

ZH_OBERGERICHT LA230011 vom 11. Februar 2025

ZH Obergericht, 2025-02-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA230011

FR: ZH_OBERGERICHT LA230011 du 11 février 2025

IT: ZH_OBERGERICHT LA230011 del 11 febbraio 2025

Erwägungen

E. 1

Ausgangslage und Verfahrensgang

E. 1.1

Die Beklagte, die B._____ AG, ist eine 2007 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die Finanzprodukte wie strukturierte Produkte und Derivate emittiert und vertreibt (Urk. 5B). Der Kläger hatte die Beklagte zusammen mit anderen Personen gegründet und war ab 2009 ihr Chief Executive Officer (CEO; Urk. 1 Rz 2 und 11; Urk. 15 Rz 1). Im Herbst 2017 kam es zum Bruch, als der Verwaltungsrat der Beklagten die Geschäftsführung in neue Hände geben wollte. Der vorliegende Rechtsstreit dreht sich im Wesentlichen darum, ob eine Bonuszahlung für das Jahr 2017 geschuldet ist, per wann das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger als aufgelöst zu gelten hat und ob eine missbräuchliche Kündigung anzunehmen ist, gegebenenfalls mit entsprechenden Folgen.

- 5 -

E. 1.2

Der Kläger erhob am 18. März 2019 Klage bei der Vorinstanz (Urk. 1 und 3). Der Prozessverlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 85 E. I S. 3 f.).

E. 1.3

Die Vorinstanz wies die Klage – kurz zusammengefasst – mit der Begründung ab, es sei das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 5. Oktober 2017 wirksam mündlich gekündigt worden, woraufhin es nach Ablauf der sechsmonatigen Kündigungsfrist am 30. April 2018 geendet habe. Es bestehe somit kein Lohnanspruch mehr für den Monat Mai 2018 (Urk. 85 E. IV/8 S. 32). Das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung verneinte die Vorinstanz (Urk. 85 E. V/5.3 S. 56 f.). Auch von einer Verpflichtung zur Bonuszahlung für das Geschäftsjahr 2017 sah die Vorinstanz ab – nach ihr hätte es sich gegebenenfalls um eine freiwillige Vergütung gehandelt (Urk. 85 E. VI/4.7 f. S. 67 f.); der Nachweis einer erfolgten Zusicherung sei dem Kläger nicht gelungen (Urk. 85 E. VI/6 S. 75). Ausgangsgemäss wurden die Prozesskosten dem Kläger auferlegt (Urk. 85 E. VII S. 75 f.).

E. 1.4

Gegen das ihm am 23. März 2023 zugestellte Urteil erhob der Kläger am 8. Mai 2023, gleichentags zur Post gegeben und am 10. Mai 2023 hier eingegangen, Berufung (Urk. 84). Er beharrt auf seiner Forderungsklage. Der Kostenvorschuss von CHF 8'950.– ging am 16. Mai 2023 bei der Gerichtskasse ein (Urk. 88 und 89). Die Beklagte erstattete die Berufungsantwort mit Eingabe vom 14. Juli 2023 (Urk. 91). In der Folge reichten die Parteien je eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 93 [Kl.], Urk. 95 [Bekl.]). Eine letzte

Stellungnahme des Klägers vom 9. November 2023 (Urk. 97) wurde am 14. November 2023 der Beklagten zuge- stellt (Urk. 98).

E. 2

Prozessuales im Berufungsverfahren

E. 2.1

Die Eintretensvoraussetzungen für die Berufung sind erfüllt: Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert CHF 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnah- metatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde formgerecht bei der zuständi- gen kantonalen Berufungsinstanz (§ 48 GOG) erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO), und

- 6 - der vor Vorinstanz mit seiner Klage unterlegene und deshalb beschwerte Kläger ist zu deren Erhebung legitimiert. Der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Urk. 88 und 89). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu sogleich, E. 2.2 f.) ist auf die Berufung einzutreten. Das Verfahren ist spruchreif. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten er- gehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

E. 2.2

Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und/oder unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), wobei die Beru- fung zu begründen ist (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigen- ständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorin- stanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzli- chen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. In der Begründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Allgemeine Kritik oder ein blosser Verweis auf die erstinstanzlichen Vorbringen ge- nügen den Begründungsanforderungen nicht (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 mit Hinwei- sen, 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_72/2021 vom 28. September 2021 E. 7.3.2, je mit Hinweisen). Soweit in der Berufungsbegründung Tatsachen vorgebracht oder Sachverhaltsrügen erhoben werden, ist mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo die entsprechenden Behauptungen oder Bestreitungen vorgetragen wurden (ZPO- Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 95 und 97; DIKE-Komm ZPO-Hungerbühler, Art. 311 N 37). Auch sind die Parteien grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen. Dies gilt auch für die berufungsbeklagte Partei, muss diese doch mit einer Gutheissung der Berufung rechnen (BGE 144 III 394 E. 4.2). Die Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2, 4A_496/2016 - 7 - vom 8. Dezember 2016 E. 2.2.2, BGE 144 III 394 E. 4.2, je mit weiteren Hinwei- sen]). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Insofern erfährt der Grundsatz «iura

novit curia» (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 57 N 6; BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21 und 39 ff.; DIKE-Komm ZPO-Glasl, Art. 57 N 22). Die Beanstandungen haben die Parteien in der Berufung bzw. Berufungsantwort vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts (vgl. Urk. 78, 93, 95 97) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4, mit Hinweisen). Allerdings kann die Berufungsinstanz die Berufung auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; ZK ZPO- Hilber/Reetz, Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 144 III 462 E. 3.2.3). Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren (grundsätzlich und auch hier) nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1, BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016 E. 2.1). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011 E. 2.1, 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

- 8 - In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1, 141 III 28 E. 3.2.4, 143 III 65 E. 5.2).

E. 2.3

Vor diesem prozessualen Hintergrund sind Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren unbehelflich, insoweit damit die Geschehnisse erneut, von Grund auf (oder bloss unter vager Bezugnahme auf die Standpunkte der Parteien bzw. der Vorinstanz) geschildert bzw. kommentiert werden, ohne dabei geltend zu machen und zu begründen, dass und inwiefern welche entscheiderelevanten vorinstanzlichen Erwägungen an einem Mangel im Sinne von Art. 310 ZPO leiden (bzw. eben nicht leiden). Im Berufungsverfahren soll nach den vorstehend skizzierten Grundsätzen nicht das bereits vor Erstinstanz Vorgetragene wiederholt werden; Ausgangspunkte sind der vorinstanzlich erstellte resp. dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegte Sachverhalt und die von der Vorinstanz eingenommenen Rechtsstandpunkte, welche (in rechtsgenügender Weise) zu kritisieren (bzw. zu stützen) sind. Auf entsprechende Vorbringen, wie sie vereinzelt in der Berufungsbegründung (Urk. 84 Rz 1, 3 a.E., 4, 23), mehr aber noch in einer ganzen Passage der Berufungsantwort (Urk. 91 Rz 5–20) vorkommen, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

E. 2.4

Auf den 1. Januar 2025 ist die Teilrevision der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 17. März 2023 (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) in Kraft getreten (AS 2023 491; BBl 2020 2697). Nach der diesbezüglichen Übergangsbestimmung, Art. 407f nZPO (e contrario), hat diese Gesetzesnovelle jedoch keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren.

E. 3

Zulässigkeit der Klageänderung

E. 3.1

Der Kläger erweiterte seine Klage an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, im Rahmen seiner Replik, indem er – hinzukommend zu den bereits im Prozess liegenden Forderungen – auch Lohn für den Monat Mai 2018 nachforderte (Prot. I S. 6 i.V.m. Urk. 24 S. 1, Rechtsbegehren Ziff. 3). Er liess dazu ausführen, dass ihm von der Beklagten mit der Klageantwort interne Dokumente zur Verfügung

- 9 - gestellt worden seien, die ihm die «vermeintliche Kündigung vom 5. Oktober 2017» vertieft zu beurteilen ermöglicht hätten (Urk. 24 Rz 10). Die Vorinstanz liess diese Klageänderung zu (Urk. 85 E. III/1 S. 7 ff.): Sie sei im Rahmen des ersten Parteivortrags an der Hauptverhandlung und mithin vor dem Einsetzen der Novenschanke erfolgt. Auch die weiteren Voraussetzungen von Art. 230 ZPO erachtete die Vorinstanz als erfüllt (Urk. 85 E. III/1.5 S. 9; zur objektiven Klagehäufung vgl. auch Urk. 84 Rz 11 ff.). Die Beklagte hält dafür, dass der neue Anspruch verspätet gestellt worden sei und er bereits deswegen von vornherein abzuweisen gewesen wäre (soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne). Nach ihr hätte dieses Begehren schon vor den ersten Parteivorträgen, spätestens «zu Beginn der Hauptverhandlung» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Novenschanke, vorgebracht werden müssen, um behandelt werden zu können (Urk. 91 Rz 36 i.V.m. 32 ff.).

E. 3.2

Was die Vorinstanz zu den theoretischen Grundlagen einer Klageänderung und zur objektiven Klagehäufung ausführte (Urk. 85 E. III/1.1 und 1.3 S. 7 ff.), ist zutreffend und unbestritten und braucht hier nicht nochmals wiederholt zu werden.

E. 3.3

Prozessparteien haben in der Regel und auch hier zweimal das Recht, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen (BGE 144 III 67 E. 2.1, 143 III 297 E. 6.6; 141 III 481 E. 3.2.4). Aus den Prozessakten ergibt sich und ist unbestritten, dass vor der Hauptverhandlung weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hatte. Damit war der Aktenschluss noch nicht eingetreten, als der klägerische Rechtsvertreter replizierte (Prot. I S. 6). Wenn zu Beginn der Hauptverhandlung Noven noch unbeschränkt zulässig sind, richten sich die Voraussetzungen einer zulässigen Klageänderung allein nach Art. 230 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO (OFK/ZPO-Engler, Art. 230 N 1; BSK ZPO-Willisegger, Art. 230 N 4 a.E.; ZK ZPO-Leuenberger, Art. 230 N 1; KUKO ZPO-Sogo/Naegeli, Art. 230 N 1a; vgl. bereits die Vorinstanz in Urk. 85 E. III/1.2 S. 8). In BGE 147 III 475 E. 2.3, auf welchen Entscheid die Beklagte ihre Argumentation namentlich stützt, setzte sich das Bundesgericht vertieft mit Art. 229 Abs. 2 aZPO auseinander (dazu sogleich in E. 4). Im Zusammenhang mit der Klageänderung kommt diese Bestimmung vorliegend jedoch nicht zur Anwendung. Da auch

- 10 - die weiteren Voraussetzungen nebst der Zeitschranke erfüllt sind (dazu die Vorinstanz zutreffend in Urk. 85 E. III/1.5 S. 9), war die Klageänderung zulässig.

E. 4

Novenschanke / Aktenschluss

E. 4.1

Der Kläger stört sich daran, dass die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung die neuen Vorbringen seiner (als Stellungnahme zu Duplikaten bezeichneten) Eingabe vom 5. Februar 2020 (Urk. 31) unberücksichtigt liess und auch die damit neu eingereichten Beweismittel nicht zulies (Urk. 84 Rz 15 ff. sowie 120; Urk. 85 E. III/

E. 4.2

Die Kontroverse darüber, wann genau die Novenschanke fällt, also neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur noch unter Massgabe von Art. 229 Abs. 1 aZPO in den Prozess eingebracht werden können, hat das Bundesgericht für die vorliegende Konstellation mit BGE 147 III 475 E. 2.3.2 f. geklärt. Der Beklagten ist insoweit zuzustimmen, als solche Vorbringen eigentlich bereits vor den ersten Parteivorträgen (demnach hier vor der «Replik») zu machen wären. Im Sinne dieser Rechtsprechung sind zunächst, noch vor den ersten Parteivorträgen, Tatsachenvorträge zu halten, im Rahmen derer noch unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden können.

E. 4.3

Aus dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ergibt sich, dass die vorsitzende Richterin zu deren Beginn, nach der Begrüssung und Vorstellung der Gerichtsbesetzung, den Ablauf der Verhandlung erläuterte, sich beim klägerischen Rechtsvertreter nach der Zustelladresse für fristauslösende Post erkundigte, eine leserliche Kopie eines Schriftstücks einforderte und ihm dann das Wort zur «Replik» erteilte (Prot. I S. 5 f.). Anhaltspunkte, dass Gelegenheit zu eigentlichen Tatsachenvorträgen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben worden wäre oder dass solche in diesem Moment überhaupt ein Thema waren (etwa dass eine Kontroverse darüber entbrannte), liegen nicht vor – Solches wird denn auch von keiner Seite geltend gemacht. Es ist Aufgabe der Verfahrensleitung, den Prozess zu leiten (Art. 124 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und im Rahmen dessen das (Prozess-) Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO). Streng genommen hätte daher die Verfahrensleitung in Nachachtung der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sicherstellen müssen, dass der Kläger zu Beginn der Hauptverhandlung noch unbeschränkt - 12 - neue Tatsachen und Beweismittel hätte vortragen können, indem sie ihm Gelegenheit zum Tatsachenvortrag gegeben hätte. Wenn die Verfahrensleitung davon absieht und (nach herkömmlicher und noch immer weit verbreiteter Art) das Wort direkt zur «Replik» erteilt, so erkennt das Bundesgericht darin eine Verletzung von Art. 52 ZPO. Aus dieser dürfe – so das Bundesgericht – der betroffenen Prozesspartei kein Nachteil erwachsen, und es seien gegebenenfalls die im Rahmen der ersten Äusserung in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO vorgebrachten neuen Tatsachen uneingeschränkt, das heisst ohne Rücksicht auf die Novenschanke von Art. 229 Abs. 1 aZPO, zu berücksichtigen (vgl. BGer 4A_50/2021 vom 6. September 2021 E. 2.3.5.2, nicht veröffentlicht in BGE 147 III 475). Angemerkt sei am Rande noch, dass nach der seit dem 1. Januar 2025 in Kraft stehenden Revision der ZPO (AS 2023 491, BBl 2020 2697) in der vorliegenden Konstellation die Novenschanke ebenso nach dem ersten Parteivortrag im Sinne von Art. 228 Abs. 1 ZPO fällt (Art. 229 Abs. 1 nZPO). Nach dem Gesagten war im Ergebnis richtig, die Vorbringen im ersten mündlichen Parteivortrag gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO (in Prot. I S. 6 als Replik bezeichnet) zuzulassen mitsamt der dazu ins Recht gelegten Beweismittel (Urk. 26/1–30).

