

ZH_OBERGERICHT LA040007 vom 14. Januar 2005

ZH Obergericht, 2005-01-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA040007

FR: ZH_OBERGERICHT LA040007 du 14 janvier 2005

IT: ZH_OBERGERICHT LA040007 del 14 gennaio 2005

Erwägungen

E. 2

Die Beklagte sei zu verpflichten, den Schlusssatz des Arbeitszeugnisses so zu formulieren, dass jedwelcher Hinweis auf eine Kündigung fehlt. eventualiter:

E. 3

Es sei im Zeugnis des Klägers vom 31. März 2000 der Schlusssatz wie folgt abzufassen: 'Herr K. verlässt die U. AG aus eigenem Antrieb. Für die berufliche und persönliche Zukunft wünschen wir Herrn K. alles Gute.'

E. 4

Das Verfahren ist vielmehr spruchreif.

- 8 -

E. 5

Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz war gegeben. Die Beklagte hat sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen. Die vorinstanzliche Zuständigkeitsfrage wurde im Berufungsverfahren von keiner Partei thematisiert. Die Zuständigkeit der Berufungsinstanz ist vorliegend für den zu fällenden Entscheid ebenfalls gegeben und wird denn auch von keiner Partei in Frage gestellt.

E. 6

Auf die einzelnen Ausführungen und Behauptungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit eingetreten, als dies für die Urteilsfällung erforderlich und von Bedeutung ist. Dies bezieht sich vor allem auch auf die von beiden Parteien vielfach unnötig vorgebrachten vielfältigen Wiederholungen, auf die nicht weiter eingegangen wird.

E. 7

Die Parteien haben im Berufungsverfahren sich wiederholt gegenseitig vorgeworfen, sie verletze mit ihren Ausführungen bzw. Unterlagen das im Berufungsverfahren bestehende Novenverbot, bzw. sie unterlasse zu begründen, weshalb sie verspätet handle (Kläger Urk. 78 S. 22, Urk. 86 S. 8 f., S. 10 f., S. 20 ff., S. 29 und S. 31 f.; Beklagte Urk. 83 S. 16 f. und S. 22 f.). Da weder die betreffenden Ausführungen noch Unterlagen für die vorliegende Entscheidungsfindung relevant sind, braucht darauf nicht weiter eingetreten zu werden.

E. 8

a) Die Beklagte machte im Berufungsverfahren geltend, der Kläger habe die Rechtsbegehren 2 und 3 zurückgezogen. Dies werde im Urteilsdispositiv des Arbeitsgerichts jedoch nirgends vermerkt. Richtigerweise hätte der Prozess in Bezug auf dieses Rechtsbegehren infolge teilweisen Klagerückzuges erledigt abgeschrieben werden

müssen. Aus diesem Grund sei auch im Berufungsurteil entsprechend zu entscheiden (Urk. 74 S. 29). b) Diesbezüglich brachte der Kläger lediglich vor, das Arbeitszeugnis habe angesichts des weitest gehenden Obsiegens des Klägers vorliegend prozessualiter keine Auswirkungen (Urk. 78 S. 30).

- 9 - c) Die Vorinstanz hat zwar vor ihren materiellen Erwägungen nach dem Aufführen der klägerischen Rechtsbegehren darauf hingewiesen, dass der Kläger dieses in dem Sinne geändert habe, dass er die Rechtsbegehren Ziff 2 und 3 zurückgezogen habe (Urk. 68 S. 2). Sie hat aber - worauf die Beklagte zutreffend hinweist - über diesen Teilrückzug keinen formellen Beschluss gefasst, welcher demzufolge durch die Berufungsinstanz nachzuholen ist. III. 1. Zur Begründung seiner Klage und damit eines ihm zustehenden Bonus für das Jahr 1999 in der Höhe von Fr. 250'000.-- machte der Kläger im Wesentlichen geltend, die fragliche Transaktion vom 1. Dezember 1999 mit Novartis-Optionen, welche zu seiner umgehenden Kündigung am folgenden Tag geführt habe, sei im gegebenen Zeitpunkt vernünftig sowie durchaus von normaler, jedenfalls nicht aussergewöhnlicher Grösse gewesen und habe im Rahmen seines Pflichtenheftes gelegen (Urk. 7 S. 6). Der Abschluss der fraglichen Transaktion sei klar innerhalb seiner arbeitsvertraglichen Kompetenzen gelegen. Die Beklagte habe demnach ohne Grund ein Arbeitsverhältnis mit einem von ihr selbst gelobten und sehr gut qualifizierten Mitarbeiter gekündigt (Urk. 7 S. 13; Prot. I S. 24). Die Gründe für die Kündigung seien haltlos und recht eigentlich gesucht (Urk. 7 S. 9). Es sei kein Grund für die Kündigung gegenüber ihm gegeben gewesen (Urk. 7 S. 13). Sie sei völlig grundlos und missbräuchlich erfolgt. Es stelle sich nun die Frage, ob eine grundlose Kündigung zur Streichung des Bonus herangezogen werden könne. Werde der Bonus als rechtlicher Anspruch eingeschätzt, könne eine solche Kündigung nicht Anlass sein, den Bonus zu kürzen bzw. diesen gar nicht auszubezahlen. Wenn keine Gründe für eine Kündigung vorliegen würden, dann bleibe der Bonus geschuldet (Prot. I S. 24 f.). Er habe von den angeblichen Richtlinien und den speziellen Weisungen keine Kenntnis gehabt (Urk. 7 S. 11; Prot. I S. 21 f. und S. 26). Die Beklagte habe ihm in den vergangenen Jahren regelmässig einen Bonus ausbezahlt. Damit verliere der Freiwilligkeitsvorbehalt rechtlich seine Wirksamkeit. Die Beklagte habe durch die unbegründete Kündigung treuwidrig die Bedingungen des ungekündigten Arbeitsverhältnisses verhindert (Urk. 7 S. 14). Die Beklagte könne nicht in einem Team von 10 Leuten einem Einzigen den Bonus

- 10 - verweigern, weil hier der Gleichbehandlungsgrundsatz gelte (Prot. I S. 23). Die Höhe des Bonus im Betrag von Fr. 250'000.-- sei angemessen und begründet (Prot. I S. 23 und S. 27). 2. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, indem sie im Wesentlichen ausführte, der Vorgesetzte habe dem Kläger die generelle Weisung erteilt, dass grössere Kontrakte von einem Händler nicht allein abgeschlossen werden dürften, sondern nur zusammen mit dem Vorgesetzten oder mit einem Händlerkollegen (Urk. 11 S. 2). Zudem habe er diesem mit Bezug auf die Novartis-Kontrakte noch eine spezielle Weisung erteilt. Trotzdem habe der Kläger die fraglichen Kontrakte abgeschlossen (Urk. 11 S. 3; Prot. I S. 15 und S. 29). Ein Händler, welcher derartige Risiken ohne jedes Risikobewusstsein eingehe, wie dies der Kläger entgegen klaren Weisungen getan habe, sei im Börsenhandel schlicht nicht tragbar (Urk. 11 S. 4; Prot. I S. 32). Beim Bonus handle es sich um eine freiwillige Vergütung und damit um eine echte Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR. Der Bonus sei damit nicht Lohnbestandteil (Urk. 11 S. 5; Prot. I S. 15). Im Jahre 1999 hätte der Bonus nicht Fr. 250'000.-- betragen (Urk. 11 S. 6; Prot. I S. 16 und S. 31). Der Gedanke an den Bonus habe beim Kündigungsentscheid überhaupt keine Rolle gespielt (Urk. 11. S.

7; Prot. I S. 15). Da die Kündigungsfreiheit gelte, habe die Beklagte gar keine Kündigungsgründe haben müssen (Prot. I S. 14). 3. Die Vorinstanz kam in ihrem Urteil zu folgendem Ergebnis (Urk. 68 S. 11-14): "2. Je nach konkreter vertraglicher Abmachung und Betriebsübung kann der Bonus verschiedene Erscheinungsformen haben (z.B. Provision, Anteil am Geschäftsergebnis, Beteiligung am Unternehmen, Gratifikation, Lohnbestandteil). Oft wird der Mitarbeiter unter dem Oberbegriff "total compensation" nicht nur mit einem fixen Jahressalär entschädigt, sondern durch weitere Komponenten der Bezahlung (z.B. einem Bonus, fringe benefits) angeworben und/oder belohnt und/oder an den Arbeitgeber gebunden. a) Sowohl im Einzelarbeitsvertrag zwischen den Parteien als auch im zum integrierenden Bestandteil erklärten Personalreglement und in den jeweiligen jährlichen Bonusanzeigen an den Kläger ist ein Freiwilligkeitsvorbehalt (inklusive Kann-Formulierung) festgehalten. Es fragt sich, ob ein regelmässiger Vorbehalt der Freiwilligkeit mit der Zeit aufgrund des Vertrauensprinzips seine Bedeutung verliert, weil der Arbeitnehmer eben gleichwohl auf die Leistung in der Zukunft vertrauen darf. Vorliegend hat der Kläger je-

- 11 - doch erst während drei Jahren einen Bonus (mit Freiwilligkeitsvorbehalt) erhalten, sodass noch kein langjähriger Vertrauensschutz erworben werden konnte. In den zwischen den Parteien geltenden vertraglichen Grundlagen ist weder eine Höhe des Bonus noch ein prozentualer Bezug zum Jahreslohn noch eine Anfangshöhe des Bonus statuiert. Der Bonus wurde dem Kläger denn auch in sehr wechselnder Höhe bezahlt (für das Jahr 1996: Fr. 30'000.-; für 1997: Fr. 45'000.- und für 1998: Fr. 200'000.-). Der Bonus stellt jedenfalls für die Jahre 1996 und 1997 eine (wenn auch betraglich höhere) Zusatzvergütung dar. Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn hohen Bonusleistung (wie für das Jahr 1998) ist der Gratifikationscharakter der vorliegenden Bonusregelung im vorliegenden Fall gewahrt, weil die Ausrichtung (noch) einmalig war und sich in dieser Höhe noch nicht (über eine gewisse Zeit) wiederholte. b) Die Parteien vereinbarten vertraglich, dass der Bonus nur ausgerichtet wird, falls der Arbeitnehmer sich zum Zeitpunkt der Auszahlung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befindet. Dieser Passus wurde zwar in der letzten Bonusanzeige für das Jahr 1998 weggelassen, ist jedoch im Einzelarbeitsvertrag der Parteien schon enthalten. Der Verlust des Bonus für den Fall der Kündigung vor Jahresende bzw. vor Bonusauszahlung ist zulässig. Die Kündigungssparität spricht jedenfalls nicht dagegen, zumal der Kläger über ein existenzsicherndes Jahresgehalt verfügte. Allerdings hat vorliegend nicht der Kläger, sondern die Beklagte gekündigt. Falls die Voraussetzungen für die Zahlung einer Gratifikation erfüllt sind (z.B. gute Arbeitsleistung, guter Jahresabschluss, Anwendung sachgerechten Ermessens) steht dem Kläger nämlich eine Gratifikation zu, falls die Beklagte (wie vorliegend) mehr oder weniger kurz vor der Fälligkeit kündigt, ohne dass der Kläger hiezu Anlass geboten hätte. Dabei sind der Anlass und die Umstände zu würdigen. Das Beweisverfahren zu dieser Frage hat folgendes Ergebnis gezeitigt: Es ist erstellt, dass der Kläger an sich die Kompetenz gehabt hätte, mit Optionen in der besagten Grössenordnung zu handeln. Bezüglich der angeblichen konkreten Weisung der Beklagten bzw. von H. an den Kläger vom 1. Dezember 1999 gegen Mittag, also kurz vor der betreffenden Transaktion, konnte die Beklagte den Hauptbeweis nicht erbringen. Die Weisung wurde früher (gemäss Kläger ca. eine Woche vorher) erteilt und war allenfalls auch unklar (Verkauf oder Kauf). Auffallend ist denn auch, dass die Beklagte in der eingereichten Korrespondenz mit keinem Wort je eine solche konkrete Weisung (u.a. vor allem nicht vom 1. Dezember 1999, ca. 12 Uhr) erwähnt. Deshalb kann diesbezüglich auch nicht unbedingt auf den Zeugen H. abgestellt

werden, dass die konkrete Weisung einen Tag vor dem 1. Dezember 1999 erfolgt sein soll. Es ist vielmehr von der Deposition des Klägers auszugehen, wo- nach die Weisungserteilung ca. eine Woche zurückliegt. Die all- gemeine Weisung vom 1. Dezember 1999 (Vieraugenprinzip) ist

- 12 - zwar inhaltlich durch das Beweisverfahren erstellt worden. Ebenso muss jedoch aufgrund der Zeugenaussagen davon ausgegangen werden, dass der Kläger diese allgemeine Weisung nicht gehört hat. Es fragt sich, ob er vor oder nach Börsenbeginn sich darüber hätte kundig machen müssen. Die Zeugen H., R. und M. sprechen jedenfalls von einer usanzgemässen Holschuld bei Informationen, während der Zeuge W. je nach Mitteilung/Information/Zeitpunkt zwischen Hol- und Bringschuld differenziert. Da unbestrittener- massen und offensichtlich die Gerüchte um Novartis im damaligen Zeitpunkt immer noch im Raum waren und der Kläger ca. eine Woche vorher zugegebenermassen die konkrete Weisung erhielt, Novartis-Optionen nicht mehr zu verkaufen, hätte der Kläger vor Ausführung des konkreten Geschäftes sich bei H. oder bei Händ- lerkollegen erkundigen müssen, wie nun das gegenwärtige Hand- ling betreffend Novartis sei, zumal das vorliegend abgeschlossene Geschäft nach den glaubhaften Aussagen der Zeugen H. und R. wirklich nicht ohne erhöhtes Risiko war. Allerdings bezog sich die allgemeine Weisung vom 1. Dezember 1999 nicht spezifisch auf Novartis. Insgesamt kann dem Kläger (beweismässig erstellt) so- mit keine grobe, sondern höchstens eine mittlere Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Die Beklagte durfte dem Kläger zwar wegen diesem Anlass kündigen (Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Kündigung liegen nicht vor). Es widerspricht jedoch sachgerech- tem Ermessen, wenn sie dem Kläger aus diesem Grund und unter Berücksichtigung, was vorliegend nun überhaupt bewiesen werden konnte, den Bonus vollumfänglich streicht. Der Vorfall vom 1. Dezember 1999 war einmalig. Der Kläger erbrachte sonst generell gute Leistungen und die Zahlen der Beklagten waren offensichtlich in einem Bereich, der bei der Organisationseinheit EQ Swiss Tra- ding zu Bonusauszahlungen für das Jahr 1999 führte, und zwar bezüglich aller Mitarbeiter mit Ausnahme des Klägers. Aus den Zahlen der Bonusliste der Jahre 1998 und 1999, aber auch aus den Zeugendepositionen von R., M. und W., ist auch ersichtlich, dass der Kläger jedenfalls einen Bonus in der Höhe von Fr. 250'000.- erwarten durfte, fand doch überall eine Steigerung statt. Wegen des Vorfalls vom 1. Dezember 1999 hätte die Beklagte je- doch ihren grossen Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn sie den Bonus für den Kläger gekürzt hätte. Es rechtfertigt sich, den Bonus von Fr. 250'000.- (ein höherer Ausgangsbetrag darf nicht einfach vom Gericht festgelegt werden) um Fr. 50'000.- auf Fr. 200'000.- brutto zu reduzieren. In diesem Umfang ist die Klage samt 5 % Zins seit 1. April 2000 gutzuheissen, im Mehrbetrag je- doch abzuweisen." 4. a) Die Beklagte trug auch im Berufungsverfahren auf Abweisung der Forde- rungsklage des Klägers und damit auf Gutheissung der Berufung an, indem sie an ihren vorinstanzlichen Ausführungen festhielt, insbesondere dass die von ihr vor-

