

# ZH\_OBERGERICHT LA200017 vom 19. Januar 2021

ZH Obergericht, 2021-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA200017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA200017)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA200017 du 19 janvier 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT LA200017 del 19 gennaio 2021

## Erwägungen

### E. 6

% – für das Geschäftsjahr 2005 abgelehnt. Das Bundesgericht konnte diese Frage offenlassen. Mit der vorliegenden Teilklage fordert der Kläger gestützt auf den Arbeitsvertrag von der Beklagten erneut die Bezahlung von Fr. 736'240.– als zusätzliche Gewinnbeteiligung für das Geschäftsjahr 2005. Zudem macht er eine Zinsforderung von Fr. 1'963'517.– geltend. Er begründet dies damit, dass die Beklagte ihm bislang Fr. 1 Mio. zuzüglich 5 % Zins ab 13. Juni 2007 (= Fr. 428'493.–) per 6. Januar 2016 sowie Fr. 5'447'531.– und Fr. 601'554.– (mittlerer Zins auf den Lohnforderungen) per 31. Mai 2016 bezahlt habe. Er habe aber Anspruch auf 5 % Zins ab 13. Juni 2007. Ein Betrag von Fr. 4'107'071.– sei unverzinst geblieben. Bis Ende 2017 ergebe dies Fr. 1'963'517.–. Die Summe von Fr. 4'107'071.– sei weiterhin mit 5 % zu verzinsen. Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten Ansprüche. Die Vorinstanz wies den Anspruch des Klägers auf zusätzliche Gewinnbeteiligung ab, das Zinsbegehren dagegen teilweise gut. Nicht mehr Streitgegenstand bilden Fr. 44'000.– nebst 5 % Zins seit 13. Juni 2007 unter dem Titel "Rest Auto-spesen", nachdem die Beklagte diese Forderung beglichen und die Vorinstanz die Klage in diesem Umfang abgeschrieben hat (Urk. 49 S. 3 und 22). II. Die Klage ist am 8. Januar 2018 bei der Vorinstanz eingegangen (Urk. 1). Auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens hatten die Parteien verzichtet (Urk. 3/2). Der Gang des vorinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 49 S. 3). Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 30. Dezember 2019 hat der Kläger mit Eingabe vom 30. April 2020 rechtzeitig Berufung erhoben (Urk. 48). Dieses Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. LA200017-O angelegt. Die Berufungsantwort datiert vom 9. Juli 2020 (Urk. 53) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 17. Juli 2020 zur Kenntnisnahme zu-

- 6 - gestellt (Urk. 54). Die Beklagte hat ebenfalls rechtzeitig Berufung eingelegt, und zwar mit Eingabe vom 4. Mai 2020 (Urk. 55/48). Dieses Berufungsverfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. LA200018-O angelegt. Die Berufungsantwort des Klägers erfolgte mit Schreiben vom 8. Juli 2020 (Urk. 55/53). Sie wurde mit Verfügung vom 17. Juli 2020 der Beklagten zugestellt (Urk. 55/54). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt. III. 1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten

Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu be- zeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]; BGer 5A\_127/2018 vom 28.02.2019, E. 3, m.w.H.). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genü- genden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht über- prüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift we- der eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechts- schriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschrif- ten sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausfüh- rungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefoch- tene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Beru-

- 7 - fungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hunger- bühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtli- chen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandun- gen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungspro- gramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Be- rufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prü- fung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Ent- scheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfah- rens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.). Die vom Kläger in der Berufungsschrift unter II. Materielles, Urk. 48 S. 3-7 Rz 1-6 und die von der Beklagten in der Berufungsantwort dazu gemachten Erwi- derungen (Urk. 53 S. 6-14) setzen sich nicht mit den Erwägungen des angefoch- tenen Urteils auseinander, weshalb darauf nach dem zuvor Gesagten nicht weiter einzugehen ist. 2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfah- ren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt wer- den, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (BGer 5A\_330/2013 vom 24.09.2013, E. 3.5.1; 5A\_266/2015 vom 24.06.2015, E. 3.2.2).

