

SG_KANTONSGERICHT BZ.2006.90 vom 30. Juli 1995

Sg Kantonsgericht, 1995-07-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_BZ.2006.90

FR: SG_KANTONSGERICHT BZ.2006.90 du 30 juillet 1995

IT: SG_KANTONSGERICHT BZ.2006.90 del 30 luglio 1995

Regeste

Art. 322a, 322d und 329d Abs. 2 OR (SR 220). Bonus im Arbeitsvertrag. Ferienabgeltung bei Freistellung. Entscheidendes Merkmal zur Abgrenzung der Gratifikation von der Gewinnbeteiligung ist, ob der Arbeitgeberin bei der Ausrichtung überhaupt oder bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung ein Ermessen zusteht oder nicht. Eine Gratifikation muss zum unbedingt geschuldeten Lohn in einem wirtschaftlich akzessorischen Verhältnis stehen. Ferien sind nur in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Dem freigestellten Arbeitnehmer der keine neue Stelle sucht, ist der Bezug der noch offenen Ferienguthaben zuzumuten (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 11. Februar 2008, BZ.2006.90).

Erwägungen

E. 2

a) Am 30. Juni 2003 beehrte der Kläger beim Vermittleramt einen Versöhnungsversuch an. Dieser fand am 18. August 2003 statt. Die Parteien beschlossen die Offenhaltung des Protokolls bis zum 18. September 2003, konnten sich aber in der Folge nicht einigen, weshalb das Vermittleramt am 18. September 2003 den Leitschein ausstellte (vi-act. 2). b) Am 17. November 2003 erhob der Kläger Klage beim Kreisgericht (vi-act. 1) und verlangte, unter Vormerkung einer Nachklage, die Zusprechung von Fr. 138'000.-. Im Wesentlichen machte der Kläger geltend, er habe Anspruch auf einen anteiligen Bonus für das Jahr 2002 und eine Entschädigung in der Höhe eines Monatslohns für den bei der Freistellung noch bestehenden Ferienanspruch. c) Mit Klageantwort vom 30. Dezember 2003 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage (vi-act. 4). Im Wesentlichen machte sie geltend, eine Bonuszahlung für das Jahr 2002 sei aus verschiedenen Gründen nicht geschuldet. So sei die Ausrichtung des Bonus nicht reglementarisch geregelt gewesen, sondern habe in der ausschliesslichen Kompetenz des Verwaltungsrats gelegen; weiter sei die Ausrichtung des Bonus leistungsabhängig gewesen und der Kläger habe seine Leistung in diesem Geschäftsjahr nicht erbracht, der Beklagten sei durch sein Verhalten vielmehr ein Schaden entstanden. Zudem sei der Bonus nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur dann geschuldet, wenn dies so verabredet worden sei. Zum Ferienguthaben des Klägers führte die Beklagte aus, dieses sei durch die Freistellung des Klägers abgedeckt. d) Mit Replik vom 3. Februar 2004 (vi-act. 5) und Duplik vom 17. Mai 2004 (vi-act. 9) hielten die Parteien im Wesentlichen an den Standpunkten fest, welche Sie in ihrer Klage respektive Klageantwort eingenommen hatten. e) Am 23. September 2003 wurde vor dem Kreisgericht die Hauptverhandlung durchgeführt. Auch in den Plädoyers hielten die Parteien an ihren bis dahin eingenommenen Standpunkten fest. So beharrte der Kläger namentlich darauf, dass es sich bei der Bonuszahlung um einen variablen, vom Geschäftsgang

abhängigen Lohnbestandteil handle und nicht um eine blossе Gratifikation (vi-act. 11, S. 5 ff.). Bezüglich des Ferienanspruches führte er aus, dieser habe praktisch die gesamte Freistellung umfasst (vi-act. 11, S. 11). Die Beklagte andererseits vertrat weiter die Ansicht, der Bonus sei nicht als Lohnbestandteil, sondern als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren (vi-act. 12, S. 4), welche nicht vorbehaltlos sondern leistungsabhängig vom Verwaltungsrat zugesprochen worden sei (vi-act. 12, S. 5). Weiter machte die Beklagte geltend, die Gratifikation könne jedenfalls dann verweigert werden, wenn sich der Arbeitnehmer einer schuldhaften Verletzung seiner Treue- und Sorgfaltspflicht schuldig gemacht habe (vi-act. 12, S. 7). Zudem sei die Gratifikation bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur dann (anteilmässig) geschuldet, wenn dies so vereinbart worden sei (vi-act. 12, S. 10). Zum geltend gemachten Ferienanspruch führte die Beklagte aus, dieser sei durch die Freistellung abgedeckt (vi-act. 12, S. 12). An der Hauptverhandlung fasste das Kreisgericht einen Beweisbeschluss (Urteil, 2; vi-act. 18) und setzte den Parteien Frist zur Fortführung allfälliger Vergleichsverhandlungen (Urteil, 2). Die Frist wurde den Parteien sodann bis Ende Oktober 2004 verlängert (vi-act. 14 und 15). Mit Schreiben vom 2. respektive 3. November 2004 (vi-act. 16 und 17) teilten die Parteien der Vorinstanz mit, dass vergleichsweise keine Lösung gefunden werden konnte. Mit Schreiben vom 4. November 2004 (vi-act. 18) wurde den Parteien von der Vorinstanz ihr Beweisbeschluss vom 23. September 2004 eröffnet. Darin wurde die Beklagte aufgefordert, dem Gericht zuhanden eines Experten innert 20 Tagen Auszahlungsbelege, VR-Protokolle, Basiszahlen der letzten fünf Jahre sowie Grundlagen für das Jahr 2002 bezüglich der Boni an den Kläger einzureichen. Weiter wurden die Parteien aufgefordert, dem Gericht einen Expertenvorschlag einzureichen und je einen Kostenvorschuss von Fr. 7'500.- einzuzahlen. Mit Schreiben vom 11. November 2004 (vi-act. 19) reichte der Kläger seinen Expertenvorschlag ein, am 15. November 2004 zahlte er seinen Kostenvorschuss ein (vi-act. 20). Mit Schreiben vom 15. November 2004 (vi-act. 21) drückte die Beklagte ihr Unverständnis darüber aus, dass die verlangten Unterlagen zuhanden eines Experten einzureichen seien; die Beklagte wisse nicht, wen sie als Experten bezeichnen solle, am sinnvollsten wäre es G, den Vertreter ihrer Revisorin, gerichtlich zu befragen, da dieser über sämtliche Details im Zusammenhang mit den jeweiligen Bonuszahlungen Bescheid wisse. Auch sei nicht ersichtlich, warum die Beklagte einen Kostenvorschuss zu leisten habe, treffe sie doch keine Beweislast. Mit Schreiben vom 22. November 2004 (vi-act. 22) führte der Kläger aus, es sei am Beweisbeschluss festzuhalten. Nach mehrmaliger Fristerstreckung (vi-act. 23, 24 und 27) bezahlte die Beklagte am 16. Dezember 2004 ihren Kostenvorschuss (vi-act. 26), reichte mit Eingabe vom 20. Januar 2005 (vi-act. 28) die von ihr verlangten Unterlagen (bekl. act. 2 bis 9) ein und machte ihrerseits den verlangten Expertenvorschlag. Die Beklagte erläuterte erneut, der Bonus sei letztlich allein vom Verwaltungsrat festgelegt worden und nicht als Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a Abs. 1 OR (vi-act. 28, S. 2 Mitte; S. 5 Ziff. 5). Mit Eingabe vom 2. März 2005 (vi-act. 30) nahm der Kläger dazu dahingehend Stellung, dass die Aufteilung des Bonus nicht allein vom Verwaltungsrat festgelegt worden sei, sondern dass der Bonus nach dem vom Kläger geschilderten Mechanismus verteilt worden sei. Zusätzlich stellte der Kläger neue Editionsbegehren. Der Kläger bezifferte sodann seinen vermeintlichen Bonus für das Jahr 2002 auf Fr. 178'400.-. Dem Editionsbegehren des Klägers wurde stattgegeben (vi-act. 30, Stempel). Die Beklagte reichte mit Eingabe vom 4. April 2005 (vi-act. 32) die geforderten Unterlagen ein (bekl. act. 10 und 11). Mit Schreiben vom 18. Juli 2005 (vi-act. 34) setzte die Vorinstanz den

Parteien Frist an, sich zur Fortsetzung des Verfahrens, insbesondere zur Beantragung weiterer Beweisabnahmen, zu äussern. Der Kläger äusserte sich mit Eingabe vom 17. August 2005 (vi-act. 35) dahingehend, dass er mit einer Schliessung des Beweisverfahrens einverstanden sei. Die Beklagte äusserte sich mit Eingabe vom 22. August 2005 (vi-act. 36) dahingehend, dass sie mit einer Schliessung des Beweisverfahrens nur dann einverstanden sei, wenn das Gericht die im Recht liegenden Akten als genügend für eine Klageabweisung erachte; ansonsten beantragte die Beklagte eine Partei- und Zeugenbefragung. f) Mit Vorladungen vom 19. Dezember 2005 (vi-act. 38 und 39) wurden die Parteien und G (als für die Revisorin der Beklagten verantwortliche Person) als Zeuge für die Schlussverhandlung mit Zeugeneinvernahme vom 7. März 2006 vorgeladen. An der Schlussverhandlung nahmen der Vertreter des Klägers, C als Vertreter der Beklagten sowie deren Rechtsvertreter teil. G wurde als Zeuge einvernommen (act. 40 und 40a). Das Dispositiv des vorinstanzlichen Entscheids wurde den Parteien mit Schreiben vom 15. März 2006 zugestellt (vi-act. 42). Mit Schreiben vom 30. März 2006 (vi-act. 46) teilte die Beklagte mit, sie wünsche eine Begründung des Urteils. Mit Schreiben vom 10. April 2006 (vi-act. 47) teilte der Kläger mit, er verzichte nicht auf die Begründung des Urteils. Das Urteil wurde am 29. September 2006 an die Parteien versandt (Urteil, 16; vi-act. 49).