- 13 - genommene Kündigung ausschliesslich nach Art. 156 OR zu beurteilen sei, in der Kündigung der Beklagten kein treuwidriges Vorgehen im Sinne dieses Artikels lie- ge und dass der Kläger unabhängig von allgemeinen und konkreten Weisungen unvernünftig gehandelt und damit ihr genügend Anlass für die Kündigung gege- ben habe. Auch ohne Kündigung wäre der Bonus weggefallen oder wäre doch zumindest drastisch gekürzt worden (Urk. 74 S. 4 f.). Die Vorinstanz gehe in ihren Erwägungen zu Recht davon aus, dass es sich beim vorliegenden Bonus um eine Gratifikation handle, auf die grundsätzlich

kein Rechtsanspruch bestehe, und dass aufgrund der erst dreijährigen Bonusauszahlung noch kein langjähriger Vertrauensschutz erworben werden können. Damit hätte die Vorinstanz den Prozess aber bereits beenden können und müssen, denn wo kein Rechtsanspruch auf eine Gratifikation bestehe, könne dieser auch nicht durch eine Kündigung entstehen (Urk. 74 S. 8). Der Kläger habe gegen allgemeine und konkrete Weisungen seiner Vorgesetzten verstossen, in unvernünftiger Weise eine risikobehaftete Transaktion durchgeführt und dabei das von einem Händler geforderte Risikobewusstsein grundlegend vermissen lassen. Dadurch sei das Vertrauensverhältnis so gestört worden, dass sie gezwungen gewesen sei, das Arbeitsverhältnis aufzulösen (Urk. 74 S. 29). b) Der Kläger trug auf Abweisung der Berufung und auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an, indem auch er an den bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Ausführungen festhielt, dass es sich beim geltend gemachten Bonus um eine Vergütung handle, auf die ein Rechtsanspruch bestehe (Urk. 78 S. 4 f.). Der Gleichheitsgrundsatz sei verletzt, weil der Bonus einzig und allein ihm aus einem nichtigen Anlass vorenthalten worden sei (Urk. 78 S. 5 f.). Die fehlende Kündigung als Voraussetzung für den Bonus könne selbstverständlich nur dann zum Tragen kommen, wenn diese nicht willkürlich zwecks der Verhinderung von Entstehung von Ansprüchen erfolge. Genau darum handle es sich vorliegend (Urk. 78 S. 7). Der Anspruch sei im Zeitpunkt der Kündigung bereits entstanden gewesen (Urk. 78 S. 8). Art. 336 Abs. 1 lit. c OR regle das vorliegende Problem vollständig, weshalb nicht auf die allgemeine Norm von Art. 156 OR zurückgegriffen werden müsse (Urk. 78 S. 9). Die Kündigung sei treuwidrig und damit rechtsmissbräuchlich zur Grundlage der Bonusverweigerung gemacht worden. Selbst wenn

- 14 - die Kündigung gerechtfertigt und nicht treuwidrig erfolgt sein sollte, wäre zumindest die vollständige Kürzung des Bonus als rechtswidrig, weil willkürliches Verhalten, zu korrigieren (Urk. 78 S. 10). Mit seinem Schreiben vom 7. Dezember habe der Kläger einfach versucht, Reue zu zeigen in der Hoffnung, damit die Beklagte umstimmen zu können. Allerdings habe er damals nicht gewusst, was ihm vorgeworfen werde, und habe ganz einfach gehofft, durch ein allgemeines Schuldbekenntnis die Arbeitsstelle zu retten (Urk. 78 S. 24 f.). Er habe mit seinem Geschäft vom 1. Dezember lediglich seine arbeitsvertragliche Pflicht erfüllt. Das von ihm mit diesem Geschäft eingegangene Risiko sei nicht aussergewöhnlich, sondern habe jenem Geschäftstyp entsprochen, den er aufgrund seines Arbeitsvertrages für die Beklagte zu leisten verpflichtet gewesen sei. Die Transaktion habe sich als eine durchaus lohnende Transaktion für die Beklagte erwiesen (Urk. 78 S. 31). Sein Bonus stelle sich als Lohn im Rechtssinne dar (Urk. 86 S. 13). IV. 1. Die Parteien sind sich im vorliegenden Verfahren insofern einig, dass arbeitsvertraglich schriftlich neben dem allgemeinen Lohnanspruch des Klägers noch zusätzlich ein Bonus zu Gunsten des Klägers vereinbart worden ist. Aufgrund des vertraglichen Wortlautes schuldet die Beklagte dem Kläger den Bonus aber nicht bedingungs- bzw. voraussetzungslos, sondern nur dann, wenn das Geschäftsergebnis entsprechend gut ist, die Leistungen des Klägers entsprechend positiv sind und wenn der Kläger immer noch in ungekündigtem Arbeitsverhältnis zur Beklagten steht. Es besteht auch Einigkeit zwischen den Parteien, dass die Beklagte dem Kläger noch vor Ende Dezember 1999 das Arbeitsverhältnis auf Ende März 2000 gekündigt hat. Gestützt auf diese Tatsachen verweigert die Beklagte die Auszahlung des Bonus an den Kläger für das Jahr 1999, indem sie sich auf den vertraglich vereinbarten Wortlaut beruft. Es stellt sich somit vorweg die Frage, ob diese vertragliche Regelung gesetzeskonform ist. 2. a) Die gesetzliche Regelung der Gratifikation kann Art. 322d OR entnommen werden, der wie folgt lautet: "Richtet der Arbeitgeber neben dem

Lohn bei be-

- 15 - stimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist (Abs. 1). Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist (Abs. 2)". b) Unter Gratifikation versteht das Gesetz somit eine neben dem Lohn auszurichtende Sondervergütung. Sie ist nicht der vereinbarte oder übliche Lohn gemäss Art. 322 OR, der für das einfache Zurverfügungstellen der Arbeitskraft auf Zeit geschuldet ist. Gratifikation wird vielmehr aus anderen, zusätzlichen Motiven vom Arbeitgeber ausgerichtet, z.B. als Belohnung der Dienstreue, als Leistungsprämie, als Beteiligung am Geschäftsergebnis oder als Ansporn für künftige Tätigkeit. Wie sie im Einzelfall von den Parteien bezeichnet wird, kann für ihren Charakter als Gratifikation letztlich nicht entscheidend sein, solange unter den Parteien nur feststeht, dass sie nicht einfach für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft auf Zeit bestimmt ist, sondern als zusätzliche Belohnung aus anderen Gründen. Die Gratifikation ist dadurch gekennzeichnet, dass ihre Ausrichtung überhaupt oder zumindest die Bestimmung ihrer Höhe in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt ist oder von bestimmten Umständen abhängt. Keine Gratifikation stellt deshalb der ziffernmässig bestimmte, vorbehaltlos zugesicherte Anspruch z.B. auf Zahlung eines 13. Monatslohnes oder einer Teuerungszulage dar. Solche Versprechen haben Lohncharakter und sind rechtlich als Lohnversprechen zu behandeln (vgl. dazu Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 28. April 2000, in: JAR 2001, S. 198 ff.). c) Am 26. Februar 2001 erkannte das Arbeitsgericht Zürich in einem ähnlich gelagerten Fall, es habe in einem jüngsten Entscheid den Bonus rechtlich einer Gratifikation gleichgestellt, da er nicht als Lohnbestandteil zu qualifizieren sei. An dieser Rechtsprechung sei festzuhalten, obwohl in gewissen Branchen - wie vorliegend das Bankgewerbe - die Bedeutung des Bonus und dessen Höhe eine derartige wichtige Stellung einnehmen würden, dass die Gleichbehandlung mit der althergebrachten Gratifikation als althergebrachtes Weihnachtsgeld, die nach früherer Auffassung gar als Schenkung bezeichnet worden sei, nicht mehr adäquat sei.

- 16 - Die Gleichbehandlung mit der Gratifikation sei auch deshalb vertretbar, weil diese wie der Bonus vom Geschäftsergebnis abhängig gemacht werden könne. Die vorliegende Bonusvereinbarung stelle keine reine Beteiligung am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a OR dar, da neben der Ertragslage der Beklagten der persönliche Leistungsbeitrag des betreffenden Mitarbeiters eine ebenso wichtige, wenn nicht sogar wichtigere Voraussetzung für eine allfällige Ausrichtung des Bonus gewesen sei. Eine Gratifikation könne ebenfalls vom Geschäftsergebnis abhängen. Deshalb müsse auch im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, der Bonus stelle eine Gratifikation und nicht einen festen Lohnbestandteil oder eine reine Gewinnbeteiligung dar (Vgl. dazu Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2001, S. 3 f. = ZR 101 [2002] Nr. 63, S. 226 f.; vgl. auch Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Der Arbeitsvertrag, OR 319-362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, 5. Aufl., Zürich, 1992, RN 3 zu Art. 322d, S. 119; Edwin Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Bern, 1976, S. 88; Wolfgang Portmann, Individualarbeitsrecht, Zürich, 2000, Rz 399 ff., S. 102 f.; Manfred Rehbin-der, BE-Kommentar, Rz 4 f. zu Art. 322d, S. 260 f.). Diese Erwägungen sind auch auf den hier

zu beurteilenden Fall zugeschnitten, weshalb sie vorbehaltlos für die von den Parteien vorliegend vereinbarte Bonusregelung übernommen werden können. d) Steht fest, dass es sich beim Bonus um eine Gratifikation handelt, bleibt zu prüfen, ob diese eine vollständig freiwillige Leistung der Arbeitgeberin darstellt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht. Die Antwort auf diese Frage hängt von der konkreten Vereinbarung im Einzelfall ab. Wie eingangs dargelegt, wird im Arbeitsvertrag der Parteien ausdrücklich festgehalten, dass der Kläger neben dem Lohn in den Genuss eines Spezialbonus gelangen kann, der primär von der Höhe der im vergangenen Jahr erarbeiteten Resultate abhängt und vor allem nach Massgabe des persönlichen Leistungsbeitrages zu deren Erreichen zugesprochen wird. Er ist nach oben und unten variabel.