- 8 - 3. Aus prozessökonomischen Gründen sind die beiden Berufungsverfahren zu vereinigen und unter der Geschäftsnummer LA200017-O weiterzuführen; das Verfahren LA200018-O ist als dadurch erledigt abzuschreiben. Dessen Akten werden als Urk. 55 in das Verfahren LA200017-O integriert. IV. A. 1. Der Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2005 räumte dem Kläger ab dem Ge- schäftsjahr 2004 eine Gewinnbeteiligung von 6 % ein,

ausgehend vom Ergebnis (Gewinn oder Verlust im Geschäftsjahr) der vom Verwaltungsrat der B1.\_\_\_\_\_ AG genehmigten konsolidierten Gewinn- und Verlustrechnung der Gruppe B1.\_\_\_\_\_ AG (Holding) und ihrer Tochtergesellschaften, dies unter Berücksichtigung bestimmter Korrekturposten (Urk. 3/5 S. 6 ff. Art. 11). Zuvor war die Gewinnbeteiligung des Klägers in einer Zusatzvereinbarung vom 5. September 2001 zum Arbeitsvertrag vom 13. Dezember 2000 geregelt. Vorgesehen waren für die Geschäftsjahre 2000 bis 2003 jeweils 5 % und ab dem Geschäftsjahr 2004 jeweils 6 % Gewinnbeteiligung (Urk. 13/9). Der Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2005 enthielt wie schon derjenige vom 13. Dezember 2000 (abgeschlossen mit der B2.\_\_\_\_\_ AG; Urk. 20/1 S. 6) einen Schriftlichkeitsvorbehalt, der wie folgt lautete (Urk. 3/5 S. 9): "Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftlichkeit und beiderseitigen Unterzeichnung." 2. a) Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass keine schriftliche Vereinbarung über die Erhöhung der Gewinnbeteiligung auf 10 % vorliege. Der Kläger berufe sich auf das an ihn gerichtete Schreiben von D.\_\_\_\_\_ vom 18. November 2004 (Urk. 3/22) und auf sein Antwortschreiben vom 19. November 2004 (Urk. 13/20). Entgegen der Auffassung des Klägers lasse sich aus diesen Schreiben kein schriftlich bekundeter übereinstimmender und bindender Vertragswille der Parteien zur Erhöhung auf 10 % ableiten. Die beiden Schreiben bildeten Teil der Korrespondenz der Parteien über den neu zu verhandelnden schriftlichen Zusatzvertrag zum Arbeitsvertrag bzw. über den Wortlaut von dessen Ziffer 12.1. Die

- 9 - Schreiben widerspiegeln lediglich die von beiden Parteien geteilte, unterschiedlich formulierte Absicht, wie die Erhöhung auf 10 % im schriftlichen Arbeitsvertrag dereinst zum Ausdruck gebracht werden solle, mit andern Worten gälten sie als blosse Vorschläge im Rahmen der Gespräche bzw. der Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages. Keinen schriftlichen Vertrag begründeten auch die Zahlungsanweisung von D.\_\_\_\_\_ an den CFO (F.\_\_\_\_\_) vom 23. August 2005, das an den CFO (F.\_\_\_\_\_) gerichtete Schreiben von D.\_\_\_\_\_ vom

## **E. 9**

September 2005 und dessen Anweisung gegenüber dem dereinstigen Willensvollstrecker (RA Z.\_\_\_\_\_) vom 13. September 2005 (Urk. 3/8, 3/11 und 3/12), handle es sich doch dabei um keine an den Kläger gerichteten Willenserklärungen, sondern lediglich um einseitige Anweisungen an Dritte, wobei überdies das Schreiben vom 9. September 2005 dem CFO (F.\_\_\_\_\_) nie zugestellt worden sei (Urk. 49 S. 11 f.). b) Der Kläger moniert, die Briefe vom November 2004 seien weit mehr als eine reine Absichtserklärung der Parteien – sie dokumentierten den übereinstimmenden Willen der Parteien, also den Konsens über die Änderung des Vertragszusatzes vom 5. September 2001. Die Vorinstanz sei unrichtigerweise davon ausgegangen, dass es bei der Korrespondenz vom November 2004 um "blosse Vorschläge im Rahmen der Gespräche bzw. der Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages" gegangen sei. Das Bezirksgericht habe übersehen, dass sich die Korrespondenz auf den Vertragszusatz von 2001 und nicht auf den späteren Vertrag von 2005 bezogen habe (Urk. 48 S. 8 f.). Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass es sich bei D.\_\_\_\_\_s Schreiben vom 18. November 2004 um einen Entwurf betreffend die Gewinnbeteiligung des Klägers handelte ("Sie erhalten als Anlage ... einen Entwurf betreffend Ihre Gewinnbeteiligung."; Urk. 3/22 S. 1), der "naturgemäss" von D.\_\_\_\_\_ nicht unterzeichnet war. Ebenso zutreffend ist der Einwand der Beklagten, es sei nicht richtig, dass der Kläger diese "Abmachung" einen Tag später schriftlich bestätigt ha-

be (Urk. 53 S. 14 f.). Vielmehr schrieb der Kläger (Urk. 13/20): "Ich nehme Bezug auf die telefonische Unterredung vom 16. November 2004 und bedanke mich für die Übersendung der Entwurfs-Fassung vom 18.11.2004 des 'Zweizeilers',