E. 3

a) Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte am 2. November 2006 Berufung (act. B1). Die Berufung wurde dem Kläger mit Schreiben vom 16. November 2006 zugestellt (act. B8). Dieser äusserte sich mit Berufungsantwort vom 19. Dezember 2006 dazu und erhob gleichzeitig Anschlussberufung (act. B9). Berufungsantwort und Anschlussberufung wurden der Beklagten mit Schreiben vom 21. Dezember 2006 zugestellt (act. B11). Sie reichte am 29. Januar 2007 ihre Anschlussberufungsantwort ein (act. B12). b) Gemäss telefonischer Vereinbarung wurden die Parteien mit Schreiben vom 25. April 2007 (act. B16) zu einer Vorbereitungs- beziehungsweise Vergleichsverhandlung eingeladen. Anlässlich dieser Verhandlung am 7. Juni 2007 unterzeichneten die Parteivertreter einen mit einem Widerrufsvorbehalt bis zum 27. Juni 2007 belasteten Vergleich (act. B18). Mit Schreiben vom 19. Juni 2007 (act. B19) widerrief der Kläger den Vergleich. c) Da die Beklagte nicht auf den zweiten Schriftenwechsel im Sinne von Art. 234 Abs. 2 lit. a ZPO verzichtete (act. B23), wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich in einem solchen zum Rechtlichen zu äussern. Dementsprechend nahmen die Beklagte respektive der Kläger mit Eingaben vom 22. August 2007 (act. B26) respektive vom 21. September 2007 (act. B32) erneut Stellung. II. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, Art. 224 Abs. 1 lit. d, Art. 225, Art 232 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind. Zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 15 lit. d GO). Auf die Berufung und die Anschlussberufung ist einzutreten. III. A. Bonus 1. Hauptsächlich strittig ist, ob die als Bonus ausbezahlten Beträge als Gewinnbeteiligung im Sinne von Art. 322a OR oder als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren sind. Der Kläger macht einen pro rata Anspruch auf den Bonus bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. August 2002 geltend. Ein pro rata Anspruch besteht, wenn es sich um eine Gewinnbeteiligung beziehungsweise allgemein um einen Lohnbestandteil (Art. 322 OR) handelt. Handelt es sich dagegen um eine Gratifikation und wurde das Arbeitsverhältnis beendet, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation eingetreten ist, so besteht ein pro rata Anspruch nur, wenn dies verabredet wurde (Art. 322d Abs. 2 OR; Entscheid des Bundesgerichts 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1). Jeweils im

Dezember wurde zusammen mit G, Vertreter der Revisionsstelle, das Rohergebnis ermittelt und gestützt darauf vom Verwaltungsrat die Boni festgelegt (vi-act. 40 Aussage G; bekl. act. 3, 4, 5 und 6). Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. August 2002 erfolgte somit bevor der "Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung" (Art. 322d Abs. 2 OR) eingetreten war. Eine Abrede gemäss dieser Bestimmung wurde nicht behauptet und entsprechend gehen beide Parteien davon aus, dass der pro rata Anspruch besteht, wenn der Bonus als Gewinnanteil gemäss Art. 322d OR zu qualifizieren ist, dass hingegen kein Anspruch besteht, wenn der Bonus eine Gratifikation ist. Das Arbeitsverhältnis wurde durch Kündigung seitens der Arbeitgeberin beendet. Zuweilen wird angenommen, dass der Verlust des pro rata Gratifikationsanspruchs dann nicht eintrete, wenn der Arbeitgeber kündigt beziehungsweise wenn der Arbeitnehmer aus einem vom Arbeitgeber gesetzten Grund kündigt (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 28. April 2000, JAR 2001 198 ff., 201; Meier, Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis, ArbR 2001 61 ff., 75). Nach anderer Auffassung kommt es nicht darauf an, wer gekündigt hat. Der Arbeitgeber könne sich nur dann nicht auf Art. 322d Abs. 2 OR berufen, wenn seine Kündigung rechtsmissbräuchlich war, um den Gratifikationsanspruch zu verhindern (Stahelin, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 322d OR N 19 und 27 m. w. N.; Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Basler Diss., Bern 2007, N 610). Dem ist zu folgen. Dass die Kündigung durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich gewesen wäre, wurde nicht behauptet. Entsprechend geht auch der Kläger selber davon aus, dass es entscheidend darauf ankomme, ob man von einem Gewinnanteil oder einer Gratifikation ausgehe. 2. Der Begriff "Bonus" wird vom Gesetz im Zusammenhang mit der Vergütung im Arbeitsverhältnis nicht verwendet (Cramer, N 48; Vögeli Galli/Hehli Hidber, Bonuszahlungen: Möglichkeiten und Risiken, SJZ 97 (2001) 445 ff., 446; Meier, 64; Entscheide des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.2, 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3 und 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1). In der Praxis werden als Bonus ganz verschiedene Leistungsarten bezeichnet und die Abgrenzung, ob es sich um Leistungslohn, Anteil am Geschäftsergebnis, Gratifikation oder eine Mischform handelt, kann nur nach der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall vorgenommen werden (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 322a N 2 und 322d N 2; Stahelin, Art. 322d N 6, S. 207). Die Gratifikation nach Art. 322d OR ist eine Sondervergütung, welche die Arbeitgeberin zusätzlich zu einem Festlohn ausrichtet, wobei ihr ein mehr oder weniger grosses Ermessen über die Ausrichtung an sich oder deren Höhe zusteht. Sie hängt also immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Die Freiheit kann im Grundsatz und in der Höhe bestehen (echte Gratifikation). Eine Gratifikation liegt aber auch vor, wenn im Grundsatz eine Sondervergütung geschuldet ist und nur die Festsetzung der Höhe im Ermessen des Arbeitgebers steht (unechte Gratifikation). Eine zumindest gewisse Ermessensabhängigkeit bleibt damit Tatbestandsvoraussetzung der Gratifikation (BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620; 129 III 276 E. 2 S. 278; Entscheide des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.3, 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3, 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1 und 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006 E. 2.1; Streiff/von Kaenel, Art. 322d N 2 f.; Portmann, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 322d N 3, N 12; Stahelin, Gesperrte Optionen - als Lohn unzulässig? SJZ 101 (2005), 181 ff., 183 f.; Vögeli Galli/Hehli Hidber, 446 f.; Senti, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 2002 669 ff., 678; Cramer, N 88). Auch die unechte Gratifikation, auf die also grundsätzlich ein Anspruch besteht, deren Höhe jedoch nicht verbindlich