- 17 - Aufgrund der eindeutigen Formulierung im Arbeitsvertrag und im Reglement handelt es sich beim vereinbarten Bonus um eine freiwillige Leistung der Arbeitgeberin. Dass es sich um eine grundsätzlich freiwillige Leistung handelt, musste dem Kläger nicht nur bei der Unterzeichnung des Vertrages bewusst sein, sondern auch bei einzelnen Auszahlungen, wurde ihm dieser Umstand doch noch zweimal bei einer Bonusauszahlung ausdrücklich in Erinnerung gerufen. Der Spezialbonus stellt somit eine freiwillige Leistung der Beklagten dar; ein Anspruch auf Ausrichtung besteht nicht. Aus der vertraglichen Formulierung ergibt sich zusammenfassend mit hinreichender Deutlichkeit, dass neben einem vertraglich genau vereinbarten Lohn auch ein Bonus ausgerichtet wird, welcher eine ergebnis- und leistungsorientierte Ergänzung zum Grundlohn ist und somit neben diesem eine auszurichtende Sondervergütung darstellt. Demzufolge ist vorliegend davon auszugehen, dass der vereinbarte Bonus nicht einen festen Lohnbestandteil oder eine reine Gewinnbeteiligung darstellt, vielmehr handelt es sich beim Spezialbonus des Klägers um eine freiwillige Finanzleistung der Beklagten und somit um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR. e) Nun ist aber zu beachten, dass das Bundesgericht entschieden hat, die Lehre folgere richtig, dass es nicht genügen könne, wenn ein kleiner Lohn vereinbart sei und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet werde. Diesfalls erweise sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und werde dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinne. Fraglich erscheine allerdings, wo die entsprechende Grenze zu ziehen sei. Diese könne nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn der freiwilligen Gratifikation liegen. Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosser Zusatzvergütung und damit Gratifikation geblieben sei, hänge überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung könne der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig sei und sich in dieser Höhe nicht wiederhole. Auch deshalb lasse sich keine allgemeine Schranke für die Höhe der Gratifikation festsetzen.

- 18 - zen. Immerhin erscheine der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreiche als der Lohn (BGE vom 24. April 2003, 4C.6/2003 = BE-Kommentar, Update, N 11 zu Art. 322d OR). Im vorliegenden Fall ist zwar zu beachten, dass im Jahre 1998 die Differenz zwischen Lohn und Bonus recht gross war, nämlich zwischen Fr. 90'000.-- und Fr. 200'000.--. Diese Differenz war beim Kläger bis zu diesem Zeitpunkt aber einmalig. Deshalb braucht hier auf die oben aufgezeigten Erwägungen des Bundesgerichtes nicht weiter eingetreten zu werden, weil - in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 68 S. 12) - noch nicht

von einer regelmässigen Ausrichtung eines im Verhältnis zum Grundlohn so grossen Bonus gesprochen werden kann. Die Vorinstanz hat zudem zutreffend darauf hingewiesen, dass der Kläger aufgrund seines Grundlohnes über ein existenzsicherndes Jahresgehalt verfügt habe (Urk. 68 S. 12). f) Umstritten ist jedoch, ob ein regelmässiger Vorbehalt der Freiwilligkeit mit der Zeit seine Bedeutung verliert, weil der Arbeitnehmer gleichwohl auf die Leistung in der Zukunft vertrauen darf. Die Gratifikation kann nämlich nicht nur dann zum klagbaren Anspruch werden, wenn sie ausdrücklich oder Stillschweigend verabredet wurde, vielmehr kann auch eine langjährige, regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung einer Gratifikation eine stillschweigende Abrede begründen (Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 26. Februar 2001, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2001, S. 4). Der Arbeitgeber kann aber die Entstehung eines klagbaren Anspruchs verhindern, wenn er regelässig bei der Ausrichtung der Gratifikation unmissverständlich auf die Freiwilligkeit hinweist. Ein jahrelang wiederholter Freiwilligkeitsvorbehalt verliert im Ablauf der Zeit keineswegs seine rechtliche Wirkung, sondern gerade damit ist nach Treu und Glauben für die Parteien fortwährend erkennbar gemacht, dass trotz jährlich wiederkehrender Auszahlung ein klagbarer Rechtsanspruch auf Gratifikation eben nicht entsteht (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR Art. 319-343, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien, 1996, Ziff. 3 zu Art. 322d, S. 115 f.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., RN 4 zu Art. 322d, S. 120; Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber,

- 19 - Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Basel, S. 54; Schönenberger/Staehelin, ZH-Kommentar, Rz 10 zu Art. 322d OR, S. A 170 f.). Nach Streiff/von Kaenel erlaubt indessen der Hinweis auf die Freiwilligkeit dem Arbeitgeber nicht, willkürlich zu handeln. Zudem könne die stete Wiederholung des Hinweises, vielleicht über Jahrzehnte, geradezu gegen Treu und Glauben verstossen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., RN 5 zu Art. 322d, S. 120; Schweizerischer Gewerbeverband, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar, zu den Art. 319-346a, 361/362, Zürich, 1991, Rz 2 f. zu Art. 322d, Rz 35 S. 141; vgl. dazu auch Rehbinder, a.a.O., Rz 7 zu Art. 322d, S. 263; Schönenberger/Staehelin, a.a.O., Rz 10 zu Art. 322d OR, S. A 171; Gottlieb G. Delbrück, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag [Art. 322 lit. d OR], Basler Diss., Zürich, 1981, S. 57 ff.). Das Bundesgericht führte in diesem Zusammenhang aus: "Ein Vorbehalt der Freiwilligkeit ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt wird, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird. Das rechtfertigt sich aber nur, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung einzelner Mitarbeiter. Vorliegend ist zwar nachgewiesen, dass die Gratifikation während des zwölf Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses immer ausgerichtet worden ist. Der Kläger hat aber in keiner Weise dargetan, warum die Arbeitgeberin in dieser Zeit bei einer freiwilligen Leistung einen Grund hätte haben sollen, auf eine Ausrichtung zu verzichten. Auch insofern sind somit die Voraussetzungen für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung nicht gegeben" (BGE 129 III 280 f. und daselbst zit. Literatur und Entscheide). Wie eingangs dargestellt erhielt der Beklagte - soweit dies den vorliegenden Akten entnommen werden kann - in nachgenannten Jahren nachfolgend aufgeführte Bonuszahlungen:

- 20 - 1993 Fr. 1'500.-- 1994 Fr. 5'000.-- 1996 Fr. 30'000.-- 1997 Fr. 45'000.-- 1998 Fr. 200'000.-- Bei dieser Sachlage kann noch keine Zahlungspflicht der Beklagten angenommen werden, weil - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 68 S. 12) - noch nicht von einer langjährigen, ja sogar jahrzehntelangen Ausrichtung einer Bonuszahlung unter Freiwilligkeitsvorbehalt gesprochen werden kann. Im vorliegend zu beurteilenden Arbeitsvertrag und im Reglement wurde sodann ausdrücklich vereinbart, dass kein Anspruch auf Ausrichtung eines Spezialbonus bestehe. Auch wenn über mehrere aufeinanderfolgende Jahre ein Bonus ausgerichtet worden sei, werde dadurch kein Anspruch auf künftige Zahlungen begründet. Damit steht fest, dass nicht nur der Freiwilligkeitscharakter des Bonus vertraglich ausdrücklich festgehalten worden ist, sondern dass auch aus einer gewissen Praxis noch nicht auf einen Rechtsanspruch geschlossen werden kann. Und schliesslich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Kläger nicht geltend gemacht hat, in den Jahren 1993 bis 1998 habe die Beklagte einen Bonus ausbezahlt, obwohl die vereinbarten Voraussetzungen hierzu gar nicht gegeben gewesen seien. 3. Die Auszahlung eines Bonus bzw. einer Gratifikation kann sich schliesslich noch aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung herleiten. In diesem Sinne erkannte auch das Arbeitsgericht Zürich am 5. Mai 1998, dass mit Bezug auf den Bonus das Gleichbehandlungsgebot zum Tragen komme (Entscheidung des Arbeitsgerichtes Zürich 1997 und 1998, S. 12 f.). Dabei ist die Pflicht des Arbeitgebers zur Achtung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers der Rechtsgrund für die Geltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots. Dieser wird durch die Vertragsfreiheit allerdings erheblich eingeschränkt und besitzt - vom Gleichstellungsgesetz abgesehen - nur Bedeutung bei freiwilligen Leistungen wie Gratifikationen etc. Wird eine solche geleistet, verbietet es der Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, dass einzelne willkürlich oder aus unsachlichen Motiven von der Zahlung ausgeschlossen werden. Der Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf

- 21 - Gratifikation kann sich daher auch bei grundsätzlicher Freiwilligkeit der Gratifikationsleistungen aus dem Verbot der Diskriminierung ergeben. Es bleibt dem Arbeitgeber bei Freiwilligkeit der Gratifikation aber trotzdem unbenommen, diese an beliebige Voraussetzungen zu knüpfen und bestimmte Gruppen von Arbeitnehmer von der Zahlung auszuschliessen. Es ist nur eine Schlechterstellung gegenüber der Mehrheit verboten, nicht eine Besserstellung Einzelner. Willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer liegt aber nur bei unterschiedlicher Behandlung gleichliegender Fälle aus sachfremden Gründen vor. Was im Einzelfall sachfremd ist, entscheidet im Zweifel die Verkehrsauffassung (Arbeitsgericht Zürich, 28. April 2000, in: JAR 2001, S. 203; Arbeitsgericht Zürich, 26. Februar 2001, in: Entscheidung des Arbeitsgerichtes Zürich 2001, S. 5 = ZR 101 [2002] Nr. 63, S. 227; Streiff/von Kaenel, a.a.O., RN 5 zu Art. 322d, S. 121; Brunner/Bühler/Waerber, a.a.O., S. 54; Portmann, a.a.O., Rz 402, S. 103; Schweizerischer Gewerbeverband, a.a.O., Rz 2 f. zu Art. 322d, S. 131; Rehbinder, a.a.O., Rz 9 zu Art. 322d, S. 362 f.; Schönenberger/Staehelin, a.a.O., Rz 13 zu Art. 322d OR, S. A 172 f.; vgl. dazu auch BGE 129 II 282; ZR 102 [2003] Nr. 5, S. 26). Der Kläger hat nicht behauptet, geschweige denn bewiesen, dass einer der Bonusempfänger genau gleich wie er in einem gekündigten Arbeitsverhältnis war. Die Beklagte konnte somit gar nicht gegen das Gleichheitsgebot verstossen, indem sie den Kläger anders behandelte als alle übrigen Angestellten in seinem Team, weil bezüglich der Auszahlung bzw. Nichtauszahlung eines Bonus ganz unterschiedliche Sachverhalte zu Grunde lagen. Indem die Beklagte mit Bezug auf die Auszahlung eines Bonus einen Unterschied machte zwischen ungekündigtem und

gekündigtem Arbeitsverhältnis, kann ihr nicht eine Ungleichbehandlung bzw. eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angelastet werden, weil es sich dabei nicht um ein sachfremdes Unterscheidungskriterium handelt. Es liegt auch keine rechtsungleiche Behandlung vor, indem die Beklagte gegen- über dem Kläger die Kündigung aussprach und nicht auch gegenüber R. R., viel- mehr diesem wegen dessen Fehlverhalten nur einen scharfen Verweis erteilte (Prot. I S. 93), weil der Beklagten in diesem Zusammenhang ein gewisser Ermes- sensspielraum eingeräumt werden muss.

- 22 - 4. a) Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass die Beklagte dem Kläger die Auszahlung des Bonus für das Jahr 1999 nur deshalb verweigert hat, weil er im gekündigten Arbeitsverhältnis gestanden ist. Sie hat aber nie geltend gemacht, der Kläger hätte auch dann keinen Bonus erhalten, wenn ihm nicht wegen des Vorfalles vom 1. Dezember 1999 gekündigt worden wäre, d.h. die Beklagte brach- te nie vor, das Geschäftsergebnis habe für das Jahr 1999 keine Bonuszahlungen erlaubt bzw. die Leistungen des Klägers - abgesehen vom noch zu beurteilenden Vorfall vom 1. Dezember 1999 - seien nicht zufriedenstellend gewesen. Im Ge- genteil ergibt sich aus der zu den Akten gereichten Bonusliste (Urk. 26/1) ohne weiteres, dass die entsprechenden Voraussetzungen für eine Bonuszahlung ge- geben waren. Zudem wurden die Leistungen des Klägers, wie sich aus den bei den Akten liegenden Zeugnissen ergibt, bis zum 1. Dezember 1999 als gut quali- fizierte. Ebenso bezeugte A. H., dass es im Dezember 1999 das erste Mal gewe- sen sei, dass der Kläger seine Weisungen nicht beachtet habe (Prot. I S. 77). Bei dieser Sachlage geht es hier im Weiteren somit lediglich noch um die Würdi- gung der Vertragsklausel, dass der Bonus nur dann ausbezahlt werde, wenn ein ungekündigtes Vertragsverhältnis vorliegt. Es braucht demzufolge auf die weite- ren im Arbeitsvertrag der Parteien vorgesehenen Bedingungen bezüglich der Aus- richtungen eines Bonus nicht weiter eingetreten zu werden. b) Grundsätzlich ist es seitens des Arbeitgebers zulässig, die Auszahlung eines Bonus von Voraussetzungen abhängig zu machen. Da Art. 322d OR dispositiv ist, können die Regelungen über den Gratifikationsanspruch die Auszahlung auch von Bedingungen abhängig machen, wie eine ungekündigte Stellung. Sind die vereinbarten Bedingungen nicht erfüllt, ist ein Gratifikationsanspruch nicht gege- ben. Eine solche Vereinbarung, wonach eine Gratifikation nur ausbezahlt wird, wenn sich der Arbeitnehmer in ungekündigter Stellung befindet, ist somit grund- sätzlich zulässig (Arbeitsgericht Zürich, 28. April 2000, in: JAR 2002, S. 205; Ar- beitsgericht Zürich 26. Februar 2001, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2001, S. 5 f. = ZR 101 [2002] Nr. 63, S. 227 f.; Brühwiler, a.a.O., Ziff. 5 zu Art. 322d, S. 117; Streiff/von Kaenel, a.a.O., RN 4 zu Art. 322d, S. 120; Portmann, a.a.O., Rz 403, S. 103; BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 322d N 4; so auch

- 23 - Bundesgericht, Urteil vom 11. Oktober 1994, in: JAR 1995, S. 107; ZR 102 [2003] Nr. 5, S. 25). c) Eine Bedingung im Rechtssinne liegt dann vor, wenn die Verbindlichkeit oder die Auflösung eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird. Die Tatsache, von der die Verbindlichkeit oder Auflösung des Vertrages abhängt, muss ungewiss sein. Bei Vertragsabschluss darf objektiv nicht feststehen, ob diese überhaupt eintreten wird. Mit der im Arbeitsvertrag festgehaltenen Regelung, wonach der Spezialbonus nur ausgerichtet wird, falls der Kläger sich zum Zeitpunkt der Auszahlung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit der Beklagten befindet, bzw. negativ ausge- drückt, dass der Anspruch auf Ausrichtung eines Spezialbonus entfällt, wenn der Kläger im Zeitpunkt der Auszahlung in gekündigtem