- 10 - mit dem die vereinbarte Erhöhung der Gewinnbeteiligung per 01.01.2004 auch noch als Nachtrag zum Arbeitsvertrag (als Änderung der Zusatzvereinbarung vom 05. September 2001) ausgefertigt werden soll." Die Korrespondenz vom 18./19. November 2004 stellt daher keine schriftliche Vereinbarung über eine Gewinnbeteiligung des Klägers in der Höhe von 10 % dar. Es war den Parteien offensichtlich bewusst, dass der Arbeitsvertrag vom

### **E. 13**

Juni 2007 geändert. Auch das sei bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Urk. 48 S. 18 und 20). Bei der Behauptung, der Verwaltungsrat der Beklagten habe die zusätzliche Gewinnbeteiligung von 4 % für das Geschäftsjahr 2005 genehmigt, handelt es sich um ein unzulässiges Novum. Der Kläger legt nicht dar, wo vor Vorinstanz er dies vorgebracht hat. Die entsprechenden Behauptungen des Klägers in seinem ersten Vortrag an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (Prot. I S. 8 i.V.m. Urk. 33 S. 7) waren jedenfalls verspätet, da zuvor ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden hatte (Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. Urk. 31). Selbst wenn das Vorbringen des Klägers zulässig wäre, wäre es für die Beweiswürdigung nicht relevant. Die Beklagte legt überzeugend dar, dass es sich um eine von der Revisionsstelle verlangte Rückstellung und nicht um eine vom Verwaltungsrat genehmigte Ausgabe handelte: Der neue Finanzchef der Beklagten, S.\_\_\_\_\_, habe für das Jahr 2005 eine Gewinnbeteiligung von 6 % und eine (mögliche) Gratifikation von 4 % errechnet. Eine Genehmigung einer Gewinnbeteiligung von 10 % oder einer Gratifikation von 4 % für das Jahr 2005 sei dem Protokoll nirgends zu entnehmen. F.\_\_\_\_\_ habe gemäss Protokoll erläutert, dass der effektive Cashflow 2005 tiefer sei als budgetiert, u.a. wegen des höheren Personalaufwandes für den Kläger durch Zahlung der Gratifikation 2004 sowie durch die Bildung der Rückstellung für die Gewinnbeteiligung und Gratifikation 2005. Das Budget 2005 habe, so die Beklagte, noch mit einer für 2004 auszahlenden Gewinnbeteiligung von 6 % gerechnet und den Entscheid von D.\_\_\_\_\_, dem Kläger für 2004 zusätzlich eine Gratifikation auszurichten, nicht vorweggenommen. Diese zusätzliche Zahlung sei der Jahresrechnung 2005 belastet worden. Durch

- 27 - die gleichzeitige – offenbar von der Revisionsstelle verlangte – Rückstellung für Gewinnbeteiligung und Gratifikation 2005 habe sich eine Doppelbelastung der Jahresrechnung 2005 und damit ein schlechterer Cashflow als erwartet bzw. budgetiert ergeben. Dass es sich um eine Rückstellung (und nicht etwa die Genehmigung einer Ausgabe) gehandelt habe, ergebe sich direkt aus dem Protokoll (Urk. 20/3; Urk. 53 S. 11 f.). Bei diesem Beweisergebnis besteht kein Anlass, den Kläger zur Beweisaussage zuzulassen. Seine Parteiaussagen sind weder präzise noch rundum überzeugend, und die Beweisurkunden stützen seine Behauptung nicht, dass die Parteien in Abänderung des Schriftlichkeitsvorbehalts am Tag der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags mündlich zur schriftlich vereinbarten Gewinnbeteiligung von 6 % eine zusätzliche Gewinnbeteiligung des Klägers von 4 % für die Geschäftsjahre 2005 bis 2010 vereinbart hätten. Die Aussage unter Strafdrohung würde die Wahrscheinlichkeit, dass das Gericht die Wahrheit ermitteln kann, kaum erhöhen, zumal eine Strafverfolgung bei der gegebenen Sachlage – eine bewusste Falschaussage könnte kaum nachgewiesen werden – höchst unwahrscheinlich wäre (vgl. Müller, a.a.O., Art. 192 N 9). Entgegen der klägerischen Auffassung (Urk. 48 S.