E. 4.4

Der Kläger stört sich daran, dass die Vorinstanz eine Obliegenheit in dem Sinne erkannte, dass er von sich aus hätte dartun müssen, inwiefern die in seiner Stellungnahme vom 5. Februar 2020 zu den Dupliknoten (Urk. 31) enthaltenen neuerlichen Noven zulässig seien (Urk. 84 Rz 15 ff., inb. Rz 17, Bezug nehmend auf Urk. 85 E. II/4.4 S. 13). Der Kläger beruft sich dafür auf BGE 146 III 55 E. 2.5.2 und argumentiert sinngemäss, dass lediglich eine Kausalität zwischen Dupliknoten und Noveneingabe insofern gegeben sein müsse, als (erst) die Dupliknoten das Vorbringen der unechten Noven veranlasst hätten, und dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoten aufzufassen seien. Eine Pflicht darzutun, inwiefern seine Vorbringen als Noven zulässig seien, habe nicht bestanden (Urk. 84 Rz 16 ff.). Effektiv obliegt es – entgegen der Ansicht des Klägers – der Partei, die das Novenrecht beansprucht, im Einzelnen darzutun, dass bzw. inwiefern die Verspätung entschuldbar ist (DIKE-Komm ZPO-Pahud, Art. 229 N 17; Walder-Richli/Grob-Ander-

- 13 - macher, Zivilprozessrecht, 5. A. 2009, § 19 Rz 14; ZR 103/2005 Nr. 82 E. II/3/b; OGer ZH LA220001-O vom 27. Dezember 2022 E. III/4.2 S. 12; vgl. auch die Beklagte in Urk. 91 Rz 42 ff.). An Ausführungen dazu fehlt es in der Eingabe vom

E. 5

Oktober 2017, im ersten Gespräch bzw. Treffen an jenem Tag mit ihm, informiert worden sei, dass das Arbeitsverhältnis beendet sei, und ihm am selben Treffen erläutert worden sei, dass er einen neuen Arbeitsvertrag eingehen könne, den sie aber noch dokumentieren müssten (Urk. 85 E. IV/6.7.4 S. 27 mit Verweis auf Urk. 58); die Aussagen des Zeugen H._____ (in der fraglichen Zeit Mitarbeiter der Beklagten im Bereich Kommunikation), der jedoch beim ersten Treffen des Verwaltungsrates der Beklagten mit dem Kläger am 5. Oktober 2017 noch nicht anwesend gewesen sei und daher zum hier interessierenden Thema einer dann ausgesprochenen Kündigung keine genauen Angaben machen können (Urk. 85 E. IV/6.7.5 S. 27 mit Verweis auf Urk. 64); die Aussagen des Klägers selbst, der geltend mache, dass es erst Ende Oktober 2017 auf schriftlichem Weg zur Kündigung gekommen sei, nachdem er einen Änderungskündigungsvorschlag der Beklagten kommentiert habe, um sicherzustellen, dass es zu keiner wesentlichen Schlechterstellung der wesentlichen Vertragsinhalte kommen würde; der seinen Meinungsumschwung gegenüber der Klagebegründung (betreffend den Kündigungszeitpunkt) damit erkläre, dass die Kommunikation des Verwaltungsrates, dass man ihn nicht mehr als CEO sehe, gefühlt eine Kündigung gewesen sei, dass eine solche jedoch nicht ausgesprochen worden sei, sondern ihm nur ein Vorschlag zur Positionsänderung vorgeschlagen worden sei, welchen er angenommen habe (Urk. 85 E. IV/6.7.6 S. 28 mit Verweis auf Urk. 57); die E-Mail-Korrespondenz des Klägers vom 21. Dezember 2017 (Urk. 5/10), in welcher er im Zusammenhang mit dem behaupteten Versprechen zur Bonusauszahlung selber vom «day of

- 20 - my termination» (Tag meiner Kündigung), den 5. Oktober 2017 meinent, gesprochen habe, und vom 27. Oktober 2017 (Urk. 5/7), wo nicht von einer Vertragsanpassung, sondern von «signing a new contract» (Unterzeichnen eines neuen Vertrags) die Rede gewesen sei. Mit Blick auf die Pressemitteilung vom tt.mm.2017 (Urk. 5/4) pflichtete die Vorinstanz dem Kläger insofern bei, als sich daraus nicht entnehmen lasse, dass ihm am 5. Oktober 2017 von der Beklagten gekündigt worden sei. Allerdings seien bloss kursrelevante Tatsachen unverzüglich bekannt zu geben gemäss der Richtlinie betreffend Ad hoc-Publizität und dem Kotierungsreglement. Von daher habe man einzig über das

Ausscheiden des Klägers aus der Geschäftsleitung zwingend informieren müssen. Der Kläger könne mithin nichts für seinen Standpunkt ableiten aus dem Umstand, dass in der Pressemitteilung nicht explizit eine Kündigung erwähnt worden sei. Im Übrigen sei (so die Vorinstanz) die Position als Senior Advisor Strategic Growth im Zeitpunkt der Publikation der Pressemitteilung ja effektiv angedacht gewesen (Urk. 85 E. IV/6.6 S. 23 f.). Die Beweiswürdigung der Vorinstanz zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sie sich von den Aussagen des Klägers, die er im Rahmen seiner Befragung vor Vorinstanz deponierte, nicht überzeugen liess. Zum einen stünden diese im Widerspruch zu seinem eigenen, in der Klagebegründung eingenommenen Standpunkt, es sei ihm am 5. Oktober 2017 gekündigt worden (wobei die Vorinstanz hier auf konkrete Formulierungen in der Klagebegründung Bezug nimmt); zum andern stünden sie auch im Widerspruch zu seinem eigenen Kommunikationsverhalten in E-Mails nach dem 5. Oktober 2017 (the day of [...] termination; signing a new contract und nicht Vertragsanpassung). Relevant sei, ob der Kläger am 5. Oktober 2017 die Äusserungen der Vertreter der Beklagten als Kündigung auffasste und somit die Kündigung empfang, und nicht etwa seine nachträgliche Beurteilung der Geschehnisse (Urk. 85 E. IV/6.8 S. 28 f.). Dass die Beklagte dem Kläger am 5. Oktober 2017 (mündlich) gekündigt habe, lasse sich (so die Vorinstanz) den im Kernpunkt übereinstimmenden und schlüssigen Aussagen der Herren D._____, C._____, G._____ und E._____ entnehmen,

- 21 - welche im Einklang mit dem betreffenden Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 5. Oktober 2017, 9:10 Uhr, stünden. Gemäss diesem Protokoll sei da entschieden worden, den Kläger (als CEO) zu entlassen. In Kombination mit den weiteren Unterlagen sowie den verschiedenen Aussagen lasse sich erstellen, dass der Kläger am ersten Gespräch an jenem Tag über den Entscheid informiert und ihm unmissverständlich (als CEO) gekündigt wurde (Urk. 85 E. IV/6.8 S. 28 ff.). Den Gegenbeweis, dass ihm lediglich ein Positionswechsel vorgeschlagen worden sei, habe der Kläger mit den von ihm offerierten Beweismitteln (hierzu vgl. Urk. 44 Ziff. II S. 5 f. sowie Urk. 51) nicht zu erbringen vermocht. Die Vorinstanz sah das Beweisergebnis durch den Gegenbeweis somit als nicht erschüttert.

E. 5.1

Die Vorinstanz stellte vom Tatsachenfundament her, nach der Würdigung der Beweise, darauf ab, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am

E. 5.2

Der Kläger wehrt sich gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz. Nach ihm sprach die Beklagte am 5. Oktober 2017 keine Kündigung aus; man habe ihm da lediglich eine neue Stelle im Unternehmen angeboten (Urk. 84 Rz 76). Die Beklagte sei bloss in der Folge nicht damit einverstanden gewesen, dass er auf die Einhaltung der Konditionen seines bisherigen Arbeitsvertrags beharrt habe (Urk. 84

- 14 - Rz 118). Entgegen der anderweitigen Behauptung der Beklagten sei das klägerische Arbeitsverhältnis erst mit Schreiben vom 30. Oktober 2017, in Reaktion auf die klägerischen Anpassungswünsche bezüglich des Angebots der Beklagten zur Änderung des Anstellungsverhältnisses, gekündigt worden (Urk. 84 Rz 31). Indem die Vorinstanz unzutreffend angenommen habe, die Kündigung sei am 5. Oktober 2017 rechtlich wirksam erfolgt, und daraus schliesse, die Kündigung sei nicht missbräuchlich erfolgt, seien das geltende Recht und die geltende Rechtsprechung nicht korrekt angewendet worden. Die von

der Vorinstanz wiedergegebenen Grundlagen einer Kündigung würden denn auch nicht verfangen (Urk. 84 Rz 28). Eine Kündigung habe dem Erfordernis der Eindeutigkeit und Klarheit zu genügen; der Gekündigte müsse genügend klar erkennen können, dass der Kündigende das Arbeitsverhältnis definitiv beenden möchte und nicht etwa nur einen Wechsel der Position bei fortlaufendem Arbeitsverhältnis (Urk. 84 Rz 29 f. mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Just diese Klarheit sei vorliegend nicht gegeben gewesen. Die ganze Diskussion habe letztlich zur Publikation derjenigen von zwei vorbereiteten Medienmitteilungen (Urk. 5/4) geführt, mit der der Verbleib des Klägers bei der Beklagten (und nicht etwa eine Kündigung und ein Weggang) kommuniziert worden sei (Urk. 84 Rz 25 und 30). Zu dieser Kommunikation habe sich die Vorinstanz nicht geäußert, obschon ihr für den vorliegenden «Kündigungsvorgang» entscheidende Bedeutung zukomme (Urk. 84 Rz 31, vgl. ferner auch Urk. 93 Rz 9 und 13). Die Beklagte demgegenüber befürwortet die Argumentation und die Schlussfolgerung der Vorinstanz (Urk. 91 Rz 55 ff.).

E. 5.3

Es trifft zu, dass der Kläger seine Argumentation insofern geändert hat, als er in der schriftlichen Klagebegründung noch den Standpunkt vertrat, es sei ihm am 5. Oktober 2017 gekündigt worden (Urk. 1 Rz 21 und 33), seit dem ersten mündlichen Parteivortrag an der Hauptverhandlung aber geltend macht, es sei ihm an diesem Tag eben nicht gekündigt worden (Prot. I S. 6 i. V. m. Urk. 24 u. a. Rz 10). Der Kläger begründete seine Meinungsänderung explizit damit, dass ihm die Zustellung von internen Dokumenten der Beklagten mit deren Klageantwort ermöglicht habe, die vermeintliche Kündigung vom 5. Oktober 2017 vertieft zu beurteilen

- 15 - (Urk. 24 Rz 10). Ein solcher Meinungsumschwung während des Prozesses mag die Glaubhaftigkeit des Vorbringens schwächen, zumindest tendenziell. An sich geht es aber nicht um eine Frage der Substantiierung, also ob das Vorbringen inhaltlich ausreichend mit Einzelheiten ausgefüllt ist oder nicht. Der Aspekt des Meinungsumschwungs wird in die Beweiswürdigung einfließen, nicht weniger und nicht mehr. Zu Recht hat denn auch die Vorinstanz über die rechtserhebliche, streitige Tatsache des Kündigungszeitpunkts ein Beweisverfahren durchgeführt (vgl. Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO).

E. 5.4

Vorab kann festgehalten werden, dass die Ausführungen der Vorinstanz zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 335 Abs. 1 OR, deren grundsätzlichen Formfreiheit und dem Zeitpunkt deren Wirksamkeit den von der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entsprechen (vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335 N 2, 6–8; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 335 N 2, 5 und 8; Portmann/Wildhaber/Rudolph, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, N 656 und 661 ff.; Geiser/Müller/Pärli, SjL Arbeitsrecht in der Schweiz, 5. Aufl. 2024, Rz. 533, 585 und 590; BGE 113 II 259 E. 2a). Die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 85 E. IV/3 S. 16 f.) werden von der Klägerin denn auch nicht bemängelt. Diese kurz rekapitulierend kann festgehalten werden, dass es bei der Kündigung um die einseitige Erklärung einer Vertragspartei geht, mit der unmissverständlich der Wille zum Ausdruck gebracht wird, das Arbeitsverhältnis einseitig aufzuheben, und die mit dem Empfang durch die andere Vertragspartei wirksam wird. Einer besonderen Form bedarf die

Kündigung grundsätzlich nicht – Formvorschriften können aber vereinbart sein, namentlich vertraglich. Den Beweis, dass die Erklärung unmissverständlich und rechtzeitig dem Gekündigten zugeht, trägt nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB jene Partei, die daraus Rechte ableitet, hier somit die Beklagte (so auch die Vorinstanz in Urk. 85 E. IV/4.2 S. 17 f. und in Urk. 44 Ziff. II S. 4).

E. 5.5

Jedenfalls bis zum 5. Oktober 2017 stand der Kläger zur Beklagten unbestritten in einem Arbeitsverhältnis (vgl. Urk. 5/1). Zu beachten ist, dass andererseits

- 16 - auch ein gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis bestand als Chief Executive Officer (CEO). Zum einen handelt es sich um eine vom Gesellschaftsrecht beherrschte Organstellung, zum andern um eine vertragliche Bindung. Die beiden Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen (BGE 130 III 213 E. 2.1; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 N 34).

E. 5.6

Die erhobenen Beweise sind vom Gericht nach freier Überzeugung zu würdigen (Art. 157 ZPO). Zum Themenkomplex der Beweiswürdigung (und nicht zu Art. 8 ZGB) gehört u.a. die mittelbare Beweisführung durch Indizien (BGE 114 II 289 E. 2a; vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 18 Rz 17; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1958, S. 139). Indizien sind als indirekter Beweis in die Beweiswürdigung einzubeziehen, wo direkte Beweise fehlen (BGE 128 III 390 E. 4.3.2, 98 II 231 E. 5). Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichgestellt, wobei die Gesamtheit der einzelnen Indizien, deren «Mosaik», zu würdigen ist. Da ein Indiz immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine Tatsache hinweist, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält es daher auch den Zweifel. Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis zu schließen. Auch die tatsächliche Vermutung (natürliche Vermutung, richterliche Vermutung, Lebenserfahrung) gehört zum Komplex der Beweiswürdigung. Sie beruht auf Indizien, aus denen mittels Wahrscheinlichkeitsüberlegungen und aufgrund der Lebenserfahrung auf einen nicht direkt bewiesenen Sachumstand geschlossen wird (BSK ZGB I-Lardelli/Vetter, Art. 8 N 85).

E. 5.7

Die Vorinstanz legte ihrer Würdigung, dass gegenüber dem Kläger am

E. 5.8

Der Kläger ist nicht einverstanden mit dem Beweisergebnis der Vorinstanz betreffend den Zeitpunkt der Kündigung. Er hält es vielmehr für nachgewiesen, dass die Kündigung nicht am 5. Oktober 2017, sondern erst am 30. Oktober 2017 ausgesprochen wurde, und zwar im zeitlichen Kontext zu seinem Beharren auf den vertraglichen Konditionen seines bisherigen Arbeitsvertrages (Urk. 84 Rz 118). Auf seine Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung wird im Folgenden (soweit entscheidrelevant) eingegangen:

E. 5.8.1

Der Kläger stört sich bereits am einleitenden Hinweis der Vorinstanz (in Urk. 85 E. IV/6.1 S. 20), wonach es grundsätzlich keine Rolle spiele, was die Beklagte im Vorfeld des Gesprächs mit dem Kläger vom 5. Oktober 2017 geplant gehabt habe, sondern es vielmehr entscheidend sei, was ihm am fraglichen Tag kommuniziert worden sei. Der Kläger hält diese Bemerkung vor dem Hintergrund, dass die Beklagte ein börsenkotiertes Unternehmen mit speziellen Offenlegungspflichten ist, für unzutreffend. Nach ihm kommt es angesichts dieser Pflichten «vor allem» darauf an, was die Beklagte nach aussen kommunizierte und wie sie sich danach verhielt (Urk. 84 Rz 33 i.V.m. Rz 89 ff.; a.M. die Beklagte, vgl. Urk. 91 Rz 138 ff.). Der fragliche Hinweis der Vorinstanz darf nicht überbewertet werden. Es ist aber durchaus zutreffend, dass es auf die Geschehnisse vor dem 5. Oktober 2017 nicht unmittelbar ankommt, sondern letztlich entscheidend ist, was an jenem Tag, am fraglichen Gespräch, kommuniziert, also effektiv gesagt und verstanden wurde. Um

- 22 - sich darüber ein Bild machen zu können, ist es jedoch richtig, die Geschehnisse im Ablauf zu sehen und auch die Vorgeschichte kurz zu beleuchten.