Arbeitsverhältnis steht, wird die Auszahlung des Spezialbonus nicht nur aufgeschoben, sondern zugleich an die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch ungewisse Tatsache des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses geknüpft. Damit wird die Auszahlung des Spezialbonus erst dann voll wirksam, wenn die Bedingung, wonach der Kläger im massgebenden Zeitpunkt noch im Anstellungsverhältnis mit der Beklagten stehen muss, erfüllt ist (vgl. dazu den analogen Fall betreffend Übereignung zugeteilter Aktien in ZR 102 [2003] Nr. 5 S. 23). Die von den Parteien vereinbarte Bedingung ist eindeutig und klar. Es ist auch unzweifelhaft, dass der Anspruch auf einen Spezialbonus für das Jahr 1999 erst nach vollkommener Vollendung dieses Jahres überhaupt entstehen konnte, weil erst in diesem Zeitpunkt das Jahresergebnis der Beklagten berechnet und das Verhalten des Klägers bis zum letzten Arbeitstag im Jahr 1999 bewertet werden konnte. Entgegen der Meinung des Klägers konnte der Anspruch des Klägers auf Ausrichtung eines Spezialbonus für das Jahr 1999 demzufolge gar nicht vor dem 1. Januar 2000 entstehen. Unbestreitbar ist schliesslich die Tatsache, dass der Kläger zu Beginn des Jahres 2000 in einem gekündigten Verhältnis zur Beklagten stand. Das bedeutet, dass die Bedingung, die für die Ausrichtung eines Spezialbonus zwischen den Parteien vertraglich vereinbart worden war, nicht eingetroffen

- 24 - ist, weshalb die Beklagte dem Kläger für das Jahr 1999 keine Bonuszahlung schuldet.

d) Die Qualifikation der Spezialbonuszahlung als bedingtes Rechtsgeschäft hat für die Parteien nun aber zur Folge, dass sie während des Schwebezustandes des bedingten Geschäfts, mithin zwischen Vertragsschluss und Auszahlung des jeweils jährlichen Spezialbonus, gegenseitig zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet sind und nichts vornehmen dürfen, was die Position der andern Partei beeinträchtigen könnte. Gemäss Art. 156 OR gilt eine Bedingung nämlich auch dann als erfüllt, wenn ihr Eintritt treuwidrig verhindert worden ist bzw. gilt ebenfalls dann als ausgefallen, wenn sie treuwidrig herbeigeführt worden ist. Dabei ist zu beachten, dass nicht jedes Vereiteln bzw. Herbeiführen des Bedingungseintritts die Anwendbarkeit von Art. 156 OR zur Folge hat; stichhaltige und triftige Gründe, die zum Eintritt bzw. zur Vereitelung der Bedingung führen, schliessen die Anwendung von Art. 156 OR jedenfalls aus. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt insbesondere dann nicht vor, wenn die betreffende Partei nur ein Recht ausübt (vgl. dazu ZR 102 [2003] Nr. 5, S. 24 und daselbst zit. Literatur). 5. a) Es ist somit nachfolgend zu prüfen, ob die Kündigung der Beklagten gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstösst. Diese Frage kann aber nicht rein abstrakt und theoretisch beantwortet werden, vielmehr ist vom Grundsatz des freien Kündigungsrechtes im schweizerischen Arbeitsrecht auszugehen. b) Nach Art. 335 Abs. 1 OR kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei unter Einhaltung gewisser Kündigungsfristen gekündigt werden. Die Einhaltung der im vorliegenden Fall anwendbaren Kündigungsfrist steht hier nicht zur Diskussion. Das schweizerische Recht geht nach wie vor vom Prinzip der Kündigungsfreiheit aus, weshalb es für die Rechtmässigkeit einer Kündigung grundsätzlich keiner besonderen Gründe bedarf (vgl. BGE 127 III 86). Die Parteien können unbefristete Arbeitsverhältnisse also aus beliebigen Gründen, d.h. auch ohne einleuchtenden Grund nach Willkür durch ordentliche Kündigung einseitig auflösen (Rehbinder, a.a.O., Rz 13 zu Art. 335, S. 60).

- 25 - Gemäss Art. 335 Abs. 2 OR muss der Kündigende die Kündigung nur dann schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt. Auf die Begründungspflicht braucht vorliegend nicht weiter eingegangen zu werden, zumal der Kläger aus einer allfälligen

Schlechterfüllung der Begründungspflicht (vgl. dazu Reh binder, a.a.O., Rz 10 zu art. 335, S. 58) keine finanziellen Ansprüche herleitet und weil sich aus dieser gesetzlich vorgesehenen Begründungspflicht nicht abgeleitet werden kann, nur eine begründete Kündigung sei gesetzlich zulässig und wirksam. Nicht zulässig sind hingegen missbräuchliche Kündigungen. Eine Kündigung ist aber nur dann missbräuchlich, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird. Die Tatbestände einer missbräuchlichen Kündigung sind gesetzlich in Art. 336 OR geregelt. Die gesetzliche Aufzählung von Missbrauchs- tatbeständen schliesst die Bewertung einer Kündigung unter unmittelbarer Heranziehung des Missbrauchsstats von Art. 2 Abs. 2 ZGB aber nicht aus. Die Aufzählung von Missbrauchstatbeständen in Art. 336 OR ist nicht abschliessend (Rehbinder, a.a.O., Rz 10 zu Art. 336, S. 91). Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Es sind deshalb weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (vgl. zum Ganzen BGE 125 III 72 mit zahlreichen Hinweisen; ferner BGE 123 III 251; BGE 121 III 61 f.). Diese müssen aber eine vergleichbare Schwere aufweisen, wie die in Art. 336 OR ausdrücklich Aufgeführten (BGE 4C.174/2004 vom 5. August 2004; SJZ 100 [2004] Nr. 32, S. 522 f.). In diesem Zusammenhang verhält sich der Kläger ambivalent. Er zitiert zwar in seinen Ausführungen Art. 336 Abs. 1 lit. c OR, wonach die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich ist, wenn sie von einer Partei ausschliesslich deshalb ausgesprochen wird, um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Er zieht daraus aber nicht die in Art. 336a OR vorgesehenen Sanktionen, worauf die Beklagte zutreffend hinweist. Bei dieser Sachlage braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR vorliegt, weil der Kläger daraus keine direk-

- 26 - ten Konsequenzen zieht. Im Übrigen hat die Vorinstanz zutreffend darauf hingewiesen, dass keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Kündigung vorliegen würden (Urk. 68 S. 13). c) Dies schadet dem Kläger im vorliegenden Fall indessen in keiner Art und Weise, weil er immer wieder geltend machte, die Beklagte habe ihm nur deshalb gekündigt, damit sie ihm für das Jahr 1999 keinen Bonus bezahlen musste. Damit macht er ausdrücklich geltend, die Beklagte habe im Sinne von Art. 156 OR wider Treu und Glauben den Eintritt einer Bedingungen, nämlich das ungekündigte Vertragsverhältnis, verhindert. Es ist demzufolge in diesem Zusammenhang abschliessend auf den Kündigungsgrund der Beklagten näher einzugehen. d) Die Beklagte hat dem Kläger bereits am 2. Dezember 1999 den Grund der Kündigung geoffenbart, und zwar machte sie diesem gegenüber als Kündigungsgrund geltend, das Vertrauensverhältnis sei zwischen ihr und dem Beklagten zerstört. Dieser Umstand wurde durch die Zeugenaussage von A. H. bestätigt, er müsse sich als Chef auf die Händler verlassen können. Es gehe um sehr viel Geld und Reputationsrisiken. Er könne nur mit jemandem zusammenarbeiten, wenn er Vertrauen habe. Deshalb habe er dem Kläger gesagt, es sei besser, wenn er woanders arbeite. Es sei für ihn nicht mehr möglich gewesen, mit ihm zusammenzuarbeiten, weil das Vertrauen gefehlt habe. Es sei dann auch der Personaldienst eingeschaltet worden. Jedenfalls habe er unter den gegebenen Umständen nicht mehr mit ihm weiter arbeiten können, was dann zur Trennung geführt habe. Es sei von ihm aus gekommen, dass er nicht mehr mit dem Kläger zusammenarbeiten könne. Er trage die Verantwortung für alles, was im Handel passiere (Prot. I S. 62). In dem Moment, als er zum Kläger gegangen sei, sei ihm jedoch klar geworden, dass dieser sich der Risiken nicht bewusst gewesen sei. Dies sei der Grund

für den Vertrauensbruch zwischen ihm als Verantwortlichem für den Handel und einem Händler gewesen. Es gebe bei ihnen keinen Grundsatz, einmal sei keinmal (Prot. I S. 81).

- 27 - Die Beklagte hält im Schreiben vom 30. Mai 2000 dem Kläger gegenüber fest, das Vertrauensverhältnis sei nachhaltig gestört und eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar (Urk. 9/7 S. 2). J. W. bezeugte in diesem Zusammenhang, bezüglich der Kündigung des Klägers sei das Vertrauen damals das Schlagwort gewesen, welches ihnen mitgeteilt worden sei. Von A. H. und T. sei dies als Grund angegeben worden (Prot. I S. 90). Wenn der Kläger geltend macht, dieser Kündigungsgrund sei ihm nicht bekannt gewesen (Prot. I S. 70), dann ist dies aktenwidrig. Er selber bestätigt nämlich in seinem Schreiben vom 7. Dezember 1999 wörtlich: "Am vergangenen Donnerstag wurde ich von meinem Vorgesetzten, Herr A. H., und meinem Personalchef, Herr J. T., mit folgender Situation konfrontiert: Das Vertrauensverhältnis sei nicht mehr gewährleistet und eine weitere Zusammenarbeit sei nicht mehr erwünscht" (Urk. 13/3). Dies bestätigte er sodann ausdrücklich in seiner persönlichen Befragung, die Chronologie sei so gewesen, dass am 2. Dezember eine Sitzung mit dem Personalverantwortlichen Herrn T., Herrn H. und ihm stattgefunden habe. An dieser Sitzung sei schnell heraus gekommen, dass die Bank mangels Vertrauensverhältnis nicht mehr mit ihm habe zusammenarbeiten wollen (Prot. I S. 70). Ist das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gestört, dann besteht für beide Parteien ein zureichender Grund, das Arbeitsverhältnis auf dem vom Gesetz vorgesehenen Wege ordnungsgemäss aufzulösen. Wenn das Vertrauensverhältnis gestört ist, dann ist es einem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar, einen Arbeitnehmer weiterhin zu beschäftigen, vielmehr hat er dann ohne weiteres das Recht, diesem das Arbeitsverhältnis aufzukündigen. Im vorliegenden Fall hat der Zeuge A. H. - wie dargelegt - sehr glaubwürdig ausgeführt, dass er als Vorgesetzter das Vertrauen in den Kläger verloren habe und er mit diesem nicht mehr zusammenarbeiten könne. Es besteht kein Anlass, an dieser Zeugenaussage zu zweifeln. Bei dieser Sachlage kann aber - wie bereits erwähnt - nicht von einer missbräuchlichen Kündigung gesprochen werden. Wenn die Kündigung der Beklagten nicht rechtsmissbräuchlich nach Art. 336a OR ist, dann kann sie auch nicht gegen Treu und Glauben im Sinne von Art.

- 28 - 156 OR verstossen. Beide Bestimmungen sind allgemein als Anwendungsfall von Art. 2 ZGB auszulegen. Als rechtsmissbräuchlich und damit treuwidrig gilt nämlich die Inanspruchnahme einer Berechtigung, die sich mit grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung nicht verträgt. Dies ist bei einer Kündigung eines Arbeitsverhältnisses infolge zerstörtem Vertrauensverhältnis aber nicht der Fall. Eine Einschränkung ist nur dann zu machen, wenn es sich dabei um einen unbegründeten und vorgeschobenen Grund handelt, was nachfolgend noch zu prüfen ist. e) Die Kündigung wurde dem Kläger unbestrittenermassen am 2. Dezember 1999 eröffnet. Dabei wurde dem Kläger, was von diesem in seinem bereits erwähnten Schreiben vom 7. Dezember 1999 ausdrücklich bestätigt wird, dargelegt, dass das Vertrauensverhältnis durch sein Verhalten anlässlich des Vortages zerstört worden sei, und zwar bezogen auf eine Transaktion mit Novartis-Optionen. Die Kündigung stand demzufolge in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Transaktion. Die Parteibehauptungen und auch die Aussagen im durchgeführten Beweisverfahren gehen bezüglich der angeblichen Besprechungen zwischen dem Kläger und seinem Vorgesetzten A. H. am Morgen des 1. Dezember 1999 und unmittelbar vor der Transaktion auseinander. Auf diese Details braucht vorliegend indes gar nicht eingegangen zu werden, weil diese nicht entscheiderelevant sind. Unbestritten ist, dass der

Kläger für den Handel mit Novartis-Optionen zuständig war. Verschiedene Zeugen haben - vorauf die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat (Urk. 68 S. 12) - bestätigt, dass der Kläger normalerweise kompetent gewesen ist, eine Transaktion in diesem Umfang durchzuführen. Es ist sodann aber auch aktenmässig rechtsgenügend belegt, dass vor dem 1. Dezember 1999 innerhalb des Betriebes der Beklagten gewisse Gerüchte bezüglich der Novartis-Optionen kursierten. A. H. bezeugte in diesem Zusammenhang, es habe Gerüchte gegeben, wegen der Abspaltung von Singenta, eines Teilbereichs der Novartis. Diese Gerüchte

- 29 - hätten sich in der Folge zugespitzt (Prot. I S. 62). Diese speziellen Gerüchte über Novartis an jenem Morgen hätten dazu geführt, dass er mit J. W. Rücksprache genommen habe. Sie hätten gedacht, es könne an diesen Gerüchten etwas dran sein (Prot. I S. 63). Mit dem Kläger habe er über allgemeine Novartis-Positionen im Vorfeld des 1. Dezembers diskutiert, dass man das Risiko speziell anschauen solle und auch dass diese Optionen nicht mehr verkauft werden sollten, weil es schwierig sei, die ganze Position abzusichern (Prot. I S. 71). Im gleichen Sinne bestätigte der Zeuge J. W., es seien Gerüchte über Novartis im Umlauf gewesen. In diesem konkreten Fall habe man eher etwas mehr hinhören müssen (Prot. I S. 84). Er habe von einer Person, welche bei Novartis arbeite, vernommen, dass er zu einer Nachtschicht gerufen worden sei, um eine Präsentation aufzubereiten. Dies habe er H. mitgeteilt, weil dieser zuständig sei für den Bereich Industrie. Sie hätten die Sache diskutiert und sich gefragt, was es zu bedeuten habe, und sich die Positionen angeschaut. Sie hätten dann gedacht, es wäre gut, wenn man ein paar Optionen kaufen könnte und zwar At-the-money Optionen (Prot. I S. 85). Ebenso führte der Zeuge R. R. aus, es seien Gerüchte im Umfeld gewesen, welche darauf hätten schliessen lassen, dass in absehbarer Zeit Bewegung in Novartis kommen werde (Prot. I S. 95). In seinem Schreiben vom 7. Dezember 1999 bestätigte der Kläger ausdrücklich, dass er um das Upside Risiko der Novartis Position und um die Möglichkeit der kurz bevorstehenden Neuigkeiten gewusst habe (Urk. 13/3). In der persönlichen Befragung führte der Kläger ebenfalls aus, nach seinem Wissen hätten die Gerüchte um Novartis schon länger existiert. Etwa eine Woche vorher, habe H. ihnen gesagt, in diesem speziellen Produkt, also in den erwähnten speziellen Optionen, sollten sie nicht mehr verkaufen. Die Gerüchte um Novartis seien im Handelsfloor ein Thema gewesen (Prot. I S. 69). Er habe um das upside-Risiko der Novartis-Optionen gewusst. Es sei dabei um die Optionen gegangen, die er zuvor erwähnt habe. Es sei nur um diese gegangen. Das sei ihr grösstes Risiko gewesen. Er habe um die Möglichkeit der kurz bevorstehenden