13 und 15) liegt keine prozessuale Bevorzugung der Beklagten vor und liegt der Grund für die schwierige Beweislage des Klägers nicht im Machtbereich der Beklagten. Der Kläger hat den vollen Beweis für seine Behauptung zu erbringen. Dieser gilt als erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen (BGE 133 III 153 E. 3.3; BSK ZGB I-Lardelli/Vetter, Art. 8 N 17; BK-Walter, Art. 8 ZGB N 134; CHK-Göksu ZGB 8 N 4). Nach Darstellung des Klägers war er sich des (Beweis-)Risikos bewusst, als angeblich die mündliche Vereinbarung über die höhere Gewinnbeteiligung geschlossen wurde. Zudem steht keineswegs fest, dass es nicht zum Rechtsstreit gekommen wäre, wenn D. \_\_\_\_\_ nicht gestorben wäre. Immerhin sah dieser – wie bereits erwähnt – offenbar keine Notwendigkeit, die 4%ige "Gratifikation" des Klägers abzusichern, nachdem er von RA Z. \_\_\_\_\_ die Mitteilung erhalten hatte, seine Anweisung sei rechtlich nicht verbindlich.

- 28 - d) Im Ergebnis ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Kläger den Beweis einer mündlichen Vereinbarung über eine zusätzliche Gewinnbeteiligung des Klägers für das Geschäftsjahr 2005 nicht erbracht hat. Die Frage stellt sich daher nicht, ob die Parteien konkludent auf den Schriftlichkeitsvorbehalt verzichtet haben (Urk. 48 S. 16). Die Klageabweisung im Umfang von Fr. 736'240.– nebst 5 % Zins seit 1. Juli 2006 ist zu bestätigen. B. 1. Die Vorinstanz hiess den vom Kläger geltend gemachten Zinsanspruch im Umfang von Fr. 1'705'182.– zuzüglich 5 % Zins auf Fr. 4'106'656.– seit 1. Januar 2018 gut. Beim Zinsenlauf unterschied sie zwischen Lohnforderungen und Gewinnbeteiligungen. Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung würden Ansprüche des Arbeitnehmers aus Art. 337c OR sofort mit dem Zugang der Kündigung, mithin mit dem Schadenseintritt fällig. Für die Lohnforderungen im Betrag von Fr. 581'399.– ging die Vorinstanz daher vom 13. Juni 2007 als Fälligkeitsdatum aus. Dagegen sei es, so die Vorinstanz, nicht zweckmässig, wenn die Gewinnbeteiligung bereits im Zeitpunkt der Kündigung fällig würde, da zu diesem Zeitpunkt weder das Geschäftsergebnis noch allfällige andere Berechnungsparameter vorlägen, so dass eine Berechnung oder allfällige Schätzung dem Arbeitgeber faktisch unmöglich sei. Nach Art. 339 Abs. 1 OR würden mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig. Die Forderung auf einen Anteil am Geschäftsergebnis werde nach Massgabe von Art. 323 Abs. 3 OR fällig (Art. 339 Abs. 3 OR). Demnach sei der Anteil am Geschäftsergebnis auszurichten, sobald dieses festgestellt sei, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres. Diese Maximalfrist sei zwingend und könne nicht verlängert werden. Wäre eine Berechnung nicht fristgerecht möglich gewesen, hätte die Beklagte dem Kläger einen geschätzten Betrag auszahlen müssen. Die Gewinnbeteiligung eines Jahres sei spätestens am 1. Juli des darauffolgenden Jahres fällig geworden (Urk. 49 S. 18 ff.). 2. a) Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Gewinnbeteiligungsforderungen noch nicht fällig seien. Der effektiv erlittene Schaden sei die Obergrenze für Schadenersatz und bestehe in der Differenz zwischen dem hypo-

- 29 - thetischen Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis und dem aktuellen Vermögensstand des Geschädigten. In Art. 337c Abs. 1 OR werde dies für die fristlose Entlassung festgehalten: Der Arbeitnehmer habe Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. Es sei also der hypothetische Vermögensstand des Klägers zu berechnen, wenn ihm nicht gekündigt worden wäre. In diesem Fall wäre der Kläger bis Ende 2010 Berater des Verwaltungsrates