festgelegt wurde, bleibt somit Gratifikation und wird nicht zum Lohnbestandteil. Auch auf sie besteht daher mangels vertraglicher Abrede kein pro-rata-Anspruch (Art. 322d Abs. 2 OR). Der Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR ist ein vertraglicher Anspruch des Arbeitnehmers auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis. Damit nähert sich der Arbeitsvertrag einem partiarischen Rechtsgeschäft an (Stahelin, Art. 322a N 1). Ein verbindlicher vertraglicher Anspruch besteht nur, wenn die Entschädigung durch objektive Kriterien bestimmt oder zumindest bestimmbar ist (Entscheidung des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.4 und 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3; Portmann, Art. 322d N 16; Senti, 678; Cramer, N 163). Auch der Kläger selbst geht davon aus, der "Mechanismus zur Bemessung (müsse) klar und fest vereinbart sein" (vi-act. 11, Plädoyer, 8). In der Praxis wird zuweilen explizit verlangt, dass der Anteil am Geschäftsergebnis gemäss Art. 322a OR durch schriftlichen Vertrag vorgesehen sein müsse (JAR 2002 197; JAR 2003 228). Auch hier geht es aber nur darum, dass ein durchsetzbarer Rechtsanspruch nur bestehen kann, wenn sich dieser objektiv bestimmen lässt (und entsprechend also vertraglich vorgesehen ist), nicht aber wenn eine Entschädigung vom Ermessen des Arbeitgebers abhängt. Bei der Gewinnbeteiligung, um die es hier geht, bedeutet dies, dass die vertragliche Regelung jedenfalls den auf den betreffenden Arbeitnehmer fallenden Prozentanteil bestimmen muss (JAR 2002 197; Streiff/von Kaenel, Art. 322a N 4; Senti, 678). Die Lehre fordert darüber hinaus zum Teil, dass auch die Berechnungsart des Gewinns vertraglich fixiert sein muss. Dabei sei besonders zu regeln, ob Abschreibungen, Verwaltungsrats honorare, Zins für das Eigenkapital etc. vorweg in Abzug kämen (Streiff/von Kaenel, Art. 322a N 4). Gemäss dem Wortlaut von Art. 322a Abs. 1 OR ist der Gewinnanteil, wenn denn ein Anspruch auf einen solchen vereinbart wurde, "nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen". Die Vereinbarung der Berechnungsart ist daher nicht zwingend. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass diese Grundsätze über die Gewinnberechnung einen sehr grossen Ermessensspielraum belassen (Geiser, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP 2002 382 ff., N 3.37), weshalb denn auch eine ausführliche vertragliche Regelung der Berechnungsart empfohlen wird (Stahelin, Art. 322a N 3; Geiser, N 3.37). Die Vorschriften zur Gewinnberechnung gemäss Art. 322a Abs. 1 OR kommen jedoch nur zur Anwendung, wenn die Parteien bezüglich Gewinnberechnung nichts vereinbart haben. Der Parteiwille geht vor (BGE 81 II 147; Stahelin, Art. 322a N 3; Streiff/Von Kaenel, Art. 322a N 4 S. 216, wobei sie fälschlicherweise darauf hinweisen, nach Stahelin bei N 8 seien die Parteien bei der vertraglichen Festlegung nicht völlig frei). Entscheidendes Merkmal zur Abgrenzung der Gratifikation von der Gewinnbeteiligung ist somit, ob der Beklagten bei der Ausrichtung überhaupt oder bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung ein Ermessen zustand oder nicht. 3. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die in der Aktennotiz vom 30. Dezember 1996 (kläg. act. 5) festgehaltene Regelung so besprochen worden war und folgerte, dass eine mündliche Vereinbarung bestand, wonach die Geschäftsleitungsmitglieder einen festen Anspruch auf Auszahlung eines Bonus hatten (Urteil, 8 oben). Weiter führte die Vorinstanz aus, der Verwaltungsrat sei in der Bemessung der Boni nicht frei gewesen. Die in der Aktennotiz vom 30. Dezember 1996 (kläg. act. 5) festgehaltene Abmachung, wonach der Bonus zu gleichen Teilen aufgeteilt werde, sei im Jahr 1997 in bezug auf C, E und den Kläger eingehalten worden. In den Jahren 1998 bis 2001 hätten C und der Kläger jeweils den gleichen Bonus erhalten, während der Bonus von E geringer ausfiel. Daraus schloss die Vorinstanz, dass die Boni im Verwaltungsrat nach

einem bestimmten Vorgehen aufgeteilt wurden, wobei C und der Kläger jeweils gleichviel erhalten hätten. Die Bemessung der Boni sei nicht im völligen Ermessen des Verwaltungsrats gelegen; er sei zum Voraus genügend bestimmt gewesen (Urteil, 9 oben). Zudem ging die Vorinstanz davon aus, der Bonus von C und dem Kläger sei nicht aufgrund ihrer Leistung, sondern einzig aufgrund des Geschäftsergebnisses bemessen worden (Urteil, 9 unten). Die Vorinstanz kam zum Schluss, beim Bonus handle es sich um Lohn in Form der Gewinnbeteiligung im Sinne von Art. 322a OR (Urteil, 10 lit. e). Die Beklagte bestreitet die Feststellung der Vorinstanz, die Auszahlung und Berechnung des Bonus sei mündlich so vereinbart worden, wie es die Aktennotiz vom 30. Dezember 1996 festhalte (Berufung, 9 unten). Nach Ansicht der Beklagten war im vorliegend zu beurteilenden Fall allein der Verwaltungsratsausschuss beziehungsweise der Verwaltungsrat für die Ausrichtung und Bemessung der Gehälter der Partner beziehungsweise für die Entlohnung der Geschäftsleitungsmitglieder zuständig. Dies habe er nach seinem Ermessen tun können (Berufung, 6 oben). Die Beklagte führt aus, die Aktionäre, welche die Beklagte vor der Beteiligung des Klägers hielten, hätten zu hohe finanzielle Begehrlichkeiten der neuen Partner (wozu auch der Kläger gehörte) vermeiden und sich daher in diesen Belangen in jedem Fall das letzte Wort vorbehalten wollen. Dies sei gleichzusetzen mit einem massgeblichen Ermessen des Verwaltungsratsausschusses beziehungsweise des Verwaltungsrats bei der Festlegung der Entlohnung, was selbstverständlich nicht nur für den Grundlohn, sondern auch für die Boni gegolten habe (Berufung, 7 oben). Dies bestätige auch das Organisationsreglement der Beklagten vom 2. Mai 1997 (bekl. act. 1), welches in seiner Ziff. 6.1 Abs. 2 festhalte, dass die Einstellung, Entlassung und Entlohnung der Geschäftsleitungsmitglieder durch den Verwaltungsrat vorgenommen werde und der Aktionärbindungsvertrag (undatiert, kläg. act. 6), in dessen Ziff. 3 Abs. 2 vereinbart worden sei, dass der aus C und D bestehende Verwaltungsratsausschuss die Gehälter der Partner, die Verwaltungsrats honorare und die Tantiemen festsetze (Berufung, 7 Mitte). Dem sei in der Folge auch nachgelebt worden, indem der Verwaltungsratsausschuss beziehungsweise der Verwaltungsrat jedes Jahr die Grundlöhne neu festgelegt, aber auch den für die Boni zur Verfügung stehende Gesamtbetrag definiert und anschliessend nach seinem Ermessen unter den Mitgliedern der Geschäftsleitung aufgeteilt habe (Berufung, 7 unten). Der von der Vorinstanz als Zeuge einvernommene G habe bestätigt, dass der Verwaltungsratspräsident allein für die Verteilung der Boni zuständig gewesen sei und diese jeweils nach seinem Ermessen den einzelnen Mitgliedern der Geschäftsleitung zugeteilt habe (Berufung, 7 unten). Es sei für alle Beteiligten klar gewesen, dass die Auszahlung der Boni in die alleinige Kompetenz des Verwaltungsratsausschusses beziehungsweise des Verwaltungsrats fiel, welcher diese Kompetenz nach freiem Ermessen habe ausüben können (Berufung, 10 Mitte). Die Höhe des Geschäftsergebnisses sei nur für die Bestimmung der Maximalsumme, die für die Ausrichtung der Bonuszahlungen an sämtliche Geschäftsleitungsmitglieder zur Verfügung stand, relevant gewesen (Berufung, 11 Mitte). Entscheidend für die Qualifikation der Zahlungen sei, ob die aus dem gesamthaft zur Verfügung stehenden Betrag an die einzelnen Geschäftsleitungsmitglieder ausgerichteten Boni in einem absolut berechenbaren bezug zum Unternehmenserfolg gestanden seien, oder ob der Verwaltungsrat diese Einzelzahlungen nach Ermessen festgelegt habe (Berufung, 11 f.). Aus einer Übersicht über die effektiv geleisteten Bonuszahlungen sei sodann ersichtlich, dass die anfängliche Idee, allen Geschäftsleitungsmitgliedern gleichmässige Boni auszuschütten, nicht umgesetzt worden sei (Berufung, 13 oben). Die Beklagte führt weiter aus, die Boni seien jeweils von der Leistung der Geschäftsleitungsmitglieder

abhängig gewesen (Berufung, 13 f.). Bei den als Boni ausbezahlten Beträgen an die Mitglieder der Geschäftsleitung habe es sich daher um Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR gehandelt. Eine pro rata Vergütung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei nicht vereinbart worden, weshalb sie auch nicht geschuldet sei (Berufung, 16 unten). Nach Ansicht des Klägers bildete die Aktennotiz vom 30. Dezember 1996 (kläg. act. 5) die Basis der Anstellung des Klägers und der Zuweisung des Lohns inklusive Bonus (Berufungsantwort, 4 unten). Es stimme nicht, dass die über den Grundlohn hinausgehenden Lohnbestandteile jedes Jahr "in freier Kompetenz und freiem Ermessen festgelegt" worden seien (Berufungsantwort, 5 unten). Gemäss G habe der insgesamt für den Bonus zur Verfügung stehende Betrag direkt mit dem wirtschaftlichen Erfolg der Beklagten korreliert (Berufungsantwort, 6 oben). Die Bonuszuweisung sei dann nach einem klaren Schema vorgenommen worden (Berufungsantwort, 6 Mitte). Der Kläger bestreitet, dass es im Hinblick auf die Festsetzung der einzelnen Boni ein Ermessen gegeben habe und dass es je zu einer Ermessensbetätigung gekommen sei (Berufungsantwort, 8). Der Kläger habe immer gleich viel Bonus erhalten wie C, insbesondere sei dieses Verhältnis von keiner Leistungskomponente begleitet gewesen (Berufungsantwort, 9). Der Kläger schliesst, der jahrelang vorbehaltlos und berechenbar ausgerichtete Bonus sei ein Lohnbestandteil gewesen (Berufungsantwort, 10 unten).

E. 4

a) Die Vorinstanz ging davon aus, die Aktennotiz vom 30. Dezember 1996 (kläg. act. 5) mit dem Titel "Beteiligung X" enthalte eine mündliche Vereinbarung zur Bestimmung des Bonus, welche durch das spätere Verhalten bestätigt worden sei. Daher sei der Bonus Lohnbestandteil. Die entsprechende Passage in der Aktennotiz unter dem Titel Gewinnbeteiligung lautet: "Da die Dividenden aus steuertechnischen Gründen relativ niedrig ausfallen und der auszuschüttende Gewinn soweit möglich als Lohn ausbezahlt wird, wird folgendes Gewinnbeteiligungsmodell definiert: Nach provisorischem Abschluss der Buchführung und Auszahlung der Mitarbeitergratifikation wird im VR-Ausschuss festgelegt, wieviel Gewinn für einen Bonus zur Verfügung steht. Der Bonus wird zu gleichen Teilen aufgeteilt". Ausserdem enthielt die Aktennotiz unter dem Titel "Organisation" fest: "D als Direktor und C als Delegierter des Verwaltungsrats bilden den Verwaltungsratsausschuss. Dieser Ausschuss ist alleine für die Festsetzung der Gehälter der Partner sowie die Buchführung zuständig". Der Kläger selbst umschrieb ursprünglich die Bedeutung dieser Aktennotiz wie folgt: "Ein eigentliches Reglement zur Ausrichtung des Bonus existiert nicht. Vielmehr besteht eine Meinungsäusserung des Hauptaktionärs C im Zusammenhang mit der Beteiligung des Klägers an der Beklagten..." (Klage, 4). Später machte er dann geltend, 1996, im Zusammenhang mit der Beteiligung des Klägers an der Beklagten, habe man fest vereinbart, wie die Anteile zu bemessen seien, nämlich "zu gleichen Teilen"; die Aktennotiz sei die "Grundlage" hierfür gewesen (vi-act. 11, Plädoyer, 4 f. und 6). b) Zweifellos ergibt sich aus der Aktennotiz, dass die Absicht ("Meinungsäusserung") bestand, den Bonus zu gleichen Teilen aufzuteilen. Fraglich ist aber, ob darüber hinaus zwischen den vier Aktionären ein entsprechender Bindungswille bestand. War es also die Meinung, dass jedem der vier Aktionäre zwingend gleich viel ausbezahlt war. Hierfür trägt der Kläger nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Beweislast, denn er begründet seinen Anspruch mit der Vereinbarung eines entsprechenden Lohnbestandteils. Somit muss er auch die Voraussetzungen für einen solchen Lohnbestandteil nachweisen. In seiner Eingabe zum Rechtlichen (act. B32, 3 Ziff. 4) führte der Kläger aus, die Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, ihre zentrale Behauptung

(Bonus nach freiem Ermessen durch ein Gesellschaftsorgan festgelegt) auch nur ansatzweise zu belegen. Soweit er damit geltend machen wollte, die Beklagte treffe die Beweislast, wäre dem nicht zu folgen. Falls die Beklagte dartun kann, dass die Bonus-Festlegung in ihrem Ermessen lag, tut sie dies vielmehr im Rahmen ihres Gegenbeweises. Gegen einen entsprechenden Bindungswillen spricht, dass keine schriftliche Regelung getroffen wurde. Weder enthält der Arbeitsvertrag (kläg. act. 3) entsprechende Regelungen, noch erstellte die Beklagte ein Bonusreglement (welches Bestandteil des Arbeitsvertrages geworden wäre). Insbesondere enthält der Aktionärbindungsvertrag (kläg. act. 6) keine Bestimmungen zum Bonus. Die Beklagte ist zwar nicht Partei des Aktionärbindungsvertrags, doch regelt dieser die wesentlichen Beziehungen der Aktionäre untereinander. Hätte man eine für die Parteien des Aktionärbindungsvertrags bindende Regelung betreffend der Boni treffen wollen - hätte man insbesondere diejenigen Parteien des Aktionärbindungsvertrags, die Mitglied des Verwaltungsratsausschusses waren, verpflichten wollen, bei der Verteilung der Boni bestimmte Kriterien anzuwenden - wäre zu erwarten gewesen, dass man dies zumindest im Aktionärbindungsvertrag getan hätte, nachdem der Arbeitsvertrag nichts regelte. Ziff. 3 Abs. 2 des Aktionärbindungsvertrags (kläg. act. 6) enthält stattdessen nur die Bestimmung, dass C und D den Verwaltungsratsausschuss bilden, "der die Gehälter der Partner, die Verwaltungsrats honorare und die Tantiemen festsetzt". Weiter wird auf das Organisationsreglement der Beklagten verwiesen, wo aber keine weitere Präzisierung erfolgt (vgl. bekl. act. 1, Ziff. 6.1 Abs. 2). Von den beiden oben erwähnten Elementen der Aktennotiz - Festlegung der Gehälter ausschliesslich durch C und D einerseits und Gewinnverteilung nach gleichen Anteilen andererseits - ist somit nur das erste Element in den Aktionärbindungsvertrag aufgenommen worden. Dieses Verhalten der Parteien im Rahmen der Aufnahme des Klägers und E als Partner auf den 1. Januar 1997 spricht gegen eine bindende Verpflichtung der Arbeitgeberin, jedem Aktionär einen Viertel des Gesamtbonus zu schulden. Die vorne unter Ziff. 2 angeführte Praxis des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte zur Abgrenzung zwischen Lohnbestandteilen beziehungsweise Gratifikationen bei Bonus-Zahlungen befasste sich denn auch durchwegs mit schriftlichen Bonusregelungen, die auf ihren Ermessensspielraum überprüft wurden. c) Der Kläger beruft sich sodann auf die Gewinnverteilungspraxis in den Folgejahren. Auch die Vorinstanz ging davon aus, dass die spätere tatsächliche Handhabung die aufgrund der Aktennotiz mündlich getroffene Abrede bestätige. aa) In den Jahren 1997 bis 2002 wurden effektiv (respektive prozentual von den an die Geschäftsleitungsmitglieder gesamthaft ausgeschütteten Boni) an die Geschäftsleitungsmitglieder der Beklagten folgende Boni geleistet (in Fr. 1'000.-; Bruttobeträge gemäss bekl. act. 2; bekl. act. 10; bekl. act. 11; kläg. act. 11; vgl. auch Berufung, 13):

| | Kläger | | C | | E | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|------|--------|----|-------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|-----------|-----------|-----------|-------|-------|-------|-----|-------|-------|------|-----|-------|-----|-------|-----|-------|-----|-------|-----|------|-----|-------|-----|-------|-----|-------|----|------|-----|------|-----|-------|-----|-------|----|-------|-----|------|-----|-------|-----|-------|----|-------|-----|
| | D | F | Total | Spalte 1 | Spalte 2 | Spalte 3 | Spalte 4 | Spalte 5 | Spalte 6 | Spalte 7 | Spalte 8 | Spalte 9 | Spalte 10 | Spalte 11 | Spalte 12 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 1997 | 120 | 24 | 120 | 24 | 120 | 24 | 120 | 24 | 140 | 28 | 500 | 1998 | 182 | 26.33 | 190 | 27.49 | 179.2 | 25.93 | 140 | 20.25 | 691.2 | 1999 | 210 | 26.92 | 210 | 26.92 | 150 | 19.23 | 210 | 26.92 | 780 | 2000 | 220 | 33.59 | 220 | 33.59 | 150 | 22.90 | 65 | 9.92 | 655 | 2001 | 135 | 39.13 | 135 | 39.13 | 75 | 21.74 | 345 | 2002 | 290 | 50.43 | 225 | 39.13 | 60 | 10.43 | 575 |

Bereits im ersten Jahr, 1997, wurden die Boni nicht im Sinn der Aktennotiz "zu gleichen Teilen" aufgeteilt. Vielmehr erhielt D mehr als die andern drei Aktionäre. Sodann erhielt insbesondere E ab 1998 weniger. bb) Sodann ist festzuhalten, dass der vom Kläger zur Berechnung seiner Klageforderung geltend gemachte Mechanismus zur Bestimmung des Bonus, dem in der Aktennotiz festgehaltenen Mechanismus gerade nicht entspricht. Der Kläger behauptet,

man sei "nach 1998" (Replik, 6 oben) so vorgegangen, dass der Bonus für E in einem ersten Schritt gesondert und kleiner bestimmt wurde; in einem zweiten Schritt sei der verbliebene Betrag dann hälftig zwischen ihm und C geteilt worden (Klage, 4; Replik, 6; Berufungsantwort 9 oben). Die Aktennotiz bezog sich auf alle vier Aktionäre. Sie behandelt die "Beteiligung" der beiden Neu-Aktionäre und die Stellung der beiden Alt-Aktionäre. Eine verbindliche Regelung gemäss Aktennotiz, wenn denn eine solche entstanden wäre, hätte somit alle vier Aktionäre umfasst. In diesem Sinn macht denn auch der Kläger selber geltend, Aktennotiz, Aktienbeteiligung, die weitere Organisation der Unternehmung und der Aktionärbindungsvertrag seien in einem "inneren Zusammenhang" gestanden (Replik, 5 unten). Den Passus "zu gleichen Teilen" kann man daher nur so verstehen, dass jeder der vier Aktionäre 25% erhält und nicht, dass vorerst für irgendeinen der Aktionäre ein Betrag bestimmt wird und nur die andern Aktionäre (zu denen dann aber auch D gehören würde) unter sich gleich viel erhalten. cc) Letztlich bedeutet die Argumentation des Klägers, dass vorerst eine mündliche Vereinbarung zwischen allen vier Aktionären gemäss Aktennotiz zustande gekommen wäre, die dann aber nach 1998 geändert worden wäre. Wie es dazu kam, schildert er wie folgt: Es sei zu einer Diskussion um die Bonusaufteilung unter den drei Herren C, E und A gekommen. Er, der Kläger, habe auf die unterschiedliche Stellung und Funktion im Betrieb (A: Einzelunterschrift, Vizedirektor und später Volldirektor; E: Kollektivunterschrift und Prokurist) verwiesen. "Vor diesem Hintergrund sind der Kläger und Herr C übereingekommen, den Bonus für Herrn E (...) in einem ersten Schritt gesondert und kleiner zu bestimmen..." (Replik, 6 oben). "Für die Höhe des Bonus von Herrn E war jedoch ... Herr C verantwortlich und nicht der Kläger, da dieser nie Mitglied des Verwaltungsrates war" (Replik, 4 Mitte). Die Beklagte ihrerseits führte dazu aus, der Kläger habe damals zuhanden des Verwaltungsrats beantragt, die Aufteilung des Bonus fortan nach Leistung abzustufen. Ein Mitaktionär habe seine Leistung nicht voll erbracht und solle daher weniger erhalten. Der Kläger sei mit seinem Antrag durchgedrungen und entsprechend habe E ab 1998 leistungsabhängig einen tieferen Bonus erhalten (Klageantwort 4f.; Duplik 8; Berufung 14). Dass lediglich die formale Stellung Grund für die unterschiedlichen Boni gewesen sein soll, ist zu verneinen. Wäre allein die formale Stellung ein entscheidendes Bonuskriterium gewesen, wäre die Abstufung schon von Beginn weg entsprechend erfolgt (und nicht erst nach zwei Jahren). Deshalb ist mit der Beklagten davon auszugehen, dass der Bonus von E aus Leistungsgesichtspunkten niedriger als die Boni des Klägers und C ausfiel und der Bonus demzufolge eine Leistungskomponente aufweist. Auch die Abstufung der Boni nach der formalen Stellung würde letztendlich bedeuten, dass der Bonus eine Leistungskomponente hatte, muss doch davon ausgegangen werden, dass der Kläger gerade wegen seiner als besser beurteilten Leistung eine höhere Stellung besetzte als E. Hinzu kommt aber entscheidend etwas anderes. Auch die klägerische Darstellung bestätigt letztlich, dass die Bonusaufteilung zumindest in bezug auf die Höhe im Ermessen des Verwaltungsratsausschusses lag. Der Kläger macht zwar Gleichbehandlung mit C geltend. Zum voraus bestimmt oder nach objektiven Kriterien bestimmbar war damit sein eigener Bonusanspruch aber nicht. Denn der Betrag hing davon ab, wieviel zuvor E zugestanden wurde. Und diesen Betrag bestimmte auch nach Darstellung des Klägers C. Es kann daher offen bleiben, ob die vom Kläger behauptete Gleichbehandlung zwischen ihm und C damals vereinbart wurde. Im Übrigen wäre eine solche aber ebenfalls zu verneinen. Wäre es so gewesen, dass gestützt auf die Aktennotiz ein verbindlicher Schlüssel zwischen den vier Aktionären vereinbart worden wäre, hätten auch alle vier Aktionäre mit der behaupteten Vertragsänderung

einverstanden sein müssen. Der Kläger behauptet aber nur eine Einigung zwischen ihm und C. Bestanden aber eben, wie hier dargelegt, gar keine verbindlichen Kriterien und galt somit einzig die Regelung im Aktionärbindungsvertrag, wonach der Verwaltungsratsausschuss die Gehälter der Partner, die Verwaltungsratshonorare und Tantiemen festsetzt, dann konnte der Verwaltungsrat ohne weiteres eine bisher geübte Praxis ändern, indem er auf das Ansinnen des Klägers einging. Daraus kann noch nicht eine verbindliche Vereinbarung zwischen den Parteien abgeleitet werden, wonach der Kläger einen durchsetzbaren Anspruch auf den gleichen Bonus wie C erhalten sollte. Auch hier spricht gegen den Bindungswillen, dass nichts Schriftliches geregelt wurde und vielmehr die Kompetenz des Verwaltungsratsausschusses gemäss Aktionärbindungsvertrag unverändert bestehen blieb. Schliesslich hat auch der Zeuge G mehrfach und unmissverständlich bestätigt, dass es keine Grundlage für die Aufteilung der Boni gegeben habe, dass das vielmehr der Präsident der Verwaltung nach seinem Ermessen gemacht habe (vi-act. 40, 4 oben und 6 Mitte). d) Erhebliches Ermessen bestand aber nicht nur, weil es keine verbindliche Regelung über einen Verteilschlüssel gab, sondern auch in bezug auf die Bestimmung des Gewinnes und des gesamthaft als Boni zu verteilenden Betrages an sich. Vorne (Ziff. 2) wurde dargelegt, dass das Fehlen einer konkreten Regelung zur Gewinnberechnung nicht zwingend bedeutet, dass ein Bonus keine Gewinnbeteiligung gemäss Art. 322a OR sein kann, weil diese Bestimmung diesfalls auf die gesetzlichen Regelungen verweist. Immerhin lassen die gesetzlichen Bestimmungen aber einen erheblichen Ermessensspielraum, weshalb die Lehre durchwegs eine vertragliche Regelung empfiehlt. Dass hier kein entsprechendes Bonusreglement aufgestellt wurde, ist somit jedenfalls ein Indiz gegen eine Qualifikation des Bonus als Lohnbestandteil. Hinzu kommt, dass aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen zwar der Gewinn in einer gewissen Grössenordnung errechnet werden kann (und im Streitfall von einem Experten bestimmt werden könnte), jedoch bleibt dann immer noch die konkrete Gewinnverwendung offen. Der Zeuge G sagte zum Beispiel in bezug auf das Vorgehen bei den Vorbesprechungen im Dezember der jeweiligen Jahre, nach Festlegung des Rohergebnisses, habe man bestimmt, wieviel Dividende man ungefähr ausschütten wolle. Dann habe man die Gesamtsumme für die Boni festgelegt. Im Jahr 2000 habe es zum Beispiel drei Varianten für die Gesamtboni gegeben (300'000.-, 350'000.- und 400'000.-), je nach Ergebnis, mit dem man [für die Dividendenausschüttung] abschliessen wollte (vi-act. 40, 5 oben). Bei diesen Besprechungen war immer C dabei, manchmal auch D und der Kläger (bekl. act. 3, 4, 5 und 6). Auch bei der offenbar jeweils später noch durchgeführten Schlussbesprechung waren nicht immer alle Aktionäre dabei (Aussage G, vi-act. 40, 7 Mitte). Es war also nicht etwa so, dass die für die Verteilung der Boni zur Verfügung stehende Gesamtsumme durch einen einvernehmlichen Beschluss festgelegt werden musste, vielmehr konnte offenbar C abschliessend über die dafür wesentlichen Parameter entscheiden. Entsprechend führte auch der Kläger selber aus, es treffe zu, dass zuerst das Rohergebnis ermittelt worden sei, eine entsprechende Aufteilung auf Dividende und Bonus des Gesamtbetrages erfolgte und es treffe auch zu, dass hierfür feste Formeln nicht vorgegeben waren (Berufungsantwort, 8 zu lit. b). e) Zusammenfassend ergibt sich, dass jedenfalls hinsichtlich der Höhe des Bonus keine Bestimmbarkeit, sondern vielmehr ein erheblicher Ermessensspielraum bestand. Der Bonus war demnach eine Gratifikation. Nicht entscheidend ist angesichts der dargelegten Umstände, worauf die Vorinstanz und entsprechend der Kläger (Berufungsantwort, 10 zu lit. e) hinweist, nämlich dass in der Aktennotiz (kläg. act. 5) nur von "Lohn" die Rede sei ("der auszuschüttende Gewinn soweit möglich als Lohn ausbezahlt"). Auch im Aktionärbindungsvertrag ist nur von den

"Gehältern der Partner" die Rede, die vom Verwaltungsratsausschuss festgelegt werden. Die Gratifikation ist zwar kein Lohnbestandteil. Sie bildet aber, auch wenn sie freiwillig ausgerichtet wird, ein zusätzliches, nachträglich ausgerichtetes Entgelt für die Leistung des Arbeitnehmers während einer bestimmten Zeit (Stahelin, Art. 322d N 2). Es können daher, insbesondere bei Laien, mit den Worten "Gehältern" beziehungsweise "Lohn" einfach alle Entschädigungen für Arbeitsleistungen gemeint sein, ohne dass juristisch genau zwischen Lohnbestandteilen und Gratifikation unterschieden wird. Ebenfalls unbehelflich ist der Einwand, dass die Beklagte nicht genau sagen könne, wer denn jeweils entschieden habe; C oder der Verwaltungsratsausschuss bestehend aus C und D, und dass sie auch keine Verwaltungsratsprotokolle vorlegen könne, woraus die Beschlussfassung hervorgehe (Plädoyer, vi-act. 11, S. 8). C war Delegierter des Verwaltungsrats und Vorsitzender der Geschäftsleitung; D war Direktor (kläg. act. 5, S. 1 unten). Offenbar befasste sich der vor dem Ausscheiden stehende D (kläg. act. 5, S. 1 Mitte) auch nicht mehr im Einzelnen mit den Geschäften. Gemäss Darstellung des Klägers hatte sich D aus der aktiven Geschäftsleitung zurückgezogen und seinen Aktienanteil nach und nach veräussert (Berufungsantwort, 8 zu lit. c). Der Kläger kann nichts daraus ableiten, wenn D die formell dem Verwaltungsratsausschuss zustehenden Entscheidungsbefugnisse C überliess und dessen Entscheidungen zum voraus oder im Nachhinein genehmigte. Auch der Kläger fasste die Stellung von C in diesem Sinn auf, wenn er behauptete, er und C seien übereingekommen, die Boni neu festzulegen (vgl. oben Ziff. 4c/cc). Unbehelflich ist schliesslich auch der Hinweis der Vorinstanz, der für die Boni zur Verfügung stehende Betrag sei immer aufgrund des Geschäftsergebnisses festgelegt worden und sei daher offensichtlich von der Höhe des Erfolges abhängig gewesen (Urteil, 8 unten). Dass dem so ist, ist eine Selbstverständlichkeit. Auch Gratifikationen haben regelmässig einen Bezug zum Betriebsergebnis; aber der Bezug ist nicht festgeschrieben, nicht berechenbar (Vögeli Galli / Hehli Hidber, 446). 5. Vorne (Ziff. 2) wurde dargelegt, dass die sog. unechte Gratifikation, auf die also im Grundsatz jedoch nicht in einer bestimmten oder bestimmaren Höhe ein Anspruch besteht, Gratifikation bleibt und nicht zum Lohnbestandteil wird. Auch auf sie besteht daher mangels vertraglicher Abrede kein pro rata Anspruch gemäss Art. 322d Abs. 2 OR. Was der Kläger sonst noch vorbringt beziehungsweise sich aus den Umständen ergibt, läuft darauf hinaus, einen solchen grundsätzlichen Gratifikationsanspruch zu begründen: a) Der Kläger argumentierte immer wieder, die Bonuszahlungen seien "vorbehaltlos" erfolgt (Replik 4 oben; Plädoyer, vi-act. 11, S. 4; Eingabe zum Rechtlichen, act. B32, S. 4). Es trifft zu, dass kein Vorbehalt der Freiwilligkeit gemacht wurde; jedenfalls ist nichts Diesbezügliches behauptet und nachgewiesen. Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorhaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist (BGE 129 III 278 m. w. N.). Hat der Arbeitgeber immer etwas bezahlt, jedoch nicht immer die gleichen Beträge, wird ihm wenigstens zugestanden, die betragsmässige Festsetzung auch in Zukunft von Fall zu Fall nach billigem Ermessen vorzunehmen. Das bedeutet, dass sich die ursprünglich echte zu einer unechten Gratifikation gewandelt hat. Hat der Arbeitgeber dagegen nach dieser Praxis die Höhe der Gratifikation während mehrerer Jahre unverändert gelassen, ist er für die Zukunft auch betragsmässig gebunden. In diesem letzteren Fall mutiert also die ursprünglich echte Gratifikation sogar zu einem Lohnbestandteil (BGE 129 III 279; Portmann, Art. 322d N 10 m. w. N.; Senti, 678). Diese Praxis wird in dem Sinn kritisiert, dass nach dem Vertrauensprinzip aus freiwilligen Leistungen allgemein nicht auf einen

Verpflichtungswillen geschlossen werden darf (Portmann, Art. 322d N 10). Das Bundesgericht hat einschränkend festgestellt, dass sich die Annahme einer konkludenten Vereinbarung nur dann rechtfertigt, wenn der Arbeitgeber während der Zeit der Ausrichtung auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung (BGE 129 III 281). Dass das Ermessen nicht in Anspruch genommen wird, bedeutet also nicht, dass es nicht besteht. Der Kläger beruft sich auf die in den Jahren 1999 bis 2001 (drei Jahre) bezahlten Beträge. Er hat aber, wie die oben stehende Tabelle (Ziff. 4c/aa) zeigt, in diesen drei Jahren nicht immer den gleichen Betrag erhalten, weder in absoluten Zahlen, noch prozentual zum Total des zur Verteilung gelangenden Betrages. Es lässt sich auch nicht sagen, aufgrund der Zahlungen ergebe sich ein Berechnungsschema, aufgrund dessen der Kläger mit Bestimmtheit in der Zukunft seinen Anspruch hätte berechnen können. Die vorbehaltlose Zahlung kann daher nach dem Vertrauensprinzip höchstens einen grundsätzlichen Anspruch (unechte Gratifikation) begründen, nicht jedoch einen unbedingten Lohnanspruch. b) Dass ein grundsätzlicher Anspruch bestand, ist auch aus den weiteren Umständen abzuleiten. Die Aufnahme des Klägers in die Geschäftsleitung und ins Aktionariat der Beklagten ging einher mit seiner Aufnahme in den Kreis der bonusberechtigten Personen. Zusammen mit der Absicht, eine doppelte Besteuerung der Gewinne der Beklagten möglichst zu vermeiden und dementsprechend zu Lasten einer hohen Dividende möglichst Zahlungen unter dem Titel des Arbeitsvertrags an die Aktionäre zu tätigen, spricht dies gegen die Annahme eines völlig freien Ermessens bei der Zusprechung der Boni. Die dadurch gewollte Steuervermeidung lohnt sich für den einzelnen Aktionär nämlich nur, wenn er anstelle der Dividende eine Zuwendung als Arbeitnehmer erhält. Erhält er dagegen weder unter dem Titel des Gesellschaftsrechts noch unter dem Titel des Arbeitsvertrags eine Zahlung (weil die ihm als Aktionär eigentlich zustehende Dividendenzahlung unter dem Titel des Arbeitsvertrags als Bonus an einen anderen Arbeitnehmer[-aktionär] entrichtet wird) respektive ist Letztere wesentlich geringer als Erstere, so steht er individuell - trotz gesamthaft gesehen geringerer Steuerbelastung aller betroffenen Subjekte - wirtschaftlich schlechter da (als wenn ihm die steuerlich nicht attraktive Dividende ausbezahlt worden wäre). Von der Zustimmung der Aktionäre zu einer solchen Regelung kann nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die bei der Beklagten angestellten Aktionäre je von dieser Lösung (Boni anstelle von Dividenden) profitieren sollten. Mehr als einen grundsätzlichen Anspruch auf einen Bonus (Gratifikation) kann man aus dieser Interessenlage aber umgekehrt auch nicht ableiten. Die Vorinstanz führte aus, wäre der Betrag nicht in der Form des Bonus ausgerichtet worden, hätten die Geschäftsleitungsmitglieder einen entsprechenden Betrag als Dividende erhalten (Urteil, 8 unten). Damit wird sinngemäss nicht mehr nur von einem arbeitsrechtlichen Gewinnbeteiligungsanspruch gemäss Art. 322a OR ausgegangen, sondern von einer aktienrechtlichen (verdeckten) Gewinnausschüttung. Wenn dem so wäre, hätte der verhältnismässige Aktienbesitz das entscheidende Kriterium zur Bemessung der Boni sein müssen. Solches wurde nie behauptet und scheint auch tatsächlich nicht der Fall gewesen zu sein: Die Beteiligungsverhältnisse an der Beklagten sind im Detail zwar nicht bekannt, doch hielt der Kläger 25% der Beklagten und C wird als Mehrheitsaktionär bezeichnet (Berufung, 6; implizit bestätigt durch den Kläger in Berufungsantwort, 4 zu Ziff. 3 lit. a), hielt also klar mehr Aktien als der Kläger. Die Zuteilung entspricht dem aber nicht (vgl. Übersicht Ziff. 4c/aa). 6. Zusammenfassend hat sich somit ergeben, dass die Boni zwar im Grundsatz nicht freiwillig waren, dass die Beklagte bei deren Festlegung in

der Höhe jedoch Ermessen zukam (vgl. Ziff. 4). Sie sind daher als (unechte) Gratifikation zu qualifizieren.

E. 7

a) Eine Gratifikation nach Art. 322d OR muss aufgrund ihrer Natur zum unbedingt geschuldeten Lohn in einem akzessorischen Verhältnis stehen. Das Bundesgericht geht von einer wirtschaftlichen Akzessorietät aus. Es spricht dem Arbeitnehmer bei Verletzung derselben die Gratifikation ganz oder teilweise unter dem Titel des Lohns zu: In BGE 131 III 615 E. 5.2 stellte das Bundesgericht fest: "Enfin, la gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif" (Hervorhebung beige). Danach müsste man schliessen, der gesamte Bonus werde zum Lohnbestandteil, unabhängig davon, dass die Parteien (was aus dem bestehenden Ermessen folgt) Freiwilligkeit (zumindest im Betrag) vorbehielten. Mit andern Worten wäre die Betragshöhe das entscheidende Kriterium, welches das Kriterium der fehlenden Bestimmbarkeit verdrängt. In BGE 129 III 276 E. 2.1 führte das Bundesgericht stattdessen aus: "...dass es auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird...Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Fraglich erscheint allerdings, wo die entsprechende Grenze zu ziehen ist" (Hervorhebung beige; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts 4C.6/2003 vom 24. April 2003 E. 2.2). Die (neuere) Lehre bezieht sich meist auf BGE 129 III 276 und spricht sich demgemäss dafür aus, dass gegen die wirtschaftliche Akzessorietät der Gratifikation verstossende Abreden sich nach den Grundsätzen der modifizierten Teilnichtigkeit als Vereinbarungen eines Anteils am Reingewinn gemäss Art. 322a OR aufrechterhalten lassen (Stahelin, Art. 322d N 3; Cramer, N 83). Ein noch als akzessorisch zu betrachtender Betrag wäre somit Gratifikation und damit nicht pro rata geschuldet. Der Rest wäre Lohnbestandteil und pro rata geschuldet. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der in BGE 131 III 615 geäusserten Meinung fehlt (vgl. einzig die Zusammenfassung bei Koller, ZbJV 142 (2006) 430 ff.). Portmann (Art. 322d N 19) äussert sich demgegenüber überhaupt kritisch zum Argument der Akzessorietät. Sobald der eigentliche Lohn ein Mass erreicht habe, das den Arbeitsvertrag als entgeltlich im Sinne von Art. 319 OR erscheinen lasse, sei die (relative oder absolute) Höhe der Sondervergütung kein einleuchtendes Kriterium, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Der damit verbundene Eingriff in die Privatautonomie lasse sich nicht durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers legitimieren. Die zitierte Lehre geht zurecht davon aus, dass es sich hier um einen Eingriff in die Privatautonomie handelt. Von Gesetzes wegen - zum Schutz des Arbeitnehmers und um die grundsätzliche Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages sicherzustellen - wird eine sich als nicht mehr akzessorisch erweisende - Gratifikationsvereinbarung als unzulässig betrachtet. Das bedeutet, dass wie in BGE 129 III 276 der Bonus teilweise als Lohn und teilweise als Gratifikation qualifiziert werden kann. Die Beklagte beruft sich auf die zitierte Auffassung von Portmann und macht geltend, bei einem Fixlohn von zuletzt Fr. 234'000.- fehle die Grundlage, um einen Teil des Bonus als Lohn zu qualifizieren. Ein solcher Arbeitsvertrag sei auf jeden Fall entgeltlich. Diese Überlegungen erscheinen zwar bei hohen Einkommen als nicht ganz unberechtigt. Das Bundesgericht hat aber das Kriterium der Akzessorietät in

vielen weiteren nicht publizierten Entscheiden (vgl. unten lit. b) bestätigt. Es erscheint daher nicht als sachgerecht, wenn das Kantonsgericht von dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht. b) Das Bundesgericht nennt keine feste Verhältniszahl; massgeblich ist vielmehr der Einzelfall. Allgemein sei der akzessorische Charakter jedenfalls dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280; 131 III 615 E. 5.2 S. 621; Entscheide des Bundesgerichts 4C.6/2003 vom 24. April 2003 E. 2.2, 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006 E. 2.1, 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1 und 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.5; Staehelin, Art. 322d N 3). In seinem Entscheid 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006 (E. 2.1) führte das Bundesgericht aus, die Gratifikation dürfe, um den Charakter der Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben (bestätigt im Entscheid des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.5). Im Fall BGE 129 III 276 sprach sich das Bundesgericht bei einer regelmässig bezahlten Gratifikation die bis zu 25% des Jahresgehalts erreichte und einem Festlohn von über Fr. 100'000.- nicht gegen die Qualifikation als Gratifikation aus (bestätigt im Entscheid des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.5). In seinem Entscheid 4C.6/2003 vom 24. April 2003 (E. 3.2) führte das Bundesgericht aus, dass "bei einem überdurchschnittlich hohen Einkommen" von Fr. 130'000.- (Fixlohn) ein Bonus von Fr. 30'000.-, also rund ein Fünftel der Gesamtvergütung (Fr. 160'000.-), nicht gegen eine Gratifikation spreche. Die Akzessorietät der Gratifikation verneint und der Klägerin den gesamten Bonusbetrag als ein Element des Lohns zugesprochen hat das Bundesgericht in seinem Entscheid 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 (E. 5.1). Es ging dabei um einen Festlohn von Fr. 112'400.- und einen Bonus von knapp Fr. 279'000.-, der einen regelmässigen Charakter hatte und nach festen Verfalldaten ausgerichtet wurde. Auch die Lehre äussert sich nur zurückhaltend bezüglich einer Konkretisierung der wirtschaftlichen Akzessorietät. Delbrück erachtet variable Lohnanteile von 15 bis 20% als Grenze, wobei diese bei geringen Löhnen noch tiefer anzusetzen wäre (Delbrück, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, Basler Diss., Zürich 1981, 76). Andererseits ist Delbrück der Ansicht, in Fällen, in denen der unbedingte Lohnanspruch schon "sehr hoch" sei, könne nicht verlangt werden, dieser müsse mindestens die Hälfte der Gesamtvergütung ausmachen (Delbrück, 77). Schmid erachtet die Grenze des Zulässigen bei einem im freien Willen der Arbeitgeberin liegenden Bonus von 15%, dies allerdings nur bis zu einer nicht näher definierten Obergrenze (Schmid, Möglichkeiten und Grenzen von leistungs- und erfolgsorientiertem Lohn im privatrechtlichen Arbeitsvertrag, Diss., St. Gallen 2000, 197). Meier erachtet gänzlich ermessensabhängige Boni von mehr als 10% des Grundlohns für unzulässig (Meier, 72). Portmann vertritt wie erwähnt die Meinung, die relative oder absolute Höhe der Sondervergütung sei, sobald der Lohn ein gewisses Mass - das Portmann weder relativ noch absolut beschreibt - erreicht habe, kein einleuchtendes Kriterium mehr, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (Portmann, Art. 322d N 19). Cramer schlägt für Löhne zwischen dem Bruttomedianlohn gemäss der Lohnstrukturerhebung des Bundesamts für Statistik und Spitzenlöhnen wie sie weniger als 0.5% der Arbeitnehmer in der Schweiz verdienen (ca. Fr. 300'000.- gemäss Cramer, N 330 i. f.) vor, ermessensabhängige Boni im Umfang von nicht mehr als 15 bis 20% der Gesamtlohnsumme zuzulassen (Cramer, N 325, 329 f.) Je höher am oberen Ende der Lohnskala eine Gesamtvergütung anzusiedeln sei, desto mehr dürfe auch der freiwillige Bonusanteil an der Gesamtvergütung gegen 100% streben. c) Im Anstellungsvertrag von 1995 vereinbarten die Parteien einen Fixlohn von 13 Mal Fr. 8'900.- (kläg. act. 3, Ziff. 6),

entsprechend Fr. 115'700.- im Jahr. Im Jahr 2000 bezog der Kläger einen Monatslohn von Fr. 16'000.- (kläg. act. 11), entsprechend Fr. 208'000.- im Jahr. In den Jahren 2001 und 2002 betrug der Monatslohn Fr. 18'000.- (kläg. act. 4a und 4b), entsprechend Fr. 234'000.- im Jahr. Wie hoch der effektiv bezogene Lohn in den Jahren 1997 bis 1999 war, ist den Akten nicht zu entnehmen. Neben dem ordentlichen Salär wurden dem Kläger von der Beklagten in den Jahren 1997 bis 2001 folgende Bonuszahlungen ausgerichtet: Fr. 120'000.-, Fr. 182'000.-, Fr. 210'000.-, Fr. 220'000.- und Fr. 135'000.-. Tabellarisch dargestellt ergibt das folgendes Bild (in Fr. 1'000.-; Bruttobeträge gemäss bekl. act. 2, S. 3, 7, 11, 12, 15 und 17; vi-act. 1, S. 4 Ziff. 2.2; vi-act. 30 S. 2 f.):

| Jahr | Fixlohn | Bonus | Gesamtvergütung |
|------|---------|-------|-----------------|
| 1997 | n/a | 120 | n/a |
| 1998 | n/a | 182 | n/a |
| 1999 | n/a | 210 | n/a |
| 2000 | 208 | 220 | 428 |
| 2001 | 234 | 135 | 369 |

Aus der Höhe dieser Boni ergibt sich (Beträge, die gleich gross oder gar höher als der Fixlohn sind), dass der Bonus im vorliegenden Fall teilweise das eigentliche Entgelt für die Arbeit darstellt und dadurch zum Lohn im Rechtssinn wird (vgl. BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279). Dem Gericht kommt bei der Festlegung der gerade noch erlaubten Höhe der freiwillig entrichteten Gratifikation respektive des als Lohn ausbezahlten Betrags angesichts des nicht geringen Festlohns ein erhebliches Ermessen zu. Bei seiner Entscheidung hat das Gericht zu berücksichtigen, dass bei einem niedrigen Einkommen einem auch relativ kleinen Einkommensunterschied grössere Bedeutung zukommt, als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Gesamtvergütung prozentual grösser sein, als bei einem niedrigen Einkommen (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 m. H. a. Delbrück, 76 f.). Beim Lohn der Klägers handelt es sich nicht um ein tiefes, sondern um ein überdurchschnittlich hohes Einkommen. Es ist aber nicht so hoch, dass die wirtschaftliche Akzessorietät der Gratifikation keine Bedeutung mehr hätte und die Gratifikation deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geschuldet wäre. Unter diesen Umständen ist die Hälfte des Bonus als Gratifikation zu qualifizieren. Die andere Hälfte ist hingegen als Lohnbestandteil zu betrachten und dementsprechend bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses pro rata geschuldet. Im Ergebnis (vgl. die Berechnung nachfolgend unter lit. d) bedeutet dies, dass bei einem Jahreslohn von Fr. 234'000.- und einem gesamthaften Bonus von Fr. 193'200.-, also einer Gesamtentschädigung von Fr. 427'200.-, ein Anteil von Fr. 96'600 als Gratifikation zu behandeln ist. Das ist rund 22.6% der Gesamtentschädigung. Da die Gesamtvergütung im vorliegenden Fall deutlich über derjenigen in den vom Bundesgericht beurteilten Fällen liegt, kann ohne weiteres ein höherer Gratifikationsanteil als der höchste vom Bundesgericht akzeptierte Anteil an der Gesamtvergütung (rund ein Fünftel) zugelassen werden.