- 30 - Neuigkeiten gewusst. Davon habe man angesichts der Gerüchte auch ausgehen müssen. Aber auf 100 Gerüchte bewahrheitete sich vielleicht eines, wenn überhaupt (Prot. I S. 70). Vorher habe ihm H. schon mitgeteilt, dass er keine Gamma-Short-Position machen solle, aber bezüglich anderer Optionen. Es sei nicht allgemein gesagt worden, es sollten keine Gamma-Short-Positionen eingegangen werden, sondern nur bezüglich dieser einen gefährlichen Position mit grossem Risiko. Es sei nur diesbezüglich gesagt worden, dass keine solchen Optionen mehr verkauft werden sollten. Dies sei aber auch betreffend Novartis gewesen. Konkret in dieser Option hätten sein Kollege und er die Weisung bekommen, nicht mehr zu verkaufen, beziehungsweise nicht mehr zusätzlich Gamma-Short-Positionen einzugehen (Prot. I S. 72 f.). Aufgrund der persönlichen Aussagen des Klägers steht somit fest, dass er von den Gerüchten bezüglich Novartis Kenntnis hatte und dass sein Vorgesetzter A. H. ca. eine Woche vor dem 1. Dezember 1999

mit ihm darüber gesprochen und ihm auch die Weisung erteilt hat, es sollten keine Gamma-Short-Positionen eingegangen werden. Es war ihm demzufolge voll bewusst oder hätte ihm bei dieser Sachlage zumindest voll bewusst sein müssen, dass es sich bei allfälligen Transaktionen mit Novartis-Optionen um risikohafte Geschäfte handelte. Bei dieser Sachlage wäre der Kläger aber - worauf die Vorinstanz zutreffend hinweist (Urk. 68 S. 13) - von sich aus und auch ohne erneute Anweisung durch seinen Vorgesetzten verpflichtet gewesen, vor der fraglichen Transaktion am 1. Dezember 1999 bei seinem Vorgesetzten oder einem Händlerkollegen Rücksprache zu nehmen, um sich zu erkundigen, ob die vor kurzem erteilte Weisung bezüglich Gamma-Short-Positionen immer noch Geltung habe und wie nun das gegenwärtige Handling betreffend Novartis sei. Dies hat er aber unbestrittenmassen nicht getan, obwohl es sich doch um ein Geschäft von einer gewissen Grösse gehandelt hat. A. H. erklärte, er habe zum Kläger gesagt, dass es sich schon um ein sehr grosses Geschäft gehandelt habe (Prot. I S. 67). Der klägerische Kontrakt sei gross gewesen. Es sei ersichtlich, dass es sich dabei um ein spezielles Geschäft und nicht um ein alltägliches Geschäft gehandelt habe (Prot. I S. 74). Es sei schon eine etwas grössere Transak-

- 31 - tion gewesen (Prot. I S. 78). Der Zeuge J. W. spricht in diesem Zusammenhang von einer ziemlich grossen Anzahl Optionen (Prot. I S. 86). Der Zeuge R. R. sagte, dass in der damaligen Situation der Handel eine unvernünftige Aktion gewesen sei. Diese Option habe eine relativ kurze Laufzeit gehabt, deshalb sei es im Umfeld starker Gerüchte und Spekulationen nicht sinnvoll, mit diesen zu handeln (Prot. I S. 95). Aus diesen Ausführungen erhellt mit hinreichender Deutlichkeit, dass der Kläger am 1. Dezember 1999 bei der fraglichen Transaktion mit Novartis-Optionen aufgrund der gegebenen Situation nicht die Vorsichtsmassnahmen hat walten lassen, die sein Vorgesetzter von ihm erwarten durfte. Dass er fehlerhaft gehandelt hat, bestätigte der Kläger in seinem Schreiben vom 7. Dezember 1999 ausdrücklich: "Ich bemerkte sogleich den Fehlentscheid für diesen Abschluss ... Ich realisierte den Fehlentscheid. ... Wiegt dieser einmalige Fehler dermassen?" (Urk. 13/3). In diesem Prozessverfahren wollte der Kläger den Inhalt dieses Schreibens zwar nicht mehr für zutreffend halten. Er führte dazu aus, er habe natürlich auch ein wenig versucht, seinen Kopf zu retten. Er habe sich wohl gedacht, dann gebe ich halt etwas zu, wenn ich schon Mist gebaut haben soll, dann könne er seine Haut retten. Er habe diesen Brief wohl etwas unüberlegt geschrieben (Prot. I S. 25). Aus dem Schreiben lasse sich nichts ableiten (Prot. I S. 26). In der persönlichen Befragung ergänzte der Kläger hierzu, bei seinem Schreiben sei es darum gegangen, ob er den Job verliere oder nicht, und der Grund sei dieses Geschäft gewesen, welches er abgeschlossen habe. Deshalb habe er die Strategie gewählt zu sagen, dass es ein Fehler gewesen sei, dieses Geschäft zu machen (Prot. I S. 71). Mit diesen Ausflüchten kann der Kläger nicht gehört werden, weil sie vollkommen unglaubhaft sind. Wie bereits dargelegt, liegen genügend objektive Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kläger bei der fraglichen Transaktion allzu risikohaft gehandelt hat. Dabei braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob das Geschäft als solches schlussendlich für die Beklagte positiv oder negativ ausfiel. Auch ein allzu risikofreudiges Handeln in Banksachen kann das Vertrauensverhältnis zwischen einem

- 32 - Vorgesetzten und einem Untergebenen zerstören, vor allem dann, wenn es um momentane sensible Geschäfte geht. Aus diesem Grunde wirft auch die Vorinstanz dem Kläger zutreffend fehlerhaftes Verhalten vor (Urk. 68 S. 13), wobei dessen Grad vorliegend nicht besonders qualifiziert werden muss. Indem die Beklagte ihre Kündigung damit

begründete, dass das Vertrauensverhältnis durch die fragliche Transaktion mit Novartis-Optionen zerstört worden sei, handelte sie nicht gegen Treu und Glauben und versties dadurch auch nicht gegen Art. 156 OR. Vielmehr muss sich der Kläger sagen lassen, dass er der Beklagten durch sein Verhalten einen ausreichenden Grund für die Kündigung gesetzt hat. Zum gleichen Schluss gelangte auch die Vorinstanz, die Beklagte habe dem Kläger wegen dieses Anlasses kündigen dürfen (Urk. 68 S. 13). Daraus ergibt sich, dass die Beklagte den Eintritt der relevanten Bedingung für die Ausrichtung des Bonus, das ungekündigte Arbeitsvertragsverhältnis mit dem Kläger, nicht treuwidrig verhindert hat. Das hat aber unweigerlich zur Folge, dass die Beklagte dem Kläger für das Jahr 1999 keinen Bonus schuldet. 6. Die Vorinstanz kam zwar - wie bereits ausgeführt - zum Schluss (Urk. 68 S. 13 f.), es widerspreche jedoch sachgerechtem Ermessen, wenn die Beklagte aus diesem Grund und unter Berücksichtigung dessen, was überhaupt habe bewiesen werden können, den Bonus vollumfänglich streiche. Wegen des Vorfalles vom 1. Dezember 1999 hätte die Beklagte jedoch ihren grossen Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn sie den Bonus für den Kläger gekürzt hätte. Es rechtfertigt sich, den Bonus zu reduzieren. Diesen Ausführungen kann indessen nicht gefolgt werden, weil sie weder im Gesetz noch in der vertraglichen Vereinbarung eine Stütze finden. Die Parteien haben klar und eindeutig vereinbart, dass nur dann ein Bonus geschuldet sei, wenn der Kläger in ungekündigtem Arbeitsverhältnis steht. Dies ist - wie dargelegt - zu Beginn des Jahres 2000 nicht der Fall gewesen. Damit war eine klare Bedingung für die Ausrichtung eines Bonus nicht erfüllt, weshalb die Beklagte auch berechtigt war, dem Kläger den Bonus für das Jahr 1999 zu verweigern und nicht nur zu kürzen. Wenn die Parteien für diesen Fall lediglich eine Kürzung des Bonus hätten vorsehen wollen, dann hätten sie dies entsprechend regeln müssen, genau

- 33 - gleich wie auch eine pro-rata-Gratifikation nur dann geschuldet ist, wenn sie gemäss Art. 322d Abs. 2 OR vertraglich verabredet ist. 7. Aufgrund all dieser Erwägungen ergibt sich, dass die Beklagte - entgegen dem vorinstanzlichen Urteil - dem Kläger für das Jahr 1999 keinen - auch nicht einen bloss reduzierten - Bonus schuldet, weshalb die Forderungsklage des Klägers vollumfänglich abzuweisen ist. V. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger sowohl für das vorinstanzliche wie auch für zweinstanzliche Verfahren vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig. Das Gericht beschliesst:

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