geblieben und seine Gewinnbeteiligungen wären jeweils im Folgejahr berechnet worden. Weiter sei davon auszugehen, dass der Kläger wie heute mit den Berechnungen des damaligen Finanzchefs S.\_\_\_\_\_ nicht einverstanden gewesen wäre. Für diesen Fall hätten die Parteien in Art. 11 Ziff. 3 des Arbeitsvertrags von 2005 Folgendes vereinbart: "Die Gewinnbeteiligung für ein abgelaufenes Geschäftsjahr wird fällig acht Wochen nach Genehmigung des konsolidierten Jahresabschlusses der Gruppe B1.\_\_\_\_\_ durch den Verwaltungsrat der B1.\_\_\_\_\_ AG; O.\_\_\_\_\_, spätestens aber am 31.8. eines jeden Jahres für das Vorjahr; bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien vier Wochen nach Entscheidung gemäss Ziff. 6." Ziff. 6 laute: "Alle Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien, die Berechnung der Gewinnbeteiligung betreffend, werden endgültig und verbindlich durch die T.\_\_\_\_\_ AG; Zürich, entschieden." Die Parteien hätten sich nach Beginn der Auseinandersetzung in einer formellen Gerichtsstandsvereinbarung geeinigt, dass sämtliche Meinungsverschiedenheiten, auch solche betreffend die Berechnung der Gewinnbeteiligung, durch das Bezirksgericht Bülach entschieden werden sollten. Die Berechnung der Bemessungsgrundlage für die Jahre 2006 bis 2010 sei umstritten, weshalb die Forderungen aus Gewinnbeteiligung für den Fall, dass dem Kläger nicht gekündigt worden wäre, nicht fällig wären. Daher sei im Szenario mit Kündigung auch kein Schadenszins geschuldet (Urk. 55/48 S. 7 ff.).

- 30 - Die Beklagte hält weiter dafür, dass Art. 323 Abs. 3 OR entgegen der vorinstanzlichen Auffassung nicht zwingend sei. In der Lehre werde darauf verwiesen, dass die Bilanz und Erfolgsrechnung ohnehin innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres von der Generalversammlung abgenommen werden müssten, weshalb die Frist von sechs Monaten durchaus Sinn mache. Vorliegend mache aber der Bilanzgewinn nur den kleinsten Teil der Beteiligung des Klägers aus, weshalb keine "klassische" Gewinnbeteiligung vorliege. Neben dem Konzerngewinn spielten gemäss Arbeitsvertrag sechs weitere Faktoren eine Rolle. Die Meinungsverschiedenheiten der Parteien hätten letztere betroffen und nicht den Jahresabschluss der B1.\_\_\_\_\_ Gruppe. Die Berechnung von S.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2006 sei absolut korrekt gewesen, was vom Obergericht festgestellt worden sei. Es sei davon auszugehen, dass die von S.\_\_\_\_\_ für die folgenden Jahre erstellten Berechnungen ebenfalls korrekt seien. Die auf diesen Berechnungen beruhenden Gewinnbeteiligungen für die Jahre 2006 bis 2010 seien dem Kläger bereits vollständig ausbezahlt worden, und dies trotz fehlender Fälligkeit (Urk. 55/48 S. 9 ff.). Bezüglich der Zinshöhe weist die Beklagte darauf hin, dass sie gesetzlich nicht festgelegt sei. Das Gericht sei grundsätzlich frei, einen anderen Zinssatz als 5 % anzuwenden. Es sei gerichtsnotorisch, dass die heutigen Hypothekarzinsen in der Grössenordnung von 1 % lägen, Bankkonti mit ca. 0 % verzinst würden und die Nationalbank sogar Negativzinsen eingeführt habe. Ein mittlerer Zinssatz von 2,5 %, gerechnet über die ganzen 12 bzw. 13 Jahre (2006-2019 bzw. 2020), würde die wirtschaftliche Lage am besten wiedergeben (Urk. 55/48 S. 6 f.). b) Der Kläger ist der Ansicht, Art. 337c OR regle die Fälligkeit aller Forderungen nach einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung, also auch für Erfolgvergütungen und Gratifikationen, die naturgemäss erst später angefallen wären. Der gesamte Schadenersatzanspruch werde sofort fällig und sei ab der Entlassung zu verzinsen. Gemäss Bundesgericht bezwecke der Schadenszins, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderungen am Tag der unerlaubten Handlung für deren wirtschaftliche Folgen befriedigt worden wäre. Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung lägen praktisch alle geschulde-

- 31 - ten Leistungen noch in der Zukunft. Das Gleiche gelte auch für Schadenersatz bei einem Unfall. Auch dort sei die Höhe des Schadens im Moment des Ereignisses noch nicht bezifferbar. Trotzdem schulde der Unfallverursacher ab Unfalldatum einen Schadenszins von 5 % (Urk. 48 S. 22 f.). Das Bundesgericht habe in BGE 122 III 53 einlässlich begründet, weshalb sich eine Gleichstellung des Schadenszinses mit dem Verzugszins auf 5 % aufdränge. Ein tieferer Schadenszins als 5 % wäre auch wirtschaftlich betrachtet nicht zu begründen. Der Vergleich mit dem Zins eines Grundpfandgesicherten Hypothekendarlehens sei ökonomisch unsinnig. Zudem hätten in den letzten zehn Jahren auch konservative Anleger einen Netto-Vermögensertrag von durchschnittlich über 5 % erreichen können (Urk. 55/53 S. 5 f.). Der Kläger wendet sich gegen die Unterscheidung zwischen "klassischer" und "unklassischer" Gewinnbeteiligung. Art. 339 Abs. 3 und Art. 323 Abs. 3 OR würden diese Unterscheidung nicht treffen. Der klägerische Anspruch richte sich einzig nach dem Geschäftsergebnis. Dass er sich nicht nach dem ausgewiesenen, sondern nach dem tatsächlichen Gewinn richte, könne nicht dazu führen, dass die genannten Bestimmungen nicht anwendbar seien. Entgegen den Behauptungen der Beklagten liege bis heute über die von ihr vorgelegten Abrechnungen der Gewinnbeteiligungen 2006 bis 2010 kein gerichtlicher Entscheid vor. Unklar seien beispielsweise noch "Wertberichtigungen" des Konzerns der Beklagten bei deutschen Gesellschaften von nicht weniger als sechs Millionen Franken. Immerhin habe die Beklagte inzwischen die von ihr einseitig berechneten Gewinnbeteiligungen ausbezahlt, weshalb im vorliegenden Verfahren nur die Frage der dafür noch geschuldeten Zinsen zu klären sei (Urk. 55/53 S. 7 ff.). 3. a) Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Der Vertrag wird unmittelbar beendet und der Arbeitnehmer erhält einen Anspruch auf Schadenersatz. Dieser umfasst Lohn und weitere mit dem Arbeitsverhältnis verbundene Ansprüche (BGE 117 II 270 E. 3b). Gemäss Art. 339 Abs. 1 OR werden mit der Beendigung des

- 32 - Arbeitsverhältnisses alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig. Diese Bestimmung ist auch auf die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrags anwendbar (BGE 103 II 274 E. 3b; BGer 4C.321/2005 vom 27.02.2006, E. 8.3; BBl 1967 II 392). In BGer 4A\_474/2010 vom 12. Januar 2011 hat das Bundesgericht bestätigt, dass der nach Art. 337c Abs. 1 OR geschuldete Betrag ab dem Zeitpunkt der fristlosen Auflösung verzinslich ist (E. 2.2.2). Dasselbst hat das Bundesgericht festgehalten, dass Art. 339 Abs. 1 OR eine Spezialregel enthalte, weshalb die Vorinstanz für die während der sechsmonatigen Kündigungsfrist geschuldeten Monatslöhne zu Unrecht Zins erst ab mittlerem Verfalltag zugesprochen habe. Die von der Beklagten gemachten Ausführungen zur Ermittlung des Schadens, welche auf dem allgemeinen Schadensrecht beruhen, sind daher nicht zielführend. Entgegen der Auffassung des Klägers regelt nach dem Gesagten nicht Art. 337c OR die Fälligkeit aller Forderungen nach einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung, sondern Art. 339 OR. Eine Sonderbestimmung zur Fälligkeit enthält Art. 339 Abs. 3 OR für Anteile am Geschäftsergebnis. Diese Bestimmung ist auch bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers anwendbar, wie dies die Vorinstanz zutreffend erwogen hat. Gemäss Botschaft regeln die Art. 339, 339a-d OR diejenigen Rechtsfolgen, die bei jeder Beendigung des Arbeitsverhältnisses eintreten, sei es, weil die bestimmte Vertragszeit abgelaufen oder bei unbestimmter Vertragszeit das Ende durch Kündigung herbeigeführt worden ist, oder sei es, dass im einen oder andern Falle

das Arbeitsverhältnis vorzeitig, vor allem durch Tod des Arbeitnehmers, durch gegenseitige Übereinkunft oder durch fristlose Auflösung, beendet wird (BBl 1967 II 392). Auch von der Gesetzessystematik her ist klar, dass diese Bestimmungen auf die fristlose Auflösung anwendbar sind (IV. Fristlose Auflösung; V. Tod des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers; VI. Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses; vgl. BGE 103 II 274 E. 3b). b) Es bleibt zu prüfen, ob die Parteien von der Fälligkeitsbestimmung nach Art. 323 Abs. 3 i.V.m. Art. 339 Abs. 3 OR durch Parteivereinbarung abweichen konnten. Bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 25. Juni 1971 wurde Art. 339 OR als absolut zwingend erklärt (Art. 361 OR), da die Vorschriften des