E. 5.8.2

Ebenso in die Überlegungen miteinzubeziehen ist, wie sich die Situation mit Blick auf die börsenrechtlichen Offenlegungspflichten präsentierte. Unmittelbar beweisrelevant ist zwar die direkte Kommunikation zwischen den Vertretern der Beklagten und dem Kläger (konkret, ob eine Kündigung ausgesprochen und auch verstanden wurde). Nachdem dafür aber keine direkten Beweise vorliegen, war zu untersuchen, ob sich aus den Umständen Indizien für die eine oder andere Version ergeben. Und in diesem Zusammenhang ist mit in Betracht zu ziehen, dass die Beklagte börsenrechtlichen Offenlegungspflichten unterstand (und untersteht). Genau dies tat denn auch die Vorinstanz, indem sie diskutierte, inwiefern der Aspekt der Offenlegungspflicht von kursrelevanten Tatsachen die Beklagte dazu hätte bewegen können, die Kündigung explizit als solche in der Pressemitteilung zu benennen (vgl. Urk. 85 E. IV/6.6 S. 24). Dies ist weder von der Vorgehensweise noch inhaltlich zu beanstanden. Aus dem Umstand, dass eine Kündigung in der Pressemitteilung nicht explizit erwähnt wurde, lässt sich in der Tat nicht schliessen, dass – wegen der börsenrechtlich geforderten Transparenz – auch keine Kündigung ausgesprochen worden sein konnte. In der Unternehmenskommunikation ist es durchaus üblich, personelle Änderungen in der Unternehmensleitung, welche mit einer einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses einhergehen, in gesichtswahrende Worte zu kleiden. Auch die Pflicht zur Ad hoc-Publizität gemäss Art. 53 Abs. 1 Kotierungsreglement lässt einen kommunikatorischen Spielraum (ähnlich die Beklagte in Urk. 91 Rz 139, 145 ff.). Kursrelevant dürfte in der Regel die Tatsache sein, dass der CEO seine Position nicht mehr ausüben wird, nicht aber weshalb genau. Ob dies im vorliegenden Einzelfall – oder nach heute geltender Rechtslage – anders ist (wie es der Kläger ausführen lässt in Urk. 84 Rz 98), kann offen bleiben, geht es hier doch nicht um eine börsenrechtliche Beurteilung, sondern wie erwähnt bloss darum, ob diese Thematik Rückschlüsse darauf zulässt, was die Beklagte damals zur konkret gewählten Kommunikation bewegen haben könnte. Zuverlässige Rückschlüsse sind nicht möglich.

- 23 - Aus der damaligen Warte der Beklagten macht die gewählte Kommunikation Sinn, ob man nun den Kläger kündigte oder ihn bloss seiner Funktion als CEO entthob. Es ist im Weiteren auch durchaus denkbar, dass der spätere Verlauf – das Scheitern der Vertragsverhandlungen hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung in neuer, nicht leitender Position – wiederum nicht als kursrelevant angesehen wurde und das Novum deshalb nicht

mehr publik gemacht wurde. Dem börsenrechtlichen Aspekt kommt hier weder für die eine noch die andere Ver- sion erheblicher Beweiswert zu, so wie es schon die Vorinstanz gewichtete.

E. 5.8.3

Der Kläger moniert weiter, die Vorinstanz habe die Medienmitteilung der Be- klagten vom tt.mm.2017 (Urk. 5/4) nicht vollständig, sondern einseitig selektiv wie- dergegeben und lasse die entscheidenden Aspekte ausser Acht. Richtigerweise halte die Vorinstanz zunächst fest, dass sich der Medienmitteilung nicht entnehmen lasse, dass die Beklagte dem Kläger gekündigt habe. Der Kläger gibt zu bedenken, dass die Ausführungen zum Kläger in der Mitteilung keine prominente Rolle ein- nähmen; es werde explizit kommuniziert, dass der Kläger lediglich nicht mehr der Geschäftsleitung angehöre und er die Funktion als «Senior Advisor Strategic Growth Initiatives» übernehme. Mehrfach und auch mit Zitaten von ihm und E._____ werde betont, dass er dem Unternehmen erhalten bleibe (Urk. 84 Rz 77 ff.). Laut dem Kläger muss sich die Beklagte der Brisanz einer Medienmitteilung be- wusst gewesen sein, nachdem es schon beim Weggang eines anderen Grün- dungsmitglieds (I._____) zu einem empfindlichen Kurssturz gekommen sei. C._____ habe denn auch an der Verwaltungsratssitzung vom 29. September 2017 auf mögliche negative Auswirkungen aufmerksam gemacht. Das Bewusstsein um diese Problematik sei auch der Grund, weshalb die Beklagte eine zweite Medien- mitteilung mit dem Inhalt des Weggangs des Klägers entworfen habe (vgl. Urk. 17/19 S. 7 unten). Anhand der dann effektiv veröffentlichten Medienmitteilung könne festgestellt werden, dass er, der Kläger, am tt.mm.2017 der Meinung gewe- sen sei, nicht entlassen worden zu sein, sondern sich im Rahmen seiner neuen Position auf das strategische Wachstum zu konzentrieren. Auch E._____ sowie - 24 - H._____ hätten diese Meinung geteilt (Urk. 84 Rz 84 f., mit Verweis auf Urk. 5/4 und 17/28). Der Kläger schliesst aus dem vorstehend Zusammengefassten, dass sich die Par- teien einig gewesen seien, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen und dass es des- halb nicht sein könne, dass am 5. Oktober 2017 eine Kündigung ausgesprochen wurde. Zur Untermauerung dieser Argumentation weist er auf die Aussagen von C._____ und D._____ hin. So habe C._____ ausgeführt, dass die Medienmitteilung ein Abbild dessen gewesen sei, was man miteinander besprochen habe (Urk. 63 S. 20); und D._____ habe bestätigt, dass es «für die Öffentlichkeit» (gemeint: für den Aktienkurs) wichtig gewesen sei, dass der Kläger zwar von seiner Position als CEO zurücktrete, jedoch bei der Beklagten bleibe und eine neue Funktion über- nehme (Urk. 59 S. 11). Auch der Kommunikationschef H._____ habe sich in diesem Sinne geäussert (Urk. 64 S. 13). Die Gefahr einer Auswirkung auf den Aktienkurs habe man mit der Medienmitteilung bannen wollen (Urk. 84 Rz 86). Autorisiert von E._____ sei schliesslich die Medienmitteilung veröffentlicht worden, nach welcher der Kläger fortan als Senior Advisor bei der Beklagten tätig sei (Urk. 84 Rz 87). Dass man sich – so der Kläger weiter – seitens der Beklagten darüber geeinigt habe, weiterhin mit dem Kläger zusammenzuarbeiten, ergebe sich auch aus der nicht publizierten Variante der Medienmitteilung (Urk. 17/28), mit welcher ein Ver- lassen der Firma seitens des Klägers veröffentlicht worden wäre, falls man sich mit dem Kläger nicht hätte einigen können (Urk. 84 Rz 88). Die Beklagte demgegenüber schliesst sich der Vorinstanz an. Diese habe sich mit der Medienmitteilung detailliert auseinandergesetzt und sei richtigerweise zum Schluss gekommen, dass die Entwürfe der Medienmitteilung klar auf eine Kündi- gung hindeuten würden (Urk. 91 Rz 135 ff.). Wesentliches für die eine oder die andere Position ableiten lässt sich aus den bei- den Entwurfsvarianten von Medienmitteilungen (Urk. 17/27 und

17/28) und der dann effektiv publizierten Mitteilung (Urk. 5/4) nicht. Es ist allgemein bekannt, dass die Unternehmenskommunikation über die Medien oft geschönt ist und erheblich von dem abweicht, was zuvor hinter den Kulissen ablief und rechtlich verbindlich gestaltet bzw. vereinbart wurde oder eben nicht. Von daher ist Zurückhaltung an-

- 25 - gezeigt bei der Interpretation von Medienmitteilungen im Zusammenhang mit der Sachverhaltsklärung. Eindeutige Hinweise gibt es vorliegend dafür, dass im Verwaltungsrat der Beklagten am 5. Oktober 2017 Konsens darüber bestand, dass die beschlossene Ablösung des Klägers als CEO in einer kooperativen Vorgehensweise angestrebt würde. Im Zentrum muss gestanden haben, ihn als CEO zu ersetzen, wie auch immer es rechtlich umgesetzt würde. Es gibt klare Hinweise dafür, dass man damals keinen Bruch mit dem Kläger provozieren wollte, sondern eine Kooperation mit ihm anstrebte. Was die Weiterbeschäftigung des Klägers in anderer Funktion betrifft, scheinen noch viele offene Fragen bestanden zu haben. Es bestand darüber wohl erst eine skizzenhafte Absicht. Hinweise auf eine explizit ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses fehlen in den Unterlagen.

E. 5.8.4

Nach dem Dafürhalten des Klägers ergibt sich aus der gerichtlichen Befragung von C._____ (Urk. 63) der genaue Kündigungszeitpunkt nicht. Solches könne dessen Aussagen nicht glaubwürdig entnommen werden, insbesondere nicht «vor dem Hintergrund der suggestiv anmutenden Fragestellung». Vielmehr bestätige sich, dass der Kläger am 5. Oktober 2017 zwar seines Amtes als CEO enthoben und ihm insofern seine aktuelle Funktion als CEO «gekündigt» worden sei, er gleichzeitig aber in anderer Funktion weiterbeschäftigt worden sei (Urk. 84 Rz 35 ff.; a.M. die Beklagte in Urk. 91 Rz 78 ff.). Ähnlich sieht es der Kläger mit Bezug auf die Befragung von G._____. Auch dieser habe ausgeführt, dass man lediglich das «Arbeitsverhältnis als CEO» habe auflösen wollen, ihm aber gleichzeitig eine andere Position im Unternehmen offeriert habe (Urk. 84 Rz 40 ff.; widersprochen seitens der Beklagten in Urk. 91 Rz 87). Dass sich sodann E._____ nicht mehr genau erinnern könne, wer wann die (behauptete) Kündigung am 5. Oktober 2017 ausgesprochen haben soll, lasse es – so der Kläger – als unglaubhaft erscheinen, dass ihm an jenem Tag gekündigt worden sei (Urk. 84 Rz 43 ff.; a.M. die Beklagte: Urk. 91 Rz 94 ff.). Auch D._____ habe zunächst nicht von einer Kündigung, sondern von einer sofortigen Freistellung gesprochen, und auch er habe bestätigt, dass der Kläger das Angebot einer Weiterbeschäftigung (in anderer Rolle, im Sinne einer «Änderungskündigung») angenommen habe. Nach D._____ sei es um zwei Möglichkeiten be-

- 26 - treffend den Bonus gegangen (entweder bleiben mit Bonus, oder nicht bleiben ohne Bonus; Urk. 84 Rz 46 ff.; a.M. die Beklagte: Urk. 91 Rz 100 ff.). Auch H._____ habe die Weiterbeschäftigung des Klägers im Sinne lediglich eines Rollenwechsels bestätigt (Urk. 84 Rz 49 ff.; a.M. die Beklagte: Urk. 91 Rz 108 ff.). Kernfrage ist in diesem Zusammenhang, ob und gegebenenfalls was kommuniziert wurde mit Bezug auf das bestehende Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Sprach man sich über das rechtliche Schicksal des bestehenden Arbeitsvertrags aus oder nicht? Dass die Beteiligten den Kläger als CEO unverzüglich ersetzt haben wollten, ihm aber den Verbleib im Unternehmen ermöglichen wollten – darüber kann kein Zweifel bestehen. Zu klären ist indes, ob am 5. Oktober 2017 eine unbedingte Kündigung des bisherigen Arbeitsvertrags ausgesprochen wurde (und bloss eine Absicht bestand, allenfalls einen neuen mit anderen Bedingungen auszuhandeln). Dies entspräche der Position der Beklagten. Oder aber ist es vielmehr so,

wie es der Kläger vorträgt, nämlich dass ihm am 5. Oktober 2017 lediglich geänderte Arbeitsbedingungen eröffnet wurden (eine Positionsänderung) und sein Arbeitsverhältnis erst später gekündigt wurde (nämlich mit Schreiben vom 30. Oktober 2017 [Urk. 5/9]), nachdem er die angebotenen neuen Bedingungen abgelehnt hatte? Für diese Unterscheidung, bei der es auf die präzise Wortwahl ankommt, helfen die Personalbeweise, welche rund vier Jahre nach dem fraglichen Ereignis erhoben wurden, wenig weiter, zumal in einer Konstellation wie der vorliegenden nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Wahrnehmung kontaminiert ist von subjektiven Interessen, Loyalitäten und auch Erinnerungsfehlern. Dazu im Einzelnen was folgt: C._____ betonte in seiner Befragung an verschiedenen Stellen, dass man seitens des Verwaltungsrates interessiert gewesen sei, den Kläger «in irgendeiner Form weiter zu binden» (Urk. 63 S. 17). Es sei die Funktion als CEO beendet gewesen; dies sei der entscheidende Punkt für den Verwaltungsrat gewesen. Der Verwaltungsrat habe aber eine Tür offen gelassen, man habe eine Gesichtswahungsstrategie ermöglichen wollen. Das zukünftige Arbeitsverhältnis zu gestalten, sei dann aber in die Kompetenz der Geschäftsleitung gefallen (Urk. 63 S. 16 und 18). In einer börsenkotierten Unternehmen sei die Funktion des CEO so entscheidend, dass deren Aufgabe nicht irgendein Stellenwechsel sei. Man könne nicht einfach von einem

- 27 - Positionswechsel sprechen. Auch von der Unterstellung sei das eine völlig neue Situation (Urk. 63 S. 19). C._____ stützt in der Tendenz eher den Standpunkt der Beklagten; klare Anknüpfungsmerkmale im Sinne von objektivierbaren Indizien für das explizit ausgesprochene Kündigen des Arbeitsvertrags finden sich in seinen Aussagen aber nicht. G._____, der als Generalsekretär damals die Protokolle verantwortete, schien zur Frage einer Kündigung am 5. Oktober 2017 im Wesentlichen in Erinnerung zu haben, dass man dem Kläger gesagt habe, dass die Position des CEO, also die Geschäftsleitung, terminiert würde und man aber einen neuen Vertrag mit einem neuen Titel anbieten würde (Urk. 65 S. 9). G._____ bestätigte, dass es die Absicht gewesen sei, dass der Kläger weiterhin für die Beklagte tätig sein sollte, «einfach in anderer Position» (Urk. 65 S. 13), äusserte sich kurz darauf aber auch überrascht darüber, dass der Kläger geltend mache, es sei ihm am 5. Oktober 2017 nicht gekündigt worden (Urk. 65 S. 15 f.). Letztlich fehlen auch hier klare objektivierbare Indizien für die eine oder die andere Version. E._____ sprach – scheinbar dezidiert – ausdrücklich von Entlassung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Offerte eines neuen Vertrags (Urk. 58 S. 3). Er (im Zeitpunkt seiner Befragung) als CEO der Beklagten äusserte sich kategorisch dahingehend, dass dem Kläger am 5. Oktober 2017 «absolut» klar eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses (nicht bloss der CEO-Funktion) kommuniziert worden sei. Etwas frappant ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass E._____ trotz seines klaren Standpunkts nicht anzugeben vermochte, wer denn derart klar die Kündigung mündlich ausgesprochen haben soll (Urk. 58 S. 9). Ein solch selektives Erinnerungsvermögen weckt Zweifel. Insgesamt jedenfalls kann der Parteibehauptung von E._____ wenig Beweiskraft zugesprochen werden für die hier relevante Frage. Auch D._____ stellte sich auf den Standpunkt, es sei das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 5. Oktober 2017 gekündigt und dieser sei als CEO entlassen worden. Man habe dem Kläger mitgeteilt, dass man ihn in seiner aktuellen Position nicht mehr weiterbeschäftigen wolle und habe ihm einen neuen Vertrag unterbreitet (Urk. 59 S. 8). Auch D._____ vermochte sich nicht mehr daran zu erinnern, wer dem Kläger das konkret gesagt haben soll (Urk. 59 S. 9). Kurz zuvor in der Einver-

- 28 - nahme äusserte sich D. _____ noch unsicher, ob es in diesem Zeitpunkt (gemeint: am 5. Oktober 2017) bereits einen Entscheid gegeben habe. Später, nach einem Gespräch mit dem Kläger, habe E. _____ informiert und gesagt, der Kläger habe sich – vor der Wahl stehend, entweder das Unternehmen zu verlassen oder eine Weiterbeschäftigung in einer anderen Funktion – für die Variante der Weiterbeschäftigung entschieden (Urk. 59 S. 7). Diese Beschreibung der Vorgänge bleibt im rechtlich relevanten Thema ebenfalls vage. Im Vordergrund scheint die weitere Zusammenarbeit in anderer Funktion gestanden zu haben. Das konkrete explizite Aussprechen einer Kündigung scheint auch hier für den Zeugen nicht abrufbar zu sein. Tendenziell den Standpunkt des Klägers unterstützend sprach der Zeuge H. _____ von einer vertraglichen Veränderung in dem Sinne, dass der Kläger weiterhin bei der Beklagten beschäftigt worden wäre, einfach in einer anderen Position (Urk. 64 S. 12). Mit der Vorinstanz ist allerdings zu bemerken, dass H. _____ beim hier besonders interessierenden ersten Treffen zwischen einem VR-Ausschuss und dem Kläger am Nachmittag des 5. Oktober 2017 nicht anwesend war (vgl. Urk. 85 E. IV/6.7.5 S. 27), er somit zur entscheidenden Frage nicht unmittelbar Wahrnehmungen machen konnte. Insgesamt muss konstatiert werden, dass die Personalbeweise für sich betrachtet den Standpunkt weder des Klägers noch der Beklagten signifikant stützen.

E. 5.8.5

Gemäss der Vorinstanz deuten die Protokolle und weiteren Unterlagen (zusammen mit den Aussagen) darauf hin, dass dem Kläger anlässlich des ersten Treffens am Nachmittag des 5. Oktober 2024 unmissverständlich gekündigt wurde. Der Kläger hält das Zitieren der Vorinstanz aus den Protokoll der Verwaltungsratssitzungen vom 1. Oktober 2017 (Urk. 17/23 und 17/24) für selektiv. Nach ihm wurden wichtige Passagen weggelassen bzw. nicht berücksichtigt, sodass es zu falschen Folgerungen gekommen sei (Urk. 84 Rz 60 ff. und 69 ff.). Ausserdem seien im Protokoll der Sitzungen vom 5. Oktober 2017 (Urk. 17/25) die Sitzungen und die separaten Gespräche in einem einzigen «Protokoll» zusammengefasst worden; dabei handle es sich eigentlich nur um eine «bessere Aktennotiz» der Beklagten bzw. des Verfassers G. _____ über die Geschehnisse (Urk. 84 Rz 75). Die Beklagte dem-

- 29 - gegenüber teilt und stützt die Auffassung der Vorinstanz (Urk. 91 Rz 125 ff.), wobei sie die Meinung vertritt, dass eine einseitige Degradierung des Klägers von der Position des CEO in den Bereich Business Development ohne Kündigung gar nicht möglich gewesen wäre (Urk. 91 Rz 127). Bei der Würdigung der erwähnten Protokolle kann deren Entstehungsgeschichte nicht ausser Acht gelassen werden. Die privaten schriftlichen Aufzeichnungen über die Verwaltungsratssitzungen und damit zusammenhängenden Gespräche vom 1. bzw. 5. Oktober 2017 sind von der Beklagten produziert worden. Wenngleich nichts Auffälliges darauf hindeutet, besteht doch keine Gewähr dafür, dass diese Dokumente (Urk. 17/23–25) völlig neutral und zeitnah, noch unbeeinflusst von der vorliegenden Auseinandersetzung verfasst wurden. Namentlich kommt diesen Protokollen nicht erhöhte Beweiskraft zu, wie es z.B. bei öffentlichen Urkunden nach Art. 9 Abs. 1 ZGB der Fall wäre. Die Dokumente inhaltlich beleuchtend, illustrieren sie immerhin plausibel, wie es am 1. und 5. Oktober 2017 zum Entscheid kam, den Kläger als CEO der Beklagten zu ersetzen. In den recht kurz gehaltenen Aufzeichnungen zeigt sich eine deutliche Fokussierung auf die betriebswirtschaftlichen Aspekte der Personalien zum CEO-Posten. Dem Verwaltungsrat scheint es darum gegangen zu sein, den Abgang des Klägers als CEO zu bewirken und den Kläger möglichst in einer anderen Funktion weiter zu beschäftigen – falls er denn gewillt sein würde, diese Gesichtswahungsstrategie

mitzutragen (so sinngemäss C._____ in Urk. 63 S. 10 f.). Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung (Telefonkonferenz) vom 5. Oktober 2017, 9:10–10:00 Uhr, heisst es wörtlich (Urk. 17/24 S. 3): «Thus, the Board resolves to terminate A._____’s employment contract as a CEO and offer him at the same time a new agreement in line with the discussions held. E._____, C._____, D._____ and G._____ shall communicate this to A._____ in the afternoon. A public announcement shall be made tomorrow morning.» Vom Wortlaut her spricht dies für einen Beschluss, den Arbeitsvertrag als CEO zu kündigen und einen neuen zu offerieren. Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung (Telefonkonferenz) vom selben Tag, 19:34–20:00 Uhr, heisst es (Urk. 17/25 S. 1): «G._____ summarizes the content of the two meetings this afternoon and evening with A._____.

- 30 - In the first meeting with A._____, the participants were D._____, C._____, E._____ and G._____. A._____ was informed by C._____, D._____ and E._____, according to a script, that the Board does not see him as a suitable CEO of B._____ anymore. A new position was proposed to him, upon which A._____ wanted to know how much he would get if he stayed with the Company. Only the communication with the version where A._____ remained with the Company was disclosed. A._____ was then given some time to think about the situation. In the second meeting, around 18.00, A._____, H._____ (on A._____’s request), E._____, D._____ and G._____ were present. Mainly a discussion about the content of tomorrow’s communication took place and about A._____’s future remuneration where E._____ and D._____ made suggestions what this could look like for A._____ in 2018. For 2017, a pro rata bonus as for other EC members was offered to A._____, provided he staid with the Company.» Es ist unbestritten, dass der Kläger am 5. Oktober 2017 signalisierte, dass er grund- sätzlich kooperieren wolle. In diesem Sinne wurde dann auch kommuniziert. Eine expressis verbis gegenüber dem Kläger ausgesprochene Kündigung des Ar- beitsverhältnisses geht aus den Protokollen nicht klar hervor. Das erwähnte Skript, anhand dessen die drei Verwaltungsräte den Kläger informiert haben sollen, liegt als Beweismittel nicht vor. Festgehalten ist bloss, dass der Kläger als CEO ersetzt werden sollte. Die Aussagen der involvierten Personen zum letztlich relevanten Punkt, ob eine Kündigung des Arbeitsvertrags unmissverständlich erklärt wurde, bleiben eher vage. Exemplarisch dafür stehen etwa folgende Ausführungen von C._____ in der Zeugeneinvernahme: «Entscheidend in dem Moment war [der] Abtritt als CEO und ich habe vorher erwähnt, es wäre durchaus im Interesse der Beklagten gewesen, den Kläger in einer anderen Funktion weiter zu beschäftigen. Aber für den ersten Schritt – Abtritt als CEO – braucht es den Entscheid des VR. Die Weiterbeschäfti- gung muss sicher dann auch mit der Geschäftsleitung diskutiert werden und braucht auch – im Gegensatz zur Kündigung – das Einverständnis des Klä- gers» (Urk. 63 S. 14); «[...] Und somit ist schon möglich, dass wir zuerst noch dem Kläger die Zeit geben wollten, um diese Diskussion mit der Geschäftsleitung zu führen, ins- besondere weil es ging ja hier um eine operative Tätigkeit, und wir die zweite Version verschickt haben» (Urk. 63 S. 15); «[...] Die Funktion als CEO war beendet. Das war für uns als VR der ent- scheidende Punkt. Aber der VR hat eine Tür offen gelassen. Im Sinne von wenn die Geschäftsleitung eine Zusammenarbeit mit dem Kläger weiterhin sieht, das hat er befürwortet. Allerdings war das nicht mehr die Funktion des VR, dies zu entscheiden [...]» (Urk. 63 S. 16).

- 31 - Das bisher Gesagte spricht dafür, dass sich an besagtem 5. Oktober 2017 der Ver- waltungsrat der Beklagten (bzw. Ausschüsse von ihm) – betriebswirtschaftlich den- kend – der Pendenz CEO annahm, die Ablösung einleitete und sich darum küm- merte, den Weg zu

ebnen, dass der bisherige CEO weiter im Unternehmen bleiben würde. In diese Richtung scheint gearbeitet worden zu sein, umso mehr als der Kläger signalisierte, diesen Weg mitgehen zu wollen. Dass er formelle Zwischenschritte beinhalten würde, bei welchen auch rechtliche Aspekte zu beachten waren, scheint nicht im Fokus gestanden zu haben. Es kann also durchaus sein, dass die Akteure an jenem Tag ausser Acht liessen, dass die Verhandlungen über eine zukünftige Zusammenarbeit allenfalls scheitern könnten und für diesen Fall vorsichtshalber der bisherige Arbeitsvertrag ausdrücklich zu kündigen sein würde. Diese These wäre psychologisch nachvollziehbar. Man kannte sich und stand sich (noch immer) nahe. Dem verdienten Gründungsmitglied A._____ den Abgang als Geschäftsführer zu erklären und ihn doch, mit einem geänderten Stellenprofil, bei der Stange zu halten, dürfte eine diplomatische Gratwanderung gewesen sein. Das unmissverständliche Aussprechen einer Kündigung hätte Irritation auslösen können. Es wäre zu erwarten, dass man dies gegebenenfalls (auch) schriftlich dokumentieren, zumindest aber explizit im Protokoll festhalten würde, allenfalls auch mit der Reaktion seitens des Betroffenen. Aus den Protokollen geht zwar die Absetzung («Kündigung») des Klägers als CEO hervor. Eine erfolgte Kündigung des Arbeitsverhältnisses (wobei es nicht um Selbe geht, vgl. oben E. 5.5) ergibt sich aus den Aufzeichnungen jedoch nicht klar.

E. 5.8.6

Der Kläger greift des Weiteren die Argumentation der Vorinstanz auf, wonach unter anderem die FINMA über die Kündigung des Klägers als CEO informiert worden sei (Urk. 84 Rz 58 f., Urk. 85 E. IV/5.1.5 S. 47). Er hält dazu fest, dass es in den Akten keine Anhaltspunkte dafür gebe (ausser einer Aussage E.____s), dass die FINMA über eine Absetzung des Klägers als CEO oder eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses effektiv informiert worden wäre. Ausserdem werde (so der Kläger) die Absetzung des Klägers als CEO mit einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses vermengt (Urk. 84 Rz 58 f., vgl. aber auch a.a.O. Rz 73).

- 32 - Die Beklagte bezeichnet dieses klägerische Vorbringen als pauschal und nennt als Fundstelle auch das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 5. Oktober 2017 (Urk. 91 Rz 122 ff.). In der Tat gibt es nebst der Erwähnung einer an die FINMA gegangenen Information seitens E._____ (Urk. 57 S. 3) auch einen Hinweis im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom Morgen des 5. Oktober 2017. Nach letzterem wollte C._____ die FINMA über die Beschlüsse des Verwaltungsrats informieren (Urk. 17/ 24 S. 3). Die Information der FINMA muss sich auf die CEO-Position als Organstellung beziehen haben; direkte Rückschlüsse auf das Schicksal auch des Arbeitsverhältnisses lässt sie nicht zu. Eine Kündigung des Arbeitsvertrags dürfte nicht von besonderem Interesse für die Finanzmarktaufsichtsbehörde gewesen sein; ihr Interesse dürfte sich auf die Leitung des Unternehmens beschränkt haben. Dass diese Leitung in andere Hände gegeben wurde, ist unstrittig.

E. 5.8.7

Der Kläger führt des Weiteren die Verhandlungen über einen neuen Vertrag ins Feld, welche zwischen dem 6. und dem 30. Oktober 2017 gelaufen seien und in welchen die Beklagte ihm massiv verschlechterte Vertragsbedingungen unterbreitet habe. Der Kläger findet, dass diese Vorgänge und Widersprüche dazu in den Zeugenbefragungen die Vorinstanz zu vertieften Abklärungen hätte bewegen müssen (Urk. 84 Rz 101 ff.). Die Beklagte demgegenüber erkennt im Zusammenhang mit dem Kündigungszeitpunkt keine Relevanz

der Vertragsofferte und macht geltend, dass der Kläger nach dem 5. Oktober 2017 selber von einer Kündigung ausgegangen sei, sei er doch nicht mehr zur Arbeit erschienen und habe er doch der Feststellung der Beklagten in deren Schreiben vom 30. Oktober 2017 (Urk. 5/9) nicht widersprochen (Urk. 91 Rz 152 ff.). Aus der Korrespondenz, auf die sich beide Parteien beziehen, lässt sich nicht schliessen, dass sie auf eine davor explizit ausgesprochene Kündigung des bisherigen Arbeitsvertrags basiert. Es spricht einiges dafür, dass das rechtliche Schicksal des bisherigen Arbeitsvertrags gewissermassen in einem Schwebezustand blieb, den man mit einem neuen Vertrag nahtlos hätte beseitigen wollen. So heisst es im eingerahmten Vermerk ganz oben auf der Offerte vom 20. Oktober 2017 (Urk. 5/6 i.V.m. Urk. 5/5) etwa:

- 33 - «By signing this Contract of Employment both parties agree that as per 9 October 2017 this version replaces the previously signed Contracts of Employment dated 22 January 2014 and the respective addenda dated 24 February 2015 and 5 April 2017»; und in der sechsten Zeile der Tabelle auf Seite 1 in Urk. 5/6 in Klammern wird festgehalten, dass der 1. Juni 2007 als Eintrittsdatum gelte. Die zitierte Formulierung, die den bisherigen Vertrag nicht als gekündigt bezeichnet, könnte dafür sprechen, dass damals auch die den Vertragsentwurf redigierende Beklagte von einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis ausging, dessen Modalitäten neu geregelt würden. Auch dass der Bonus 2017 für die vom Arbeitnehmer ausgeübte «Funktion» (sic!) als CEO nach dem Vorschlag der Beklagten in den Vertragstext aufgenommen werden sollte, deutet in diese Richtung. Andererseits wären diese Klauseln aber auch unter der Prämisse einer zuvor ausgesprochenen Kündigung nicht undenkbar, zumal ja noch die Kündigungsfrist des bisherigen Arbeitsvertrags ausgelaufen wäre. Ausserdem ist es nicht unüblich, dass man bei einem neuen Arbeitsverhältnis die unter früheren Arbeitsverträgen angehäuften Anstellungsdauer explizit hinzurechnet. Insgesamt also ergeben sich auch aus dieser Korrespondenz keine starken Indizien für den einen oder den andern Standpunkt.

E. 5.8.8

Mit Blick auf die Kommunikation der Beklagten an ihn vom 30. Oktober 2017 (Urk. 5/9) erkennt der Kläger (1.) in der zeitlichen Abfolge, (2.) in dessen Titel respektive Betreff sowie (3.) in der Art der Sendung (Einschreiben) Hinweise dafür, dass erst damit die Kündigung ausgesprochen wurde (Urk. 84 Rz 115; vgl. dazu auch die Beklagte in Urk. 91 Rz 155). Aus dem gewählten Betreff «Termination of employment» lässt sich nicht ableiten, dass es sich dabei um die originäre Kündigung des Arbeitsverhältnisses handeln muss (weil man – so der Kläger – andernfalls «Confirmation of termination» geschrieben hätte). Im Briefftext wird nämlich klar festgehalten, dass sich die Absenderin auf den Standpunkt stellt, es sei zuvor schon am 5. Oktober 2017 eine Kündigung erfolgt. Vom Wortlaut her könnte es sich durchaus auch um eine Klarstellung und Ergänzung in Bezug auf die einzelnen Konsequenzen handeln. Auch diese würde man mit gutem Grund, zu Beweis Zwecken, eingeschrieben mitteilen,

- 34 - gerade wenn zuvor bloss mündlich gekündigt worden wäre. Auch aus der zeitlichen Nähe zum Scheitern der Vertragsverhandlungen lässt sich nichts ableiten. Sowohl nach dem klägerischen als auch nach dem beklagten Standpunkt herrschte davor ein Schwebezustand, welcher der Klärung bedurfte.

E. 5.8.9

Inwiefern das (unbestrittene) Fernbleiben des Klägers von der Arbeit am

E. 5.8.10

Auch im Umstand, dass der Kläger die Datumsangabe im Schreiben der Beklagten vom 30. Oktober 2017 (Urk. 5/9) unwidersprochen liess, kann – entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 91 Rz 155) – kein starkes Indiz dafür gesehen werden, dass er bewusst inhaltlich zustimmte. Damals dürfte die Situation bereits verworren gewesen sein nach dem, was unmittelbar davor passiert war. In einer solchen Phase des Konflikts ist es nachvollziehbar, dass man zunächst einmal nur den Prozessstoff sammelt und mangels Dringlichkeit nicht sogleich reagiert. Es könnte gut sein, dass er sich der rechtlichen Konsequenzen dieser Datierung damals nicht bewusst war.

E. 5.8.11

Fragwürdig scheint indes, wie es sich mit den Äusserungen des Klägers in der schriftlichen Klagebegründung (Urk. 1) verhält, welche er später modifizierte. In der Zeit zwischen der Klagebegründung vom 18. März 2019 und der in der Hauptverhandlung am 28. November 2019 erstatteten Replik passierte bei ihm offensichtlich ein Meinungsumschwung. Dieser Meinungsumschwung bezog sich auf die weit zurückliegenden Vorgänge im Oktober 2017. Während er – anwaltlich vertreten – in der Klagebegründung noch den Standpunkt vertreten hatte, sein Arbeitsverhältnis sei am 5. Oktober 2017 gekündigt worden (vgl. Urk. 1 Rz 13, 20 ff., 32 f., 55–57), war er nunmehr der Ansicht, eine Kündigung sei am 5. Oktober 2017 gerade nicht ausgesprochen worden; es sei an jenem Tag einzig um das Amt des CEO

- 35 - gegangen. Zu dieser Erkenntnis will er gekommen sein, nachdem ihm mit der Klageantwort interne Dokumente der Beklagten zugekommen seien, «welche ihm die vermeintliche Kündigung vom 5. Oktober 2017 vertieft zu beurteilen ermöglicht» hätten (Urk. 24 Rz 10 f.). Dazu von der Vorinstanz befragt, gab der Kläger im Wesentlichen an, dass sich für ihn die Nachricht, dass der Verwaltungsrat ihn nicht mehr als CEO der Beklagten sehe, als Kündigung angefühlt habe; es sei aber keine ausgesprochene Kündigung gewesen, sondern nur der Vorschlag zur Positionsänderung, welchen er angenommen habe (Urk. 57 S. 6). Wie bereits erwähnt vermochten diese Ausführungen die Vorinstanz nicht zu überzeugen. Der Kläger habe verschiedentlich, explizit und implizit, von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses am 5. Oktober 2017 gesprochen; und auch schon in seiner E-Mail-Korrespondenz habe er dieses Verständnis gezeigt («signing a new contract» in der E-Mail vom 27. Oktober 2017 [Urk. 5/7] und «day of my termination» in der E-Mail vom 21. Dezember 2017, bezogen auf den 5. Oktober 2017 [Urk. 5/10]). Entscheidend für die rechtliche Einordnung sei sodann nicht die nachträglich gebildete Meinung, sondern nur, ob die Beklagte den Arbeitsvertrag am 5. Oktober 2017 kündigen wollte und ob der Kläger ihre Äusserungen als Kündigung auffasste, somit die Kündigungserklärung empfing (Urk. 85 E. IV/6.8 S. 28 f.). Im Berufungsverfahren verweist der Kläger in Bezug auf das Verständnis beider Parteien im relevanten Zeitpunkt auf die publizierte Medienmitteilung, nach welcher das Arbeitsverhältnis offenkundig hätte weitergeführt werden sollen, lediglich in einer anderen Funktion. In seiner E-Mail vom 21. Dezember 2017 (Urk. 5/10) habe er, ein arbeitsrechtlicher Laie, sich nur auf den Standpunkt der Beklagten gemäss deren Schreiben vom 30. Oktober 2017 (Urk. 5/9) bezogen. Ausserdem sei für ihn nach den vielen Jahren als CEO die Absetzung einer Kündigung gleichgekommen (Urk. 84 Rz 54 ff.). Damit vermag der Kläger nicht plausibel zu erklären, warum er selber ausführen liess, dass er «vom Verwaltungsrat der Beklagten Anfang Oktober 2017 aus heiterem Himmel seines Amtes als Geschäftsführer enthoben und entlassen» worden sei (Urk. 1 Rz 13; Kursivschrift hinzugefügt). Dieses Entlassen kann

sich nur auf

- 36 - das Arbeitsverhältnis bezogen haben. Noch deutlicher und vor allem verknüpft mit konkreten Vorkommnissen heisst es sodann in der Klageschrift: «Von C._____ wurde dem Kläger ohne weitere Begründung dargetan, dass der Kläger als CEO der Beklagten «entlassen» sei. Man werde ihm stattdessen ein Beratungsmandat mit einem jährlichen Fixgehalt von CHF 1 Mio. offerieren, das der Kläger übernehmen könne, sofern er das denn wolle. Dies sei dann aber ein separates Thema. E._____ fügte an, die «Entlassung» des Klägers erfolge «per sofort». Das «Advisory Mandat», so E._____ weiter, würde auf dem Tisch liegen und könne vom Kläger angenommen werden oder auch nicht. [...]» (Urk. 1 Rz 21); und: «Noch vor Unterbrechung der Besprechung erkundigte sich der Kläger danach, wie das weitere Vorgehen aussehen werde, sollte man sich heute über die von der Beklagten angedachte Weiterbeschäftigung nicht einigen. Darauf führte wiederum E._____ aus, der Kläger werde per sofort freigestellt und habe eine sechsmonatige Kündigungsfrist. [...]» (Urk. 1 Rz 23). Diese Äusserungen schildern die Vorgänge in aller Klarheit. Sie belegen die Zäsur in Bezug auf das Arbeitsverhältnis, nicht bloss den CEO-Posten (vgl. auch Urk. 1 Rz 31). Die Erwähnung der sechsmonatigen Kündigungsfrist würde keinen Sinn ergeben, wenn es nur um den CEO-Posten gegangen wäre. Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin (Urk. 85 E. IV/6.8 S. 29), dass auch die Ausdrucksweise des Klägers in seiner E-Mail-Korrespondenz (Urk. 5/7 und 5/10) dafür spricht, dass er die Beklagte so verstanden hatte. Hinweise dafür, dass er in seiner E-Mail bloss auf den Standpunkt der Beklagten Bezug genommen hätte, fehlen gänzlich. Wenn der Kläger vorbringt, es sei ihm nach der Kenntnisnahme der internen Dokumente besser möglich gewesen, die Vorgänge des 5. Oktober 2017 (Urk. 24 Rz 10) zu beurteilen, so scheint dies eher auf die Beurteilung der Beweislage zuzutreffen denn auf die Beurteilung des tatsächlich Gesagten und Verstandenen. Die Neuurteilung der Beweislage wäre ein Motiv für eine Änderung der Prozessstrategie.

E. 5.8.12

Die vorstehenden, vom Kläger so geschilderten Äusserungen der Vertreter der Beklagten sind jedenfalls unmissverständlich und letztlich ausschlaggebend. Sie lassen sich nicht anders verstehen denn als Terminierung des Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist und gleichzeitiger Anbahnung eines noch zu konkretisierenden neuen Vertrags. Gegenüber der Öffentlich-

- 37 - keit, in der Medienmitteilung, wurde dieser neue Vertrag optimistisch – man könnte es auch vorschnell nennen – ins Zentrum gerückt.

E. 5.8.13

Als Zwischenfazit ergibt sich, dass der Beklagten der Beweis gelingt, dass dem Kläger am 5. Oktober 2017 mündlich gekündigt wurde.

E. 5.9

Der Kläger beharrt auf seinem Standpunkt, dass sich im Falle, dass (entgegen seiner Bestreitung) von einer am 5. Oktober 2017 mündlich ausgesprochenen Kündigung ausgegangen würde, die Folgefrage stellen würde, ob diese formgültig im Sinne der einschlägigen Vertragsbestimmungen wäre. Seiner Ansicht nach wurde das Schriftformerfordernis, das sich laut ihm aus dem Employment Manual (Mitarbeiter-Handbuch) ergibt (Urk. 17/26), verletzt (Urk. 84 Rz 119; geltend gemacht

erstmals in Urk. 24 Rz 10 f.). Die Vorinstanz kam in ihrer Auslegung der betreffenden Kündigungsregelung im Employment Manual (Urk. 17/26, Article 5) zum Schluss, dass auf die Mitarbeiter- Kategorie, welcher der Kläger angehöre – gestützt auf den Arbeitsvertrag (Urk. 5/1) «Non-Front Office» – kein Schriftformerfordernis für die Kündigung anwendbar sei. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut und insbesondere aus der Systematik der Bestimmung (Urk. 85 E. IV/7 S. 30 f.). Die Vorinstanz erachtete somit auch eine bloss mündlich ausgesprochene Kündigung als zulässig. Die Beklagte pflichtet der Vorinstanz bei und hält eventualiter dafür, dass ausser- dem beide Parteien nachträglich konkludent auf das Formerfordernis verzichtet hätten. So sei namentlich der Kläger selber nach dem 5. Oktober 2017 von einer Kündigung ausgegangen und habe sich entsprechend verhalten (Urk. 91 Rz 168 f.).

E. 5.9.1

Dass das Employment Manual von Januar 2017 gemäss Urk. 17/26 auf das streitgegenständliche Arbeitsverhältnis Anwendung findet, ist unbestritten. Die fragliche Bestimmung darin lautet wie folgt (Urk. 17/26 S. 3): «TERMINATION Article 5 Unless otherwise specified in the contract or by separate written agreement, the contract of employment for front office personnel may be terminated in writing by either party, to take effect at the end of a month, provided that the following notice is respected:

- 38 - ■ one month if the employment has lasted less than one year; ■ two months if the employment has exceeded one year; ■ three months if the employment has exceeded nine full years. For non-front office personnel the notice period to be respected is three months, irrespective of rank or duration of employment. The individual employment contract will specify to each Employee in which category (front/non-front) he/she falls. (...)» Ein tatsächlich vorhandener Wille der Parteien in Bezug auf die Kündigungsmodalitäten lässt sich nicht ermitteln (subjektive Vertragsauslegung, Art. 18 Abs. 1 OR), sodass subsidiär durch objektivierende Auslegung des Vertrags das als Vertragswillen anzusehen ist, was vernünftig und redlich handelnde Parteien mit ihrer Wortwahl oder ihrem Verhalten ausgedrückt und gewollt hätten (so statt vieler OFK/OR- Kren Kostkiewicz, OR 18 N 12; vgl. auch BGer 4A_542/2023 vom 26. August 2024 E. 3.1.2, BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BSK OR-Wiegand, Art. 18 N 11, oder BK-Müller, Art. 18 N 61 und 63). Dabei sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Es ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGer 4A_542/2023 vom 26. August 2024 E. 3.1.2, BGE 138 III 659 E. 4.2.1, 123 III 165 E. 3a). Nach der Spezifikation im Arbeitsvertrag (Urk. 5/1 S. 1) galt der Kläger explizit als der Klassifikation (Kategorie) «Non-Front Office» zugeteilt. Davon war und ist auszugehen. Der erste Teil des Artikels 5 enthält mehrere Regelungen, welche von ihrem Sinngehalt auf beide Kategorien – «Front-Office Personnel» und «Non-Front Office Personnel» – Anwendung finden müssen. Die Vertragsauflösung betreffend ist grundsätzlich kein sachgerechter Grund ersichtlich, weshalb für die eine Kategorie genauere Regelungen formuliert werden sollten als für die andere. Das gilt namentlich für den Vorbehalt spezieller Regelungen («unless otherwise specified in the contract or by separate written agreement»), für die Wirkung einer Kündigung auf das Ende eines Monats («to take effect at the end of a month, provided that the [...] notice is respected») und eben auch für das Schriftformerfordernis («in writing»).

- 39 - Eine Differenzierung nach Kategorie macht einzig Sinn in Bezug auf unterschiedliche Kündigungsfristen. Die Platzierung des Präpositionalobjekts «for front office personnel» im ersten Absatz des Artikels 5 muss daher als versehentlich missglückt angesehen werden. Sie führt leicht zu Missverständnissen. Aus dem Zusammenhang heraus erhellt aber doch, dass der zweite Absatz nicht separat, sondern im Zusammenhang mit dem ersten zu lesen ist. Das am Ende des ersten Absatzes abgehandelte Thema der Kündigungsfrist (dort unterschiedlich je nach Anstellungsdauer) wird im zweiten Absatz sogleich nochmals aufgenommen und spezifisch für die Kategorie «Non-front Personnel» beantwortet. Abgesehen davon sind die Absätze zusammen zu lesen. Es würde keinen Sinn ergeben, kürzerfristig kündbares Front-Office-Personal zwingend schriftlich entlassen zu müssen, bei längeren Kündigungsfristen aber bezüglich der Form frei zu sein. Die Lesart der Vorinstanz kommt daher einer unzulässigen rein grammatikalischen Auslegung gleich und ist abzulehnen. Zum selben Ergebnis führt die Argumentation über die Unklarheitsregel. Diese Maxime kommt beim vorliegenden, von der Beklagten vorformulierten standardisierten Vertragstext zur Anwendung, und zwar – da Rechtsfrage – unabhängig davon, wann sie vom Kläger ins Feld geführt wurde. Nach der Unklarheitsregel sind Unklarheiten in einem Vertrag im Zweifel zulasten der Verfasserin des Vertragstexts auszulegen (in dubio contra stipulatorem, vgl. zum Ganzen statt vieler BK-Müller, Art. 18 N 197 ff., mit Hinweisen). Wenn man das Verständnis der Vorinstanz (Urk. 85 E. IV/7.2 S. 30 f.) der vorstehend dargelegten Lesart von Artikel 5 gegenüber stellt, wird klar, dass die Klausel unklar ist (a.M. die Beklagte [Urk 91 Rz 166]). Denn beide Bedeutungen sind ernsthaft vertretbar. Es geht um eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Da ist es für den Gekündigten von grösserem Nutzen, wenn ihm schriftlich gekündigt werden muss. Dementsprechend ist die Klausel zu Lasten der Beklagten, die sie formuliert hat, auszulegen. Nicht gefolgt werden kann dem nachgeschobenen Argument der Beklagten, dass ohnehin von einem konkludenten Verzicht auf ein (allenfalls) bestehendes Form Erfordernis auszugehen wäre. Die Tatsachenbehauptungen dazu kamen verspätet

- 40 - (Urk. 74 Rz 71, Urk. 91 Rz 168; für die Duplik vgl. Prot. I S. 28 und 49). Aber auch wenn der Einwand rechtzeitig und hinreichend substantiiert erhoben worden wäre, vermöchte er nicht durchzudringen. Zwar wäre ein konkludenter Verzicht auf eine vereinbarte Form nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 16 N 10, mit Hinweisen). Allein aus dem Fernbleiben von der Arbeitsstelle und/oder der bereits diskutierten Korrespondenz kann aber klarerweise nicht auf einen solchen Verzicht geschlossen werden. Die Enthebung vom lange Jahre ausgeübten CEO-Posten und die unklare Situation hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung könnten durchaus der Grund dafür gewesen sein, dass sich die Beteiligten darüber einig waren, dass der Kläger einstweilen nicht zur Arbeit erscheinen müsse (strittig; vgl. dazu die Erklärung des Klägers in Urk. 57 S. 6, aber auch jene von E._____ in Urk. 58 S. 5). Klare Anhaltspunkte für eine konkludente Aufhebung des Formvorbehalts fehlen jedenfalls. Es ist folglich davon auszugehen, dass eine wirksame Kündigung zwingend in Schriftform ergehen musste (analog Art. 16 Abs. 1 OR), ungeachtet dessen, ob diese Front-Office- oder Non-Front-Office-Personal betraf.

E. 5.10

Vorliegend ist unbestritten, dass am 5. Oktober 2017 nicht schriftlich gekündigt wurde. Wirksam konnte damit erst die vom 30. Oktober 2017 datierende Korrespondenz (Urk.

5/9) sein, zumal von keiner Seite geltend gemacht wird, dass in der Zwischenzeit noch weitere, für eine Kündigung in Frage kommende Erklärungen ergangen sind.

E. 5.11

Dass das Schreiben vom 30. Oktober 2017 (Urk. 5/9) erst am 2. November 2017 vom Kläger in Empfang genommen wurde (wie es vom Kläger behauptet wird [Urk. 24 Rz 12, vgl. Urk. 26/1 und 26/2]), ist ebenfalls unbestritten (vgl. Prot. I S. 28). Entsprechend dem oben Ausgeführten (vgl. E. 5.4) führt erst der Empfang der Kündigung zu deren Wirksamkeit. Damit endete die vertragliche sechsmonatige Kündigungsfrist (Urk. 5/1 S. 1 unten; Art. 335c Abs. 2 OR) und damit die Lohnfortzahlungspflicht (Art. 324 OR) nicht bereits Ende April 2018, sondern erst Ende Mai 2018.

- 41 -

E. 5.12

Der Kläger fordert Verzugszins zu 5% seit dem 1. Juni 2018 (Urk. 84 S. 2 sowie Rz 210; vgl. schon Urk. 24 Rz 14). Die Beklagte bestreitet den Verzug; es sei denn auch nie eine Mahnung ausgesprochen worden (Urk. 91 Rz 282; vgl. schon Prot. I S. 28). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldforderung in Verzug, so schuldet er einen Verzugszins von 5% für das Jahr (Art. 104 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 323 Abs. 1 OR ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig (Art. 339 Abs. 1 OR). Bei einer Vertragsbeendigung nach Kündigung tritt gewöhnlich sofortiger Verzug ein (Art. 102 Abs. 2 OR; BGer 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005 [ARV 2005 S. 251] E. 2.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 323 N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 323 N 3 sowie Art. 339 N 1). Vorliegend berief sich der Kläger erstmals am 28. November 2019 mit der Replik vor Vorinstanz (Prot. I S. 5) auf den Formmangel der Kündigung und damit auf die verlängerte Vertragszeit. Es ist daher hier nicht gerechtfertigt, von einer normalen Konstellation «Schuldnerverzug nach Kündigung» auszugehen. Bei ihr nämlich gründet die Konsequenz des Verzugs entscheidend darauf, dass der Schuldner bei bestimmtem Verfalltag über seine Leistungspflicht nicht im Zweifel ist (Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, OR AT II, 11. Aufl. 2020, Rn. 2720; von Tuhr/Escher, OR AT II, 3. Aufl. 1974, S. 139). Im konkreten Arbeitsvertrag (Urk. 5/1 i.V.m. Urk. 17/26) ist kein Fälligkeitstermin kalendermässig bestimmt oder objektiv bestimmbar; die Fälligkeit ergibt sich vielmehr direkt aus Art. 323 Abs. 1 OR und Art. 339 Abs. 1 OR. In der vorliegenden speziellen Konstellation ist eine Mahnung zur Herbeiführung des Verzugs unentbehrlich (vgl. BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 323 N 24; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 323 N 3). Die Erhebung einer Leistungsklage genügt als Mahnung (BGer 4A_78/2023 vom 12. Juli 2023 E. 3.1.2; BGE 116 II 225 E. 5a). Der Zinsenlauf beginnt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung am ersten Tag nach dem Mahnungszugang (BGer 4A_58/2019 vom 13. Januar 2020 E. 4; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rn. 2687).

- 42 - Nach dem Gesagten ist ein Verzugszins von 5% p.a. seit dem 29. November 2019 geschuldet.

E. 5.13

In Bezug auf den nachgeforderten Lohn für den Monat Mai 2018 ist die Berufung gutzuheissen, samt Verzugszins seit dem 29. November 2019.

E. 6

Geforderte Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung

E. 6.1

Der Kläger macht geltend, es handle sich bei der (erst) am 30. Oktober 2017 erfolgten Kündigung um eine Änderungskündigung im weiteren Sinn, wobei es sich aufgrund dessen, dass sie im Nachtrag zur abgelehnten Vertragsofferte erfolgt sei und er Ansprüche aus seinem geltenden Vertrag geltend gemacht habe, um eine Rache- und somit um eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR handle (Urk. 84 Rz 135 und 138 f.). Missbräuchlich sei die Kündigung auch, weil die von der Beklagten vorgeschlagenen verschlechterten Konditionen (Konkurrenzverbot, Dauer der Kündigungsfrist, Bonusmodalitäten) schon weit vor Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist in Kraft hätten treten sollen (Urk. 84 Rz 140 f.). Seitens der Beklagten habe man eine unbillige, sachlich nicht gerechtfertigte Vertragsverschlechterung durchsetzen wollen, wozu es keinen betrieblichen oder marktbedingten Grund gegeben habe, zumal ja der Lohn inkl. Bonus hätte beibehalten werden sollen (Urk. 84 Rz 144 f.). Laut dem Kläger liegt Missbräuchlichkeit selbst dann vor, wenn auf den 5. Oktober 2017 als Kündigungszeitpunkt abgestellt würde. Denn dann läge – so der Kläger sinngemäss – eine Änderungskündigung im engeren Sinn vor, da der angebotene neue Arbeitsvertrag schlechtere Konditionen ausgewiesen habe, welche schon vor Ablauf der Kündigungsfrist des bisherigen Vertrags, sogar rückwirkend in Kraft getreten wären (Urk. 84 Rz 150). Hinsichtlich der Höhe der Pönale gemäss Art. 336a OR spricht sich der Kläger dafür aus, dass im Lichte der gesamten Umstände und angesichts der Tatsache, dass der Kläger Gründungsmitglied der Beklagten gewesen sei, grundsätzlich die maximale Pönale von sechs Monatslöhnen, jedenfalls die eingeklagte Teilsumme von CHF 35'000.– (unter Vorbehalt des Nachklagerechts) geschuldet sei (Urk. 84 Rz 153 f.). Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen einer missbräuchlichen Änderungskündigung: Gekündigt worden sei dem Kläger am 5. Oktober 2017 als CEO, unabhängig

- 43 - von einer allfälligen weiteren Zusammenarbeit. Man habe primär das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger als CEO beenden wollen, wobei man sich aber ein neues Arbeitsverhältnis mit ihm in einer anderen Funktion und somit auch mit einem neuen Vertrag habe vorstellen können. In Bezug auf diese allfällige weitere Zusammenarbeit sei bloss einmal abgeklärt worden, dass man dem Kläger weiterhin sein bisheriges Salär würde anbieten können. Wenngleich der unterbreitete neue Arbeitsvertrag den Effekt gehabt hätte, dass der bisherige Arbeitsvertrag während der ihm grundsätzlich zustehenden Kündigungsfrist nicht mehr einzuhalten gewesen wäre, mutiere die Kündigung vom 5. Oktober 2017 deshalb nicht zu einer missbräuchlichen Änderungskündigung (Urk. 85 E. V/5.1.6 f. S. 49). Auch die weiteren vom Kläger vorgebrachten Gründe vermochten die Vorinstanz nicht von einer Missbräuchlichkeit zu überzeugen. Unter Hinweis auf den im schweizerischen Recht geltenden Grundsatz der Kündigungsfreiheit (Art. 335 Abs. 1 OR) sah die Vorinstanz keinen Missbrauchstatbestand als erfüllt an. Es sei dem Kläger erstelltermassen aus diversen nicht missbräuchlichen Gründen gekündigt worden, und es könne der Beklagten auch kein verstecktes oder falsches Spiel im Sinne von Art. 336 OR vorgeworfen werden (Urk. 85 E. V/5.2 f. S. 49 ff.). Die Beklagte macht in ihrer Berufungsantwort geltend, dass der Kläger im Rahmen der Berufung nicht mehr in Zweifel ziehe, dass sie eine Vielzahl von sachlich gerechtfertigten Gründen für eine Kündigung gehabt habe. Somit sei dies erstellt (Urk. 91 Rz 174 ff.). Sodann referiert die Beklagte

ausführlich die vorinstanzliche Argumentation bzw. Beweiswürdigung und schliesst sich dieser an (Urk. 91 Rz. 177 ff.).

E. 6.2

Die Ausführungen der Vorinstanz zum Prinzip der Kündigungsfreiheit von Arbeitsverträgen (Art. 335 OR), zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen von verpönten missbräuchlichen Kündigungen im Sinne von Art. 336 OR, namentlich hinsichtlich Änderungskündigungen, sowie zu den diesbezüglichen prozessualen Aspekten (Urk. 85 E. V/4 S. 40 ff.) entsprechen den von der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 336 N 2 und 10 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 3 und Art. 336 N 2 ff. sowie 16; Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Ar-

- 44 - beitsrecht, AJP 1999 S. 60; BGE 150 III 78 E. 3.1, 123 III 246). Der wesentliche Sinngehalt der betreffenden Literaturstellen wurde von der Vorinstanz einlässlich und korrekt wiedergegeben. Um diesen zu erfassen, waren die vom Kläger (Urk. 84 Rz 131 f.) vermissten weiteren Sätze aus den zitierten Quellen nicht notwendig. An dieser Stelle erneut hervorzuheben ist, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden kann (Art. 335 Abs. 1 OR). Es gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um kündigen zu können (vgl. BGE 136 III 513 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen am Missbrauchsverbot. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2; 125 III 70 E. 2b; BGer 4A_186/2022 vom 22. August 2022 E. 4.1).

E. 6.3

Bei der Prüfung auf Missbräuchlichkeit sind stets sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGE 132 III 115 E. 2.5; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336 N 23; so bereits die Vorinstanz in Urk. 85 E. V/4.2 S. 41). Die Auflösung des bisherigen Arbeitsvertrags stand seit dem 5. Oktober 2017 fest (vgl. oben E. 5.8.12 f.). Zwar erklärte die Beklagte die Kündigung formell rechtswirksam erst mit ihrem Schreiben vom 30. Oktober 2017 (Urk. 5/9; vgl. E. 5.10). Dies bedeutet nun aber nicht, dass die gesamte Ereigniskette einzig an diesen Moment anzuknüpfen wäre. Der Kläger scheint in eine solche Betrachtungsweise zu verfallen, indem er bei seiner Beurteilung bloss auf diese jüngsten Ereignisse, die Nichteinigung über einen neuen Arbeitsvertrag kurz vor der schriftlichen und erst damit formgültigen Kündigung fokussiert. Angesicht des Beweisergebnisses greift dies zu kurz. Man muss das Ganze im Blick behalten, also auch die Vorgeschichte und die Dynamik der Auseinandersetzung: Es kann als erstellt gelten, dass der Verwaltungsrat nach verschiedenen Irritationen und Unstimmigkeiten das Vertrauen in den Klä-

- 45 - ger als CEO verloren hatte – ob gerechtfertigt oder nicht, kann hier dahingestellt bleiben – und in ihm nicht mehr die richtige Person an der operativen Spitze des Unternehmens sah. Man enthob ihn deshalb vom CEO-Posten und eröffnete ihm mündlich

die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. An sich wollte man auf seine unbestrittenen Fähigkeiten aber nicht verzichten. Man wollte Unruhe bei den Investoren und weiteren Anspruchsgruppen vermeiden und war wohl auch gewillt, dem verdienten Gründungsmitglied einen Gesichtsverlust zu ersparen. Man bot ihm also an, weiterhin einen wichtigen Posten im Unternehmen zu bekleiden. Dem zeigte er sich anfänglich wohlgesinnt. Man ging damit sofort an die Medien und schnürte in groben Zügen ein Vertragsangebot, welches jedoch noch konkretisiert werden musste, und zwar nicht bloss in Nebenpunkten (vgl. Art. 2 Abs. 1 OR). Der ganze Prozessstoff zeigt deutlich, dass um den 5. Oktober 2017 herum die betriebswirtschaftliche Optik im Vordergrund stand. Dabei wurde die Formvorschrift in Bezug auf eine rechtswirksame Kündigung übersehen. Im Schwebezustand im Nachgang zum 5. Oktober 2017 muss sich allmählich gezeigt haben, dass sich die Hoffnung darauf, dass sich der Konflikt auf diese Weise lösen liesse, nicht erfüllen würde. Der Konflikt spitzte sich vielmehr zu. Dass ihr am 5. Oktober 2017 ein Formfehler unterlaufen war, war man sich bei der Beklagten offensichtlich lange – und womöglich bis heute – nicht bewusst. Aus ihrer damaligen Sicht ist kein Motiv ersichtlich, den Kläger unter Druck zu setzen (zur Druckausübung als begriffsnotwendiges Merkmal einer Änderungskündigung vgl. Kamber, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Zürich 2014, S. 10 RN 29). Es scheint vielmehr so, dass man bei der Beklagten einen neuen Vertrag mit dem Kläger wollte, doch nicht um jeden Preis. Das Vertrauen dürfte dann noch weiter geschwunden sein. Es könnte sein, dass bei der Beklagten der Geduldsfaden riss und man den Bruch in Kauf nahm, als der Kläger ein aus ihrer Sicht etwas gar selbstbewusstes Gegenangebot für den neuen Vertrag unterbreitete. Entscheidend ist, dass in jener Situation die Arbeitgeberin schlicht am längeren Hebel war. Es ist weder eine Rachekündigung noch sonst eine Missbräuchlichkeit zu erkennen, wenn die Beklagte auf das Gegenangebot des Klägers auf ihre Vertragsofferte (in Ausübung der Abschlussfreiheit) nicht einging, sondern an der

- 46 - bereits am 5. Oktober 2017 unmissverständlich kommunizierten Auflösung des bisherigen Vertrags festhielt respektive diese nun konkret umsetzte.

E. 6.4

Mangels Missbräuchlichkeit der Kündigung besteht kein Anspruch auf eine Sanktion im Sinne von Art. 336a OR. Diesbezüglich ist die Berufung damit abzuweisen.

E. 7

Bonusbelange

E. 7.1

Der Kläger hält dafür, dass ihm von der Beklagten im Rahmen von zwei Besprechungen am 5. Oktober 2017 ein Bonus für das Geschäftsjahr 2017 in Aussicht gestellt worden sei, welcher sich auf die höchste der für das Jahr 2017 an die Geschäftsleitungsmitglieder der Beklagten ausgerichtete variable Vergütung belaufen würde, abgerechnet pro rata per 5. Oktober 2017 (dem faktischen Ende in der Funktion als CEO). Abgesehen davon sei ihm – so der Kläger weiter – die geltend gemachte variable Vergütung auch dann geschuldet, wenn das soeben erwähnte Bonusversprechen nicht gemacht worden wäre (Urk. 84 Rz 155 und 158). Wie bereits einleitend ausgeführt (E. 1.3), sah die Vorinstanz von einer Verpflichtung der Beklagten zur Bonuszahlung an den Kläger für das Geschäftsjahr 2017 ab. Nach ihr hätte es sich gegebenenfalls um eine freiwillige Vergütung gehandelt (Urk. 85 E. VI/4.7 f. S. 67 f.); der Nachweis einer erfolgten Zusicherung sei dem Kläger nicht

gelingen (Urk. 85 E. VI/6 S. 75).

E. 7.2

Zu Recht blieb unbestritten, dass es gestützt auf Art. 8 ZGB am Kläger ist, den Beweis für seine Behauptung einer klaren mündlichen Bonuszusicherung zu erbringen. Der Kläger sieht es als erwiesen an, dass ihm der fragliche Bonus 2017 versprochen wurde. Eine Koppelung an seinen Verbleib bei der Beklagten sei nicht erstellt bzw. nur insofern, als der Verbleib mit dem am 6. Oktober 2017 kommunizierten Verbleib gleichgestellt werde (Urk. 84 Rz 190).

E. 7.3

Der Kläger kritisiert die Beweiswürdigung der Vorinstanz; er hält sie namentlich in Bezug auf die Aussagen der befragten Personen für nicht korrekt (Urk. 84 Rz 185).

- 47 - Die Vorinstanz legte ihrer Würdigung, dass dem Kläger der Beweis einer Bonuszusicherung nicht gelungen sei, was folgt zugrunde (hier verkürzt wiedergegeben, vgl. zum Ganzen Urk. 85 E. VI/5.2 ff. S. 69 ff.): Die Aussagen des Zeugen H._____ seien wenig geeignet, den Standpunkt des Klägers zu belegen, da sie zur Frage einer Verknüpfung des Bonus mit einer Weiterbeschäftigung des Klägers widersprüchlich seien (Urk. 85 E. VI/5.4 a.E. S. 73). Demgegenüber seien die Aussagen der Zeugen D._____ und E._____ klar, in sich schlüssig und widerspruchsfrei und würden sodann Bestätigung finden im Protokoll der telefonisch durchgeführten VR-Sitzung der Beklagten vom 5. Oktober 2017, 19:30 Uhr (Urk. 17/25). Jenes Protokoll halte klar fest, dass dem Kläger ein Bonus nur für den Fall versprochen worden sei, dass er (in anderer Form) bei der Beklagten verbleibe. Vom Kläger werde dieses Protokoll nur unsubstantiiert bestritten (Urk. 85 E. VI/5.5 S. 73 f.). Aus Sicht der Beklagten würde es – so die Vorinstanz weiter – sodann wenig Sinn machen, dem Kläger auch im Falle seines Ausscheidens, quasi als Belohnung für die Tätigkeit im vergangenen Geschäftsjahr, einen – freiwilligen – Bonus auszurichten, zumal dies hinsichtlich der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) problematisch wäre (Urk. 85 E. VI/5.6 S. 74 f.). In seiner Berufungsbegründung bringt der Kläger (zusammengefasst) vor, dass seine Aussagen an der Parteibefragung ebenso unmissverständlich wie klar gewesen seien. Bezogen hätten sich diese auf die Zusage E._____, wobei «explizit keine anderen Bedingungen» gestellt worden seien, als dass die Geschäftsleitung einen Bonus bekomme; sodann auch auf das Kompensationsmodell und die erstmalige Bonusberechtigung, angesichts deren der Kläger zugestimmt habe (Urk. 84 Rz 161 f.). Einzig E._____ habe inhaltlich so ausgesagt wie es der Behauptung der Beklagten entspreche. Die anderen befragten Personen hätten darüber nichts zu berichten gewusst. E._____'s Aussagen seien aber vor dem Hintergrund seiner persönlichen Interessenlage zu betrachten und würden sich als offensichtlich falsch entpuppen (Urk. 84 Rz 163 ff.). D._____'s Aussagen würden die Sachdarstellung des Klägers insofern bestätigen, als am 5. Oktober 2017 ein Bonusversprechen getätigt worden sei. Die näheren Umstände, wie der Bonus angeblich an eine Weiterbeschäftigung (eine solche im Sinne der Kommunikation vom 6. Oktober 2017) gekoppelt gewesen sei, habe D._____ nur selektiv zu erklären vermocht. Dabei sei

- 48 - er einseitig beeinflusst gewesen durch die Lektüre entsprechender Protokolle. Ausserdem bestehe wie bei E._____ eine finanzielle Interessenbindung. Ferner habe er mit dem Hinweis auf die anwendbare Kalkulationsmethode die Behauptung widerlegt, dass eine Bonuszahlung im freien Ermessen der Beklagten gestanden habe (Urk. 84 Rz 166 ff.). Was

die Aussagen von C._____ betreffe, so habe dessen gezeigtes Erinnerungsvermögen äusserst selektiv angemutet. C._____ habe zu- nehmend zurückhaltender ausgesagt. Immerhin aber habe er geäussert, dass man «sicher» über den Bonus 2017 geredet habe. Konkret habe er sich plötzlich nicht erinnern wollen (namentlich an ein Bonusversprechen unabhängig einer Weiterbeschäftigung). Bemerkenswert sei, dass vor dem Hintergrund der Interessenlage von C._____ (finanzielle Beteiligung an der Beklagten, Verstrickung mit E._____, Spesenangelegenheit) dieser die Zusprechung eines Bonus im Sinn der klägerischen Vorbringen nicht verneint habe und eingeräumt habe, dass dies Verhandlungssache sei, wobei er (C._____) sich nach eigenen Angaben für eine Zusprechung eingesetzt hätte, offenbar (und zwar entgegen dem, was er zunächst behauptet habe) selbst wenn der Kläger die Beklagte verlassen würde. Hinsichtlich der möglichen Höhe habe die Vorinstanz ohne Grund eine Frage nicht zugelassen, womit sie das rechtliche Gehör und das Recht auf Beweis des Klägers verletzt habe. Prompt habe die Vorinstanz dem Zeugen unterstellt, keine klaren Angaben zu machen (Urk. 84 Rz 172 ff.). Nicht die Rede sein könne von einer Widersprüchlichkeit im Aussageverhalten H._____. Er (dem mangels Abhängigkeiten eine hohe Glaubwürdigkeit zu attestieren sei und der an der zweiten Besprechung vom 5. Oktober 2017 dabei gewesen sei) habe vielmehr die Darstellung des Klägers bestätigt (Urk. 84 Rz 177 ff.). G._____'s Aussagen seien offensichtlich selektiv redigiert gewesen; er (dessen Glaubwürdigkeit aufgrund der Nähe zur Beklagten herabgesetzt sei) habe nur so viel zugegeben, wie ihm aufgrund seines eigenen Protokolls habe nachgewiesen werden können. Gleichwohl sei bemerkenswert, dass er dem Verwaltungsrat der Beklagten die Kompetenz für ein Bonusversprechen zugestimmt habe. Indem G._____ mit der als Bedingung vorgebrachten Weiterbeschäftigung jene gemäss der Medienmitteilung vom 11.10.2017 bestätigt habe, habe er im Ergebnis den Bonus anerkannt. Denn zu dieser Medienmitteilung hätten beide Parteien am späten Abend des 5. Oktober 2017 ihr Einverständnis erklärt (Urk. 84

- 49 - Rz 180 ff.). Insgesamt, namentlich unter Mitberücksichtigung der Aussagen H._____, bestehe kein vernünftiger Zweifel, dass dem Kläger im geltend gemachten Umfang ein Bonus versprochen worden sei unter der einzigen (und erfüllten) Bedingung, dass alle Geschäftsleitungsmitglieder einen solchen bekämen (Urk. 84 Rz 187). Die Beklagte hält der Argumentation des Klägers im Wesentlichen entgegen, dass dieser bei seiner Interpretation der Beweislage selektiv Beweismittel und einzelne Ausführungen (Fragmente) aufgreife und versuche, Aussagen ins Gegenteil zu verkehren (Urk. 85 Rz 226, 279). Die «Würdigung» des Klägers sei aber unzutreffend. Keiner der befragten Zeugen habe die Behauptungen des Klägers bestätigt. Dessen Beweis sei gescheitert, selbst wenn die Beklagte nicht den vollen Gegenbeweis habe erbringen können (Urk. 85 Rz 251). Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hinzuweisen, dass ein (von ihr bestrittenes) unbedingtes Versprechen einer Bonuszahlung als Schenkungsversprechen (Art. 243 Abs. 1 OR) der Schriftform bedürft hätte und ausserdem rechtswidrig und damit nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 20 Ziff. 1 VegüV gewesen wäre (Urk. 85 Rz 253 ff.).

E. 7.4

Dass dem Kläger das rechtliche Gehör nicht gewährt und/oder sein Recht auf Beweis verletzt wurde, weil bei der Befragung von C._____ eine Ergänzungsfrage seines Rechtsvertreters nicht zugelassen wurde (so der Kläger in Urk. 84 Rz 176, auf Urk. 63 S. 22 Bezug nehmend), ist zu verneinen. Effektiv versprach die Frage keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn, nachdem unmittelbar davor schon eine Erinnerung an das direkt damit

verknüpfte Grundthema verneint worden war. Aufgrund der Einleitung «Ist es möglich, dass...» war die Frage vielmehr geeignet, Unklarheiten hervorzurufen. Auf dem Fundament einer fehlenden Erinnerung über Möglichkeiten zu sprechen, trug nichts zur Wahrheitsfindung bei. Dass die Vorsitzende dies in Ausübung ihrer prozessleitenden Befugnisse (Art. 124 Abs. 1 ZPO) unterband, ist nicht zu beanstanden.

E. 7.5

Eine Würdigung der Aussagen, wie sie der Kläger vornimmt, ist abzulehnen. Denn diese erweist sich als sehr einseitig (wie es die Beklagte vorbringt). Die vom Kläger im Einzelnen gezogenen Schlüsse aus Fragmenten sind reichlich spekulativ. Es trifft zwar zu, dass die Mehrheit der befragten Personen der Beklagten na-

- 50 - hesteht und dass daher aufgrund der Motivlage die Gefahr besteht, dass sie bewusst oder unbewusst Aussagen machen, welche tendenziell die Beklagte begünstigen. Auch mögen die betreffenden Aussagen auffällig nah bei den internen Protokollen der Beklagten liegen. Andererseits ist es aber bloss menschlich, dass man sich nach der verstrichenen Zeit und nach dem zu erwartenden Austausch unter den Beteiligten im Zeitraum bis zur Befragung nicht mehr aus eigener Erinnerung zuverlässig an Details dessen erinnert, was damals gesprochen wurde. Es trifft sodann nicht zu, dass H._____ die klägerische Darstellung inhaltlich bestätigte in dem Sinne, dass er eine verbindliche Zusicherung wahrgenommen habe. Seine deponierten Aussagen blieben vage in Bezug auf das konkrete Be- weisthema, wie aus der nachstehend zitierten Passage hervorgeht (Urk. 64 S. 9 f.): «[...] Es stand die Frage im Raum, ob der Kläger mit der Aufnahme der Tätigkeit des Senior Advisor erworbene Ansprüche auf einen Bonus verliert, durch die Vertragsänderung. Dies wurde im Gespräch verneint. Wurde vereinbart, dass der Kläger für das Jahr 2017 einen Bonus bekommt? Meiner Erinnerung nach wurde dies zumindest in Aussicht gestellt. In meinem Beisein wurden keine schriftliche Vereinbarungen getroffen. Habe ich das richtig verstanden, dass dem Kläger für das Jahr 2017 ein Bonus in Aussicht gestellt wurde? Meiner Erinnerung nach in Verbindung mit der Rolle des Senior Advisors, ja. Wurde der Bonus 2017 davon abhängig gemacht, dass er die Rolle des Senior Advisors übernimmt? Das kann ich nicht klar beantworten. Weil die Diskussion eine andere Richtung hatte. Die Diskussion drehte sich um das Gesamtpaket in der neuen Rolle, die der Kläger übernehmen sollte. Soweit mir bekannt, bestand eine grundsätzlich[e] Bereitschaft, die Rolle des Senior Advisors zu diesem Zeitpunkt anzunehmen. Wurde die Zahlung eines Bonus für das Jahr 2017 von einer Bedingung abhängig gemacht? Nicht in meinem Beisein.» Geschlossen werden könnte daraus wohl, dass der Bonus mit ein Thema war, als dem Kläger geschildert wurde, in welcher Rolle man ihn künftig im Unternehmen

- 51 - sehe. Das In-Aussicht-Stellen kann im Kontext als Wecken einer dahingehenden Erwartung verstanden werden – im Sinne eines Teils des Gesamtpakets, aber nicht als direkt verbindliche Zusicherung, aus welcher man unmittelbar einen Anspruch ableiten könnte. Dies wird nur schon aus dem vorangestellten Wort «zumindest» klar, welches auf noch weitergehende Varianten hindeutet.

E. 7.6

Insgesamt muss konstatiert werden, dass die Personalbeweise den Standpunkt des Klägers nicht in relevanter Weise stützen, selbst wenn ein Abgleich der Aussagen da und dort kleinere Holprigkeiten oder gar Widersprüche offenlegen mag. Die Einwände des Klägers vermögen am plausibel begründeten Beweisergebnis der Vorinstanz nicht zu rütteln.

Letztlich ist die Beweislage zu dünn, um den Beweis einer mündlichen Bonuszusicherung am 5. Oktober 2017 als erbracht anzusehen. Die Frage, ob die Zusicherung an eine Bedingung geknüpft war, stellt sich daher nicht.

E. 7.7

Der Kläger vertritt sodann die Ansicht, er habe (abgesehen von der behaupteten mündlichen Zusicherung) einen klagbaren arbeitsvertraglichen Lohnanspruch auf einen Bonus für das Jahr 2017. Er kritisiert, die Vorinstanz habe sich zu sehr auf das Wort «diskretionär» in seinem Arbeitsvertrag fixiert (Urk. 84 Rz 194). Das Festhalten der Gesamtentschädigung der Geschäftsleitung, der Berechnungsweise (nach dem «Target Compensation Model» [Urk. 5/3] bzw. dessen Nachfolge-Regelwerk) und der Aufteilungskompetenzen des Verwaltungsrates im Vertrag würden zeigen, dass die Ausrichtung eines Bonus nicht im Ermessen der Beklagten gestanden sei (Urk. 84 Rz 194 ff.). Unbeachtet geblieben sei von der Vorinstanz zudem, dass die Geschäftsleitung der Beklagten von sich aus auf einen Bonus für das Jahr 2016 verzichtet habe, wie aus dem Jahresbericht 2017 hervorgehe (Urk. 84 Rz 194 ff.). Mit Blick auf das Mitarbeiterhandbuch der Beklagten (Employment Manual) stehe es dieser frei, gesondert anderslautende Vereinbarungen einzugehen (Urk. 84 Rz 203). Zudem sei die von der Beklagten angerufene Bestimmung im Employment Manual auch gegenüber anderen Mitarbeitern totor Buchstabe geblieben resp. in der Praxis anders gehandhabt worden (Urk. 84 Rz 204 f.).

- 52 - Die Vorinstanz stütze ihre Entscheidung namentlich auf den Wortlaut des Arbeitsvertrags (Urk. 5/1). Die Bonusregelung stehe unter dem Titel «Discretionary annual Bonus», und es gebe im Vertrag weitere Formulierungen, die darauf schliessen liessen, dass kein unbedingter Anspruch auf einen Bonus bestehe (so etwa unter den «General provisions»: «If a bonus will be paid, ...» oder «if applicable, ...»; Urk. 85 E. VI/4.1 f. S. 64 f.). Nach der Vorinstanz lässt sich aus den Regelungen zur Bonushöhe nicht schliessen, dass die Ausrichtung als solche nicht im Ermessen der Arbeitgeberin verbleibe (Urk. 85 E. VI/4.2 f. S. 65 f.). Es sei auch nicht regelmässig zur Ausrichtung eines Bonus gekommen. Vom wem der Verzicht auf den Bonus 2016 (zuerst) vorgeschlagen worden sei, sei irrelevant (Urk. 85 E. VI/4.4 S. 66). Die Akzessorietätsrechtsprechung des Bundesgerichts finde angesichts des vereinbarten Bruttogehalts keine Anwendung (Urk. 85 E. VI/4.5 S. 66). Ergänzend diskutierte die Vorinstanz noch das Verhältnis zwischen dem konkreten Einzelarbeitsvertrag (Urk. 5/1) und dem Employment Manual (Urk. 17/26); die beiden Regelungen würden sich nicht widersprechen (Urk. 85 E. VI/4.6 f. S. 66 f.). Schliesslich könne der Kläger auch nichts für sich ableiten, wenn er sich unter Bezugnahme auf vereinzelte andere ehemaligen Mitarbeiter der Beklagten auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufe (Urk. 85 E. VI/4.8 S. 68). Die Beklagte hält die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung des Arbeitsvertrags für korrekt (Urk. 91 Rz 281) und auch die weiteren Hinweise und Ausführungen der Vorinstanz für zutreffend (Urk. 91 Rz 270 ff.).

E. 7.8

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist (Art. 322 Abs. 1 OR). Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung, einen Bonus, aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist (Art. 322d Abs. 1

OR). Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen im Zusammenhang mit Bonusansprüchen im Arbeitsverhältnis einlässlich und in allen Teilen zutreffend abgehandelt (Urk. 85 E. VI/3 S. 61 ff.). Dies wird auch vom Kläger anerkannt (Urk. 84

- 53 - Rz 206). Wenn nachstehend diese Grundlagen nochmals kurz rekapituliert werden, soll dies nur dem besseren Verständnis dienen: Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Teil des Lohns im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind drei Bonusformen zu unterscheiden: (1) variabler Lohn, (2) Gratifikation, auf den der Arbeitnehmer Anspruch hat, und (3) Gratifikation, auf die er keinen Anspruch hat (BGer 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022 E. 3.1 [nicht publiziert in BGE 148 III 186], mit zahlreichen Hinweisen). Um variablen Lohn – Situation (1) – handelt es sich, wenn ein bestimmter oder aufgrund objektiver Kriterien wie dem Gewinn, dem Umsatz etc. bestimmbarer Bonus vereinbart ist (BGE 129 III 276 E. 2; zit. BGer 4A_169/2021 E. 3.1.1). Eine Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einer gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 142 III 381 E. 2.1, 141 III 407 E. 4.1 und 4.2, 139 III 155 E. 3.1, je mit Hinweisen). Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, darf eine Gratifikation neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung, mithin hinzutretenden Charakter haben (Akzessorietät; BGer 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005 E. 2.3; BGE 139 III 155 E. 3.2 m.w.H.). Hinsichtlich der Akzessorietät einer Gratifikation erwog das Bundesgericht, dass bei sehr hohen Löhnen, welche die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers erheblich übersteigen und dessen wirtschaftliche Existenz bei Weitem sichern, die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragendes Abgrenzungskriterium sei; in solchen Fällen bestehe kein Anlass, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in die Privatautonomie der Parteien einzugreifen. Der im Ermessen des Arbeitgebers ausgerichtete Bonus stelle folglich – unabhängig von seiner konkreten Höhe – eine Gratifikation dar, auf deren Auszahlung kein Anspruch bestehe. Demnach entfalle auch die Akzessorietätsprüfung (BGE 139 III 155 E. 5.3, 141 III 407 E. 4.3.2, 142 III 381 E. 2.2).

- 54 - Es besteht ein Anspruch auf eine Gratifikation – Situation (2) –, wenn zwar grundsätzlich ein Bonusanspruch vereinbart wurde, jedoch dem Arbeitgeber bei der Bestimmung der Höhe ein gewisses Ermessen verbleibt (sog. unechte Gratifikation). Die grundsätzliche Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie bspw. durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrags (zit. BGer 4A_169/2021 E. 3.1.2. ff.). Wie bei der echten Gratifikation besteht ein pro rata-Anspruch nur, wenn er vereinbart ist (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 15). Es besteht kein Anspruch auf eine Gratifikation – Situation (3) –, wenn gemäss Vertrag sowohl im Grundsatz wie in der Höhe Freiwilligkeit vorbehalten wurde (sog. echte Gratifikation). Freiwillig bleibt der Bonus auch, wenn er Jahr für Jahr ausgeschüttet wird mit dem Hinweis auf seine Freiwilligkeit. Immerhin ist der Vorbehalt der Freiwilligkeit dann 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 (zit. BGer 4A_169/2021 E. 3.1.2). Deshalb kann eine Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Zahlung mit dem Vermerk der Freiwilligkeit

erfolgte, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei schlechtem Geschäftsgang (BGE 129 III 276 E. 2.3, BGer 4A_78/2018 E. 4.3.2.2 mit Hinweisen).

E. 7.9

An sich richtig führt der Kläger in der Berufungsbegründung aus, dass Lohn vorliegt, «wenn Anspruch und Höhe eines Bonus vertraglich im Voraus festgelegt sind und dem Arbeitgeber somit keinerlei Ermessen mehr zusteht» (so in Urk. 84 Rz 206; vgl. auch Urk. 85 E. VI/3.4 S. 62). Von den zwei genannten Prämissen, die gültig auf Lohn schliessen lassen – Anspruch und Höhe –, beleuchtet der Kläger dann vornehmlich die zweite (vgl. Urk. 84 Rz 198–202). Fraglich ist vorliegend jedoch vielmehr die erste, nämlich ob ganz grundsätzlich eine Ausrichtung im Ermessen der Arbeitgeberin lag oder nicht.

- 55 - Wie es bereits die Vorinstanz richtig ausführte, spricht der Arbeitsvertrag (Urk. 5/1) eine klare Sprache: «Discretionary» (a.a.O. S. 2) bedeutet so viel wie «dem Ermessen anheimgestellt». Die Regelungen im Vertrag zur Bemessung des Bonus sind dann – und nur dann – anwendbar, wenn überhaupt ein Bonus ausgerichtet wird. Dieses zweistufige Prozedere erhellt klar aus den Satzanfängen in Urk. 5/1 S. 2: «If a bonus will be paid, ...» und auch «If applicable, ...». Der Vorbehalt der Freiwilligkeit ist damit im Vertrag klar stipuliert, im Titel und in den weiteren Bestimmungen. Die weiteren Umstände ändern daran nichts. Dass der Kläger laut seiner eigenen Darstellung sogleich, nachdem ihm die Absetzung als CEO eröffnet wurde, als Erstes gefragt haben will, was sein Bonus für das Jahr 2017 sein werde (Urk. 84 Rz 161; Urk. 57 S. 3), zeigt denn auch, dass dessen Ausrichtung keineswegs eine blosser Selbstverständlichkeit darstellte. Anhaltspunkte, dass vorliegend ausnahmsweise doch von einer vereinbarten Gratifikation auszugehen wäre, bestehen auch sonst nicht. Namentlich bestand keine langjährige Praxis, dass unabhängig vom Geschäftsgang ein Bonus ausgerichtet wurde. Irrelevant ist, auf wessen Initiative dies im Vorjahr erfolgte. Angesichts des Grundgehalts entfällt auch eine Akzessorietätsprüfung. Die Vorinstanz hat sich mit der Argumentation des Klägers einlässlich und zutreffend auseinandergesetzt. Dies gilt namentlich auch für das Verhältnis zwischen dem konkreten Einzelarbeitsvertrag und dem Employment Manual (Urk. 85 E. VI/4.6 f. S. 66 ff.) und die Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz (Urk. 85 E. VI/4.6 f. S. 66 ff.). Es geht hier darum, ob eine vertragliche Verpflichtung zur Ausrichtung eines Bonus besteht. Dem ist klar nicht so. Es liegt die Situation 3 (echte Gratifikation) vor.

E. 7.10

Offen bleiben kann nach dem Gesagten, ob es sich gegebenenfalls – wie die Beklagte vorbringt (Urk. 91 Rz 253 ff.) – um eine von der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV; SR 221.331; inzwischen ausser Kraft) verpönte Abgangsentschädigung handelt respektive ob ein der Schriftform bedürftiges Schenkungsversprechen vorgelegen hätte.

E. 7.11

Der Nachweis eines Anspruchs auf einen Bonus für das Jahr 2017 misslingt dem Kläger. Diesbezüglich ist die Berufung abzuweisen.

- 56 -

E. 8

Fazit In teilweiser Gutheissung der Berufung ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 35'000.– (Teilklage betreffend den Lohn Mai 2018) nebst Zins zu 5% seit dem 29. November 2019 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 9.1

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die erstinstanzlichen Prozesskosten (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die von der Vorinstanz erhobene Entscheidgebühr von CHF 15'000.– (Urk. 85 E. VII/1 S. 75), gegen die keine Einwendungen erhoben wurden (vgl. Urk. 89 Rz 211, Urk. 91 Rz 283), erweist sich nach wie vor als angemessen (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. Art. 96 ZPO sowie § 199 Abs. 1 GOG), ebenso das Überwälzen des ausgerichteten Zeugengelds (vgl. Prot. I S. 65) von CHF 130.– (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO). Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils ist daher zu bestätigen. Obsiegt keine Partei vollständig, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Kläger obsiegt im erstinstanzlichen Verfahren hinsichtlich Ziffer 3 seines modifizierten Rechtsbegehrens, somit im Umfang eines Drittels, während er zu zwei Dritteln unterliegt bzw. die Beklagte in diesem Umfang obsiegt. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten deshalb dem Kläger zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 aufzuerlegen. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens sind zur Hauptsache zu schlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO). Sie betragen CHF 600.– (Urk. 3 S. 2) und sind, zumal kein anderer Antrag gestellt wurde, ebenfalls im Verhältnis 2/3 (Kläger) zu 1/3 (Beklagte) von den Parteien zu tragen. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, dem Kläger davon 1/3, entsprechend CHF 200.–, zu ersetzen. Die Höhe der vollen Parteientschädigung von CHF 25'000.–, von der die Vorinstanz ausging (Urk. 85 E. VII/2 S. 75 f.), wurde von keiner Partei beanstandet, weshalb es dabei bleibt. Ausgangsgemäss ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine auf 1/3 ($2/3 - 1/3$) reduzierte Parteientschädigung in Höhe von CHF 8'333.– (exklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

- 57 - Die Beklagte machte erstinstanzlich geltend, sie sei mehrwertsteuerpflichtig, könne allerdings nicht die gesamten Vorsteuern abziehen, sondern lediglich einen jährlich zu bestimmenden Anteil in der Grössenordnung von 20% (Urk. 15 Rz 225 f.). Entgegen ihrer Ankündigung (vgl. Urk. 15 Rz 226) erfolgte indes keine Mitteilung über den Anteil, den sie definitiv tragen muss. Da kein höherer Betrag für die Mehrwertsteuer zugesprochen werden kann, als die Beklagte zu entrichten hat, und darüber keine Klarheit besteht, ist die reduzierte Parteientschädigung der Beklagten ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen.

E. 9.2

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist, basierend auf einem Streitwert von CHF 105'000.– und unter Berücksichtigung der umfangreichen Rechtsschriften von beiden Parteien (erhöhter Zeitaufwand), auf CHF 12'000.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG, Art. 96 ZPO sowie § 199 Abs. 1 GOG; Art. 91 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind auch diese Gerichtskosten dem Kläger zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 aufzuerlegen. Da der Kläger mit seiner Berufung mehrheitlich (2/3) unterliegt, ist er in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine wiederum auf 1/3 reduzierte

Parteient- schädigung in der Höhe von CHF 5'000.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO). Zuschläge sind nicht geschuldet, da die in Ausübung des Replikrechts erfolgte Stellungnahme der Beklagten vom 17. Oktober 2023 (Urk. 95) ohne ge- richtliche Aufforderung erstattet wurde und keinen für das Berufungsverfahren re- levanten Inhalt hatte. Wiederum ist kein Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. bereits E. 9.1 a.E.).

E. 9.3

Soweit möglich, sind die Gerichtskosten aus den von beiden Parteien ge- leisteten Kostenvorschüssen zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO), wobei die geleis- teten Vorschüsse (Kl.: Urk. 6, 8, 44, 46, 88 f.; Bekl.: Urk. 44 und 47) jeweils an den Kostenanteil jener Partei anzurechnen sind, die den betreffenden Vorschuss – ganz gleich, ob vor erster oder zweiter Instanz – geleistet hat. Die Fehlbeträge sind nach- zufordern.

- 58 - Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger CHF 35'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 29. November 2019 zu be- zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Die Kostenfestsetzung für das erstinstanzliche Verfahren (Entscheidgebühr CHF 15'000.– + CHF 130.– Zeugengeld; Dispositivziffer 2) wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 12'000.– festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 2/3 dem Kläger und zu 1/3 der Beklagten auferlegt. Die geleisteten Kos- tenvorschüsse werden an die Kostenanteile der bevorschussenden Partei angerechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung. 5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Partei- entschädigung von netto CHF 13'133.– (CHF 8'333.– + CHF 5'000.– abzü- glich CHF 200.– Beteiligung an Schlichtungskosten) zu bezahlen. 6. 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. 7. 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 Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

- 59 - Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 105'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 11. Februar 2025 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Huizinga lic. iur. N. Wolf-Gerber versandt am: ip

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