d) Zum Bonusanspruch des Klägers für das Jahr 2002 konkret: Da die Boni nicht aufgrund von genau festgelegten Kriterien berechnet wurden, hat das Gericht bei der Festlegung des Bonus des Klägers für das Jahr 2002 ein erhebliches Ermessen. Auszugehen ist, wie in den früheren Jahren, vom gesamthaft für das Jahr 2002 zu verteilenden Bonusbetrag von Fr. 575'000.- (und nicht von den den anderen Geschäftsleitungsmitgliedern je individuell ausbezahlten Beträgen). Da weder über die Tätigkeiten von D und F, noch über die Tatsache bis wann respektive ab wann im Laufe ihres letzten beziehungsweise ersten Jahres sie tätig waren, Klarheit herrscht, rechtfertigt es sich, diese als Sonderfälle bei der vorliegenden Berechnung auszuklammern. In den Jahren 1999 bis 2001 (ab dem Jahr 1999 erfolgte die wesentliche Kürzung des Bonus von E) wurden an den Kläger, C und E gesamthaft Fr. 1'505'000.- Bonus ausgeschüttet, davon Fr. 565'000.- an den Kläger, was einem Anteil von gerundet 37.5% entspricht. In einem ersten Schritt wird darum dieser Anteil des auf die drei erwähnten Personen verteilten

Bonus dem Kläger zugewiesen. Wie erwähnt, wird F bei dieser Berechnung ausgeklammert, sein Bonus von Fr. 60'000.- ist deshalb von den gesamthaft im Jahr 2002 ausgeschütteten Boni vom Fr. 575'000.- abzuziehen. 37.5% von den restlichen Fr. 515'000.- entsprechen gerundet Fr. 193'200.-. Als Lohnbestandteil ist hiervor gemäss den obigen Ausführungen 50% zu qualifizieren, d. h. Fr. 96'600.-. Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete per Ende August 2002 und der Kläger wurde schon ab Mitte Juli 2002 freigestellt. Während der Freistellung hat der Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf den vollen Lohn. Für acht Monate betrüge der Anspruch des Klägers auf den als Lohn qualifizierten Bonus somit Fr. 64'400.-. Dabei handelt es sich um einen Bruttobetrag. Darauf allenfalls zu entrichtende Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen können davon in Abzug gebracht werden. B. Ferienanspruch 8. Weiter ist zwischen den Parteien strittig, ob der Kläger Anspruch auf Vergütung der bis zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bezogenen 26 Ferientage hat. a) Nach Ansicht des Klägers waren die im Zeitpunkt der Freistellung am 15. Juli 2002 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist noch zur Verfügung stehenden 35 Arbeitstage nicht genügend, um das Ferienguthaben von 26 Tagen zu kompensieren (Anschlussberufung, 11 Ziff. II/1 f.). Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe wohl im Zeitpunkt der Kündigung einen Ferienanspruch von 26 Tagen gehabt (Anschlussberufungsantwort, 3 unten), doch hätten dem Kläger mehr als die von ihm behaupteten 35 Tage für den Bezug zur Verfügung gestanden; auch zwischen der Kündigung und der Freistellung hätte der Kläger Ferien beziehen können (Anschlussberufungsantwort, 4 unten). Der Kläger sei zwischen dem 24. Mai 2002 und dem 31. August 2002 noch während höchstens zweier Wochen beschäftigt gewesen und habe somit genügend Zeit zur Suche einer neuen Arbeitsstelle und zum Ferienbezug gehabt (Anschlussberufungsantwort, 5 Mitte). Entscheidend sei ohnehin, ob dem Arbeitnehmer neben dem Ferienbezug noch genügend Zeit für die Suche einer neuen Stelle bleibe, der Kläger habe aber gar keine neue Stelle gesucht, sondern eine mehrmonatige Auszeit im Ausland genommen (Anschlussberufungsantwort, 7 oben und 9). b) Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistung abgegolten werden. Diese Bestimmung ist zwingender Natur (Art. 361 Abs. 1 OR), darum müssen die Ferien auch während der Kündigungsfrist grundsätzlich in natura bezogen werden (BGE 128 III 271 E. 4a/aa S. 280; 101 II 283 E. 5a S. 285 f.; Portmann, Art. 329d N 12; Staehelin, Art. 329c N 13; Rehbinder, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 329d N 16; Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, St. Galler Diss., Zürich 2000, 183). Die Ferien sind in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Dabei spielt eine Rolle, dass der Arbeitnehmer in dieser Zeit die Möglichkeit haben muss, nach einer neuen Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR). Diesem Anspruch des Arbeitnehmers kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu und insoweit wird das Abgeltungsverbot eingeschränkt (BGE 128 III 271 E. 4a/aa S. 280 f.; Portmann, Art. 329d N 14; Blesi, 192 f.; a. M. noch Rehbinder, Art. 329d N 16). Aus der auch während der Dauer der Freistellung fortwirkenden Treuepflicht des Arbeitnehmers folgt, dass er die ihm während der Freistellung zur Verfügung stehende freie Tage, die er wie Ferientage nutzen kann, auch entsprechend verwenden soll (BGE 128 III 271 E. 4a/bb und 4a/cc S. 282 f.; Portmann, Art. 329d N 14; Staehelin, Art. 329c N 16). Massgebend ist nach Ansicht des Bundesgerichts das im Einzelfall vorliegende Verhältnis der Freistellungsdauer zu den offenen Ferientagen (BGE 128 III 271 E. 4a/cc S. 283). c) Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass dem Kläger für den Bezug seiner 26 ausstehenden Ferientage

zumindest die 35 Arbeitstage von der effektiven Freistellung vom 15. Juli 2002 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende August zur Verfügung standen. Unbestritten ist weiter, dass der Kläger spätestens seit Ende Mai 2002 von seiner Freistellung per 15. Juli 2002 wusste. Unbestritten blieb sodann die beklagte Behauptung, der Kläger habe nach erfolgter Kündigung keine neue Stelle gesucht, sondern eine mehrmonatige Auszeit im Ausland genommen. Dass der Kläger schon vor der Kündigung Ferien für die Zeit nach der Kündigung festgesetzt hatte, wird ebenso nicht behauptet, wie dass der Kläger schon während der Freistellung eine Stelle für die Zeit nach seinem Auslandsaufenthalt gesucht habe. Von diesen Umständen fällt vor allem ins Gewicht, dass der Kläger während der Freistellungsdauer keine Arbeit suchte. Die Tatsache, dass sich ein Arbeitnehmer während der Freistellung um eine neue Arbeitsstelle bemühen muss, ist ein Hauptgrund, warum ihm der tatsächliche Ferienbezug nicht zugemutet wird (Blesi, 192 f.). Nach Ansicht von Blesi ist die Situation (Arbeitnehmer mit Ferienanspruch wurde freigestellt und ist auf Stellensuche) neu zu beurteilen, sobald der Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Bestehe zu diesem Zeitpunkt noch eine Ferienguthaben dürfe vom Arbeitnehmer erwartet werden, dass er die Ferien auch tatsächlich beziehe (Blesi, 193). Nicht anders verhält es sich mit dem freigestellten Arbeitnehmer, der - wie der Kläger - gar keine neue Stelle sucht. Von ihm kann ohne weiteres verlangt werden, dass er das noch offene Ferienguthaben tatsächlich bezieht. Ein solcher Arbeitnehmer kann sich die Zeit während der Dauer der Freistellung offenbar frei vom wirtschaftlichen Zwang, möglichst bald wieder eine neue Stelle anzutreten und ein Erwerbseinkommen zu generieren, einteilen. Es ist ihm daher zumutbar, noch bestehendes Ferienguthaben grundsätzlich tatsächlich zu beziehen. Das Verhältnis von Ferientagen zu Freistellungstagen ist in seinem solchen Fall von geringerer Bedeutung als beim Arbeitnehmer, der sich tatsächlich um eine Stelle bemüht. Dieses Verhältnis beträgt vorliegend 1:1.35 und wäre, hätte sich der Kläger tatsächlich bemüht, möglichst rasch wieder einen neuen Arbeitgeber zu finden, unter Berücksichtigung der zu diesem Thema ergangenen Rechtsprechung (vgl. Übersicht bei Blesi, 187 f.) eher zu knapp bemessen gewesen, um die Naturalabgeltung des gesamten Ferienanspruchs des Klägers zuzulassen. Wird aber berücksichtigt, dass der Kläger die Zeit der Freistellung ganz nach seinen Wünschen nutzen konnte, kann die Freistellung vorliegend ohne weiteres als genügende Naturalabgeltung für den Ferienanspruch angesehen werden. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen ist die Anschlussberufung abzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.