- 33 - Artikels dem Schutz der Interessen beider Parteien dienen würden (BBl 1967 II 394 und 461; AS 1971 S. 1499). Anlässlich der Revision von 1988 wurden die Absätze 2 und 3 von Art. 339 OR aus dem Katalog der zwingenden Bestimmungen von Art. 361 OR gestrichen. Ebenso wurde Art. 323 Abs. 3 OR aus dem Katalog der Bestimmungen in Art. 362 OR gestrichen. In der Botschaft heisst es dazu (BBl 1984 616): "Eine Neuerung der Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 war die Unterteilung zahlreicher Artikel in absolut und relativ zwingende Bestimmungen sowie deren Auflistung in Artikel 361 bzw. Artikel 362 des Obligationenrechts. Man glaubte, dadurch Rechtssicherheit zu schaffen (BBl 1967 II 423); doch erwies sich sowohl die Funktion der beiden Kataloge wie auch deren konkrete Ausgestaltung als fragwürdig. Die vorliegende Revision bietet den willkommenen Anlass, die Artikel 361 und 362 kritisch zu untersuchen. Es wurde zunächst geprüft, bei welchen Bestimmungen des Zehnten Titels des Obligationenrechts schon aufgrund des Wortlauts klar festgestellt werden kann, ob und in welchem Umfang abweichende Vereinbarungen zulässig seien. Überall dort, wo das Gesetz selbst die Nichtigkeit abweichender Abreden vorsieht, ist eine besondere Erwähnung der betreffenden Bestimmung unter den absolut zwingenden in Artikel 361 überflüssig. Ebensowenig bedürfen einer Aufzählung als absolut zwingend (Art. 361) oder als relativ zwingend (Art. 362) die Bestimmungen, welche selber eindeutig vorsehen, unter welchen Formvoraussetzungen und innerhalb welcher materieller Schranken Abweichungen gültig sind. Schliesslich stellt sich die Frage der absolut oder relativ zwingenden Natur bei den Normen nicht, die sich nicht an die Parteien, sondern an eine Behörde richten (Art. 325 Abs. 1 zweiter Satz OR) oder zum vorneherein nur im Rahmen des dispositiven Rechts von Bedeutung sind (Art. 355 OR). Aufgrund der Ergebnisse dieser Untersuchung ist Artikel 361 des Obligationenrechts so zu berichtigen, dass die Artikel 321c Absatz 3, 325 Absatz 1, 339 Absätze 2 und 3, 340b Absatz 3, 347a Absätze 2 und 3 und 355 aus dem Katalog der absolut zwingenden Bestimmungen gestrichen werden. In der Aufzählung der relativ zwingenden Normen von Artikel 362 haben keinen Platz mehr die Artikel 323 Absätze 1, 2 und 3, 323a Absatz 2, 323b Absatz 3, 324a Absatz 2, 327a Absätze 2 und 3, 327c Absatz 1, 330 Absatz 2, 339c Absatz 1, 340 Absatz 2, 344a Absatz 4, 348a, 349a Absätze 2 und 3, 349d und 351a." Damit ist klar, dass es sich bei der in Art. 323 Abs. 3 OR gesetzten Frist von sechs Monaten um eine Maximalfrist handelt, die nicht durch Abrede, Normal-

- 34 - oder Gesamtarbeitsvertrag verlängert werden kann, wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (Urk. 49 S. 18 f. E. 5.2.3; vgl. auch ZK-Staehelin, Art. 339 OR N 13; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4. A., Bern 2019, S. 254). Zu Recht hat es die Vorinstanz abgelehnt, die von den Parteien vereinbarte Gewinnbeteiligung anders zu behandeln (Urk. 49 S. 19 f.). Gemäss Arbeitsvertrag 2005 ist die Bemessungsgrundlage für die Gewinnbeteiligung des Klägers das Ergebnis der konsolidierten Gewinn- und

Verlustrechnung der Gruppe B1. \_\_\_\_\_ AG (Holding) und ihrer Tochtergesellschaften. Der Vertrag listet fünf Korrekturposten auf (Abschreibungen auf Immobilien und auf fest verbundene Anlagen sowie auf Grossreparaturen, soweit diese Immobilien in der Schweiz belegen sind; Aufwendungen für die Neubildung "Rückstellung Grossreparaturen", soweit sie für in der Schweiz belegene Immobilien angesetzt wurden; jährliche kalkulatorische Abschreibung wegen Altersentwertung von 2 % auf die ursprünglichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten der in der Schweiz belegenen Gebäude ohne Grundstücke; unter bestimmten Voraussetzungen Veräusserungsgewinne, die sich bei der Veräusserung von Liegenschaften ergeben; über Ertrag aufgelöste Rückstellungen für Grossreparaturen; Urk. 3/5 S. 6 ff.). Ob sich die Parteien über die Höhe der Gewinnbeteiligung sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres nicht einig sind, spielt für die Fälligkeit keine Rolle. Steht der Anteil am Geschäftsergebnis fest, ist er nämlich nach dem Gesetzeswortlaut sofort fällig. Steht er noch nicht fest, ist er spätestens sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres fällig. Nicht relevant ist dabei, weshalb der Anteil am Geschäftsergebnis noch nicht feststeht, d.h. bezüglich welcher Bemessungsfaktoren die Parteien sich nicht einig sind. c) Die Vorinstanz führte zur Höhe des Schadenszinses aus, diese sei gesetzlich nicht normiert. Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung liege der Zins in Anlehnung an Art. 73 Abs. 1 OR bei 5 % (BGE 122 III 53 E. 4b), wobei es dem Gläubiger aber freistehe, einen grösseren mit dem Kapitalentzug verbundenen Nutzungsausfall nachzuweisen und einen höheren Zinssatz zu beanspruchen (BGE 121 III 176 E. 5a). Der Schadenszins sei aber satzmässig jedenfalls dort dem Verzugszins gleichzusetzen, wo ein Ersatzanspruch aus der Verletzung

- 35 - einer Hauptpflicht zu verzinsen sei (BGE 122 III 53 E. 4b). Es bestehe kein Anlass, von dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuweichen. Der Schadenszins sei auf 5 % festzusetzen. Das Bundesgericht erachtet es als zulässig, dass ein höherer Zins als 5 % zugesprochen wird, wenn der Geschädigte nachweist, dass er einen höheren Schaden erlitten hat. Dagegen hat es das Bundesgericht entgegen einzelnen Lehrmeinungen abgelehnt, die Marktzinsen während der Zinsdauer zu berücksichtigen und einen tieferen Zinssatz als 5 % zur Anwendung zu bringen, um zu verhindern, dass sich der Geschädigte bereichert (BGer 5A\_388/2018 vom 03.04.2019, E. 5.5.4.3.2). Damit hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung bestätigt, wonach ein pauschalierter Zinssatz von 5 % zur Anwendung gelangt. Dem ist zu folgen. d) Die Berechnung des Schadenszinses durch die Vorinstanz wird im Übrigen von den Parteien nicht beanstandet. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'726'182.– zuzüglich 5 % Zins auf Fr. 4'106'656.– seit 1. Januar 2018 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. e) Dies führt dazu, dass beide Berufungen abzuweisen sind und der angefochtene Entscheid vollumfänglich zu bestätigen ist. V. Der Kläger wollte im Berufungsverfahren erreichen, dass ihm Fr. 973'377.– (nebst Zins) mehr zugesprochen würden, als er von der Vorinstanz zugesprochen erhielt. Die Beklagte beantragte dagegen eine vollumfängliche Klageabweisung, also auch im Umfang von Fr. 1'726'182.– (nebst Zins). Der Streitwert beträgt insgesamt Fr. 2'699'559.–. Die Entscheidgebühr ist für das vereinigte Berufungsverfahren auf Fr. 55'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die volle Parteientschädigung beträgt Fr. 32'500.– inkl. 7,7 % Mehrwertsteuer (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Der Kläger obsiegt zu 64 % oder 16/25. Die Kosten sind daher zu 9/25 dem Klä-

- 36 - ger und zu 16/25 der Beklagten aufzuerlegen. Die Beklagte hat dem Kläger eine auf 7/25 reduzierte Parteientschädigung, also Fr. 9'100.– zu bezahlen. Es wird beschlossen: 1. Das Berufungsverfahren LA200018-O wird mit dem Berufungsverfahren LA200017-O vereinigt und unter dieser Geschäftsnummer weitergeführt. Das Verfahren LA200018-O wird als dadurch erledigt beschrieben. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichtes Bülach vom 30. Dezember 2019 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 55'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 9/25 und der Beklagten zu 16/25 auferlegt und mit ihren Kostenvorschüssen verrechnet. 4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'100.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder - 37 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'699'559.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 19. Januar 2021  
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber:  
Dr. D. Scherrer MLaw H. Schinz versandt am: sd

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