



---

Kass.-Nr. AA040153/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

## Zirkulationsbeschluss vom 18. Februar 2005

in Sachen

B. A.,

Dr., geboren ..., von ..., Kadervermittlerin, whft. in C., **Zustelladresse:** Postfach in C.,

Beklagte, Widerklägerin, Appellatin und Beschwerdeführerin

gegen

**Dr. D. E. Associates AG,**

in F.,

Klägerin, Widerbeklagte, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. G. H., in F.

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. August 2004 (LA030023/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Klägerin und Widerbeklagte ist eine im Bereich der Suche und Vermittlung von Führungskräften des oberen und obersten Kaders tätige Firma. Die Beklagte und Widerklägerin war bei ihr mit Arbeitsvertrag vom 30. Oktober 1995 (AG act. 4/1) ab dem 1. Dezember 1995 als "Consultant" und Direktor angestellt. Im Verlauf dieser Tätigkeit entwickelte sich offenbar zwischen ihr und dem Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer der Klägerin, Dr. D. E., ein Liebesverhältnis. Diese private Beziehung scheiterte im Juli 1999. Am 17. Dezember 1999 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auf den 31. März 2000, wobei als Begründung aufgeführt wurde, die Trennung der privaten Beziehung habe klar negative Auswirkungen auf die berufliche Zusammenarbeit und das Arbeitsklima in der Firma gehabt; es sei das Risiko entstanden, dass das Team auseinanderfalle (AG act. 4/5). Die Beklagte wurde ab dem Kündigungsdatum sofort freigestellt. Nachfolgende Gespräche der Parteien über noch offene Punkte, darunter auch die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung der Beklagten, verliefen offenbar ergebnislos, d.h. es kam keine Einigung zustande. Nachdem die Beklagte unter dem Namen "Dr. B. I. Executiv Search & Management Consulting" am 28. Januar 2000 ein eigenes Unternehmen gegründet hatte, beschuldigte die Klägerin sie verschiedener Pflichtverletzungen und entliess die Beklagte am 10. März 2000 fristlos (AG act. 4/8). Am 14. März 2000 reichte die Klägerin bei der Bezirksanwaltschaft F. Anzeige gegen die Beklagte ein, unter anderem wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses und unlauterem Wettbewerb. Die Untersuchung wurde vom Bezirksanwalt bis zur rechtskräftigen Erledigung des arbeitsrechtlichen Verfahrens eingestellt (AG act. 34/2). Mit Schreiben vom 3. April 2000 begründete die Klägerin die fristlose Entlassung schriftlich und machte gleichzeitig mit einer Schlussabrechnung einen Saldo von Fr. 98'536.-- zu ihren Gunsten gegenüber der Beklagten geltend (AG act. 4/10/1).

2. Mit Klageschrift vom 30. August 2000 machte die Klägerin beim Arbeitsgericht F. eine Forderungsklage gegen die Beklagte anhängig und beantragte die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 152'940.-- zuzüglich 5% Zins seit 25. August 2000, eventualiter die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 104'914.-- zuzüglich 5% Zins seit 25. August 2000 an die Klägerin (AG act. 1). Anlässlich der Replik reduzierte die Klägerin ihr Rechtsbegehren auf Bezahlung von Fr. 139'463.-- zuzüglich 5% Zins seit 25. August 2000, eventualiter Fr. 91'437.-- zuzüglich 5% Zins seit 25. August 2000 (AG act. 24). Die Beklagte ihrerseits erhob am 6. September 2000 beim Arbeitsgericht F. Klage gegen die Klägerin mit dem Begehren, diese sei zu verpflichten, ihr Fr. 387'198.-- nebst 5% Zins seit 10. März 2000 zu bezahlen und ihr eine in das Ermessen des Richters gestellte Entschädigung zu bezahlen, mindestens in der Höhe von Fr. 124'998.-- nebst 5% Zins seit dem 17. Dezember 1999 für den Betrag von Fr. 62'499.-- und 5% Zins seit dem 10. März 2000 für den Betrag von Fr. 62'499.--; zudem sei die Klägerin zu verpflichten, ihr ein Arbeitszeugnis auszustellen (AG act. 20/1). Die beiden Verfahren wurden vereinigt. Mit Urteil vom 10. April 2003 verpflichtete das Arbeitsgericht F., 2. Abteilung, in teilweiser Gutheissung der Hauptklage die Beklagte und Widerklägerin, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 65'031.-- netto nebst 5% Zins seit dem 25. August 2000 zu bezahlen; im Übrigen wurde die Hauptklage abgewiesen (Disp.-Ziff. 1). Sodann verpflichtete das Arbeitsgericht in teilweiser Gutheissung der Widerklage die Klägerin und Widerbeklagte, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 145'633.-- netto nebst 5% Zins seit 10. März 2000 zu bezahlen sowie ein Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen; im Übrigen wurde die Widerklage abgewiesen (Disp.-Ziff. 2; AG act. 98 = OG act. 101).

3. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin und Widerbeklagte Berufung und beantragte, in Aufhebung von Disp.-Ziff. 2 sei die Widerklage abzuweisen, eventualiter sei der Bonus im Ermessen des Gerichts auf einen Betrag unter Fr. 50'000.-- herabzusetzen (OG act. 106). Die Beklagte und Widerklägerin beantragte die Abweisung der Berufung und Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (OG act. 113). Mit Beschluss vom 26. August 2004 stellte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, fest, dass das Urteil des Arbeitsgerichts F. vom 10. April 2003 betreffend der teilweisen Gutheissung der Hauptklage im Betrag

von Fr. 65'031.-- nebst 5% Zins seit 25. August 2000 und betreffend Abweisung der Hauptklage im übersteigenden Betrag, betreffend der Verpflichtung der Klägerin zur Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses sowie betreffend der Abweisung der Widerklage im Fr. 145'633.-- netto nebst Zins zu 5% seit 10. März 2000 übersteigenden Betrag in Rechtskraft erwachsen sei. Mit Urteil ebenfalls vom 26. August 2004 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts die Widerklage vollumfänglich ab und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren neu (OG act. 127 = KG act. 2).

4. Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 26. August 2004 erhob die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten (KG act. 1, S. 2). Die mit Präsidialverfügung vom 4. Oktober 2004 auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 12'000.-- wurde innert Frist mittels Bankgarantie geleistet (KG act. 9). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin liess innert Frist die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen (KG act. 11). Die Beklagte hat gegen den angefochtenen Entscheid des Obergerichts auch eidgenössische Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben (OG Prot. S. 10).

## II.

1. Vorauszuschicken ist vorliegend, dass gegen den Entscheid der Vorinstanz auch die eidgenössische Berufung an das Bundesgericht gegeben ist und auch erhoben wurde. Das Bundesgericht kann den angefochtenen Entscheid auf entsprechende Rügen hin frei auf die Verletzung von bundesrechtlichen Vorschriften prüfen. In diesem Umfang geht die eidgenössische Berufung der Rüge der Verletzung von klarem materiellem (Bundes-)Recht im kantonalen Beschwer-

deverfahren vor und auf solche Rügen kann im Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO).

2.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet als Verletzung von klarem Recht, dass die Vorinstanz in falscher Würdigung von BGE 129 III 276 davon ausgegangen sei, ein Bonus sei nur dann konkludent als Lohnbestandteil vereinbart, wenn er während mindestens drei aufeinanderfolgender Jahre ausbezahlt worden sei. Massgebend sei jedoch einzig die Regelmässigkeit der Auszahlung. Die Vorinstanz habe nicht darüber entschieden, ob Regelmässigkeit auch ohne Auszahlung während drei aufeinanderfolgenden Jahren vorliege. So habe sie denn auch behauptet, dass ihr auch im Jahr 1996 ein Bonus ausbezahlt worden wäre, wenn sie die entsprechenden Umsatzzahlen erreicht hätte. Die Anwendung des Bonus-schemas sei somit in drei aufeinanderfolgenden Jahren (1996 bis 1998) erfolgt, was die Vorinstanz nicht gewürdigt habe (KG act. 1, Ziff. 12 bis 14, S. 4).

2.2 Die Frage, ob für die Annahme einer konkludenten Vereinbarung eines Bonus als Lohnbestandteil die Regelmässigkeit der Auszahlung auch zu bejahen sei, wenn die Auszahlung in zwei aufeinanderfolgenden Jahren stattgefunden hat, in einem vorhergehenden Jahr jedoch mangels erreichtem Umsatz nicht erfolgt ist, kann das Bundesgericht auf die Verletzung von materiellem Bundesrecht hin frei überprüfen. Auf die entsprechende Rüge ist nicht einzutreten (vgl. Erw. 1).

3.1 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe die willkürliche Annahme getroffen, dass die 1997 und 1998 ausbezahlten Boni zwar erheblich gewesen seien, sie jedoch nicht darauf angewiesen gewesen sei, um für ihre Leistungen lohnmässig angemessen und branchenüblich entschädigt zu werden. Sie habe vor erster Instanz wie auch vor Vorinstanz geltend gemacht (unter Hinweis auf die entsprechenden Aktenstellen), dass ihr Gesamtlohn, nämlich der Fixlohn zusammen mit dem Bonus, angemessen und branchenüblich gewesen sei. In der Branche werde von Mitbewerbern bei einem Umsatz ab Fr. 600'000.-- 40% des Umsatzes als Bonus bezahlt bzw. andere bezahlten 50% ab Fr. 800'000.-- Umsatz, wieder andere 45 - 51% ab Fr. 600'000.-- Umsatz. Über Angemessenheit und Branchenüblichkeit seien keine Beweise abgenommen worden (KG act. 1, Ziff. 15/16, S. 4 f.).

3.2 Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführerin mache geltend, der Bonus habe einen erheblichen Bestandteil ihres Einkommens dargestellt, was insofern zutrefte, als in den Jahren 1997 und 1998 unbestrittenermassen jeweils Boni ausgerichtet worden seien, welche im ersten Jahr fast und im Folgejahr in etwa ihrem im Arbeitsvertrag vereinbarten Jahreseinkommen entsprochen hätten. Dies seien in der Tat erhebliche Boni. Deren Höhe und ihr Verhältnis zum vereinbarten Salär ändere jedoch nichts daran, dass die Beschwerdeführerin nicht darauf angewiesen gewesen sei, um für ihre Leistungen lohnmassig angemessen und branchenüblich entschädigt zu sein (KG act. 2, S. 12).

3.3 Vorliegend fragt sich, ob die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge eine Verletzung von Bundesrecht – insbesondere von Art. 8 ZGB – geltend macht, oder vielmehr die im kantonalen Beschwerdeverfahren anfechtbare Beweiswürdigung durch die Vorinstanz beanstandet. Unter die Bestimmung von Art. 8 ZGB fällt in erster Linie die Rüge der falschen Verteilung der Beweislast. Die Bestimmung gibt aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der beweispflichtigen Partei auch einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Sachvorbringen Beweis zu führen, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht. Diese allgemeine Beweisvorschrift des Bundesrechts ist insbesondere dann verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. Ebenfalls Art. 8 ZGB ist verletzt, wenn der Richter taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet (BGE 114 II 290 f.). Entsprechende Rügen sind deshalb vor Bundesgericht vorzubringen; im kantonalen Beschwerdeverfahren ist nicht darauf einzutreten (vgl. ZR 95 Nr. 73). Wo hingegen der Richter in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, geht es um die freie Beweiswürdigung, welche bundesrechtlich nicht geregelt ist.

Auf Grund der vorinstanzlichen Erwägung erscheint vorliegend klar, dass die Vorinstanz nicht in freier Würdigung von zuvor abgenommen Beweisen zum Schluss gelangte, die Beschwerdeführerin sei auch ohne den Bonus für ihre Leistungen lohnmässig angemessen und branchenüblich entschädigt worden. Zu dieser Frage wurde nämlich gar kein Beweisverfahren durchgeführt. Dies ergibt sich aus dem Beweisaufgabebeschluss des erstinstanzlichen Gerichts vom 4. Juni 2002, in welchem – bezüglich Bonus – der Beschwerdeführerin der Hauptbeweis dafür auferlegt worden war, "3.3 dass die Parteien im Oktober 1996 oder Ende 1996 ein Bonussystem mit dem Inhalt gemäss AG act. 20/4/6 mündlich oder schriftlich vereinbarten" (AG Prot. S. 12). Ansonsten wurde ein Beweisverfahren nur bezüglich Behauptungen im Zusammenhang mit dem Geschäftsauto und dem Ferienanspruch der Beschwerdeführerin angeordnet (AG Prot. S. 12). Ferner ist aus der Erwägung der Vorinstanz auch nicht ersichtlich, dass diese in irgend einer Weise Beweismittel (Urkunden, Zeugenaussagen) gewürdigt hätte, um zu ihrer Schlussfolgerung zu gelangen. Demnach ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz die (tatsächliche) Annahme, die Beschwerdeführerin sei nicht auf die Boni angewiesen, um für ihre Leistungen lohnmässig angemessen und branchenüblich entschädigt zu sein, ohne Durchführung eines Beweisverfahrens getroffen hat. Zudem macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe vor Vorinstanzen geltend gemacht, der Gesamtlohn, d.h. Fixlohn zuzüglich Bonus, sei angemessen und branchenüblich (unter Hinweis auf AG act. 20/1, Ziff. 52, S. 81 und AG act. 32, Ziff. 65, S. 33 sowie OG act. 113, zu Ziff. 10, S. 2 f.). Wie aufgezeigt wurde, ist jedoch die Rüge, dass über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt kein Beweis geführt wurde, mit eidgenössischer Berufung beim Bundesgericht vorzubringen. Auf die Rüge kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

4.1 In einem weiteren Punkt macht die Beschwerdeführerin geltend, die Annahme der Vorinstanz, sie sei einen Arbeitsvertrag eingegangen, bei welchem sie [sich] auf einen Fixlohn beschränkt und ihre persönliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausser Acht gelassen hätte, widerspreche jeglicher Lebenserfahrung, nachdem notorisch bekannt sei, dass Arbeitnehmer mit Frontfunktionen (wie Verkäufer, Berater) in der Regel stark leistungsbezogene Lohnbestandteile hätten (KG act. 1, Ziff. 17, S. 5).

4.2 Auch auf diese Rüge kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden, da das Bundesgericht auf Berufung hin auch frei prüfen kann, ob eine Annahme der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht oder nicht.

5.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet im Weiteren, die Vorinstanz stelle einseitig auf die Zeugenaussage des Zeugen K. ab, wonach die Boni eher "Ausfluss der Beziehung" [zwischen ihr und Dr. D. E.] gewesen seien, und dass "es auch die Hälfte getan hätte", wenn man in erster Linie die Leistungen beurteilt hätte, ohne zu berücksichtigen, dass der Zeuge Auftragnehmer der Beschwerdegegnerin sei und ein finanzielles Interesse am Obsiegen der Beschwerdegegnerin habe. Zudem seien die übrigen Elemente des Einzelfalles, z.B. die Aussage der Zeugin L. (AG Prot. S. 41 ff.) und das Verhältnis zwischen erarbeitetem Umsatz und Lohn nicht gewürdigt worden. Ebenfalls nicht gewürdigt worden sei ihr Vorbringen, dass die Bonuszahlung in keinem Fall auf der Grosszügigkeit von D. E. beruht habe, weil sie dann ja im Jahr 1996, als sie frisch verliebt gewesen seien, den höchsten Bonus hätte erhalten müssen, währenddem sie in jenem Jahr (berechtigtermassen, weil der Umsatz nicht erreicht worden war) gar keinen Bonus erhielt. Bei einer Würdigung aller Elemente des Einzelfalles hätte sich gezeigt, dass eine Korrelation zwischen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin und den 1997 und 1998 ausbezahlten Boni bestanden habe und unter Berücksichtigung, dass 1999 alle Mitarbeiter einen Bonus erhalten hatten, liege die Schlussfolgerung nahe, dass die Boni variable Lohnbestandteile gewesen seien und der stipulierte Freiwilligkeitsvorbehalt unwirksam gewesen sei (KG act. 1, Ziff. 18/19, S. 5 f.).

5.2 Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid davon aus, trotz dieses Verhältnisses [der 1997 und 1998 ausbezahlten Boni, welche im ersten Jahr fast und im Folgejahr in etwa dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Jahreseinkommen entsprechen hätten] sei nicht davon auszugehen, dass die der Beschwerdeführerin ausgerichteten Boni zum Lohn im Rechtssinn geworden seien, umso mehr als für die Abgrenzung nicht einfach eine feste Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und dem freiwilligen Bonus herangezogen werden könne, sondern die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. Der Zeuge K.– Vize-

präsident des Verwaltungsrates der Beschwerdegegnerin – habe glaubhaft geschildert, diese Boni seien zudem "eher ein Ausfluss der Beziehung" [zwischen der Beschwerdeführerin und Dr. D. E.] [gewesen] und "hätte es auch die Hälfte getan", wenn man in erster Linie die Leistung beurteilt hätte (KG act. 2, S. 12 f.).

5.3 Aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin geht nicht klar hervor, welche tatsächliche Annahme der Vorinstanz willkürlich sein sollte. Soweit sie mit ihrer Rüge geltend machen will, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, die Zeugenaussage von M. K. sei glaubhaft, obwohl dieser Vizepräsident des Verwaltungsrates der Beschwerdegegnerin sei und ein eigenes finanzielles Interesse am Obsiegen der Beschwerdegegnerin habe, ist darauf im kantonalen Beschwerdeverfahren einzutreten, da es sich um die Beanstandung einer willkürlichen Beweiswürdigung handelt. Allerdings geht die Rüge fehl. Der Zeuge K. sagte in seiner – nach Ermahnung zur Wahrheit und unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen eines wissentlich falschen Zeugnisses gemäss Art. 307 StGB (AG Prot. S. 50) erfolgten – Zeugenaussage aus, er sei bei der Beschwerdegegnerin seit deren Gründung Vizepräsident des Verwaltungsrates und halte treuhänderisch eine Pflichtaktie. Dr. E. sei im Übrigen zu 100% berechtigt (AG Prot. S. 51 oben). Ein persönliches finanzielles Interesse erscheint damit nicht allzu wahrscheinlich, da ihm kein (wesentlicher) Firmenanteil gehört. Ein finanzielles Interesse des Zeugen als Organ der Beschwerdegegnerin (in Wahrnehmung seiner Funktion als Vizepräsident des Verwaltungsrates der Beschwerdegegnerin) kann zwar nicht ausgeschlossen werden. Jedoch sind keine weiteren Anhaltspunkte dafür ersichtlich – und die Beschwerdeführerin führt auch keine solche auf –, dass der Zeuge unter der Androhung der Straffolge gemäss Art. 307 StGB falsch ausgesagt haben sollte, weshalb die Annahme der Vorinstanz nicht geradezu willkürlich erscheint.

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich weiter geltend, die Vorinstanz habe ihr Vorbringen nicht gewürdigt, dass die Bonuszahlungen in keinem Fall auf der Grosszügigkeit von Dr. E. beruht hätten, was die Tatsache beweise, dass sie 1996 (berechtigterweise) keinen Bonus erhalten habe, obwohl Herr E. und die Beschwerdeführerin in jenem Jahr frisch verliebt gewesen seien und er gemäss

der Beschwerdegegnerin damals besonders grosszügig hätte sein sollen (KG act. 1, Ziff. 18, S. 5 unten). Auch dieses Vorbringen vermag das Abstellen auf die Aussage des Zeugen K., wonach der Bonus "eher Ausfluss der Beziehung" [zwischen der Beschwerdeführerin und Dr. D. E.] gewesen sei und "hätte es auch die Hälfte getan", wenn man in erster Linie die Leistungen beurteilt hätte, nicht willkürlich erscheinen lassen. Gemäss der Zeugenaussage ist lediglich davon auszugehen, dass auch die private Beziehung der Beschwerdeführerin zu Dr. D. E. einen Einfluss auf die Bonuszahlungen und insbesondere deren Höhe hatte, nicht jedoch, dass diese Bonuszahlungen ausschliesslich von der Beziehung abhängig waren und andere Kriterien überhaupt nicht beachtet wurden. Eine willkürliche Beweiswürdigung ist somit nicht ersichtlich.

5.4 Soweit die Beschwerdeführerin im Weiteren ausführt (KG act. 1, S. 5), die Vorinstanz hätte auch die Aussagen der Zeugin L. (AG Prot. S. 41 ff.) würdigen müssen, ist die Rüge ungenügend begründet: Es wird nicht ausgeführt, "welche übrigen Elemente des Einzelfalles, wie z.B. die Aussagen der Zeugin L." nicht gewürdigt worden seien (KG act. 1, S. 5, Rz 18). Der bloss pauschale Verweis auf die Zeugenaussage – welche im Übrigen mehrere Seiten des Protokolls umfasst (AG Prot. S. 41 bis 44) – genügt nicht, um einen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Darauf ist nicht weiter einzutreten.

5.5 Sodann macht die Beschwerdeführerin auch geltend, die Vorinstanz hätte das Verhältnis zwischen erarbeitetem Umsatz und dem Lohn würdigen müssen. Zum 1999 erwirtschafteten Umsatz von Fr. 1'615'750.-- stehe ein Lohn von Fr. 204'000.-- in keinem Verhältnis; immerhin habe sie 1998 bei einem Umsatz von Fr. 1,4 Mio. einen Bonus von Fr. 267'523.-- erhalten (KG act. 1, S. 5), was einem Gesamteinkommen von ca. 1/3 des eingebrachten Umsatzes entsprochen habe. Ob dieses Verhältnis bei der Beantwortung der rechtlichen Frage, ob die Voraussetzungen für die Unwirksamkeit des im Arbeitsvertrag der Beschwerdeführerin vorgesehenen Freiwilligkeitsvorbehalts gegeben seien, relevant ist, ist eine Rechtsfrage. Auf die Rüge kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Dies gilt auch für die weitere Beanstandung der Beschwerdeführerin, in Würdigung sämtlicher Elemente wäre auch zu berücksichtigen ge-

wesen, dass 1999 sämtliche Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin wegen des umsatzmässig guten Geschäftsjahres wie in den Vorjahren Boni erhalten hätten und die Schlussfolgerung nahe liege, dass die Boni variable Lohnbestandteile dargestellt hätten. Da sie 1999 den höchsten Umsatz erzielt habe, hätte auch sie Anspruch auf einen Bonus gehabt (KG act. 1, Ziff. 19, S. 6). Auch hier beanstandet die Beschwerdeführerin nur die rechtliche Würdigung, bzw. dass gewisse vorgebrachte Tatsachen in diese Würdigung nicht einbezogen worden seien.

6.1 In einem weiteren Punkt beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz gehe willkürlich davon aus, die Tatsache, dass andere Mitarbeiter 1999 einen Bonus erhalten hätten, sei unerheblich. In einem guten Geschäftsjahr, in welchem Boni von mehr als 100% des Basisgehalts bezahlt worden seien, lasse sich der Bonusanspruch der Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes begründen (KG act. 1, Ziff. 20, S. 6).

6.2 Die Vorinstanz erwog, es werde nicht geltend gemacht, dass eine die Unwirksamkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts bewirkende Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin anzunehmen wäre; die Beschwerdeführerin gehe gegenteils selber davon aus, dass das von ihr behauptete Bonusschema nur für D. E. und sie selber als einzige Direktorin anwendbar gewesen sei. Dass die anderen Mitarbeiter/innen – wie das Beweisverfahren ergeben habe – regelmässig, allerdings nicht alle in jedem Jahr Boni erhalten hätten, sei auch deshalb unerheblich, weil grundsätzlich beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt und nicht zu beanstanden seien (unter Hinweis auf BGE 129 III 276, E. 3.1) (KG act. 2, S. 13).

6.3 Aus dieser Erwägung der Vorinstanz geht klar hervor, dass sie aus rechtlichen Gründen davon ausging, es sei unerheblich, dass die anderen Mitarbeiter/innen im Jahr 1999 Boni erhalten hätten, weil grundsätzlich beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt seien. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, der Freiwilligkeitsvorbehalt rechtfertige keine Verweigerung der Bonuszahlung gegenüber einzelnen Mitarbeitern, wenn das Gros der Belegschaft eine Gratifikation erhalte und keine ernsthafte Pflichtverletzung des betreffenden Arbeitnehmers vorliege, betrifft die Rechtsfrage nach den

Voraussetzungen der Unwirksamkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts und wäre damit vor Bundesgericht vorzubringen. Im kantonalen Beschwerdeverfahren kann darauf nicht eingetreten werden.

7.1 Weiter zitiert die Beschwerdeführerin verschiedene Stellen des erstinstanzlichen Protokolls (verschiedene Zeugenaussagen) und macht geltend, es sei nicht genügend gewürdigt worden, dass es bei der Beschwerdegegnerin nicht üblich gewesen sei, Bonusschemata schriftlich, sondern nur mündlich zu vereinbaren, dass der Bonusanspruch "wie ein Gewohnheitsrecht" gewesen sei und einen "wesentlichen Bestandteil des Einkommens" dargestellt habe (KG act. 1, Ziff. 21, S. 6).

7.2 Soweit die Beschwerdeführerin damit geltend machen will, im Zusammenhang mit der Beurteilung der Rechtsfrage, ob die Voraussetzungen zur Unwirksamkeit des Freiwilligkeitsvorbehaltes vorliegend gegeben seien, seien auch die hier von ihr aufgeführten Tatsachen zu berücksichtigen, wäre die Beanstandung vor Bundesgericht vorzubringen. Weiter ist zudem darauf hinzuweisen, dass auch die Vorinstanz ausführte, es treffe insofern zu, dass der Bonus einen erheblichen Bestandteil des Einkommens der Beschwerdeführerin ausgemacht habe, als in den Jahren 1997 und 1998 jeweils Boni ausgerichtet worden seien, die im ersten Jahr fast und im Folgejahr in etwa ihrem im Arbeitsvertrag vereinbarten Jahreseinkommen entsprochen hätten (KG act. 2, S. 12). Was die Beschwerdeführerin aus dem Hinweis darauf, dass bei der Beschwerdegegnerin Bonusschemata üblicherweise nicht schriftlich, sondern mündlich vereinbart worden seien, für sich ableiten will, wird nicht klar, nachdem die Vorinstanz unter Verweis auf die erstinstanzliche Beweiswürdigung davon ausging, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen sei, eine (weder schriftliche noch mündliche) Vereinbarung eines Bonussystems mit der Beschwerdegegnerin zu beweisen (KG act. 2, S. 8) und die Beschwerdeführerin diese Erwägungen nicht weiter anführt.

8.1 Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin auch, die Vorinstanz habe nicht überprüft, ob die Beschwerdegegnerin das ihr (bestrittenerweise) zukommende Ermessen [bei der Auszahlung eines Bonus für 1999] willkürlich ausgeübt habe. Mit dem Hinweis auf die Aussage der Beschwerdeführerin, dass ihr

"auch nach der (förmlichen) Beendigung dieser privaten Beziehung [...] sämtliche Möglichkeiten zur Fortsetzung ihrer Karriere bei der Beschwerdegegnerin offen" gestanden hätten, vermische sie zwei unterschiedliche Sachverhaltselemente und die Schlussfolgerung beruhe auf einer aktenwidrigen Annahme. Die Frage, ob sie nach Beendigung der Beziehung bei der Beschwerdegegnerin habe weiterarbeiten können und ob die Kündigung im Dezember 1999 missbräuchlich gewesen sei, habe nichts mit der Frage zu tun, ob Dr. D. E. sein Ermessen bei der Bonuszahlung willkürlich oder nach sachlichen Kriterien ausgeübt habe. Auch die Beschwerdegegnerin selber habe geltend gemacht, dass die Bonuszahlungen als blosse Liebesdienste zu qualifizieren gewesen seien. Dies zusammen mit der Tatsache, dass sie trotz umsatzstarkem Jahr 1999 keinen Bonus erhalten habe, lasse nur den Schluss zu, dass die abgebrochene Liebesbeziehung der Grund für die Verweigerung der Bonuszahlung gewesen sei, was eine willkürliche Ermessensgrundlage sei. Zudem habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass ihr die Beschwerdegegnerin bereits vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einen Bonusvorschuss von Fr. 50'000.-- und danach bei der Kündigung eine Bonusabgeltung von Fr. 50'000.-- offeriert habe und auch in ihrer Berufung einen entsprechenden Eventualantrag gestellt habe. Auch die Beschwerdegegnerin habe somit mit einer Bonuszahlung gerechnet (KG act. 1, Ziff. 22 - 25, S. 6 f.).

8.2 Die Vorinstanz ging im Gegensatz zur ersten Instanz davon aus, deren Annahme einer willkürlichen Ermessensausübung durch die Beschwerdegegnerin halte angesichts der Umstände und der vorbehaltenen und nach wie vor geltenden Freiwilligkeit der Ausrichtung von Boni nicht stand. Bezüglich der Umstände ging die Vorinstanz davon aus, es könne offen bleiben, ob die erste Instanz eine unbewiesene Annahme treffe, indem sie davon ausgehe, die Beschwerdegegnerin habe die Auszahlung eines Bonus verweigert, "weil die persönliche Liebesbeziehung zu D. E. gescheitert" gewesen sei, dies umso mehr, als es E. gewesen sei, der die private Beziehung beendet habe. Die Beschwerdeführerin selber habe nämlich eingeräumt, dass ihr "auch nach der (förmlichen) Beendigung dieser privaten Beziehung [...] sämtliche Möglichkeiten zur Fortsetzung ihrer Karriere bei der Beschwerdegegnerin offen" gestanden hätten; und ihr sei denn auch erst Monate später gekündigt worden. Die Kündigung sei gemäss den unangefochten

gebliebenen Feststellungen der ersten Instanz nicht als missbräuchlich zu qualifizieren gewesen (KG act. 2, S. 13 f.).

8.3 Die Beschwerdeführerin macht mit ihren Ausführungen geltend, die Schlussfolgerung der Vorinstanz beruhe auf einer aktenwidrigen Annahme, weil sie zwei völlig verschiedene Sachverhaltselemente vermische. Eine Aktenwidrigkeit liegt jedoch nur vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen wurde und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist. Aktenwidrigkeit kann auch dann vorliegen, wenn das Gericht die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27). Eine solche Aktenwidrigkeit macht die Beschwerdeführerin allerdings nicht geltend.

8.4 Zu prüfen ist jedoch, ob die Vorinstanz allenfalls eine willkürliche Beweiswürdigung getroffen hat. Diesbezüglich ist vorerst darauf hinzuweisen, dass Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) nur vorliegt, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288). Der (implizite) Schluss der Vorinstanz, es sei nicht auf die erstinstanzliche tatsächliche Annahme abzustellen, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die Auszahlung des Bonus verweigert habe, "weil die persönliche Liebesbeziehung zu D. E. gescheitert war", weil auch die Beschwerdeführerin eingeräumt habe, dass ihr "auch nach der (förmlichen) Beendigung dieser privaten Beziehung [...] sämtliche Möglichkeiten zur Fortsetzung ihrer Karriere bei der Beschwerdegegnerin offen" standen und ihr denn auch erst Monate später (unangefochten nicht missbräuchlich) gekündigt worden sei,

erscheint nicht willkürlich. Diese Erwägung der Vorinstanz heisst nichts anderes, als dass die Beendigung der Liebesbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und Dr. D. E. (offenbar im Juli 1999) nicht unmittelbar zur Verweigerung der Bonuszahlung Ende 1999 geführt haben kann, da der Beschwerdeführerin gemäss deren eigenen Angaben zum damaligen Zeitpunkt (noch) sämtliche Möglichkeiten bei der Beschwerdegegnerin (insbesondere zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und damit auch zur Erlangung eines Bonus Ende Jahr) offen gestanden hatten. Offenbar verschlechterte sich nach Beendigung der privaten Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und Dr. D. E. das Arbeitsklima bei der Beschwerdegegnerin, warf diese der Beschwerdeführerin bei deren Kündigung am 17. Dezember 1999 doch insbesondere vor, die private Trennung im Juli dieses Jahres habe klar schlechte Auswirkungen auf die berufliche Zusammenarbeit (zwischen der Beschwerdeführerin und Dr. D. E.) und das Arbeitsklima in der Firma gezeitigt; weiter sei das Risiko entstanden, dass das Team auseinander falle (vgl. AG act. 4/5 und OG act. 101, S. 40). Das Scheitern der Liebesbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und Dr. D. E. scheint damit wohl eher indirekt, nämlich durch die Auswirkungen auf die berufliche Zusammenarbeit und das Arbeitsklima zwischen den beiden Genannten einen Einfluss auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses und damit wohl auch auf die Verweigerung der Auszahlung eines Bonus Ende 1999 gehabt zu haben.

Daran ändert auch nichts, soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, selbst die Beschwerdegegnerin sei davon ausgegangen, die Bonuszahlungen seien als blosser Liebesdienst zu qualifizieren gewesen (vgl. KG act. 1, Ziff. 24, S. 7). Hierzu führt die Beschwerdeführerin keinerlei Aktenstellen auf, welche diese Behauptung belegen würden und diese Rüge erscheint ungenügend begründet. Sollte sich die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen auf die zuvor zitierten Aussagen des Zeugen K. beziehen wollen (vgl. oben Erw. 5.2), geht die Rüge insofern fehl, als dieser zwar auf die Frage des Vorsitzenden, ob der Bonus 0 1999 nicht auch Ausfluss der Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und Dr. D. E. gewesen sei, antwortete, es sei eher umgekehrt gewesen, dass die ersten zwei Boni [1997 und 1998; Anmerkung Kassationsgericht] eher Ausfluss der Beziehung gewesen seien. Dr. D. E. habe die Boni über den Daumen festgelegt.

"Wenn man die Leistungen beurteilt, hätte es auch die Hälfte getan" (AG Prot. S. 53). Damit wird aber klar, dass der Zeuge nicht die Tatsache der Bonuszahlung an sich meinte, sondern deren Höhe und deren Verhältnis zu den Leistungen der Beschwerdeführerin. Zudem sagte er zuvor auf die Frage, ob er wisse, weshalb die Beschwerdeführerin 1999 keinen Bonus erhalten habe, dies sei intensiv diskutiert worden; primär seien Leistung und Einsatz im Vordergrund gestanden; es habe auch Mitarbeiter gegeben, welche keine Boni erhalten hätten; in jener Zeit sei es zur Kündigung gekommen, welche auch begründet worden sei und ein Bonus sei einfach nicht mehr verdient gewesen (AG Prot. S. 53). Willkürliche tatsächliche Annahmen wurden auch diesbezüglich nicht getroffen.

8.5 Im selben Zusammenhang mit der Frage, ob die Beschwerdegegnerin bei der Verweigerung der Bonuszahlung für das Jahr 1999 ihr Ermessen willkürlich ausgeübt habe, macht die Beschwerdeführerin auch geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdegegnerin ihr mehrmals eine Bonusabgeltung von Fr. 50'000.-- für das Jahr 1999 angeboten habe und damit selbst mit einer Bonuszahlung gerechnet habe (KG act. 1, Ziff. 25, S. 7). Ob das Ermessen bei der Verweigerung der Bonuszahlung willkürlich und damit rechtsmissbräuchlich ausgeübt wurde und welche Kriterien und Tatsachen dabei zu berücksichtigen sind, ist eine vom Bundesgericht zur prüfende Rechtsfrage. Auf diese Rüge ist daher nicht weiter einzutreten.

9. Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Beschwerdeführerin keinen im kantonalen Beschwerdeverfahren überprüfbaren Nichtigkeitsgrund nachweisen konnte. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

Nachdem der Streitwert den Betrag von Fr. 30'000.-- übersteigt (Art. 343 Abs. 2 und 3 OG e contrario) wird im Beschwerdeverfahren die Beschwerdeführerin ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'900.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 412.-- Schreibgebühren,  
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'900.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Arbeitsgericht F. sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: