu stellen, wie wenn das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäss aufgelöst worden wäre.

- 5.2 Die Beklagte bringt dagegen unter anderem vor, die Vorinstanz habe ignoriert, dass der Kläger in seiner Anfrage ausdrücklich festgehalten habe, dass sich diese nur auf Entlassungen beziehe, die erfolgt seien, um die Profitabilität des Unternehmens zu steigern, und nicht wegen Fehlern oder der Leistungen der Mitarbeitenden. Entsprechend betreffe die Antwort von V.\_\_\_\_\_ auch nur diesen Fall betriebsbedingter Entlassungen (was sich auch aus dem von ihm verwendeten Terminus „layoffs“ ergebe) und keine Kündigungen, die aus Gründen erfolgt seien, welche der Mitarbeiter zu vertreten habe. Das habe selbst der Kläger in Rz 140 der Klage bestätigt. Die Entlassung des Klägers sei nicht im Rahmen einer Restrukturierung bzw. zur Steigerung der Profitabilität des Unternehmens, sondern aufgrund der Verfehlungen des Klägers erfolgt. Ob es sich dabei um eine ordentliche oder fristlose Kündigung gehandelt habe, spiele keine Rolle. Die Folgerungen der Vorinstanz, bei ordentlicher Kündigung hätte der Kläger die Abgangsentschädigung erhalten, sei daher willkürlich. Es liege kein Beweis dafür vor – und widerspreche auch jeder Plausibilität –, dass die Beklagte bei verhaltensbedingten Kündigungen eine Abgangsentschädigung entrichten würde. Die Beklagte habe V.\_\_\_\_\_ als Zeugen offeriert, welcher hätte bestätigen können, dass es konzernweit keine Praxis zu Abgangsentschädigungen bei verhaltensbedingten Kündigungen gegeben habe. Die Vorinstanz habe eine Befragung auch dieses Zeugen aber ohne Begründung unterlassen.

Ferner gehe es auch nicht darum, ob der Kläger auf eine Mitteilung habe vertrauen dürfen. Auf ein berechtigtes Vertrauen komme es nur an, wenn gestützt darauf Dispositionen getätigt oder bestimmte Handlungen vorgenommen würden. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Es gehe einzig darum, ob ein vertraglicher Anspruch auf eine Abgangsentschädigung bestehe oder nicht. Ein arbeitsrechtlicher Anspruch könne sich aus einer Usanz ergeben. Bezüglich

der Abgangsentschädigung sei jedoch keine Usanz nachgewiesen worden und die Beklagte sei auch nicht zum Gegenbeweis zugelassen worden, dass es bei ihr keine solche Usanz gebe. Folglich sei dem Kläger keine Abgangsentschädigung zuzusprechen. Das angefochtene Urteil sei willkürlich und verletze das Recht der Beklagten auf Beweis (act. 73 Rz 60 ff.).

- 5.3 Endigt das Arbeitsverhältnis eines mindestens 50 Jahre alten Arbeitnehmers nach 20 oder mehr Dienstjahren, so hat ihm der Arbeitgeber eine Abgangsentschädigung auszurichten. Die Höhe der Entschädigung kann durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt werden, darf aber den Betrag nicht unterschreiten, der dem Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate entspricht. Ist die Höhe der Entschädigung nicht bestimmt, so ist sie vom Richter unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen festzusetzen, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für acht Monate entspricht. Die Entschädigung kann herabgesetzt werden oder wegfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund gekündigt oder vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund fristlos aufgelöst wird, oder wenn dieser durch die Leistung der Entschädigung in eine Notlage versetzt würde (Art. 339b Abs. 1 und Art. 339c Abs. 1-3 OR). Auf die Voraussetzung des Mindestalters oder der Mindestanstellungsdauer kann vertraglich zugunsten des Arbeitnehmers verzichtet werden. Solche Vereinbarungen ändern jedoch, gleich wie Vereinbarungen betreffend die Höhe der Abgangsentschädigung gemäss Art. 339c Abs. 1 OR, nichts an der Anwendbarkeit von Art. 339c Abs. 3 OR, der die Kürzung oder den Wegfall der Entschädigung regelt (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 339b OR N 1).
- 5.4 Der Kläger wurde am tt.mm.jjjj geboren (vgl. act. 1A/11) und arbeitete vom 11. April 1994 bis 5. März 2014 bei der Beklagten (act. 1A/5 und 1A/6). Aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung ist der Kläger indessen so zu stellen, wie wenn keine fristlose, sondern eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden wäre (vgl. act. 72 E. 4.1), sodass von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses erst am 30. Juni 2014 (nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist) auszugehen ist. Der Kläger war mithin im Zeitpunkt seiner Entlassung \_\_\_\_\_ Jahre alt und hatte etwas mehr als 20 Jahre bei der Beklagten gearbeitet. Damit erfüllt er die Kriterien für einen gesetzlichen Abfindungsanspruch nicht. Anspruch auf eine Abgangsentschädigung hat er folglich nur, wenn er beweisen kann, dass eine solche auch für den Fall seiner Entlassung vor Erreichen des 50. Altersjahrs vereinbart bzw. geschuldet war. Eine schriftliche oder ausdrückliche mündliche Vereinbarung zu diesem Thema bestand unbestrittenermassen nicht. Der Kläger leitete seinen Anspruch im erstinstanzlichen Verfahren stattdessen aus einer angeblich bei der Beklagten bestehenden Praxis ab. Dieser Argumentation ist die Vorinstanz – gestützt auf den in E. 5.1 wiedergegebenen E-Mail-Wechsel zwischen dem Kläger und V. \_\_\_\_\_ – gefolgt.
- 5.5 Ohne dies näher zu begründen, unterstellte die Vorinstanz dabei offenbar in rechtlicher Hinsicht, dass nicht nur eine explizite schriftliche oder mündliche Abrede, sondern auch eine entsprechende betriebliche Übung dazu führen kann, dass ein Anspruch auf eine Abgangsentschädigung bereits für Arbeitnehmer unter 50 Jahren bzw. mit weniger als 20 Dienstjahren entsteht. Die Rechtslage ist diesbezüglich aber keineswegs klar. Einige Autoren vertreten zwar tatsächlich die Ansicht, dass unter gewissen Umständen auch eine betriebliche Übung (Company Policy) als eine Form stillschweigender Kollektivvereinbarung als

Rechtsquelle für Ansprüche des Arbeitnehmers dienen kann (vgl. Portmann/Rudolph, a.a.O., Einl. vor Art. 319 ff. OR N 7; Pietruszak, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, 2014, Art. 319 OR N 13; Meier, Commentaire Romand, 3. A. 2021, Art. 319 OR N 3; Rusch, Observanz und Übung, Erwirkung und Rechtsschein, in: Jusletter vom 18. September 2006, N 15; Staehelin, Zürcher Kommentar, 4. A. 2006, Art. 322d OR N 12; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, Einleitung N 9 Ziff. 6). Die Frage wurde bislang – soweit ersichtlich – jedoch ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Anspruch auf die Ausrichtung von Gratifikationen diskutiert. Das Bundesgericht hielt dazu lediglich fest, dass die Verweigerung einer Gratifikationszahlung gegen das individuelle Diskriminierungsverbot verstossen könne, wenn damit ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt würde (BGE 129 III 276 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_356/2011 vom 9. November 2011 E. 7.4). Ob sich dies auch auf Abgangsentschädigungen übertragen lässt bzw. was dies für den vorliegenden Fall bedeutet, müsste demnach erst noch hergeleitet werden. Vorliegend kann auf weitere Ausführungen dazu indessen verzichtet werden, weil, wie noch zu zeigen sein wird, die aufgrund der E-Mails erstellte – und letztlich auch unbestritten gebliebene – Praxis der Beklagten entgegen der Ansicht der Vorinstanz auf den Fall des Klägers ohnehin nicht anwendbar ist.

5.6 Die Beklagte bestreitet – wie schon im erstinstanzlichen Verfahren – auch in ihrer Berufung nicht grundsätzlich, dass es die von V.\_\_\_\_\_ in seiner E-Mail vom 25. März 2013 geschilderte Praxis gibt bzw. gegeben hat. Sie argumentiert jedoch, diese Praxis habe für den Kläger keine Gültigkeit gehabt, weil sie nur für Mitarbeiter gelte, denen aus Rentabilitätsgründen und nicht aufgrund ihres Verhaltens oder ihrer beruflichen Leistungen gekündigt worden sei.

5.6.1 Diese Kritik ist berechtigt. Der Kläger führte in seiner Anfrage an V.\_\_\_\_\_ vom 25. März 2013 explizit aus, es gehe um Mitarbeiter, denen nicht wegen ihrer Leistung oder allfälliger Fehler, sondern zur Steigerung der Profitabilität der Gesellschaft gekündigt werde. V.\_\_\_\_\_ wiederum bezog sich in der Antwort ebenfalls auf die Praxis bezüglich "layoffs", was im Englischen eine Kündigung aus monetären Gründen bezeichnet, welche nichts mit dem Verhalten des Arbeitnehmers zu tun hat (Definition gemäss Cambridge Dictionary: An occasion when a company stops employing someone, sometimes temporarily, because the company does not have enough money or enough work [<https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/layoff>]; vgl. auch <https://en.wikipedia.org/wiki/Layoff>]; beide besucht am 7. Oktober 2022]). Alle anderen Arten von Kündigungen, namentlich solche, deren Grund in der Person des Gekündigten liegt, wurden folglich im E-Mail-Wechsel vom 25. März 2013 nicht angesprochen. Etwas anderes hat denn auch der Kläger nicht behauptet (act. 1 Rz 140), wie die Beklagte zu Recht bemerkt. Eine Unterscheidung zwischen betriebsbedingten Kündigungen und solchen, deren Grund in der Person des Gekündigten liegt, ist denn auch legitim und begründet insofern keine Diskriminierung. Von einer Praxis bei der Beklagten im Fall von betriebsbedingten Kündigungen kann der Kläger folglich nur dann profitieren, wenn er beweist, dass es sich bei seiner Kündigung um eine (verschleierte) betriebsbedingte Kündigung gehandelt hat und diese mithin nichts mit seiner Person bzw. seinem Verhalten zu tun hat.

5.6.2 Auf diese Problematik ging die Vorinstanz jedoch nicht ein. Auch differenzierte sie nicht in Bezug auf den Kündigungsgrund. Sie hielt lediglich fest, der Kläger müsse so gestellt

werden, wie wenn er "ordnungsgemäss" entlassen worden wäre. Das ist zwar insofern richtig, als der Arbeitnehmer, dem ungerechtfertigt fristlos gekündigt wurde, gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR Anspruch auf Ersatz dessen hat, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre. Dies bedeutet aber lediglich, dass die Kündigung zur Berechnung der finanziellen (Schadenersatz-)Ansprüche gedanklich von einer fristlosen in eine ordentliche umgewandelt wird. Am Kündigungsgrund ändert sich dadurch aber nichts. Insbesondere wird aus einer personenbezogenen Kündigung nicht etwa von Gesetzes wegen eine betriebsbedingte.

- 5.6.3 Vorliegend hat die Beklagte dem Kläger aufgrund verschiedener (vermeintlich) strafbarer Handlungen, für die sie ihn verantwortlich machte, gekündigt. Diese Vorkommnisse konnte sie zwar nicht in allen für eine fristlose Kündigung entscheidenden Facetten beweisen, weshalb die fristlose Kündigung letztlich als ungerechtfertigt zu betrachten ist (vgl. vorne E. 3.16). Der Kläger hat aber auf der anderen Seite auch nicht dargetan, dass es sich dabei um eine (verschleierte) betriebsbedingte Kündigung gehandelt hat (so auch die Vorinstanz in act. 72 E. 6.2 a.E.). Tatsächlich hat er dies nicht einmal behauptet. Im erstinstanzlichen Verfahren führte er lediglich aus, die Beklagte habe die von M. \_\_\_\_\_ erhobenen Vorwürfe als Vorwand genutzt, um ihn als "Bad Leaver" erscheinen zu lassen und so seine finanziellen Ansprüche im Zusammenhang mit den J. \_\_\_\_\_ -Aktien und den "C-Aktien" der G. \_\_\_\_\_ zu vereiteln (vgl. act. 9 Rz 59). Objektive Anhaltspunkte nannte er jedoch auch für diese These nicht, sodass die Behauptung als reine (und zudem unsubstanzierte) Spekulation zu betrachten und daher unbeachtlich ist. Es bleibt daher dabei, dass die Beklagte dem Kläger (subjektiv) aus in dessen Person liegenden Gründen und nicht aus Rentabilitäts- (oder anderen) Gründen gekündigt hat. Aus einer allenfalls bestehenden Praxis der Beklagten zur Ausrichtung von Abgangsentschädigungen bei betriebsbedingten Entlassungen kann der Kläger folglich nichts für sich ableiten.

Ein klagbarer Anspruch auf eine Abgangsentschädigung ist bereits aus diesem Grund nicht erstellt. Auf die übrigen Argumente der Beklagten ist folglich nicht weiter einzugehen.

- 5.7 Nach dem Gesagten ist die Berufung in diesem Punkt begründet. Der angefochtene Entscheid ist insofern aufzuheben und die Klage ist vollständig abzuweisen, soweit sie auf Zahlung einer Abgangsentschädigung an den Kläger lautete. Mithin ist die dem Kläger in Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids zugesprochene Summe von CHF 449'000.95 auf CHF 222'400.95 (CHF 449'000.95 ./ CHF 226'600.00) zu reduzieren.
6. Die Beklagte richtet sich im Weiteren gegen den Entscheid der Vorinstanz, wonach sie dem Kläger das Eigentum an 111'447 Aktien der J. \_\_\_\_\_ zu verschaffen habe. Umstritten ist dabei zunächst, ob die Beklagte für diese Forderung überhaupt passivlegitimiert ist.
- 6.1 Die Vorinstanz bejahte die Passivlegitimation der Beklagten zusammengefasst aus folgenden Gründen (act. 72 E. 8-8.4.5):
- 6.1.1 Im Zusammenhang mit dem Börsengang der J. \_\_\_\_\_ im mm.jjjj sei der sogenannte " \_\_\_\_\_ " (nachfolgend: SIP) erlassen worden. Über den SIP sei einzelnen Mitarbeitern des I. \_\_\_\_\_ -Konzerns als eine Belohnung (Award) eine konkrete Anzahl Aktien in Aussicht gestellt worden. Damit sollten Mitarbeiter über einen Aktienanreizplan am langfristigen Erfolg

der Gruppe partizipieren und gebunden werden. Dem Kläger sei ab dem Jahr 2007 jedes Jahr ein Award zugeteilt worden. Im Zeitpunkt der Erteilung bestehe der Award aber nur in Form einer Anwartschaft. Die Parteien hätten jeweils vereinbart, dass die Awards über sieben Jahre (zu Beginn zu 10 % und dann jedes nachfolgende Jahr zu 15 %) "vesten", d.h. von der Stellung als Anwartschaft zu einem unbedingten Anspruch übergehen würden. Es sei unbestritten, dass dem Kläger basierend auf dem SIP in der Zeit zwischen 9. Mai 2007 und 31. Dezember 2013 insgesamt 337'937 sog. "restricted shares" an der J. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: J. \_\_\_\_\_-Aktien) mit einem Zuteilungswert von insgesamt USD 6'214'000.00 zugesprochen worden seien. Bis und mit dem "Vesting-Jahr" 2014 seien dem Kläger insgesamt 187'278 J. \_\_\_\_\_-Aktien zu Eigentum und zur freien Verfügung übertragen worden. Der Kläger klage die Übertragung von 111'447 J. \_\_\_\_\_-Aktien zu Eigentum ein, nämlich die zugeteilten 337'937 abzüglich der insgesamt 187'278 "gevesteten" Aktien.

6.1.2 Auch in einem Arbeitsvertragsverhältnis müsse die Arbeitgeberseite nicht zwingend aus ein- und derselben Partei bestehen. Insbesondere in Konzernverhältnissen sei es denkbar und zulässig, dass ein Arbeitnehmer ein oder mehrere Vertragsverhältnisse mit mehreren Gesellschaften eingehe. Je nach Umständen des Einzelfalls könnten separate Abreden bestehen, nämlich einerseits das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin, andererseits die Bonusabrede zwischen dem Arbeitnehmer und der Bonusplanpartei. Fraglich sei, gegen wen der Arbeitnehmer seine Ansprüche aus dem Bonusprogramm geltend machen müsse (gegen die Arbeitgeberin oder gegen die den Bonus ausrichtende Drittgeseellschaft oder gegen beide). Hierzu bestünden in der Lehre unterschiedliche Meinungen. In den letzten Jahren seien sodann sowohl vom Bundesgericht (Urteil 4A\_175/2014 vom 8. Juli 2014) wie auch vom Obergericht Zürich (Entscheid LA160002 vom 8. Juni 2016) Entscheide zu dieser Thematik ergangen, wobei in beiden Fällen die Passivlegitimation der Tochtergesellschaft für Ansprüche aus einem Beteiligungsplan der Muttergesellschaft verneint worden sei. Diese beiden Entscheide hätten aber auf einer Auslegung der vertraglichen Beziehungen nach dem Vertrauensprinzip basiert, wobei danach gefragt worden sei, ob der Kläger das Versprechen auf Beteiligungen als klare Zahlungsverpflichtung der Beklagten als formeller Arbeitgeberin habe verstehen dürfen. Demzufolge dürfe nicht unbesehen generell auf diese beiden Entscheide abgestellt werden, sondern es sei im konkreten Fall mittels Auslegung zu prüfen, wer dem Kläger die Ansprüche aus dem Beteiligungsprogramm versprochen habe.

6.1.3 So sei denn auch das Kantonsgericht Zug in seinen bisherigen Entscheiden zu dieser Thematik zu anderen Ergebnissen gekommen, welche ebenfalls auf einer Auslegung der vertraglichen Abmachungen basiert hätten. In den Entscheiden A2 2012 3 vom 11. August 2014 sowie A2 11 67 vom 9. Mai 2016, welche gegen die gleiche Beklagte ergangen seien und den praktisch identischen Sachverhalt betroffen hätten, habe das Kantonsgericht Zug die Passivlegitimation der arbeitgebenden Tochtergesellschaft mit der Begründung bejaht, dass die Gewährung von Beteiligungsrechten an den Kläger als Bestandteil des Arbeitsvertrags zur Beklagten habe angesehen werden müssen. Letztlich sei es für die Frage der Passivlegitimation also entscheidend, welche Forderung der Arbeitnehmer einklage und welche Partei ihm die eingeklagte Leistung versprochen habe bzw. ob die versprochene Leistung unter dem Bonusplan das Entgelt für die Arbeitsleistung des Klägers bei der Beklagten darstelle. Die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Beweismittel

liessen den wirklichen Willen der Parteien nicht erkennen. Der Vertragswille sei daher nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

- 6.1.4 Vorab sei festzuhalten, dass der schriftliche Arbeitsvertrag des Klägers aus dem Jahr 1994 stamme, als die börsenkotierte J. \_\_\_\_\_ noch gar nicht existiert habe (deren Gründung und der Börsengang seien erst im Jahr \_\_\_\_\_ erfolgt) und die Mitarbeitenden somit noch gar keine Beteiligungsrechte an dieser Unternehmung hätten haben können (der SIP datiere aus dem Jahr \_\_\_\_\_). Eine Regelung im Arbeitsvertrag sei deshalb noch gar nicht möglich gewesen. Mithin lasse sich aus dem Arbeitsvertrag des Klägers nichts zu diesem Anspruch ableiten.

Der Kläger stütze seinen Anspruch auf Zuweisung der J. \_\_\_\_\_-Aktien in erster Linie auf den SIP. Es stehe fest, dass die J. \_\_\_\_\_, d.h. die in den USA ansässige Muttergesellschaft der Beklagten, im Jahr \_\_\_\_\_ dieses Mitarbeiterbeteiligungsprogramm eingeführt habe und dem Kläger gestützt auf dieses Programm ab dem Jahr \_\_\_\_\_ jeweils in einem schriftlichen Award Aktien der J. \_\_\_\_\_ in unterschiedlicher Anzahl zugesprochen worden seien. Dieser Beteiligungsplan sei von der J. \_\_\_\_\_ erstellt worden. Ziel des Planes sei es gewesen, das langfristige Wachstum der Gruppe zu fördern, indem Anreize für die Bindung von Mitarbeitenden in Schlüsselpositionen und Führungskräften geschaffen würden. Der SIP sei vom sog. Ausschuss (Committee) verwaltet worden, der sich nur aus Vertretern der J. \_\_\_\_\_ zusammengesetzt habe. Der Ausschuss habe bestimmt, welche Mitarbeitenden der J. \_\_\_\_\_ oder einer Tochtergesellschaft hätten teilnehmen dürfen und habe die Aktien mit einem Award den Teilnehmern zugewiesen. Mithin sei der Beklagten zwar insoweit beizupflichten, als es sich beim SIP um ein von der J. \_\_\_\_\_ administriertes Beteiligungsprogramm gehandelt habe, auf welches die Beklagte keinen direkten Einfluss gehabt habe. Damit sei aber noch nicht gesagt, dass die Beklagte für den klägerischen Anspruch nicht passivlegitimiert sei. Denn entscheidend sei letztlich, ob sich die Beklagte arbeitsvertraglich gegenüber dem Kläger verpflichtet habe.

- 6.1.5 Der Kläger sei am SIP beteiligt gewesen und das Administrativkomitee des SIP habe ihm basierend darauf in der Zeit zwischen tt.mm.jjjj und 31. Dezember 2013 jedes Jahr einen Award mit einer Anwartschaft auf eine bestimmte Anzahl J. \_\_\_\_\_-Aktien zugeteilt (sog. Award Notices). Erstmals seien dem Kläger mit Award vom tt.mm.jjjj 19'994 J. \_\_\_\_\_-Aktien mit einem Zuteilungswert von USD 600'000.00 zugesprochen worden. In der Folge habe das zuständige Komitee dem Kläger jährlich weitere Awards zugesprochen. Die Award Notices seien jeweils mit "Award by J. \_\_\_\_\_, Inc. pursuant to the \_\_\_\_\_" betitelt gewesen und von der J. \_\_\_\_\_ erstellt worden. Sie hätten einen im Wesentlichen gleichlautenden Inhalt gehabt und unter anderem festgehalten, dass die Zuteilung der Aktien an ein Arbeitsverhältnis mit der J. \_\_\_\_\_ oder einer Tochtergesellschaft geknüpft sei. Der Kläger habe jeweils gegenüber der J. \_\_\_\_\_ sein Einverständnis mit dem Award und den Bedingungen unterschriftlich bestätigen müssen. Bei den Award Notices habe es sich somit um eine Vereinbarung zwischen dem Kläger und der J. \_\_\_\_\_ gehandelt, mit welcher festgehalten worden sei, wie viele Aktien der betreffende Mitarbeiter erwerben könne und welche Bedingungen dafür gälten. Mithin könne der Kläger auch mit diesen Dokumenten die Passivlegitimation der Beklagten nicht nachweisen.

6.1.6 Immerhin sei aus dem SIP und den Awards aber abzuleiten, dass die Beteiligungsrechte auf Dauer angelegt und dazu bestimmt gewesen seien, den Kläger langfristig an die vertragliche Arbeitgeberin zu binden. Entsprechend sei die Zuteilung der Aktien gemäss den Awards an ein Arbeitsverhältnis mit einer Tochtergesellschaft der J.\_\_\_\_\_ geknüpft gewesen und es sei letztlich die Beklagte gewesen, welche ein Interesse an der Gewährung dieser Anreize an ihre Mitarbeiter gehabt habe. Anders als im erwähnten Entscheid des Obergerichts Zürich sei der Mitarbeiterbeteiligungsplan vorliegend nicht auf ein einmaliges Ereignis ausgerichtet gewesen. Die vorliegenden Beteiligungen seien ähnlich wie bei den in Arbeitsverträgen sonst üblichen Boni und Gratifikationen wiederkehrend und auf Dauer angelegt und dafür bestimmt oder geeignet gewesen, die begünstigten Arbeitnehmer auf Dauer zu einer guten Leistung zugunsten der vertraglichen Arbeitgeberin zu motivieren bzw. gute Mitarbeiter an die vertragliche Arbeitgeberin zu binden, was immerhin ein Indiz für eine Verpflichtung der Arbeitgeberin darstelle. Es habe sich auch nicht um eine Investition des Klägers gehandelt, seien ihm die Aktien doch gratis ausgegeben worden. Schliesslich werde der Bezug der J.\_\_\_\_\_ -Aktien zum Arbeitsverhältnis mit der Beklagten noch dadurch unterstrichen, dass im Falle einer Kündigung ein Teil des Anspruchs (bzw. der ganze Anspruch im Falle einer Kündigung "for cause") weg falle. Der Anspruch auf die Aktien sei durch den Bestand des Arbeitsverhältnisses bedingt gewesen. Dennoch habe der Kläger – im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – alleine aufgrund des SIP und der Awards noch keine klare Zahlungsverpflichtung der Beklagten ableiten dürfen, da die Beklagte selber sich in diesen Dokumenten nicht verpflichtet habe.

6.1.7 Entscheidend für eine Verpflichtung der Beklagten als Arbeitgeberin des Klägers seien die Vorkehrungen und Versprechungen, welche die Beklagte – gestützt auf die von der Muttergesellschaft festgelegten Aktienzuteilungen (Awards) – dem Kläger kommuniziert habe.

Jeweils im Januar habe der Kläger von der Beklagten ein Schreiben mit dem Titel "Compensation Results" des vergangenen Jahres erhalten. In den von der Beklagten verfassten Compensation Results, welche von der Beklagten als Salärschreiben bezeichnet würden und Entschädigungsvereinbarungen zwischen ihr und dem Kläger darstellten, habe die Beklagte dem Kläger jeweils eine konkrete Anzahl J.\_\_\_\_\_ -Aktien (restricted common shares) als Entgelt für seine Anstellung zugesichert. Das Schreiben für das Jahr 2010 weise (beispielhaft) folgenden Inhalt auf:

*" 2010 has proven to be a mixed year for the I.\_\_\_\_\_ Group and its European operations at H.\_\_\_\_\_ AG Europe [...] Overall, the results are satisfactory and we remain optimistic about our future prospects. Based on the Company's results, and in recognition of your performance and contribution, and as an incentive for your future performance and contribution, we are pleased to confirm your qualification for the following discretionary compensation grants:*

- *Bonus/gratification 2010: 955,608 CHF*
- *Restricted common shares grant 2011: 800,000 USD*
- *In addition, the annual salary for 2011 (based on a 100 % work schedule) will be established at 382,508 CHF.*

*[...] The discretionary compensations described above represent the full and final compensation distributions relating to all employment related activities through the end of 2010, including but not limited to, overtime work. These grants are 'at will' and do not entitle recipients to future cash/stock gratifications/bonuses, either for full or partial year employment. By your acceptance of these grants, you confirm your understanding and acceptance of the above terms and conditions, and you confirm to be fully compensated through the end of 2010.*

*The Company will effect the distributions in the next regular pay period after receipt of this acceptance letter.*

*We thank you for your efforts in 2010 and look forward to a successful 2011."*

Die Beklagte habe dem Kläger die aufgeführten Vergütungen ausdrücklich in Anerkennung seiner Leistung und seines Beitrags und als Anreiz für künftige Leistungen versprochen. Weiter habe sie festgehalten, dass es sich dabei um die vollständigen und endgültigen Entschädigungen für das vergangene Jahr handle, einschliesslich Überstunden. Die Compensation Results Agreements habe der Kläger sodann unter dem Text "Accepted and agreed" unterzeichnen müssen. Die Beklagte habe mit diesem Schreiben klar zum Ausdruck gebracht, dass die Gewährung von Aktien an der J. \_\_\_\_\_ als im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stehende Entschädigung des Klägers zu betrachten sei und die Zuteilung von Beteiligungsrechten Entgelt für die vom Kläger für die Beklagte erbrachte Arbeitsleistung darstelle. Der Kläger habe den Compensation Results-Vereinbarungen jeweils (unterschriftlich) als Gesamtvergütungspaket zugestimmt, wobei er insbesondere auch dazu aufgefordert worden sei, die Höhe des Restricted common shares grant zu akzeptieren. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die konkrete Anzahl der zugesicherten J. \_\_\_\_\_ - Aktien wesentlich dazu beigetragen habe, dass der Kläger mit der jeweiligen Compensation Results-Vereinbarung einverstanden gewesen sei. Nach dem Vertrauensprinzip habe der Kläger diese Versprechungen der Beklagten in den Compensation Results-Vereinbarungen nur so verstehen können, dass sie Entgelt für seine Arbeitsleistung bei der Beklagten dargestellt hätten. Anders sei nicht zu erklären, weshalb die Beklagte in ihrer eigens für den Arbeitnehmer erstellten Gehaltsübersicht die J. \_\_\_\_\_ -Aktien überhaupt erwähne. Wenn sie die Muttergesellschaft als Schuldnerin des Arbeitnehmers angesehen hätte, hätte sie dies nicht getan.

- 6.1.8 Der Umstand, dass die Formalitäten im Zusammenhang mit der Zuteilung und Einlösung der Mitarbeiteraktien über die J. \_\_\_\_\_ und nicht über die Beklagte abgewickelt worden seien, vermöge daran nichts zu ändern. Es spiele keine Rolle, dass die Beklagte den Kläger in den Compensation Results darauf hingewiesen habe, dass er den Award von der J. \_\_\_\_\_ nach den Bedingungen im SIP erhalte und die J. \_\_\_\_\_ den Kläger bezüglich des Awards separat kontaktieren werde. Dabei habe es sich lediglich um organisatorische Anweisungen gehandelt. Fakt sei, dass die Beklagte dem Kläger die von der Muttergesellschaft zugeteilten Aktien aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses zur Beklagten und als Entgelt für seine Leistungen versprochen habe. Massgebend sei, wen der Kläger damals nach Treu und Glauben für seine Vertragspartnerin habe halten dürfen. Dies sei nach dem Gesagten gestützt auf die Compensation Results-Vereinbarungen die Beklagte gewesen, weshalb ihre Passivlegitimation zu bejahen sei.

- 6.1.9 Ein zusätzliches Indiz dafür, dass die Beteiligungsrechte des Klägers von der Beklagten geschuldet seien, sei schliesslich der Umstand, dass die Beteiligungsrechte jeweils im Mai unter dem Titel "J.\_\_\_\_\_ Shares Issued" von der Beklagten abgerechnet worden und entsprechend auf ihren Lohnabrechnungen und Lohnausweisen erschienen seien. Die Lohnblätter seien von der Beklagten erstellt und an den Kläger adressiert worden, ohne jeglichen Hinweis darauf, wonach sie sich nicht als Schuldnerin sehe oder sie diese Zahlungen im Auftrag der J.\_\_\_\_\_ vornehme. Unbestrittenermassen habe die Beklagte die auf den Beteiligungsrechten geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet und bezahlt, wobei die Sozialversicherungsbeiträge in der Buchhaltung der Beklagten als Aufwand verbucht worden seien. Hätte die Beklagte nur im Auftrag der J.\_\_\_\_\_ gehandelt, wäre davon auszugehen, dass sie die mit den Sozialversicherungsabgaben verbundenen Kosten auf die Muttergesellschaft überwält hätte. Dafür lägen aber keine Hinweise vor. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Beklagte dem Kläger die Zuweisung der J.\_\_\_\_\_ -Aktien im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses versprochen habe. Die versprochene Leistung unter dem Bonusplan habe das Entgelt für die Arbeitsleistung des Klägers bei der Beklagten dargestellt. Mithin habe die Beklagte für die Ausrichtung der Beteiligungsrechte einzustehen und sie sei vorliegend passivlegitimiert.
- 6.2 Die Beklagte moniert als Erstes die Feststellung der Vorinstanz, dass die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Beweismittel keinen wirklichen Willen der Parteien erkennen liessen (act. 72 E. 8.4 a.E.). Diese Feststellung sei völlig aus der Luft gegriffen. Die Vorinstanz sage nicht, gestützt worauf sie zu dieser Feststellung gelangt sei und welche Beweismittel sie hierzu abgenommen habe. Insbesondere habe die Vorinstanz dazu weder die Parteien noch Zeugen befragt, obwohl beides von den Parteien zum Beweis offeriert worden sei.
- 6.2.1 Unbestritten sei, dass dem Kläger die Teilnahme am SIP jeweils vom Ausschuss der J.\_\_\_\_\_ angeboten worden sei. Die Beklagte habe sodann mehrere Zeugen dafür angeboten, dass die Teilnahme am SIP nicht Teil des Vergütungspakets des Klägers bei der Beklagten gewesen sei. Die Vorinstanz habe keinen einzigen dieser Zeugen befragt, wiederum ohne jede Begründung.
- 6.2.2 Wie die Beklagte in Rz 49 der Klageantwort dargelegt habe, habe der Ausschuss der J.\_\_\_\_\_, nachdem er das Angebot an die betreffenden Mitarbeitenden im Konzern festgelegt habe, die Wertangaben jeweils an die einzelnen Konzerngesellschaften weitergeleitet, welche die Mitarbeitenden dann vorab über das beschlossene Angebot informiert hätten. Der Kläger habe diese Information von der Beklagten in den jährlichen "Salärschreiben" [= Compensation Results] erhalten. In diesen "Salärschreiben" sei jeweils ausdrücklich festgehalten worden, dass der Kläger den Award von der J.\_\_\_\_\_ erhalte und die Beklagte bei der Mitteilung lediglich als Botin und nicht im eigenen Namen handle. Weiter sei in den "Salärschreiben" ausdrücklich festgehalten worden, dass der Award zu den Bedingungen des SIP erfolge, die J.\_\_\_\_\_ den Kläger bezüglich des Awards separat kontaktieren und mit den erforderlichen Unterlagen bedienen werde und der Kläger separat den Bedingungen des SIP zustimmen müssen, damit der Award wirksam werde. Die Angebote der J.\_\_\_\_\_ seien jeweils in einem schriftlichen Award dokumentiert worden. Damit der jeweilige Award wirksam geworden sei, habe der Kläger jeweils gegenüber der

J. \_\_\_\_\_ sein Einverständnis zum Award und dessen Bedingungen erklären müssen, was der Kläger jeweils getan habe. Dadurch seien betreffend die Awards Vertragsbeziehungen zwischen dem Kläger und der J. \_\_\_\_\_ zustande gekommen (wie die Vorinstanz in E. 8.4.2 zutreffend festgehalten habe). Mit Unterzeichnung der jeweiligen "Salärschreiben" habe der Kläger sodann anerkannt und akzeptiert, dass die Beklagte nur als Botin der J. \_\_\_\_\_ gehandelt habe und nicht im eigenen Namen.

6.2.3 Demnach stehe fest, dass der Kläger von der J. \_\_\_\_\_ das Recht erhalten habe, unter bestimmten Bedingungen Stammaktien zu erwerben, und zwar im Rahmen von Vertragsbeziehungen zwischen dem Kläger und der J. \_\_\_\_\_. Die Beklagte sei weder Partei dieser Vertragsbeziehungen gewesen noch sei sie sonst wie in diese Aktienzuteilungen involviert gewesen. Sie habe dem Kläger einzig den (damaligen) Wert der Teilnahme am SIP, die ihm von der J. \_\_\_\_\_ angeboten werde, vorab als Botin der J. \_\_\_\_\_ kommuniziert. Auch die spätere Abwicklung der Awards sei allein zwischen dem Kläger und der J. \_\_\_\_\_ erfolgt. Die J. \_\_\_\_\_ habe dem Kläger zusammen mit dem Award eine Aufstellung seiner bisherigen Awards zugesandt, auf der unter anderem auch aufgeführt gewesen sei, wie viele Aktien der Kläger am kommenden "Vesting-Datum" erwerben werde. Der Kläger habe dabei jeweils erklären müssen, ob die J. \_\_\_\_\_ die auf dem Wert der zu übertragenden Aktien in Connecticut zu entrichtenden Quellensteuern von der Anzahl Aktien oder über die Saläradministration vom Lohn abziehen solle. Der Kläger habe auch diese Erklärungen jeweils gegenüber der J. \_\_\_\_\_ abgegeben und dann die jeweils fälligen Aktien von der J. \_\_\_\_\_ übertragen erhalten.

6.2.4 Diese Ausführungen und die im vorinstanzlichen Verfahren gehörig offerierten Beweise, an deren Abnahme die Beklagte nach wie vor festhalte, liessen sehr wohl den übereinstimmenden Parteiwillen erkennen, dass bezüglich der J. \_\_\_\_\_-Aktien die J. \_\_\_\_\_ alleinige Vertragspartnerin des Klägers sein sollte (und die Beklagte somit nicht passivlegitimiert sei). Namentlich die "Salärschreiben" könnten dies nicht deutlicher festhalten. Der Kläger habe dem auf jedem "Salärschreiben" jeweils ausdrücklich und unterschriftlich zugestimmt (act. 73 Rz 70 ff.).

6.3.1 Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses und der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht vorab zu prüfen, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Weil es sich beim wirklichen Willen um eine innere Tatsache handelt, kann er nicht direkt bewiesen werden. Daher ist der Wille anhand von Indizien zu ergründen. Zu diesem Zweck werden sämtliche Umstände des Vertragsschlusses herangezogen, welche für die Willensabgabe relevant waren. Als weitere Indizien kommen die Begleitumstände, die Beweggründe und das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss infrage. Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Sie ist also eine Tatfrage, weshalb im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime zunächst zu prüfen ist, ob mindestens eine Partei einen tatsächlichen Konsens auch behauptet (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO). Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht festgestellt werden (oder wurde ein solcher nicht behauptet), so ist ihre Erklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Partei hat danach ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie

sie von der Adressatin nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste. Ob ein solcher sogenannten normativer Konsens vorliegt, ist eine Rechtsfrage (Urteile des Bundesgerichts 4A\_223/2021 vom 26. August 2021 E. 3.1; 5A\_336/2019 vom 9. Juni 2020 E. 5.2 und E. 6.1; 4A\_90/2019 vom 2. April 2019 E. 3.1).

- 6.3.2 Die Vorinstanz stellte fest, die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Beweismittel liessen den wirklichen Willen der Parteien nicht erkennen. Auch wenn sie dies nicht explizit so formuliert hat, ging die Vorinstanz demnach davon aus, dass kein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien behauptet worden ist. Eine nähere Begründung dazu enthält der angefochtene Entscheid indessen nicht. Dies lässt ihn im vorliegenden Kontext jedoch für sich genommen noch nicht als fehlerhaft erscheinen. Wird festgestellt, dass keine Behauptungen und Beweismittel in Bezug auf eine bestimmte Tatsache vorhanden sind, ist eine ausführlichere Begründung dazu weder möglich noch erforderlich. Denn wenn die Feststellung zutrifft, gibt es ja gerade keine Behauptungen und Beweismittel, mit denen sich die Vorinstanz hätte auseinandersetzen können. Ficht eine Partei eine solche Feststellung an, reicht es folglich nicht aus, wenn sie lediglich moniert, die Vorinstanz habe ihre Feststellung unzureichend begründet. Vielmehr muss die Partei darlegen, wo sie eine entsprechende Behauptung (rechtzeitig) gemacht hat und welche Beweismittel ihre Behauptung stützen. Dies muss in hinreichend expliziter Weise geschehen, sodass die Kritik von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann. Andernfalls ist die tatsächliche oder rechtliche Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Entscheids nicht dargetan und die Berufung unzureichend begründet (vgl. vorne E. 1.3).
- 6.3.3 Die Vorbringen der Beklagten erfüllen diese Anforderungen nicht. Nebst dem Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs (unzureichende Begründung und Nichtabnahme offerierter Beweise) begnügt sie sich damit, beinahe wörtlich ihre Ausführungen aus der Klageantwort (act. 6 Rz 49-52) zu wiederholen. Abschliessend behauptet sie sodann pauschal, "diese Ausführungen" und die im vorinstanzlichen Verfahren gehörig offerierten Beweise liessen "sehr wohl" den übereinstimmenden Parteiwillen erkennen. Damit stellt sie aber lediglich ihre eigene Meinung derjenigen der Vorinstanz entgegen, ohne aufzuzeigen, weshalb die Vorinstanz den Sachverhalt falsch festgestellt haben soll. Insbesondere zeigt sie nicht auf, inwiefern in den Ausführungen, auf die sie verweist bzw. die sie erneut wiedergibt, die Behauptung eines tatsächlichen übereinstimmenden Verständnisses der Parteien enthalten gewesen sein oder weshalb daraus sich ein tatsächlicher Konsens ergeben soll. Mithin ist aufgrund dieser blossen Wiederholung nicht ersichtlich, inwiefern der angefochtene Entscheid fehlerhaft sein soll. Es handelt sich vielmehr um rein appellatorische Kritik. Die Rüge der Beklagten ist deshalb unzureichend begründet, sodass darauf nicht einzutreten ist.
- 6.4 Die Beklagte führt weiter aus, die Auslegung der "Salärschreiben" in der vorinstanzlichen E. 8.4.3 sei abwegig und verletze Art. 1 und Art. 18 Abs. 1 OR. Dies fange bereits damit an, dass die einschlägige Passage bezüglich der J. \_\_\_\_\_-Aktien aus dem Ausschnitt des "Salärschreibens" auf S. 35 des angefochtenen Entscheids ausgeblendet und beim Auslegungsergebnis auf S. 36 in der Mitte noch gar nicht berücksichtigt worden sei. Die Vorinstanz erwähne die Passage erst später und bezeichne sie als "organisatorische Anweisungen" (S. 36 unten), was offenkundig nicht zutrefte. Nach Treu und Glauben habe der Kläger die Beklagte nicht für seine Vertragspartnerin bezüglich der Aktien halten dürfen,

zumal er – damit die Aktienzuteilungen wirksam geworden seien – erst noch diesbezügliche Vereinbarungen mit der J. \_\_\_\_\_ habe abschliessen müssen (in Form der Award Notices).

Der Umstand, dass die Beklagte für die Aktien, die der Kläger von der J. \_\_\_\_\_ erhalten habe, dem Kläger Lohnabrechnungen habe erstellen und darauf Sozialversicherungsbeiträge habe abführen müssen, sage nichts darüber aus, wer Vertragspartei sei. Wie die Beklagte in Rz 77 der Klageantwort dargelegt habe, sei sie nach Schweizer Recht dazu verpflichtet gewesen, auch wenn die Awards von einer Konzerngesellschaft im Ausland gestammt hätten. Dies sei eine rein steuer- und sozialversicherungsrechtliche Betrachtung, die auf die Vertragsbeziehungen, die den Awards zugrunde lägen, keinen Einfluss habe. Die Passivlegitimation der Beklagten sei somit zu verneinen. Ziff. 1.2 des angefochtenen Entscheids sei daher aufzuheben und das Klagebegehren Nr. 4 sei abzuweisen (act. 73 Rz 77-79).

- 6.4.1 Auch diese Kritik vermag den vorne in E. 1.3 dargelegten Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht zu genügen. Soweit sich die Beklagte gegen die von der Vorinstanz vorgenommene Würdigung der "Compensation Results" ("Salärschreiben") richtet, bezeichnet sie zwar sehr genau, welche Erwägung sie kritisiert. Sie setzt sich damit aber nicht argumentativ auseinander, sondern begnügt sich stattdessen mit der Behauptung, die Würdigung der umstrittenen Passage in den "Compensation Results" als organisatorische Anweisungen treffe "offenkundig" nicht zu. Anschliessend wiederholt sie lediglich ihre eigene Rechtsauffassung, ohne einen Bezug zum angefochtenen Entscheid herzustellen. Weshalb die Vorinstanz mit ihrer Würdigung in E. 8.4.3 die Art. 1 und 18 Abs. 1 OR verletzt haben soll, erklärt sie ebenfalls nicht weiter und ist auch nicht ersichtlich.
- 6.4.2 Weiter behauptet die Beklagte, der Umstand, dass für den Kläger bezüglich der J. \_\_\_\_\_ - Aktien Lohnabrechnungen zu erstellen gewesen seien und sie auf den Aktien Sozialversicherungsbeträge habe abführen müssen, sage nichts darüber aus, wer Vertragspartei sei. Damit kritisiert sie offenbar die Erwägung, in welcher die Vorinstanz die von der Beklagten erstellten Lohnabrechnungen und von ihr entrichteten Sozialversicherungsabgaben würdigt (act. 72 E. 8.4.4), wobei sie es versäumt, die kritisierte Stelle im angefochtenen Entscheid genau zu bezeichnen. Dies allein vermag ihr jedoch nicht zu schaden. Wesentlich schwerer wiegt, dass sich die Beklagte auch in diesem Zusammenhang mit dem angefochtenen Entscheid nicht auseinandersetzt. Vielmehr wiederholt sie erneut praktisch wörtlich ihre Ausführungen in Rz 77 der Klageantwort und hält an ihrer Rechtsauffassung fest, die sie dem angefochtenen Entscheid ohne weitere Bemerkungen gegenüberstellt. Insbesondere zeigt sie nicht auf, dass das wiederholte Argument im angefochtenen Entscheid nicht berücksichtigt wurde und/oder weshalb der Entscheid diesbezüglich fehlerhaft sein soll. Dies genügt als Berufungsbegründung nicht.
- 6.5 Im Ergebnis ist die Berufung der Beklagten zur Frage ihrer Passivlegitimation im Zusammenhang mit den vom Kläger geforderten J. \_\_\_\_\_ -Aktien gesamthaft unzureichend begründet, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Es bleibt somit beim Entscheid der Vorinstanz, wonach die Beklagte für die umstrittene Forderung passivlegitimiert ist.

7. Die Beklagte argumentiert nebst der Passivlegitimation auch mit dem – aus ihrer Sicht – fehlenden materiellen Anspruch des Klägers auf Übertragung des Eigentums an 111'447 Aktien der J.\_\_\_\_\_.

7.1 Die Vorinstanz führte dazu das Folgende aus (act. 72 E. 8.5-8.5.4.4):

7.1.1 Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente, welche mit dem Ziel der nachhaltigen Wertsteigerung und der langfristigen Bindung der Mitarbeiter an das Unternehmen eingesetzt würden, seien in der Regel an Bedingungen geknüpft. Eine Sperrfrist bezeichne die Zeit, in der ein aufgeschobener Vergütungsbestandteil dem Vergütungsempfänger zwar zugeteilt sei, aber einer Verkaufs- bzw. grundsätzlichen Verfügungsbeschränkung unterliege. Demgegenüber sei als "Vesting-Periode" der Zeitraum zwischen der bedingten Zuteilung der Vergütung und dem definitiven Rechtserwerb respektive dem Aufleben des Rechts zum Bezug der Vergütung zu verstehen. Es handle sich hierbei um eine Wartefrist, während welcher der Mitarbeiter lediglich über eine Anwartschaft auf künftige Ansprüche verfüge. Die Vergütung werde der betreffenden Person nicht direkt übertragen, sondern lediglich in Aussicht gestellt. Mit "Vesting-Klauseln" werde der Eigentumsübergang von Bedingungen abhängig gemacht, wobei beim sog. "Time-based Vesting" die Bedingungen lediglich durch Zeitablauf definiert würden. Das Ende der Vesting-Periode werde als "Vesting" bezeichnet. Erst mit dem Vesting werde die Anwartschaft in einen unbedingten Anspruch umgewandelt. Das Eigentum an den dem Mitarbeiter zugeteilten Beteiligungsrechten gehe somit erst mit Eintritt der vereinbarten Bedingung nach Ablauf der vereinbarten Befristung auf den Mitarbeiter über. Bis zum Eintritt der aufschiebenden Potestativbedingung befinde sich das Rechtsgeschäft in einem Schwebezustand; der Mitarbeiter besitze lediglich eine Anwartschaft. In der Praxis hänge die Ausrichtung der Vergütung bei mittels Vesting-Perioden aufgeschobenen Vergütungen oftmals davon ab, ob nach Ablauf der Vesting-Periode ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe. In diesem Fall sei von Verfallklauseln die Rede.

Typische Anwendungsfälle von "time-based vesting-Klauseln" würden sich in "Restricted Stock Units (RSU)" finden. Diese verkörperten ein Versprechen des Arbeitgebers, dem Mitarbeiter nach einer vordefinierten Zeit Aktien zuzuteilen. In Abgrenzung zur Mitarbeiteroption erfolge die Zuteilung jedoch unentgeltlich, d.h. der Mitarbeiter habe keinen Ausübungspreis zu bezahlen. Ferner lägen der Zeitpunkt der Zuteilung der Aktien und die Übertragung der damit verbundenen Aktionärsrechte nicht im Einfluss des Mitarbeiters. Die Zuteilung erfolge vielmehr automatisch am Ende der Vesting-Periode. Bis zur effektiven Übertragung der Aktien besitze der Arbeitnehmer keine Stimm- und Dividendenrechte.

7.1.2 Mit Awards vom \_\_\_\_\_ seien dem Kläger insgesamt 337'937 J.\_\_\_\_\_ -Aktien ("restricted shares" oder "restricted stock units") mit einem Wert von USD 0,01 je Aktie zugesprochen worden. Bei den "restricted stocks" handle es sich um nicht übertragbare Aktien, welche vom zuständigen Ausschuss für einen bestimmten Zeitraum festgelegten Beschränkungen unterworfen seien oder vom Erreichen bestimmter Leistungskriterien abhingen. Diese Beschränkungen seien in den im Wesentlichen gleich lautenden Awards aufgeführt und wie folgt formuliert (beispielhaft im Award per 31. Dezember 2011):

*"This award is subject to: [...] your continued compliance with your obligations to, and, unless you are over the age of 59 years, your employment by, J.\_\_\_\_\_ or any of its subsidiaries*

*or affiliates (collectively, "J. \_\_\_\_\_") at each vesting date; and [...] your being so employed when this Award is acknowledged in writing by you. The Award Shares will be issued and earned on the vesting dates as follows:*

- *10 % of the Award Share on or about May 9, 2012 (the 'Issue Date'); and*
- *an additional 15 % of the Award Shares on each of the first six anniversaries of the Issue Date."*

In den Awards sei somit vorgesehen, dass die Aktien einer Vesting-Klausel im Sinne eines Time-based Vesting unterliegen würden. Dies bedeute, dass die Aktien dem Kläger nicht vollständig zum Zeitpunkt der Ausstellung des Awards, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Periode ausgegeben (issued) und übertragen (vested) worden seien. Der Award selber bedeute somit lediglich die Zuteilung einer Anwartschaft. Als Vesting-Periode sei vorgesehen, dass 10 % der im Award zugesprochenen Beteiligungen zum Zeitpunkt des Awards, die restlichen 90 % erst im Verlaufe der darauffolgenden sechs Jahre – pro Jahr je im Umfang von 15 % am Jahrestag der Ausgabe – übertragen würden.

Gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen des Klägers zur Anzahl der zugeteilten sowie der nicht gevesteten Aktien seien ihm bis und mit dem Vesting-Jahr 2014 187'278 J. \_\_\_\_\_-Aktien zu Eigentum übertragen worden. Von den ihm zugeteilten, aber noch nicht in sein Eigentum übertragenen 150'659 Aktien (337'937 ./187'278) beantrage er im vorliegenden Verfahren die Übertragung von 111'447 Aktien. Dabei handle es sich um die Aktien mit den Vesting-Daten 9. Mai 2015, 9. Mai 2016 und 9. Mai 2017. Die erst später (nach Klageeinreichung) fällig gewordenen Ansprüche habe der Kläger im vorliegenden Verfahren nicht eingeklagt.

- 7.1.3 Nachdem das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Beklagten am 5. März 2014 geendet habe, stelle sich die Frage, ob der Kläger nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch einen Anspruch auf Übertragung dieser Aktien besitze. In den Awards finde sich dazu folgende Klausel:

*"Upon termination of employment without cause, and provided you do not violate your employment obligations, including non-compete obligations, a) if you are over the age of 59 years at the time of termination, 12,5 % of all unissued Award Shares shall vest at each of the first four anniversaries of the termination date and the remaining 50 % shall vest on the fifth anniversary thereof; and b) if you are 59 years of age or younger at the time of termination, 50 % of such amounts will vest on this schedule. Unless otherwise determined by the Committee, upon your termination of employment with J. \_\_\_\_\_ for cause, or your failure to comply with your obligations to J. \_\_\_\_\_, all unissued Award Shares and accrued but unpaid dividends will be forfeited with no further compensation due to you."*

Die in den Awards enthaltene Verfallklausel sehe vor, dass nach einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses und – wie vorliegend – bei einem Alter des Arbeitnehmers zum Zeitpunkt der Beendigung von unter 59 Jahren die Hälfte der noch nicht ausgegebenen ("unissued") Beteiligungsrechte verfallen und die andere Hälfte – jeweils am Jahrestag des Beendigungszeitpunktes – im Umfang von 12,5 % pro Jahr übertragen würden. Weiter sollten die nicht ausgegebenen Beteiligungen bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund oder bei Nichterfüllung der Verpflichtungen gegenüber der Arbeitgeberin verfallen.

- 7.1.4 Vorab sei festzuhalten, dass diese Klausel grundsätzlich zulässig sei und weder eine Verletzung der Lohnzahlungspflicht nach Art. 322 OR noch einen Verstoß gegen die Bestimmungen des Lohnrückbehalts nach Art. 323a OR darstelle. Denn die Beteiligungsrechte des Klägers in Form von Restricted Common Shares seien vorliegend nicht als Lohnbestandteil, sondern als Gratifikation zu qualifizieren. Wie beim Cash Bonus hänge auch bei den Mitarbeiterbeteiligungsrechten in Form von Aktien die Frage nach der Zulässigkeit der Verfallklausel von der Qualifizierung der Beteiligungsrechte als Lohnbestandteil oder als Gratifikation ab. Der Kläger sei Teilnehmer des im Jahr \_\_\_\_\_ neu eingeführten Mitarbeiterplans der J. \_\_\_\_\_, dem SIP, gestützt worauf ihm mit Awards vom \_\_\_\_\_ "restricted common shares" zugesprochen worden seien. Dabei sei die Höhe der Entschädigung nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung des Klägers durch die Beklagte abhängig gewesen. Denn bei den Awards handle es sich um ein Entgelt beziehungsweise eine Belohnung (Award) für die Leistungen des Klägers und einen Anreiz für dessen zukünftige Arbeitstätigkeit. Insofern habe die Höhe der Sondervergütung im Ermessen der Beklagten bzw. der Muttergesellschaft gelegen und sei unter anderem von der Qualität der Arbeitsleistung des Klägers abhängig gewesen, wobei sich aus den Akten auch keine betriebliche Übung für eine Berechnung der Sondervergütung nach klaren geschäftlichen Messgrößen entnehmen lasse. Zum Kriterium der Akzessorietät sei anzumerken, dass der Lohn des Klägers den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteige, weshalb die Höhe der zugeteilten Mitarbeiteraktien zum Lohn kein Kriterium für die Qualifikation der Vergütung bilde. Die Gewährung von Mitarbeiteraktien sei daher als unechte Gratifikation zu qualifizieren.
- 7.1.5 Insgesamt handle es sich bei den zugeteilten Mitarbeiteraktien an den Kläger also um eine Sondervergütung im Sinne von Art. 322d OR, was zur Folge habe, dass die oben genannte Vereinbarung, wonach die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Verfall der Hälfte der zugesprochenen Mitarbeiterbeteiligungsrechte führe, zulässig sei. Jedoch finde die 50 %-Verfallsklausel vorliegend keine Anwendung. Grund dafür sei, dass V. \_\_\_\_\_ (CFO der J. \_\_\_\_\_ und Verwaltungsrat der Beklagten) als Organ der Beklagten dem Kläger mit E-Mail vom 25. März 2013 bestätigt habe, es gebe eine Praxis bei der Beklagten, bei vom Arbeitnehmer unverschuldeten Entlassungen auf die in den Award-Vereinbarungen zum SIP verankerte Verfallklausel (zu 50 % im Alter von unter 59 Jahren) zu verzichten. Wie bereits ausgeführt, habe der Kläger nach Treu und Glauben darauf vertrauen dürfen, dass diese Praxis auch ihm gegenüber Anwendung finde.
- 7.1.6 Weiter sehe die in den Awards enthaltene Verfallklausel vor, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ("for cause") sowie die Nichteinhaltung von Verpflichtungen gegenüber der J. \_\_\_\_\_ und ihren Tochtergesellschaften den Verfall der noch nicht ausgegebenen (unissued) Beteiligungsrechte zur Folge hätten.

Das Bundesgericht habe "for cause" im Urteil 4A\_356/2011 vom 9. November 2011 E. 8.4 mit "aus wichtigem Grund" übersetzt. Eine vertiefte Auslegung des Begriffs "for cause" gemäss dem SIP unter den konkreten Verhältnissen des vorliegenden Einzelfalls erübrige sich jedoch. Die Beklagte habe nämlich – wie bereits ausgeführt – weder im vorliegenden Verfahren noch im internen Untersuchungsverfahren nachweisen können, dass ihre Vorwürfe

gegenüber dem Kläger begründet gewesen seien. Somit könnten weder ein begründeter Anlass noch ein wichtiger Grund vorgelegen haben, welche einen Beschluss des Administrativkomitees des SIP hätten rechtfertigen können, dem Kläger die bereits zugesicherten Awards wieder zu entziehen. Allenfalls möge ein Verdacht bestanden haben. Ein solcher würde aber nicht ausreichen, eine Entlassung "for cause" zu begründen, sei doch – wie bereits ausgeführt – das interne Untersuchungsverfahren bezüglich der Vorwürfe gegenüber dem Kläger unzureichend gewesen. Weitere Pflichtverletzungen des Klägers ihr gegenüber habe die Beklagte ebenfalls nicht nachweisen können. Die dem Kläger vorgeworfenen Pflichtverletzungen beschränkten sich im Wesentlichen auf die nicht erstellten Vorfälle im Zusammenhang mit M.\_\_\_\_\_. Alleine der Umstand, dass der Kläger Pakete an die Adresse von dessen Eltern habe liefern lassen, stelle aber – wie ausgeführt – keine Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis zur Beklagten dar.

- 7.1.7 Somit stehe fest, dass der Anspruch des Klägers auf die Beteiligungsrechte nicht verfallen sei und sich die Anwartschaften in einen unbedingten Anspruch des Klägers auf das Eigentum an den zugeteilten 111'447 J.\_\_\_\_\_-Aktien umgewandelt hätten. Dieser Anspruch sei im Zeitpunkt des "Vestings" fällig geworden. Das Vesting-Datum der "jüngsten" eingeklagten Aktien sei der 9. Mai 2017. Die Beklagte habe sodann – wie bereits erwähnt – die Anzahl der vom Kläger geltend gemachten J.\_\_\_\_\_-Aktien nicht bestritten. Festzuhalten sei, dass es der Beklagten aufgrund der engen Verflechtungen innerhalb der Gruppe – U.\_\_\_\_\_ sei Verwaltungsrat und CEO der J.\_\_\_\_\_ und Verwaltungsratspräsident der Beklagten; V.\_\_\_\_\_ sei Vizepräsident des Verwaltungsrats der Beklagten und CFO der J.\_\_\_\_\_ – ohne Weiteres zuzumuten sei, die Aktien dem Kläger in natura zu verschaffen. Die Beklagte habe denn auch nicht geltend gemacht, dass ihr dies nicht möglich wäre. Die Beklagte sei daher zu verpflichten, dem Kläger 111'447 Aktien der J.\_\_\_\_\_ zu Eigentum und zur freien Verfügung zu verschaffen.
- 7.2 Die Beklagte bringt dagegen vor, die von V.\_\_\_\_\_ in seiner E-Mail vom 25. Mail 2013 geschilderte Praxis gelte, wie schon im Zusammenhang mit der Abgangsentschädigung dargelegt, für den Kläger nicht. Die 50%-Verfallsklausel bleibe somit anwendbar. Die Hälfte der vom Kläger eingeklagten 111'447 J.\_\_\_\_\_-Aktien sei daher bereits gemäss dieser Klausel verfallen, weshalb dem Kläger von vornherein maximal 55'723,5 J.\_\_\_\_\_-Aktien zugesprochen werden dürften.

In E. 8.5.4.3 verneine die Vorinstanz das Vorliegen eines begründeten Anlasses oder wichtigen Grundes, weshalb der Ausschuss nicht habe entscheiden dürfen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers aus begründetem Anlass ("*for cause*") im Sinne der Awards bzw. des SIP geendet habe. Die Vorinstanz habe dabei zum einen verkannt, dass der Ausschuss nach freiem Ermessen habe entscheiden können, ob das Arbeitsverhältnis *for cause* im Sinne der Awards bzw. des SIP geendet habe, und dieser Entscheid für die Teilnehmer (und damit auch für den Kläger) abschliessend und verbindlich sei ("*final and binding*"). Die Beklagte habe dies in Rz 47 der Klageantwort unter Zitierung der einschlägigen Ziff. 2 und 7 des SIP dargelegt. Zum ändern verstricke sich die Vorinstanz in Widersprüche zu ihren E. 3 ff., indem sie hier offenbar nur als erstellt erachte, dass der Kläger Pakete an die Adresse der Eltern von M.\_\_\_\_\_ habe liefern lassen und jegliche Pflichtverletzungen des Klägers einfach verneine. Wie bereits ausgeführt, sei erstellt, dass der Kläger schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen habe. Der Ausschuss habe sein

Ermessen nicht missbraucht, indem er aufgrund dieser Pflichtverletzungen entschieden habe, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers aus begründetem Anlass (*for cause*) im Sinne der Awards bzw. des SIP geendet habe, womit sämtliche "ungevesteten" Aktien verfallen seien. Der Kläger habe somit auch materiell keinen Anspruch auf die geforderten J. \_\_\_\_\_-Aktien (act. 73 Rz 80-84).

- 7.3 Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt und von der Beklagten zu Recht nicht beanstandet wird, unterliegen die umstrittenen Aktien einer "Vesting-Klausel" im Sinne eines "Time-based Vesting", d.h. sie sollen dem Kläger erst nach Ablauf einer bestimmten Periode ausgegeben und übertragen werden. Der Kläger fordert vorliegend die Übertragung der Aktien mit "Vesting-Daten" 9. Mai 2015, 9. Mai 2016 und 9. Mai 2017 ein (vgl. act. 72 E. 8.5.3). Ebenso unbestritten ist, dass in den Award-Mitteilungen, aufgrund derer der Kläger die Anwartschaft auf Übertragung der Aktien erworben hat, jeweils eine (zulässige) Verfallsklausel enthalten war, wonach alle Arbeitnehmer, die bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses 59 Jahre alt oder jünger sind, nur noch Anspruch auf die Hälfte der zu diesem Zeitpunkt noch nicht übertragenen (d.h. noch nicht "gevesteten") Aktien haben. Hält sich der betreffende Arbeitnehmer nicht an seine arbeitsrechtlichen Pflichten gegenüber der Arbeitgeberin und/oder wurde das Arbeitsverhältnis "for cause" beendet, entfällt der Anspruch ganz (vgl. vorne E. 7.1.3 und act. 72 E. 8.5.4).
- 7.4 Aufgrund dieser Verfallsklausel gilt für einen 59-jährigen oder jüngeren Arbeitnehmer – wie den Kläger – im Regelfall, dass er bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Anspruch auf die Hälfte seiner noch nicht übertragenen Aktien verliert. Gar keine Aktien mehr erhält der Arbeitnehmer nur dann, wenn er entweder gegen seine arbeitsrechtlichen Verpflichtungen verstossen hat oder das Arbeitsverhältnis "for cause" beendet wurde.
- 7.5 Die Beklagte hält in ihrer Berufung daran fest, dass die Kündigung "for cause" im Sinne des SIP erfolgt sei, sodass der Kläger gar keinen Anspruch auf die Übertragung von Aktien mehr habe. Dabei argumentiert sie, dass der Ausschuss diesbezüglich nach freiem Ermessen habe entscheiden können und er dieses Ermessen auch nicht missbraucht habe, weil der Kläger nachgewiesenermassen schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen habe. Sinngemäss vertritt die Beklagte demnach die Auffassung, die Vorinstanz wäre gar nicht berechtigt gewesen, eine eigenständige Beurteilung vorzunehmen, ob die Aktien wegen einer Kündigung "for cause" verfallen sind oder nicht. Vielmehr sei der (angebliche) Entscheid des Ausschusses auch für das Gericht verbindlich und die Vorinstanz hätte nur prüfen dürfen, ob der Ausschuss dadurch sein Ermessen missbraucht habe.
- 7.5.1 Dazu ist zunächst festzuhalten, dass ein Entscheid des Ausschusses, auf den sich die Beklagte beruft, nicht erstellt bzw. von der Beklagten nicht substantiiert behauptet worden ist. So führte die Beklagte in ihrer Klageantwort zwar aus, der Ausschuss habe entschieden, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers "for cause" im Sinne des SIP aufgelöst worden sei (act. 6 Rz 58). Der Kläger hat dies indessen bestritten (act. 9 Rz 151 f.). Wird eine Behauptung bestritten, so ist sie in einem zweiten Schritt nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.1 f. m.w.H.). Die Beklagte reagierte auf die Bestreitung des Klägers jedoch lediglich mit einer Bestreitung der klägerischen

Darstellung und einem Hinweis auf ihre Ausführungen in Rz 58 der Klageantwort (act. 12 Rz 63). Wann und wo der angebliche Entscheid gefällt worden, wer daran beteiligt gewesen und wie der Entscheid eröffnet worden sein soll, liess die Beklagte offen. Dabei handelt es sich aber gerade um wesentliche Elemente (Einzeltatsachen) ihrer Behauptung, die für eine spätere Beweisabnahme unerlässlich gewesen wären. Insbesondere wäre es praktisch ausgeschlossen, dass auf dieser Basis ein Gegenbeweis gelingen könnte. Der Kläger müsste beweisen, dass vom Zeitpunkt seiner Kündigung am 5. März 2014 bis heute nie irgendwo in irgendeiner Zusammensetzung ein solcher Entscheid gefällt worden ist. Damit ist die Behauptung der Beklagten klar ungenügend substantiiert. Aus diesem angeblichen Entscheid des Ausschusses kann die Beklagte deshalb nichts für sich ableiten und die Vorinstanz hat – ungeachtet der rechtlichen Bedeutung, die solch einem Entscheid überhaupt beigemessen werden könnte – zu Recht nicht darauf abgestellt.

7.5.2 Abgesehen davon ist ohnehin nicht ersichtlich, gestützt auf welche Rechtsgrundlage dem Ausschuss ein derart grosser Ermessensspielraum hätte zustehen sollen, wie die Beklagte geltend macht.

7.5.2.1 Indem der Kläger die Award-Mitteilungen unterzeichnete, schlossen die Parteien – im Rahmen der Bestimmungen gemäss SIP – jeweils eine Vereinbarung ab, mit welcher die Zahl der dem Kläger zu gegebener Zeit und unter bestimmten Bedingungen zu übertragenden J. \_\_\_\_\_-Aktien im Einzelnen festgelegt wurde. Es handelt sich um gegenseitige übereinstimmende Willensäusserungen in Bezug auf den konkreten Award und mithin um separate Verträge, die entsprechend nach Art. 18 OR auszulegen sind (vgl. dazu vorne E. 6.3.1).

7.5.2.2 Die Rolle des Ausschusses wird einerseits in den einzelnen Award-Mitteilungen, andererseits im SIP selbst definiert. Die Award-Mitteilungen enthalten dazu folgenden Textabschnitt (act. 1/20 und 1/22-26):

*"The Committee may amend this Award to carry out the terms of the Plan, provided the amendment is not materially adverse to you, without your consent. No provision of this Award may be amended or waived without a writing executed by J. \_\_\_\_\_'s Chairman. The [Plan's administrative committee]'s construction and interpretation of this Award and the Plan shall be final and conclusive."*

[Übersetzt: Der Ausschuss kann diesen Award ohne Ihre Zustimmung ändern, um die Bedingungen des Plans zu erfüllen, vorausgesetzt, die Änderung ist nicht wesentlich nachteilig für Sie. Keine Bestimmung dieses Awards kann ohne ein vom J. \_\_\_\_\_ - Vorsitzenden ausgefertigtes Schreiben geändert oder aufgehoben werden. Die Auslegung und Interpretation dieser Prämie und des Plans durch den Planverwaltungs-Ausschuss ist endgültig und abschliessend.]

7.5.2.3 Im SIP selbst wird zur Rolle des Ausschusses zudem Folgendes festgehalten (act. 6/10 Ziff. 2):

*"ADMINISTRATION OF THE PLAN. The Plan shall be administered by the Compensation Committee of the Board of Directors or such other committee of two or more directors as the*

*Board of Directors of the Company may from time to time designate (the "Committee") [...] The Committee's interpretation of the Plan or of any Awards granted thereunder shall be final and binding on all parties concerned, including the Company and any Participant. The Committee shall have the authority, subject to the provisions of the plan, to correct any defect or supply any omission or reconcile any inconsistency in the Plan and to adopt, revise and rescind such rules, regulations, guidelines, forms of agreements and instruments relating to the Plan as it may deem necessary or advisable for the administration of the plan".*

[Übersetzt: VERWALTUNG DES PLANS. Der Plan wird vom Vergütungsausschuss des Verwaltungsrats oder einem anderen Ausschuss aus zwei oder mehr Verwaltungsratsmitgliedern verwaltet, den der Verwaltungsrat der Gesellschaft von Zeit zu Zeit bestimmen kann (der "Ausschuss") [...] Die Auslegung des Plans oder der im Rahmen des Plans gewährten Prämien durch den Ausschuss sind endgültig und für alle Beteiligten, einschliesslich der Gesellschaft und der Teilnehmer, bindend. Der Ausschuss hat die Befugnis, vorbehaltlich der Bestimmungen des Plans, Mängel zu korrigieren, Auslassungen zu ergänzen oder Widersprüche im Plan zu beseitigen und Regeln, Vorschriften, Richtlinien, Vertragsformen und Instrumente in Bezug auf den Plan zu erlassen, zu überarbeiten und aufzuheben, die er für die Verwaltung des Plans für notwendig oder ratsam hält.]

7.5.2.4 Diesen beiden Vertragsbestimmungen lässt sich entnehmen, dass der Ausschuss das für die Verwaltung des Plans zuständige Organ und er insbesondere auch befugt ist, den Plan abschliessend auszulegen. Auslegung ist in der Rechtssprache gleichbedeutend mit der Klarstellung des Sinnes von Rechtssätzen und Rechtsgeschäften (Brockhaus, Enzyklopädie in fünf Bänden, 9. A. 2000, Band 1, "Auslegung"). Auch im allgemeinen Sprachgebrauch wird damit die Interpretation eines Vorgangs oder Sachverhalts bzw. die Ermittlung des Sinnes einer Rechtsnorm oder eines Vertrages verstanden (vgl.

<<https://de.wikipedia.org/wiki/Auslegung>> [zuletzt besucht am 7. Oktober 2022]). Ziel und Gegenstand der Auslegung ist es demnach gerade, den wahren Gehalt einer vertraglichen oder gesetzlichen Norm in einer allgemeinen, abstrakten Form zu bestimmen und festzulegen. Dem Ausschuss steht somit aufgrund der erwähnten Vertragsbestimmungen bei (internen) Auslegungsstreitigkeiten das letzte Wort zu und er hätte auch die Kompetenz gehabt, eine generelle Regel dazu aufzustellen, wann eine Kündigung im Allgemeinen als eine Kündigung "for cause" zu betrachten ist. Will der Ausschuss diesen Begriff aber je nach den konkreten Umständen im Einzelfall unterschiedlich definieren oder – wie die Beklagte vorliegend geltend macht – im Einzelfall eine verbindliche Subsumtion vornehmen, so handelt es sich dabei nicht um Auslegung. Vielmehr würde dies letztlich, mangels für den Ausschuss verbindlicher Kriterien, auf ein freies Widerrufsrecht des Ausschusses hinauslaufen. Ein solches freies Widerrufsrecht war im Vertrag aber offenkundig nicht vorgesehen, wäre in diesem Fall doch die Festlegung von Verfallsklauseln, d.h. von Bedingungen, unter denen der "Award" ganz oder teilweise verfällt, obsolet gewesen. Gegen ein solches freies Widerrufsrecht spricht im Übrigen auch, dass der Ausschuss gemäss den Award-Mitteilungen den "Award" ohne Zustimmung des Mitarbeiters nur dann nachträglich verändern kann, wenn die Änderung nicht wesentlich nachteilig für diesen ist (vgl. vorne E. 7.5.2.2). Ein freies Widerrufsrecht stünde dem diametral entgegen.

7.5.2.5 Daraus folgt, dass es dem Ausschuss gestützt auf die wiedergegebenen Passagen aus den Award-Mitteilungen und dem SIP entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zuzustehen, eine

Einzelfallentscheidung ohne Bindung an den Wortlaut der Verträge bzw. an eine dazu allenfalls entwickelte, allgemeingültige Praxis zu treffen. Eine Praxis, aufgrund deren der vorliegende Fall als Kündigung "for cause" zu subsumieren wäre und auf die sich der angebliche Entscheid des Ausschusses stützen könnte, hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Ein allfälliger "Entscheid" des Ausschusses entspräche somit lediglich einer von ihm geäußerten Rechtsauffassung und hätte demnach keinerlei Verbindlichkeit für das Gericht.

- 7.5.3 Andere, begründete Kritik an der Auslegung der umstrittenen Verfallsklausel durch die Vorinstanz übt die Beklagte nicht. Es bleibt somit bei der Auffassung der Vorinstanz, wonach der Anspruch auf Übertragung der zugeteilten Aktien nur bei Kündigung aus wichtigem Grund bzw. aus begründetem Anlass verfällt.
- 7.6 Wenn die Beklagte sodann ihre Argumentation nach wie vor darauf abstützt, dass der Kläger "schwerwiegende Pflichtverletzungen" begangen habe, erfolgt dies ebenfalls zu Unrecht. Wie bereits festgestellt wurde (vgl. vorne E. 3.16), konnte die Beklagte gerade keine schwerwiegenden Pflichtverletzungen des Klägers nachweisen. Worin schliesslich die Widersprüche zu den "Erwägungen 3 ff." des angefochtenen Entscheids liegen sollen, legt die Beklagte nicht näher dar und ist auch nicht ersichtlich. Darauf ist mangels ausreichender Begründung nicht weiter einzugehen. Dass die Vorinstanz zum Schluss kam, eine Kündigung "for cause" habe in diesem Fall nicht vorgelegen, ist demnach nicht zu beanstanden.
- 7.7 Die Beklagte ist hingegen zu Recht nicht einverstanden damit, dass die Vorinstanz dem Kläger gestützt auf die E-Mail von V. \_\_\_\_\_ vom 25. März 2013 zur Praxis bei betriebsbedingten Kündigungen alle statt "nur" die Hälfte der noch nicht übertragenen Aktien zugesprochen hat. Dazu kann auf die E. 5.6.1 ff. verwiesen werden. Wie bei der Abgangsentschädigung muss auch bezüglich der J. \_\_\_\_\_-Aktien gelten, dass der Beklagten der Beweis, dass die fristlose Kündigung gerechtfertigt war, zwar misslungen ist, jedoch davon auszugehen ist, dass sie dem Kläger (subjektiv) aus in dessen Person liegenden Gründen und nicht aus Rentabilitäts- (oder auch anderweitigen) Gründen gekündigt hat (vgl. dazu auch act. 72 E. 6.2 a.E.). Der Kläger kann deshalb aus der in der E-Mail geschilderten Praxis für betriebsbedingte Kündigungen auch im Zusammenhang mit den J. \_\_\_\_\_-Aktien nichts für sich ableiten. Die Anzahl der geschuldeten Aktien halbiert sich demnach – theoretisch – auf 55'723,5. Da jedoch das Eigentum nur an ganzen, nicht aber an halben Aktien verschafft werden kann (vgl. dazu auch SIP Ziff. 7.j [act. 6/10]), ist diese Zahl auf 55'723 abzurunden.
- 7.8 Im Ergebnis ist die Berufung der Beklagten in diesem Punkt teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist insofern abzuändern, als die Beklagte dem Kläger lediglich das Eigentum an 55'723 J. \_\_\_\_\_-Aktien zu verschaffen hat. Daraus folgt, dass auch die dem Kläger noch zustehenden Dividendenansprüche zu halbieren sind. Der diesbezügliche Anspruch des Klägers beläuft sich folglich nur noch auf USD 105'461.30. Die von der Vorinstanz festgesetzten Zinsen zu 5 % ab 14. Februar 2016 auf diesem Betrag kritisiert die Beklagte nicht, weshalb der erstinstanzliche Entscheid insoweit zu bestätigen ist. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dessen ungeachtet ist Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids auch noch insoweit zu korrigieren, als festzuhalten ist, dass der Kläger die Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes K. \_\_\_\_\_ im Umfang von

CHF 222'400.95 nebst Zins zu 5 % ab 5. März 2014 sowie im Umfang von CHF 106'234.00 (USD 105'461.30 zum Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Betreuung am 6. März 2017; vgl. <<https://www.oanda.com/currency-converter/en/?from=USD&to=CHF&amount=1>> [besucht am 25. Oktober 2022]) nebst Zins zu 5 % ab 14. Februar 2016 fortsetzen kann (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; Kofmel Ehrenzeller, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. A. 2021, Art. 67 SchKG N 40 ff.).

8. Die Anschlussberufung des Klägers richtet sich sodann gegen den abschlägigen Entscheid der Vorinstanz in Bezug auf seine Forderungen aus dem Aktienplan der G. \_\_\_\_\_ (192'205.09 "C-Aktien" der G. \_\_\_\_\_ samt Dividenden sowie USD 764'842.84 aus ihm angeblich zustehenden "Tax Benefit Shares").
  - 8.1 Die Vorinstanz gelangte diesbezüglich zur Auffassung, dass die Beklagte für diese Forderungen des Klägers nicht passivlegitimiert sei. Zur Begründung führte sie zusammengefasst Folgendes aus (act. 72 E. 9.2-9.3.2):
    - 8.1.1 Für die Frage der Passivlegitimation sei es entscheidend, welche Forderung der Arbeitnehmer einklage, und ob die Arbeitgeberin ihm die eingeklagte Leistung als Entgelt für seine Arbeit versprochen habe. Im Gegensatz zu den J. \_\_\_\_\_ -Aktien habe der Kläger bei den Aktien an der G. \_\_\_\_\_ nicht nachgewiesen, dass die Beklagte ihm diese im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses als Entgelt für seine Arbeit versprochen habe. Insbesondere würden vorliegend Dokumente fehlen (ähnlich den "Compensation Results"), welche beim Kläger das berechnete Vertrauen hätten erwecken können, dass die Beklagte ihm diese Aktien als Belohnung für seine Arbeitsleistung bei ihr zusichere. Ebenso wenig lägen Lohnabrechnungen der Beklagten oder sonstige von ihr erstellte Dokumente vor, welche die Beklagte als Schuldnerin dieser Aktien ausweisen würden. Zu bemerken sei, dass im ähnlichen Verfahren des Kantonsgerichts Zug A2 2011 67, in welchem die Passivlegitimation betreffend die gleichen Aktien an der G. \_\_\_\_\_ bejaht worden (der Anspruch aber letztlich wegen fehlender Substanziierung abgewiesen worden) sei, dem dortigen Kläger die "Member Interests" jeweils von der Beklagten in den "Employee Action Forms" oder "Compensation Results" Vereinbarungen versprochen worden seien. Ähnliche Unterlagen wie diese "Employee Action Forms" oder "Compensation Results" lägen im vorliegenden Verfahren nicht im Recht. Unbeachtlich sei in diesem Zusammenhang der (gescheiterte) Antrag des Klägers, wonach Unterlagen betreffend die dem Kläger in den Jahren 2005 und 2006 zugeteilten "Member Interests" von der Beklagten zu edieren seien. Zum einen habe der Kläger nicht behauptet, dass er von der Beklagten entsprechende Zusicherungen erhalten habe, und er habe seinen Editionsantrag auch nicht "auf solche Dokumente spezifiziert". Zum anderen würden dem Kläger zum Nachweis solcher Versprechungen durch die Beklagte nur Unterlagen weiterhelfen, welche eine direkte Zusicherung der Beklagten gegenüber dem Kläger belegen würden. Solche Unterlagen wären aber an den Kläger selber adressiert gewesen und er müsste sie in seinem Besitz haben bzw. habe er es selber zu vertreten, wenn er solche Unterlagen nicht einreiche.
    - 8.1.2 Im vorliegenden Verfahren begründe der Kläger seinen Anspruch auf Aktien an der G. \_\_\_\_\_ mit dem "Agreement as to Member Interest Purchase Rights" vom 1. Januar 1997. Dabei handle es sich um eine Vereinbarung zwischen dem Kläger als "Member" und der H. \_\_\_\_\_ AG Group (später I. \_\_\_\_\_), welche dem Kläger sog. "Member Interests"

an der H. \_\_\_\_\_ AG Group zugeteilt habe. Unbestritten sei, dass dem Kläger in den Jahren 1997 bis 2004 "Member Interests" gemäss der vom Kläger erstellten Tabelle zugeteilt worden seien. Die Zuteilung sei aber durch die H. \_\_\_\_\_ AG Group (später I. \_\_\_\_\_) erfolgt, und der Kläger habe nicht nachgewiesen, dass die Beklagte in irgendeiner Form in diese Zuteilung involviert gewesen sei bzw. dem Kläger gestützt auf diese Zuteilungen irgendwelche Versprechungen auf Entgelt aus dem Arbeitsverhältnis abgegeben habe. Die erwähnten "Member Interests" seien sodann gestützt auf das "Exchange-Agreement" im Zuge des Börsengangs in sog. B- und C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ LLC umgewandelt worden. Bei der Umwandlung der I. \_\_\_\_\_ "Member Interests" seien dem Kläger 640'683.64 B-Aktien und 640'683.64 C-Aktien zugeteilt worden. Diese hätten von ihm nach bestimmten Kriterien zum Rückkauf freigegeben beziehungsweise eingelöst ("redeemed") werden können. Die Beklagte sei aber weder in die Zuteilung der Aktien noch in das Einlöseverfahren oder in das Umwandlungsverfahren der "Member Interests" im Rahmen des Börsengangs involviert gewesen. Keines der Dokumente, auf welche der Kläger seinen Anspruch abstütze, stamme von der Beklagten. Der Kläger mache auch nicht geltend, dass die Beklagte ihm diese Dokumente zugestellt habe. Das Gesuch um Einlösung der von der G. \_\_\_\_\_ eingeräumten, nicht gesperrten B-Aktien habe der Kläger jeweils direkt an die J. \_\_\_\_\_ und die G. \_\_\_\_\_ in Z. \_\_\_\_\_, Connecticut, gerichtet. Die umgewandelten C-Aktien seien sodann – im Gegensatz zu den J. \_\_\_\_\_-Aktien – weder in den jährlichen "Salärschreiben" noch in den monatlichen Lohnabrechnungen der Beklagten erwähnt worden. Darin aufgeführt seien ausschliesslich die ab dem Jahr 2007 neu zugeteilten J. \_\_\_\_\_-Aktien.

- 8.1.3 Unbehelflich sei die Argumentation des Klägers, wonach er nur dank seinem Arbeitsverhältnis zur Beklagten die Beteiligungsrechte erhalten habe und sich an verschiedenen Stellen in der Membership-Vereinbarung ein Konnex zum Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zeige. Diese Verbindung allein genüge nicht, um die Beklagte zur Verschaffung der Aktien zu verpflichten. Alleine aus dem Zusammenhang der C-Aktien zum Arbeitsverhältnis leite sich keine Passivlegitimation der Beklagten ab. Entscheidend sei, dass der Kläger nicht habe nachweisen können, dass die Beklagte selber sich materiell verpflichtet und ihm Leistungen aus der Member-Vereinbarung als Entgelt für seine Arbeitstätigkeit versprochen habe. Mithin sei die Beklagte für diese Forderung nicht passivlegitimiert. Demzufolge sei auch der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Dividenden auf den Aktien der G. \_\_\_\_\_ in der Höhe von USD 288'307.63 unbegründet und abzuweisen.
- 8.1.4 Die Forderung des Klägers aus den sog. "Tax Benefit Shares" stehe in direktem Zusammenhang mit den vorstehend behandelten Beteiligungen an der G. \_\_\_\_\_, für welche die Beklagte nicht passivlegitimiert sei. Das Gleiche gelte auch hierfür. Die im Recht liegenden Dokumente, welche sich mit den "Tax Benefit Shares" befassten, würden sich generell an die "Member" der I. \_\_\_\_\_ beziehungsweise später der G. \_\_\_\_\_ oder konkret an den Kläger richten, aber nie einen Bezug zur Beklagten aufweisen. Die "Compensation Results" würden die "Tax Benefit Shares" nicht aufführen und diese würden dem Kläger auch nicht anderweitig zugesichert. Bei den "Tax Benefit Shares" habe es sich um eine weitere Begünstigung der "Member" gehandelt, welche ihnen aber nicht von der Beklagten zugesichert worden sei. Es sei nicht ersichtlich, woraus sich ein Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten auf die "Tax Benefit Shares" oder entgangenen Gewinn

stützen könnte. Die Beklagte sei folglich nicht passivlegitimiert und die Klage sei auch in diesem Punkt abzuweisen.

8.2 Umstritten ist im Berufungsverfahren zunächst, auf welche Rechtsgrundlage sich ein allfälliger Anspruch des Klägers überhaupt stützen würde.

8.2.1 Der Kläger behauptet in seiner Anschlussberufung, es schein unbestritten zu sein, dass sein Anspruch auf Aktien der G. \_\_\_\_\_ auf das sogenannte "Agreement as to Member Interest Purchase Rights" vom 1. Januar 1997 (nachfolgend: Membership Vereinbarung; act. 1/36) zurückgehe (act. 77 Rz 178).

Die Beklagte entgegnet, dies sei "Unfug". Sie habe in Rz 18 f. der Duplik im Einzelnen dargelegt, dass das "Exchange Agreement by and among J. \_\_\_\_\_, Inc. G. \_\_\_\_\_ LLC, I. \_\_\_\_\_ LLC and Members of I. \_\_\_\_\_ LLC" vom tt.mm.jjjj (nachfolgend: Exchange Agreement; act. 1/38 und act. 6/17) die Grundlage der streitgegenständlichen Aktien sei und nicht die Membership Vereinbarung. Der Kläger habe in der Klage seine angeblichen Ansprüche auf Aktien der G. \_\_\_\_\_, auf Dividenden auf diesen Aktien und auf von diesen Aktien abgeleiteten Tax Benefit Shares selber auf das Exchange Agreement abgestützt. Die Beklagte habe in Rz 61 ff. der Klageantwort (und dann nochmals in Rz 15 f. der Duplik) im Einzelnen dargelegt, dass die Zuger Gerichte für Streitigkeiten aus dem Exchange Agreement nicht zuständig seien, die Beklagte nicht passivlegitimiert sei und dass diese Forderungen auch materiell nicht bestünden. Der Kläger habe diese Vorbringen nicht bestritten (weil er ihnen schlicht nichts habe entgegensetzen können) und habe stattdessen ausgeführt, wie es sich unter der früheren Membership Vereinbarung angeblich verhalten haben solle. Die Ausführungen des Klägers zur Membership Vereinbarung seien daher von vornherein untauglich, um eine Passivlegitimation der Beklagten für Aktien der G. \_\_\_\_\_, die darauf entfallenden Dividenden und die Tax Benefit Shares zu begründen (act. 81 Rz 10-12).

Die Vorinstanz äusserte sich zu dieser Frage nicht, weil sie zur Auffassung gelangt war, dass keine der beiden Grundlagen die Passivlegitimation der Beklagten in Bezug auf die vom Kläger geforderten Aktien und Dividenden begründe (act. 72 E. 9.2.1 f.; vgl. vorne E. 8.1).

8.2.2 Im erstinstanzlichen Verfahren führte der Kläger zusammengefasst aus, er sei am 1. Januar 1997 infolge seiner Anstellung bei der Beklagten zum "Member" der H. \_\_\_\_\_ AG Group (später I. \_\_\_\_\_) ernannt worden und habe dadurch "Member Interests" erhalten. Dabei habe es sich um Anteile an der Gesellschaft gehandelt, die jeweils in Prozentsätzen des Nettovermögenswerts der H. \_\_\_\_\_ AG Group bzw. der späteren I. \_\_\_\_\_ ausgewiesen worden seien. Mit dem Börsengang im \_\_\_\_\_ sei auch eine Umstrukturierung der Gruppe erfolgt, die neben der Gründung der börsenkotierten J. \_\_\_\_\_ auch zur Gründung der privat gehaltenen G. \_\_\_\_\_ geführt habe. Als Folge dieser Umstrukturierung seien die Beteiligungsrechte des Klägers an der I. \_\_\_\_\_ gestützt auf das Exchange Agreement in Beteiligungsrechte an der neu gegründeten G. \_\_\_\_\_ umgewandelt worden. Die Anteile der "Member" seien fortan nicht mehr in Prozenten, sondern in Anzahl Aktien ausgedrückt worden. Die Beteiligungsrechte des Klägers an der I. \_\_\_\_\_ seien folglich im Zuge des Börsenganges der J. \_\_\_\_\_ im \_\_\_\_\_ in sogenannte B- und C-Aktien (beide ohne Stimmrecht) der G. \_\_\_\_\_ umgewandelt worden,

wobei dem Kläger in diesem Zusammenhang 640'683,64 B-Aktien und 640'683,64 C-Aktien zugeteilt worden seien. Es sei vorgesehen gewesen, dass diese Aktien über einen Zeitraum von 8 Jahren "eingelöst", d.h. von den Mitgliedern zurückverkauft würden. Heute stünden dem Kläger noch 192'205,09 C-Aktien zu, die ihm von der Beklagten ohne entsprechende Mitteilung "abgenommen" worden seien (act. 1 Rz 103-118).

Die Beklagte entgegnete in der Klageantwort, der Kläger habe die Aktien nicht im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten erhalten, sondern weil U. \_\_\_\_\_ ihn im Jahr jfff zum Partner ernannt habe. Es handle sich hierbei um eine partnerschaftliche Ebene in den USA, die auf einem Partnerschaftsvertrag (dem Limited Liability Company Agreement of G. \_\_\_\_\_ LLC vom tt.mm.jfff) und weiteren Vereinbarungen mit anderen Aktionären und der G. \_\_\_\_\_ basiere, in welche die Beklagte nicht involviert sei. Die Aktien der G. \_\_\_\_\_ habe der Kläger nicht von der Beklagten erhalten, sondern zunächst in Form von sog. "Member Interests" von der I. \_\_\_\_\_, gestützt auf die Membership Vereinbarung. Diese "Member Interests" seien dann im Zuge des Börsengangs jfff gestützt auf das Exchange Agreement in Aktien an der G. \_\_\_\_\_ umgewandelt worden. Die Beklagte sei nicht Partei des Exchange Agreements oder der Membership Vereinbarung. Sie habe mit den Aktien des Klägers an der G. \_\_\_\_\_ schlicht nichts zu tun (act. 6 Rz 61-63 und 68 f.).

In der Replik hielt der Kläger in Bezug auf die Rechtsgrundlage sodann nur noch fest, er habe mit act. 9/1 belegt, dass die Beklagte Partei der ursprünglichen und für die Ansprüche des Klägers massgeblichen Member Vereinbarung gewesen sei (act. 9 Rz 290). Dies wurde von der Beklagten in der Duplik explizit bestritten (act. 12 Rz 13 f.). Ferner führte sie aus, die Aktien und Dividenden, um die es im vorliegenden Verfahren gehe, stünden in keinem relevanten Zusammenhang mehr mit der Membership Vereinbarung und den Beteiligungsrechten, die der Kläger gemäss dieser Vereinbarung erhalten habe. Beim Börsengang im Jahr \_\_\_\_\_ habe der Kläger nämlich freiwillig alle diese Beteiligungsrechte der G. \_\_\_\_\_ "angedient" und im Gegenzug von der G. \_\_\_\_\_ Aktien und Anwartschaften auf Aktien erhalten, die nun Gegenstand seines Klagebegehrens seien. Dieser Vorgang sei auf der Basis des Exchange Agreements erfolgt. Der Kläger könne aus der Membership Vereinbarung offensichtlich nichts mit Bezug auf die streitgegenständlichen Aktien und Dividenden herleiten. Der Abschluss des Exchange Agreements stelle eine Zäsur dar, welche die Aktien an der G. \_\_\_\_\_ nicht nur von den früheren Beteiligungsrechten völlig loslöse, sondern es auch verbiete, ihnen einen arbeitsrechtlichen Charakter beizumessen (act. 12 Rz 18 f.).

Daraufhin replizierte der Kläger noch einmal und bestritt, dass die streitgegenständlichen Aktien und Dividenden mit der Membership Vereinbarung in keinem relevanten Zusammenhang mehr stünden. Entscheidend sei, dass die Zuteilung der "Member Interests", die im Zuge des Börsengangs in B- und C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ umgewandelt worden seien, auf die Membership Vereinbarung und damit auf das Arbeitsverhältnis zurückgehe. Ohne die ihm gestützt auf die Membership Vereinbarung zugewiesenen Beteiligungsrechte hätte der Kläger gar nie an der Umwandlung partizipieren können. Der mit dem Börsengang erfolgte Abschluss des Exchange Agreements habe demnach keine "Zäsur" dargestellt (act. 16 Rz 18-20).

8.2.3 In tatsächlicher Hinsicht war demnach im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten, dass der Kläger ab dem Jahr 1997 gestützt auf die Membership Vereinbarung sogenannte "Member Interests" erworben und er diese im \_\_\_\_\_ gestützt auf das Exchange Agreement freiwillig gegen 640'683,64 B-Aktien und 640'683,64 C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ eingetauscht hat. In der Präambel des Exchange Agreements ist denn auch festgehalten, dass die (unterzeichnenden) I. \_\_\_\_\_-Mitglieder in Verbindung mit dem Börsengang ihre Mitgliedschaftsanteile an der I. \_\_\_\_\_ in die G. \_\_\_\_\_ einbringen wollten, im Austausch gegen G. \_\_\_\_\_-Mitgliedschaftsanteile gemäss den Bedingungen dieser Vereinbarung ("*WHEREAS, in connection with the IPO, the I. \_\_\_\_\_ LLC Members desire to contribute their membership interests in I. \_\_\_\_\_ LLC to G. \_\_\_\_\_ in exchange for G. \_\_\_\_\_ membership interests pursuant to the terms of this Agreement*"; act. 6/17 S. 1). Auch in Art. 3.1 des Exchange Agreements ist unter dem Titel "*contribution*" [= Beitrag] festgehalten, dass die I. \_\_\_\_\_-Mitglieder am Tag des Börsenganges ihre I. \_\_\_\_\_-Mitgliedschaftsanteile im Austausch gegen G. \_\_\_\_\_-Aktien in die G. \_\_\_\_\_ einbringen würden ("*SECTION 3.1 Contribution. On the IPO [initial public offering] Effective Date, the I. \_\_\_\_\_ LLC Members shall contribute their I. \_\_\_\_\_ LLC membership interests to G. \_\_\_\_\_ in exchange for G. \_\_\_\_\_ Shares [...]*"; act. 6/17 S. 5 f.).

8.2.4 Daraus folgt aber unzweifelhaft, dass die Membership Vereinbarung nicht die Rechtsgrundlage für die vom Kläger geforderten B- und C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ bilden kann. Der Kläger ist mit dem Exchange Agreement einen völlig neuen Vertrag eingegangen, wobei er – wie die anderen teilnehmenden Mitglieder auch – seine unter der Membership Vereinbarung erworbenen "Member Interests" als Zahlungs- bzw. Tauschmittel verwendet hat, um an ihrer Stelle G. \_\_\_\_\_-Aktien und weitere Rechte zu erwerben. Der einzige Zusammenhang, der sich mit der Membership Vereinbarung noch ergibt, ist die auch vom Kläger hervorgehobene Tatsache, dass überhaupt nur "I. \_\_\_\_\_-Member" am Exchange Agreement teilnehmen konnten. Ein beschränkter Kreis von potenziellen Vertragspartnern ändert jedoch nichts an der Qualität des Exchange Agreements als gänzlich neue vertragliche Grundlage. Das Exchange Agreement enthält ausserdem keinerlei Verweis auf die Membership Vereinbarung. Vielmehr wird in Art. 6.1 festgehalten, dass das Exchange Agreement und die Anhänge dazu die gesamte Vereinbarung zwischen den Parteien in Bezug auf den Gegenstand dieser Vereinbarung darstelle und alle früheren Verhandlungen, Verpflichtungen und Schriftstücke in Bezug auf diesen Gegenstand ersetze ("*SECTION 6.1 Entire Agreement. This Agreement and the Schedules hereto shall constitute the entire agreement among the parties with respect to the subject matter hereof and shall supersede all previous negotiations, commitments and writings with respect to such subject matter*"; act. 6/17 S. 10). Selbst wenn also von einer irgendwie gearteten Kontinuität in Bezug auf die gewährten "Mitgliederrechte" ausgegangen würde, wäre aufgrund dieser Klausel ausgeschlossen, dass die Membership Vereinbarung und das Exchange Agreement nebeneinander weitergelten könnten.

Das Exchange Agreement bildet folglich die alleinige Rechtsgrundlage für die Forderungen des Klägers auf Aktien der G. \_\_\_\_\_ samt Dividenden sowie "Tax Benefit Shares" bzw. deren Gegenwert.

8.3 Der Kläger beanstandet, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig festgestellt und die Auslegungsregeln verletzt. Zur Begründung führt er zunächst zusammengefasst aus, die Vorinstanz habe missachtet, dass

- die Beklagte selbst Partei der Membership Vereinbarung gewesen sei und sich entsprechend gegenüber dem Kläger eigenständig verpflichtet habe,
- die Membership Vereinbarung offensichtlich in direktem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten gestanden habe,
- er mit Blick auf die Membership Vereinbarung darauf habe vertrauen dürfen, dass er sich zwecks Erfüllung des Mitarbeiterplanes an seine formelle Arbeitgeberin wenden könne, und
- die Beteiligungsrechte auch als Entschädigung für das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot und die nachvertragliche Beratungspflicht gemäss Membership Vereinbarung zu verstehen seien (act. 77 Rz 175-187).

Alle diese Argumente beruhen jedoch – abgesehen davon, dass es sich teilweise um rein appellatorische Kritik handelt – auf der Prämisse, dass die Membership Vereinbarung die Rechtsgrundlage für die Forderungen des Klägers bildet. Dies trifft nach dem Gesagten nicht zu, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

8.4 Überdies bringt der Kläger zusammengefasst vor, es sei unbestritten, dass die ihm zugeteilten Aktien der G. \_\_\_\_\_ einer sogenannten "Redemption Klausel" unterliegen würden. Demnach sei er berechtigt, die ihm zugeteilten Aktien am Tag des Börsengangs der J. \_\_\_\_\_ (tt.mm.jjjj) im Umfang von 10 % und die restlichen 90 % über die Dauer der nächsten 8 Jahre zum Rückkauf freizugeben bzw. einzulösen. Dieser Umstand belege, dass die Beteiligungsrechte auf Dauer angelegt und dafür bestimmt gewesen seien, den Mitarbeiter zu einer guten Leistung zugunsten der Beklagten zu motivieren und langfristig an diese zu binden (act. 77 Rz 188 f.). Tatsächlich habe die Beklagte im Verlaufe des Jahres 2014 – und somit nachdem das Arbeitsverhältnis bereits beendet worden sei – 207'794,91 C-Aktien zum Rückkauf angenommen und habe dem Kläger den Erlös zukommen lassen. Beides habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt.

Zum Nachweis dafür, dass es die Beklagte gewesen sei, welche die insgesamt 207'794.91 C-Aktien zum Rückkauf angenommen und dem Kläger gestützt darauf den Erlös habe zukommen lassen, habe der Kläger in seiner Klage die Edition der Unterlagen zum Rückkauf von insgesamt 207'794.91 C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ beantragt. Die Vorinstanz habe die Beklagte denn auch mit Entscheid vom 2. Mai 2019 verpflichtet, die Unterlagen zum Rückkauf von insgesamt 207'794,91 C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ zu edieren. Dem sei die Beklagte aber nicht nachgekommen. Weshalb die Vorinstanz in diesem Zusammenhang von einem gescheiterten Editionsantrag spreche und das Scheitern dem Kläger anrechne, sei nicht ersichtlich, sei es doch die Beklagte gewesen, die mit ihrer verweigernden Haltung das Scheitern des Editionsantrags verursacht habe. Vor diesem Hintergrund argumentiere die Vorinstanz widersprüchlich, wenn sie in ihrem Urteil zum Schluss komme, "die Edition" der Unterlagen sei unbeachtlich, wenn sie am 2. Mai 2019 noch der Ansicht zu sein gewesen scheine, dass die zur Edition beantragten Unterlagen betreffend die Aktien der G. \_\_\_\_\_ entscheiderelevant seien. Die Missachtung der prozessualen Mitwirkungspflicht habe die Vorinstanz bei ihrer Beweiswürdigung offenbar unberücksichtigt gelassen. Angesichts der

unterlassenen Mitwirkung seitens der Beklagten hätte die Vorinstanz den vom Kläger geschilderten Sachverhalt als erstellt erachtet und die Rechtsbeziehung zwischen dem Kläger und der Beklagten betreffend die dem Kläger eingeräumten Beteiligungsrechte an der G. \_\_\_\_\_ ohne Weiteres bejahen müssen (act. 77 Rz 192-197).

8.4.1 Soweit der Kläger vorbringt, dass die Beteiligungsrechte aufgrund der "Redemption Klausel" klar auf Dauer ausgelegt und dafür bestimmt gewesen seien, den Mitarbeiter zu einer guten Leistung zugunsten der Beklagten zu motivieren und ihn langfristig an diese zu binden, kann er daraus nichts für sich ableiten. Einerseits liegt es in der Natur der Sache, dass Beteiligungsrechte auf Dauer ausgelegt sind. Dies allein spricht deshalb weder für noch gegen die Rechtsauffassung des Klägers. Andererseits hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass es ohnehin für sich allein nicht genügt, wenn der Kläger eine Verbindung zwischen den eingeklagten Ansprüchen und dem Arbeitsverhältnis nachweist, solange er nicht nachweisen kann, dass sich die Beklagte auch selbst materiell verpflichtet und ihm Leistungen aus der Member Vereinbarung versprochen hat (act. 72 E. 9.2.2 a.E.). Dasselbe gilt selbstverständlich auch für das Exchange Agreement.

8.4.2 Hinzu kommt, dass der angebliche Rückkauf von G. \_\_\_\_\_ -Aktien durch die Beklagte, aus dem der Kläger eine Verpflichtung der Beklagten ableitet, unbewiesen geblieben ist. Der Kläger macht zwar diesbezüglich geltend, mithilfe der zur Edition beantragten Unterlagen hätte er diesen Vorgang beweisen können und die Vorinstanz habe die "Verweigerung" der Edition falsch gewürdigt. Damit ist er – wie nachfolgend darzulegen ist – jedoch nicht zu hören.

8.4.2.1 Die Vorinstanz hat die Beklagte mit Entscheid vom 2. Mai 2019 unter anderem aufgefordert, Unterlagen zum Rückkauf von insgesamt 207'794,91 C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ sowie Unterlagen zu den in den Jahren 2014 bis und mit 2017 ausbezahlten Dividenden auf den Aktien der G. \_\_\_\_\_ zu edieren (act. 22 Dispositiv-Ziff. 1). Die Beklagte reichte keine solchen Unterlagen ein, sondern machte mit Eingabe vom 13. Mai 2019 geltend, sie sei in den Rückkauf der klägerischen C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ nicht involviert gewesen und verfüge daher auch über keine entsprechenden Unterlagen. Sie habe auch keinen elektronischen Zugriff darauf und könne daher die besagten Unterlagen gar nicht edieren. Dasselbe gelte für die Unterlagen im Zusammenhang mit allfälligen Dividendenzahlungen. Die Beklagte habe dem Kläger weder Aktien der G. \_\_\_\_\_ zugeteilt noch ihm Dividenden darauf entrichtet. Es handle sich um Vorgänge, die sich ausschliesslich zwischen dem Kläger und amerikanischen Konzerngesellschaften abgespielt hätten (act. 23).

8.4.2.2 Demnach trifft es zwar zu, dass die Beklagte der Editionsaufforderung der Vorinstanz nicht nachgekommen ist. Die Vorinstanz ging aber dennoch nicht von einer Verletzung der Mitwirkungspflicht i.S.v. Art. 164 ZPO aus. Stattdessen stellte sie sich im Endentscheid auf den Standpunkt, der Editionsantrag des Klägers sei unbeachtlich, weil dieser gar nicht behauptet habe, dass er von der Beklagten entsprechende Zusicherungen erhalten habe, und auch seinen Editionsantrag nicht auf solche Dokumente bezogen habe. Ausserdem würden dem Kläger zum Nachweis solcher Versprechungen seitens der Beklagten nur solche Unterlagen weiterhelfen, die eine direkte Zusicherung der Beklagten gegenüber dem Kläger belegen würden; über solche Unterlagen müsste der Kläger indessen zwangsläufig selber verfügen, weil diese an ihn adressiert gewesen wären (act. 72 E. 9.2.1 a.E.).

- 8.4.2.3 Auch wenn es etwas widersprüchlich erscheint, dass die Vorinstanz zunächst die Edition der fraglichen Unterlagen angeordnet hat, die entsprechenden Unterlagen letztlich aber nicht als entscheiderelevant bzw. eine Editionsspflicht der Beklagten nicht für gegeben erachtet hat, kann der Kläger daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Beweisverfügungen beruhen auf einer vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage und präjudizieren den Endentscheid nicht. So ist eine Beweisverfügung denn auch jederzeit abänderbar (Art. 154 ZPO). Selbst wenn also die Vorinstanz im Zeitpunkt der Editionsverfügung davon ausging, dass die Beklagte eine Editionsspflicht trifft und dass die zu edierenden Unterlagen entscheiderelevant sind oder sein könnten, konnte sie ihre Meinung ohne Weiteres noch ändern. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beweisverfügung vom Referenten in Eigenkompetenz erlassen wurde, während der Endentscheid vom Gericht als Kollegialbehörde gefällt wurde.
- 8.4.2.4 Abgesehen davon ist die Vorinstanz in ihrem Endentscheid zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte keine Editionsspflicht traf. Die Pflicht, im Beweisverfahren mitzuwirken, wird aus dem allgemeinen Gebot, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, abgeleitet. Eine prozessuale Mitwirkungspflicht bei der Abklärung des Sachverhalts gestützt auf Art. 160 ZPO besteht deshalb namentlich dann, wenn die beweisbelastete Partei (vorliegend der Kläger) wegen Beweisschwierigkeiten den Beweis nicht selber führen kann (Schmid, a.a.O., Art. 160 ZPO N 9 und N 11 je m.w.H.). Wie die Vorinstanz indessen zutreffend ausführte, hätten dem Kläger vorliegend von vornherein nur solche Unterlagen geholfen, die direkte Zusicherungen ihm gegenüber enthalten hätten. Mithin hatte der Kläger kein Rechtsschutzinteresse in Bezug auf alle anderen Unterlagen, deren Edition er ebenfalls beantragte. Diejenigen Urkunden wiederum, die direkte Zusicherungen gegenüber dem Kläger enthalten, hätten ihm aber zwangsläufig selbst vorliegen müssen, sodass von (unverschuldeten) Beweisschwierigkeiten keine Rede sein kann. Im Übrigen kann die Beklagte ohnehin nicht zur Edition von Urkunden gezwungen werden, die sie nicht besitzt. Ihre diesbezüglichen Ausführungen sind glaubhaft, zumal der Kläger keinerlei Indizien für den von ihm behaupteten Aktienrückkauf vorgebracht hat. Träfen seine Behauptungen zu, hätte er zumindest einen Beleg für die angebliche Zahlung der Beklagten an ihn einreichen können, bei der es sich seiner Ansicht nach um den Erlös aus dem Aktienrückkauf handelte. Dies hat er jedoch ebenfalls nicht getan.
- 8.4.2.5 Ferner setzt eine Mitwirkungspflicht bzw. -last nach Art. 160 ZPO immer voraus, dass bezüglich des betreffenden Beweises die Voraussetzungen für die Beweisabnahme vorliegen. Dazu gehört eine ausreichend substantiierte Behauptung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_396/2019 vom 16. Januar 2019 E. 3.4; 4A\_50/2018 vom 5. September 2018 E. 3.2). Die Behauptung des Klägers zum Rückkauf von C-Aktien durch die Beklagte war jedoch nicht ausreichend substantiiert. Der Kläger behauptete in seiner Klageschrift, die Beklagte habe im Verlaufe des Jahres 2014 207'794,91 C-Aktien zum Rückkauf angenommen und habe dem Kläger den Erlös zukommen lassen. Auch wenn der Kläger nie eine Abrechnung des erfolgten Rückkaufs erhalten habe, könne aufgrund der Höhe der Zahlung davon ausgegangen werden, dass es sich beim Verkauf um den Anteil der vom Kläger im November 2013 nicht eingelösten und den dazumal "redeemable" C-Aktien gehandelt habe. Zum Beweis für diese Behauptungen offerierte der Kläger lediglich seine eigene Parteiaussage sowie die Edition von "Unterlagen zum Rückkauf von insgesamt

207'794,91 C-Aktien der G. \_\_\_\_\_" durch die Beklagte (act. 1 Rz 116). Die Beklagte bestritt daraufhin, vom Kläger zum Rückkauf von C-Aktien aufgefordert worden zu sein, solche Aktien angenommen oder dem Kläger den Erlös zukommen lassen zu haben. Vielmehr habe der Kläger am 8. November 2013 – wie aus act. 1/42 hervorgehe – seinen "Redemption Request" an die J. \_\_\_\_\_ gesandt und habe von dieser zunächst eine Teilzahlung und am 30. Mai 2014 schliesslich eine Schlusszahlung erhalten (act. 6 Rz 115). Daraufhin äusserte sich der Kläger nicht mehr einlässlich zu dieser Thematik, sondern beschränkte sich darauf, die Darstellung der Beklagten zu bestreiten und an seinen eigenen Ausführungen festzuhalten (act. 9 Rz 316). Wie schon vorne in E. 7.5.1 dargelegt, hätte er aufgrund der Bestreitung den von ihm behaupteten, von der Beklagten jedoch bestrittenen Aktien-Rückkauf in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen gehabt, dass darüber Beweis hätte abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis hätte angetreten werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.1 f. m.w.H.). Dies hat er nicht getan. Namentlich fehlen beinahe sämtliche relevanten Details, inklusive des chronologischen Ablaufs der Geschehnisse sowie des Valuta-Datums und der Höhe der angeblich erfolgten Zahlung der Beklagten an den Kläger.

8.4.2.6 Schliesslich würde sich am Ergebnis selbst dann nichts ändern, wenn die Beklagte die Edition zu Unrecht verweigert hätte. Der Kläger verkennt nämlich, dass eine Editionsverweigerung der Beklagten nicht zwangsläufig dazu führt, dass die Behauptung der Gegenpartei als erstellt gilt. Die Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht sind in Art. 164 ZPO geregelt. Diese Bestimmung enthält keine Vorgaben, welche Schlüsse das Gericht bei der Beweiswürdigung aus einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung ziehen soll. Insbesondere ist nicht vorgeschrieben, dass das Gericht ohne Weiteres auf die Wahrheit der Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei zu schliessen hat. Vielmehr hat die unberechtigte Mitwirkungsverweigerung in die freie Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO einzufließen. Die Weigerung soll sich zwar zu Ungunsten dieser Partei auswirken, der Nachteil darf aber nicht weiter gehen als notwendig (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3; Schmid, a.a.O., Art. 164 ZPO N 2). Insofern stand es der Vorinstanz ohnehin zu, eine allfällige unberechtigte Verweigerung der Mitwirkungspflicht im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach eigenem Ermessen zu berücksichtigen.

8.5 Zusammengefasst vermag die Kritik des Klägers am angefochtenen Entscheid in Bezug auf die (fehlende) Passivlegitimation der Beklagten für seine Forderung auf 192'205.09 C-Aktien der G. \_\_\_\_\_ samt Dividenden sowie USD 764'842.84 aus ihm angeblich zustehenden "Tax Benefit Shares" nicht zu überzeugen. Demnach bleibt es bei der Feststellung der Vorinstanz, wonach die Beklagte für diese Forderungen nicht passivlegitimiert ist. Auf die übrigen Ausführungen des Klägers, die auf der gegenteiligen Annahme beruhen, ist deshalb nicht weiter einzugehen und die Anschlussberufung ist ohne Weiteres abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

9. Der Kläger unterliegt demnach mit seiner Anschlussberufung vollständig. Demgegenüber hat die Beklagte zu Recht geltend gemacht, dass die von der Vorinstanz zugesprochene Abgangsentschädigung in der Höhe von CHF 226'600.00 nicht geschuldet ist und sie dem Kläger – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht 111'447 Aktien der J. \_\_\_\_\_ samt Dividenden in der Höhe von USD 210'922.60, sondern lediglich die Hälfte davon, nämlich 55'723 J. \_\_\_\_\_-Aktien und USD 105'461.30 (bzw. CHF 104'934.00), schuldet.

Insofern dringt sie mit ihrer Berufung teilweise durch. Unter Berücksichtigung dieser Korrekturen obsiegt der Kläger im Ergebnis nur noch zu knapp 1/5 ([CHF 222'400.95 + USD 2'115'162.50 + CHF 95'628.00] / CHF 13'856'595.00). Die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind entsprechend neu zu verteilen (Art. 318 Abs. 2 ZPO). Der Kläger hat demnach von der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr in der Höhe von CHF 150'000.00 (vgl. act. 72 E. 14.1) einen Anteil von CHF 120'000.00 (entsprechend 4/5) und die Beklagte einen solchen von CHF 30'000.00 (entsprechend 1/5) zu bezahlen. Die dem Kläger von der Beklagten zu ersetzenden Kosten des Schlichtungsverfahrens belaufen sich neu nur noch auf CHF 240.00 (1/5 von CHF 1'200.00; vgl. act. 72 E. 14.1). Der Kläger hat der Beklagten ausserdem neu eine reduzierte Parteientschädigung von gerundet CHF 129'890.00 (3/5 von CHF 216'477.00 inkl. MWST) zu bezahlen.

10. Schliesslich ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zu befinden.
- 10.1 Der erstinstanzliche Entscheid wurde in Bezug auf den Cash-Bonus (CHF 345'667.00) und das Personaldossier (Streitwert CHF 300.00; vgl. act. 72 E. 14) nicht angefochten. Auch beharrte der Kläger in Bezug auf den noch geschuldeten Lohn, die Pönalentschädigung und die Abgangsentschädigung nicht mehr auf seinen ursprünglich eingeklagten Beträgen, die deutlich höher waren als jene, die ihm die Vorinstanz zugesprochenen hat. Umstritten waren im Berufungsverfahren deshalb nur noch Forderungen im Wert von CHF 12'559'366.00 (USD umgerechnet zum Kurswert im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit; vgl. act. 72 E. 14.1).

Unter Berücksichtigung dieses Streitwerts obsiegt der Kläger auch im Berufungsverfahren zu knapp 1/5 ([CHF 222'400.95 + USD 2'115'162.30 (= CHF 2'115'881.00) + CHF 95'628.00] / CHF 12'559'336.00), weshalb die Prozesskosten auch im vorliegenden Verfahren zu 4/5 dem Kläger und zu 1/5 der Beklagten aufzuerlegen sind.

- 10.2 Zur Festsetzung der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren ist das vor der Vorinstanz zuletzt aufrecht erhaltene Rechtsbegehren massgebend (§ 15 Abs. 1 KoV OG). Dieser Streitwert wurde von der Vorinstanz mit CHF 13'856'595.00 beziffert, was von den Parteien nicht beanstandet wird (act. 72 E. 14.1). Bei diesem Streitwert beträgt die Entscheidgebühr CHF 60'000.00, höchstens jedoch 1,2 % des Streitwerts (= CHF 166'280.00; § 11 Abs. 1 KoV OG). Angesichts der grossen Anzahl der erhobenen Rügen sowie des erforderlichen Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falls (vgl. § 3 KoV OG) rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf CHF 120'000.00 festzusetzen. Diese ist im Umfang von CHF 96'000.00 (entsprechend 4/5) dem Kläger und im Umfang von CHF 24'000.00 (entsprechend 1/5) der Beklagten aufzuerlegen.
- 10.3 Im Weiteren ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten auch für das Berufungsverfahren eine angemessene (reduzierte) Parteientschädigung zu bezahlen. Anders als zur Berechnung der Gerichtsgebühr ist für die Berechnung der Parteientschädigung nur noch der im Rechtsmittelverfahren aufrecht erhaltene Streitwert massgebend (§ 8 Abs. 1 AnwT). Dieser beläuft sich, wie vorne in E. 10.1 festgehalten, auf CHF 12'559'366.00. Bei diesem Streitwert beträgt das Grundhonorar der Rechtsanwälte gerundet CHF 119'200.00 (§ 3 Abs. 1 AnwT). Da es sich um ein aufwändiges Verfahren gehandelt hat, in dem auch ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wurde, ist das Grundhonorar gestützt auf § 3 Abs. 3 und § 5 AnwT um insgesamt 50 % auf gerundet CHF 178'800.00 zu erhöhen. Von diesem Betrag

können im Rechtsmittelverfahren zwei Drittel, d.h. gerundet CHF 119'200.00 berechnet werden (§ 8 Abs. 1 AnwT). Unter Hinzurechnung einer Auslagenpauschale von CHF 1'000.00 (§ 25 Abs. 2 AnwT) sowie der Mehrwertsteuer von 7,7 % (§ 25a AnwT) ergibt sich eine angemessene Parteientschädigung von CHF 129'455.00. Davon hat der Kläger der Beklagten 3/5 (4/5 abzgl. 1/5) zu ersetzen, was gerundet einen Betrag von CHF 77'675.00 ergibt. Die von der Beklagten eingereichte Honorarnote ist zu hoch und entsprechend zu reduzieren.

## Urteilsspruch

1.1 In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziff. 1.1, 1.2, 2 und 3 des Entscheids des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 15. März 2021 wie folgt abgeändert (Änderungen kursiv):

"1.1 Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger *CHF 222'400.95 (CHF 94'900.95 netto zuzüglich CHF 127'500.00)* nebst Zins zu 5 % ab 5. März 2014 sowie *USD 105'461.30* nebst Zins zu 5 % ab 14. Februar 2016 zu bezahlen, und es wird festgehalten, dass der Kläger die Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes K. \_\_\_\_\_ im Umfang von *CHF 222'400.95* nebst Zins zu 5 % ab 5. März 2014 sowie im Umfang von *CHF 106'234.00* nebst Zins zu 5 % ab 14. Februar 2016 fortsetzen kann.

1.2 Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger *55'723* Aktien der I. \_\_\_\_\_, Inc. zu Eigentum zu verschaffen.

[...]

2. Die Gerichtskosten werden wie folgt festgesetzt:

CHF 150'000.00 Entscheidgebühr

Die Gerichtskosten werden zu *4/5* dem Kläger (= *CHF 120'000.00*) und zu *1/5* der Beklagten (= *CHF 30'000.00*) auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von CHF 150'000.00 verrechnet. Die Beklagte hat dem Kläger den Kostenvorschuss im Umfang von *CHF 30'000.00* sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von *CHF 240.00* zu ersetzen.

3. Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung von *CHF 129'890.00* (MWST inbegriffen) zu bezahlen."

1.2 Im Übrigen werden die Berufung und die Anschlussberufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und der angefochtene Entscheid wird bestätigt, soweit er nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Die Kosten für das Berufungsverfahren in der Höhe von CHF 120'000.00 werden im Umfang von CHF 96'000.00 dem Kläger und im Umfang von CHF 24'000.00 der Beklagten auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen von je CHF 100'000.00 verrechnet. Von diesen Kostenvorschüssen werden dem Kläger CHF 4'000.00 und der Beklagten CHF 76'000.00 von der Gerichtskasse zurückerstattet.

3. Der Kläger hat der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 77'675.00 (inkl. MWST) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid mit einem Streitwert von über CHF 30'000.00 ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.
5. Mitteilung an:
  - Parteien
  - Kantonsgericht Zug, 2. Abteilung (A2 2017 43)
  - Schlichtungsbehörde Arbeitsrecht (zur Kenntnisnahme)
  - Gerichtskasse (im Dispositiv)

Obergericht des Kantons Zug  
I. Zivilabteilung

lic.iur. P. Huber  
Abteilungspräsident

MLaw K. Fotsch  
Gerichtsschreiberin

versandt am: