

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA120015-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Urteil vom 1. November 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.rer.publ. et lic.iur. Y. _____

betreffend **Forderung, Akteneinsicht**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 20. März 2012 (AN110024)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Pönale aus missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von CHF 66'466.65 zu bezahlen, zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 31. August 2011;
2. es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für 2010 und pro rata temporis für 2011 einen Bonus in der Höhe von CHF 181'666 zu bezahlen;
3. es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für 2010 und pro rata temporis für 2011 H. _____ Awards im Umfang von CHF 85'000 zuzuteilen;
4. es sei festzustellen, dass der Kläger bezüglich Ausübungsrechte im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes bis zum Endzeitpunkt der laufenden Beteiligungsrechte so zu stellen sei, als wäre ihm nicht gekündigt worden;
eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 51'000 zu bezahlen;
5. es sei die Beklagte anzuweisen, dem Kläger vollumfängliche Einsicht in seine Arbeitnehmerakte, insbesondere in alle gegen den Kläger gerichteten Mitarbeiterbefragungen (namentlich jene vom März 2010 und vom Juli 2010) sowie das Mitarbeitermemorandum C. _____ vom Frühjahr 2010, zu gewähren;
6. es sei dem Kläger ein Zeugnis auf der Basis des Zwischenzeugnisses vom 13. Dezember 2010 mit folgendem Schlussabsatz aus- und zuzustellen:
"Herr A. _____ verlässt uns per Ende August 2011. Wir bedauern den Weggang von Herrn A. _____, danken ihm für die geleisteten wertvollen Dienste und wünschen ihm für seine Zukunft alles Gute und viel Erfolg."
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen samt Gerichtsgebühren des Friedensrichteramts D. _____ (Beilage A), zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % zulasten der Beklagten."

Beschluss und Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 20. März 2012:

Es wird beschlossen:

1. Auf die Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren 4 wird nicht eingetreten.

2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit nachfolgendem Urteil befunden.
3. (Mitteilung)
4. (Berufung)

und sodann erkannt:

1. Die übrige Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten werden festgesetzt auf:
CHF 18'435.-- ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 112.50 Übersetzungskosten

CHF 112.50
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und vollständig vom Kostenvorschuss bezogen. Der Rest des Kostenvorschusses wird ihm zurückerstattet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 21'080.-- zu bezahlen.
5. (Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 41):

Es seien die Ziffer 1 - 4 des Urteilsdispositivs aufzuheben und

1. es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 299'132.65, zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 31. August 2011 zu bezahlen;
2. es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für 2010 und pro rata temporis für 2011 H. _____ Awards im Umfang von CHF 85'000 zuzuteilen;
3. es sei die Beklagte anzuweisen, dem Kläger vollumfänglich Einsicht in seine Arbeitnehmerakte, insbesondere in alle gegen den Kläger gerichteten Mitarbei-

terbefragungen (namentlich jene vom März 2010 und vom Juli 2010) sowie das Mitarbeitermemorandum C._____ vom Frühjahr 2010, zu gewähren;

Eventualiter seien die Ziff. 1-4 des Urteilsdispositivs aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

alles unter Neuzuteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen samt Gerichtsgebühren des Friedensrichteramts D._____, zuzüglich Mehrwertsteuer von 8% zu Lasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 52):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

1. Am 20. Mai 2011 machte der Kläger das vorliegende Prozessverfahren mit der Klagebewilligung und Klageschrift beim Arbeitsgericht Zürich rechtshängig. Anlässlich der nach dem ersten Schriftenwechsel durchgeführten Instruktionsverhandlung erweiterte der Kläger die ursprünglichen Rechtsbegehren auf die eingangs zitierten. Am 26. Dezember 2011 einigten sich die Parteien aussergerichtlich hinsichtlich der Ausstellung des Arbeitszeugnisses, weshalb die Vorinstanz das Verfahren hinsichtlich des Rechtsbegehrens Ziffer 6 am 15. Februar 2012 als erledigt abschrieb. Nach durchgeführter Hautverhandlung erledigte die Vorinstanz am 20. März 2012 das Verfahren mit dem eingangs erwähnten Beschluss und Urteil.

2. Am 10. Mai 2012 machte der Kläger mit schriftlicher Begründung die vorliegende Berufung gegen das Urteil vom 20. März 2012 fristgerecht rechtshängig und leistete am 31. Mai 2012 den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 18'500.- (Urk. 41, Urk. 45). Die Berufungsantwort wurde rechtzeitig am 23. August 2012 erstattet (Urk. 62) und am 25. September 2012 dem Kläger zur Kenntnis-

nahme zugestellt (Urk. 52, Urk. 53). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

3. Als beklagte Partei firmierte zunächst die E._____ AG (Urk. 2). Am 9. August 2012 teilte diese mit, dass sie mit der B._____ AG, ... und ... [Kantone], am tt.mm.2012 fusioniert habe und rückwirkend per 31. Dezember 2011 mit Aktiven und Passiven von Letzterer übernommen worden sei. Dieser Sachverhalt wurde am tt.mm.2012 auch im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (Urk. 50, 51). Damit ist die B._____ AG als beklagte Partei in das vorliegende Berufungsverfahren eingetreten und das Rubrum wurde entsprechend angepasst.

4. Der Berufungskläger verlangt mit seiner Berufung ausdrücklich und ausschliesslich die Abänderung des vorinstanzlichen Urteils vom 20. März 2012. Der gleichzeitig ergangene Beschluss blieb damit unangefochten, mit dem die Vorinstanz auf das im Rechtsbegehren 4 Abs. 1 enthaltene Feststellungsbegehren nicht eingetreten ist. Dieses Feststellungsbegehren bildet damit nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens.

II.

1. Der 1968 geborene Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) ist ausgebildeter Betriebswirtschafter und trat im Jahre 1997 in die Dienste der B._____ AG ein. Per 1. September 2004 trat er bei der E._____ AG, einer Tochtergesellschaft der B._____ AG, als Leiter ... im Rang eines Vizedirektors ein und schloss mit dieser rechtlich selbständigen Gesellschaft einen neuen Arbeitsvertrag ab (Urk. 4/15). Im August 2009 wurde er zum CEO der E._____ AG ernannt, für welche ca. 40 Mitarbeiter tätig waren. Am 28. Juli 2010 kündigte die E._____ AG das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2011 und stellte den Kläger sofort frei. Infolge Krankheit während der Kündigungsfrist verlängerte sich das Arbeitsverhältnis unbestrittenermassen bis zum 31. August 2011.

Die Kündigung erfolgte, nachdem sich verschiedene Mitarbeitende bei den zuständigen Verantwortlichen der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend nur noch Beklagte) über das Verhalten und den Umgangston des Klägers be-

schwert hatten. Trotz eines Gesprächs der zuständigen Personalverantwortlichen mit dem Kläger im April 2010 erfolgten bis zum Juli 2010 wieder neue Beschwerden, welche die Beklagte dem Kläger in einem erneuten Gespräch am 13. Juli 2010 vorhielt und am 28. Juli 2010 deswegen schliesslich die Kündigung aussprach.

Der Kläger macht das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung im Sinne von Art. 336 OR geltend. Er fordert von der Beklagten eine Pönalzahlung von Fr. 66'466.65, entsprechend 4 Monatslöhnen, die infolge der Kündigung für das Jahr 2010 und pro rata temporis für 2011 entgangenen Boni im Betrag von Fr. 181'666.-, die infolge der Kündigung für das Jahr 2010 und pro rata temporis für 2011 entgangenen H. _____ Awards im Betrag von Fr. 85'000.- sowie die Auszahlung von Fr. 51'000.- aus den ihm im Jahre 2009 zugeteilten H. _____ Awards. Weiter verlangt der Kläger Einsicht in sein Personaldossier, insbesondere in die Befragungsprotokolle mit den Mitarbeitenden, auf welche die Beklagte die Kündigung abstützt.

2. Die Vorinstanz hat das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung verneint. Die von der Beklagten im Prozess aufgelisteten Verhaltensweisen des Klägers rechtfertige eine Kündigung, zumal es um eine ordentliche Kündigung gehe. Die Beklagte habe die Vorwürfe der Mitarbeitenden gegen den Kläger mittels Befragungen und Erstellung von Befragungsprotokollen untersucht und nicht einfach auf anonyme Beschuldigungen abgestellt. Sie habe den Kläger dazu auch drei Mal angehört. Bereits die vom Kläger dabei eingeräumten unkorrekten Verhaltensweisen hätten ausgereicht, um das Arbeitsverhältnis mit ihm nicht mehr fortzusetzen. Dass dem Kläger wegen des Konflikts mit seiner Mitarbeiterin F. _____ gekündigt worden sei, wie dieser behaupte, sei nicht plausibel. Konflikte u.a. um ein Arbeitszeugnis gehörten zum arbeitsrechtlichen Alltag und führten in der Regel nicht zur Kündigung des Vorgesetzten. Doch selbst wenn vorliegend, wie vom Kläger behauptet und von der Beklagten bestritten, ein sachlich falsches Zeugnis zur Kündigung geführt hätte, so wäre eine solche Kündigung nicht missbräuchlich angesichts des allgemeinen Grundsatzes der Kündigungsfreiheit. Die Beklagte habe im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht angemessene Vorkehren getroffen, um die aufgetretenen Konflikte zu lösen; bezüglich F. _____ hätten sich infolge deren

Weggangs Weiterungen ohnehin erübrigt.

Den Bonus qualifizierte die Vorinstanz als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, da er sowohl im Arbeitsvertrag als auch bei jeder vorangegangenen Zahlung ausdrücklich als freiwillige Leistung bezeichnet worden sei. Die Auszahlung sei sodann ausdrücklich vom Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses in jenem Zeitpunkt abhängig gemacht worden, weshalb dem Kläger für 2010 und 2011 kein Anspruch darauf zustehe. Dasselbe gelte für die Zuteilung von H.____-Awards für die Jahre 2010 und 2011. Für 2009/2010 seien dem Kläger im März 2010 H.____-Awards im Betrag von Fr. 51'000.- zugeteilt worden, frühestens ausübbar zu je einem Drittel am 1. März 2011, 1. März 2012 und 1. März 2013. Ob der Kläger die erste Tranche der Bezugsrechte im März 2011 ausgeübt habe, bleibe im Dunkeln; es fehlten dazu die nötigen Behauptungen des Klägers, insbesondere auch zur tatsächlichen Aushändigung der Anteilsrechte. Die zwei weiteren Tranchen seien bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht frei verfügbar gewesen. Gemäss den Plan Rules des H.____ 2009/2010 verfielen solche noch nicht ausgeübten Ansprüche, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Ausübungsdatum "for cause" aufgelöst werde. Die vorliegende Kündigung aus den von der Beklagten angeführten Gründen sei unter eine solche Art der Auflösung zu subsumieren, weshalb die noch nicht ausgeübten Bezugsrechte verfallen seien und was zur Abweisung des Rechtsbegehrens Ziffer 4 Abs. 2 führe.

Zum Begehren um Einsicht in die Personalakte erwog die Vorinstanz, der Arbeitgeber könne die Einsicht verweigern zum Schutz überwiegender Interessen Dritter. Vorliegend hätten die Mitarbeitenden ihre Aussagen zum Arbeitskonflikt mit dem Kläger nur gegen das Versprechen absoluter Vertraulichkeit gemacht. Die Beklagte könnte die Befragungsprotokolle daher nur in einer anonymisierten Fassung vorlegen. Eine derartige Art der Einsicht sei dem Rechtsvertreter des Klägers jedoch bereits gewährt und damit das Begehren bereits erfüllt worden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe die Arbeitgeberin keine Aufbewahrungspflicht für die entsprechenden Teile des Personaldossiers mehr, womit auch ein weiteres und wiederholtes Einsichtsrecht für die Zukunft entfalle (Urk. 42 S. 22ff).

3. Der Kläger vertritt auch im Berufungsverfahren den Standpunkt, die Kündigung sei missbräuchlich erfolgt.

Er wirft der Vorinstanz im Berufungsverfahren eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich der Feststellung des Kündigungsgrundes und des rechtlichen Gehörs des Klägers vor. Die Vorinstanz habe den Konflikt mit F._____ zu Unrecht auf einen Konflikt um das Arbeitszeugnis reduziert. Dieser Konflikt sei aber schon früher wegen ungenügender Leistungen aufgetreten und weshalb sich der Kläger von dieser Mitarbeiterin habe trennen wollen. Bis zum Juli 2010 sei der Konflikt eskaliert. F._____ habe ihm mit weiteren Massnahmen gedroht. Daraus bzw. aus dem Umfeld von F._____ sei dann die Rufmordkampagne gegen ihn entstanden, welche letztlich zur Kündigung geführt habe. Er habe die Vorwürfe, die ihm gemäss Protokoll vom 14. Juli 2010 vorgehalten worden seien, wie auch die ihm bereits am 7. April 2010 vorgehaltenen Vorwürfe stets bestritten. Ohne Kenntnis der Person der die Beschuldigungen erhebenden Mitarbeitenden und deren konkreten Vorwürfe habe er dazu nie gehörig Stellung nehmen können. Die Befragung vom 28. Juli 2010 zu den Vorwürfen sei sodann eine Farce, seine Kündigung damals bereits beschlossene Sache gewesen. Seine dortigen Aussagen könnten auch nicht als Selbstbezeichnung interpretiert werden. Zu den Anschuldigungen gegen ihn, ihrer Urheberschaft und zur Kausalität mit dem Konflikt F._____ hätte ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen.

Weiter wirft der Kläger der Vorinstanz unrichtige Rechtsanwendung vor. Zunächst weil sie einen Konflikt und eine Konfliktschlichtungspflicht der Beklagten bezüglich F._____ verneint habe. Und weiter weil die Vorinstanz eine Verletzung der Pflicht der Beklagten zur schonenden Rechtsausübung gegenüber dem Kläger und zum Schutz seiner Persönlichkeit verneint habe. Aufgrund dieser Pflichten hätte die Beklagte Transparenz über die den Kläger beschuldigenden Personen herstellen und ihm nicht verbieten dürfen, selber tätig zu werden und entlastende Zeugen beizuziehen. Aufgrund des langjährigen und ungetrübten Arbeitsverhältnisses habe die Beklagte eine erhöhte Fürsorgepflicht getroffen und aufgrund ihres professionellen Personalmanagements hätte sie eine rechtsstaatlichen Standards besser entsprechende Untersuchung der Anschuldigungen durchführen müssen.

Hinsichtlich der Qualifikation des Bonus als Gratifikation hat die Vorinstanz nach Auffassung des Klägers insofern eine falsche Sachverhaltsannahme getroffen und das Recht unrichtig angewendet, als sie den Bonus unter Verweis auf den regelmässigen Freiwilligkeitsvorbehalt zu Unrecht als Gratifikation qualifiziert habe, obschon nach der Praxis des Bundesgerichtes bei einer langjährigen Bonuspraxis auch trotz eines Freiwilligkeitsvorbehalts ein Anspruch darauf entstehe. Weiter habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass der Bonus im Vergleich zum Fixlohn jeweils derart hoch gewesen sei, dass ihm Lohncharakter zukomme. Damit habe er trotz der Kündigung Anspruch auf den Bonus 2010 und pro rata für 2011.

Hinsichtlich der Mitarbeiterbeteiligung (H._____) wirft der Kläger der Vorinstanz eine falsche Rechtsanwendung vor, indem sie verspätete diesbezügliche Noven der Beklagten zu Unrecht noch berücksichtigt habe und dem Kläger überdies dazu das rechtliche Gehör nur noch mündlich, nach eingeräumtem Verhandlungsunterbruch, aber nicht mehr in Form einer schriftlichen Stellungnahme gewährt habe. Weiter stelle die Vorinstanz auch hier zu Unrecht auf den missbräuchlichen Kündigungsgrund ab und folgere daraus eine Verwirkung der Beteiligungsrechte.

Hinsichtlich der Ablehnung des Einsichtsrechts in seine Personalakte will der Kläger eine unrichtige Sachverhaltsdarstellung durch die Vorinstanz erkennen. Die Art und Weise der Vorlegung der sich im Dossier befindlichen Befragungsprotokolle der ihn belastenden Mitarbeitenden an seinen Rechtsvertreter hätten die Anforderungen an ein solches Einsichtsrecht nicht erfüllt. Überdies habe die Beklagte nie behauptet, sie habe den Mitarbeitenden das Versprechen der Vertraulichkeit abgegeben. Die Vorinstanz habe sodann die Abwägung zwischen seinem Interesse an der Einsicht und den Interessen der Mitarbeitenden falsch vorgenommen und damit das Recht unrichtig angewendet (Urk. 41).

4.1. Die Beklagte hält auch im Berufungsverfahren daran fest, dass sie dem Kläger nicht missbräuchlich gekündigt hat.

Der Kläger habe vor Vorinstanz als Konfliktpunkt mit F._____
einzig die Diskussi-

onen um das Arbeitszeugnis angeführt. Solche sowie auch allgemeine Führungsgespräche fielen in den üblichen Aufgabenbereich einer Führungsperson und könnten nicht als Arbeitskonflikt bezeichnet werden. Eine andere Konfliktsituation zwischen ihm und F._____ habe der Beklagten nicht ansatzweise substantiiert. Folglich habe für die Beklagte kein Anlass für ein unterstützendes Eingreifen bestanden und sie habe diesbezüglich keine Fürsorgepflicht verletzt. Die Beanstandungen am Verhalten des Klägers hätten mit der Zeugnisdiskussion keinen Zusammenhang gehabt.

Die Beklagte als Arbeitgeberin müsse grundsätzlich eine Kündigung nicht begründen. Der Kläger hätte den Beweis einer verpönten, missbräuchlichen Kündigung zu erbringen, was ihm aber nicht gelungen sei. Die Beklagte habe sich im Prozess zu ihren Kündigungsgründen geäußert. Die Vorwürfe an den Kläger seitens von Mitarbeitenden seien protokolliert worden und der Rechtsvertreter des Klägers haben in die Protokolle der acht befragten Mitarbeitenden Einsicht nehmen können. Dem Kläger persönlich sei der Inhalt der Vorwürfe am 14. Juli 2010 anlässlich eines Gesprächs vorgehalten worden, er habe sich dazu äussern können, und es sei auch darüber ein Protokoll erstellt worden. Dabei habe der Kläger selber ein Fehlverhalten eingeräumt. Dieses Protokoll sowie das Protokoll des Gesprächs vom 28. Juli 2010 habe der Kläger nie beanstandet. Das rechtliche Gehör zu den Vorwürfen sei dem Kläger damit ausreichend gewährt worden. Die am 28. Juli 2010 ausgesprochene Kündigung habe offensichtlich nichts zu tun mit dem Konflikt mit F._____ und sei nicht zu dessen Bereinigung erfolgt, da F._____ per Ende Juni 2010 bei der Beklagten ausgeschieden sei bzw. in einen anderen Bereich der B._____ AG gewechselt habe.

Bezüglich des Bonus hält die Beklagte im Berufungsverfahren gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung dafür, dass die sechsmalige Auszahlung eines Bonus mit dem Vermerk der Freiwilligkeit noch keinen Anspruch darauf begründe. Beim Vergleich von Bonus und Fixlohn seien zum Letzteren auch noch die Pauschalspesen dazuzuzählen. Da der Fixlohn relativ hoch gewesen sei und stets höher als der Bonus, könne Letzterer noch nicht als Lohnbestandteil gelten. Die H._____ -Anwartschaften dürften nicht zum Bonus hinzu gerechnet werden.

Bezüglich der H._____-Ansprüche verweist die Beklagte auf ihre bereits vor Vorinstanz erfolgten Ausführungen sowie ihre Bestreitung, dem Kläger Ansprüche im Umfang von Fr. 51'000.- zugeteilt zu haben.

Den Antrag auf Einsichtnahme ins Personaldossier mit den Befragungsprotokollen der Mitarbeitenden des Klägers bestreitet die Beklagte auch im Berufungsverfahren und unter Hinweis auf die dem Rechtsvertreter des Klägers am 26. November 2010 bereits gewährte Einsicht (Urk. 52).

4.2. Zum Begehren des Klägers auf Einsichtnahme in sein Personaldossier hat die Beklagte als Anhang zur Berufungsantwort (Urk. 52) einen Briefwechsel mit dem Rechtsvertreter des Klägers von Ende 2010 eingereicht und weitere Beweismittel offeriert. Damit will sie den Umfang der Einsichtnahme des Vertreters in das Dossier dokumentieren. Weiter hat sie zur Widerlegung eines die Zeugnisfrage übersteigenden Arbeitskonflikts zwischen dem Kläger und F._____, deren Mitarbeiterbeurteilungen und ein Zwischenzeugnis aus den Jahren 2008 bis 2010 eingereicht; auch für die Prozessrelevanz des Ausscheidens von F._____ offeriert sie Zeugen. Diese spätestens Ende 2010 vorliegenden Dokumente und bekannten Beweismittel hätte die Beklagte ohne weiteres bereits vor Vorinstanz und im Zuge ihrer ordentlichen Rechtsschriften bzw. Parteivorträge bis zur Instruktionsverhandlung vom 3. November 2011 vorbringen können. Im Berufungsverfahren ist die Beklagte mit diesen Noven ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

III.

1. Missbräuchliche Kündigung

1.1. Im Schweizerischen Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit (BGE 132 III 115, 131 III 535, 125 III 70, 123 III 246, 118 II 166). Selbst eine grundlose Kündigung ist rechtmässig. Die Kündigungsfreiheit wird einzig beschränkt durch das Verbot des Handelns wider Treu und Glauben. Solche treuwidrigen und damit missbräuchlichen Kündigungsgründe sind in Art. 336 OR aufgeführt. Es handelt sich dabei um Tatbestände einer zweckwidrigen Ausübung

des Kündigungsrechtes, also der Vornahme einer Kündigung aus einem Grund, der mit dem Arbeitsverhältnis in keinem Zusammenhang steht, oder die aus Rache für die Geltendmachung berechtigter Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag erfolgt. Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Es sind weitere Gründe von vergleichbarer Schwere denkbar, wie z.B. als Folge der Interessenabwägung zwischen geringfügigem Anlass und schwerwiegenden Kündigungsfolgen, bei einer ausgeprägten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn die Begleitumstände der Kündigung aussergewöhnlich persönlichkeitsverletzend sind oder der Arbeitgeber dabei hinterlistig vorgeht. Hat die Kündigung einen sachlichen Anhaltspunkt, schliesst dies eine missbräuchliche Kündigung in der Regel aus.

Wird die Kündigung mit Konflikten am Arbeitsplatz begründet, so hat sie grundsätzlich einen sachlichen Anhaltspunkt im Arbeitsverhältnis, was gegen ihre Missbräuchlichkeit spricht. Zwar trifft hier den Arbeitgeber im Vorfeld der Kündigung eine gewisse Abklärungs- und Schlichtungspflicht. Die Anforderungen daran dürfen indessen nicht überspannt werden. Es darf vom Arbeitgeber allenfalls erwartet werden, dass er vorgängig das Gespräch sucht, den Konflikt durch Befragungen abzuklären versucht und, sofern möglich und erfolgversprechende, arbeitstechnische oder organisatorische Massnahmen zur Bereinigung des Konfliktes ergreift. Eine Pflicht durch Durchführung von Aussöhnungsversuchen oder gar eines Mediationsverfahrens oder Coachings besteht hingegen nicht, insbesondere nicht wenn zum Schutz anderer Mitarbeitender eine sofortige Reaktion notwendig ist. Ebenso wenig sind eine vorgängige Verwarnung oder Abmahnung oder zunächst die Ergreifung weniger einschneidender Massnahmen erforderlich. Sind die Opfer- und Täterrolle in einem persönlichen Konflikt am Arbeitsplatz nicht eindeutig, so ist der Arbeitgeber in seiner Entscheidung frei, von welcher involvierten Person er sich trennen will. Ebenso ist es ab einer bestimmten hierarchischen Stellung und einem bestimmten Verantwortungsbereich des zu kündigenden Mitarbeiters nicht mehr nötig, dass der Arbeitgeber vor einer Kündigung bis ins letzte Detail abklärt, welche Person wie weit den Konflikt verschuldet hat, da hier in jedem Fall das gute Funktionieren der Abteilung beeinträchtigt wird (BGer 8C_396/2010 vom

19.2.2011; vgl. zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 336 N 4 S. 1003ff mit weiteren Verweisen).

Grundsätzlich obliegt dem Arbeitnehmer der Beweis für die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Der Arbeitgeber hat, als Ausfluss des Prinzips der Kündigungsfreiheit, die von ihm in der schriftlichen Kündigungsbegründung gemäss Art. 335 Abs. 2 OR angeführten und vom Arbeitnehmer allenfalls bestrittenen Kündigungsgründe nicht zu beweisen. Sie müssen weder der Wahrheit entsprechen noch belegt ihre Unwahrheit bereits die Missbräuchlichkeit. Vielmehr muss der Arbeitnehmer auch diesfalls einen Missbrauchstatbestand im Sinne des Gesetzes oder der Rechtsprechung behaupten und belegen (BGE 121 III 63). Eine Ausnahme ist allenfalls dort zu machen, wo aufgrund starker Indizien die Vermutung besteht, der vom Arbeitgeber angegebene Kündigungsgrund sei lediglich vorgeschoben zur Verschleierung eines Missbrauchstatbestandes im Sinne von Art. 336 OR. Hier darf der Arbeitgeber nicht inaktiv bleiben und muss seine Kündigungsgründe belegen (BGE 130 III 699 Erw. 4.1 am Ende).

1.2. Die Beklagte hat die Kündigung mit einem Vertrauensverlust infolge ungebührlichen Betragens des Beklagten begründet, das nach dem Eingang von Reklamationen und Hilfeersuchen verschiedener Mitarbeitender und aus Befragungen von acht konkreten Mitarbeitenden der Beklagten resultierte. Diese betreffen das allgemeine Verhalten und die Kommunikation (u.a. Unberechenbarkeit/Unbeherrschtheit, rüpelhafter und persönlichkeitsverletzender Umgangston, herabwürdigende Bemerkungen an Mitarbeitende, vulgäre Kommunikation), Verhalten und Aussagen über Frauen/Ausländer (u.a. sexistische, fremdenfeindliche, despektierliche und diskriminierende Aussagen, das sexuelle Empfinden von Mitarbeitenden tangierendes sonderbares Verhalten) sowie das Prahlen mit übermässigem Alkoholkonsum (Urk. 15/3). Die Beklagte stützte sich dabei auf ein internes "Management Summary" vom 22. Juli 2010, in welchem diese Vorwürfe als Zusammenfassung aus den Befragungen von acht Mitarbeitenden des Beklagten detailliert sind und welches Grundlage für das Kündigungsgespräch am 28. Juli 2010 gebildet hatte (Urk. 4/27).

1.3. Nach den Ausführungen der Beklagten im vorliegenden Prozess gingen zwischen Januar und März 2010 erste Beschwerden über den Beklagten seitens von Mitarbeitenden bei der Personalabteilung der B. _____ AG ein, welche weitere interne Abklärungen vornahm. Am 7. April 2010 fand eine erste Konfrontation des Klägers mit diesen Vorwürfen statt und wobei dem Kläger klargemacht wurde, dass solches Verhalten nicht geduldet werde (Urk. 13 S. 11ff). Dieses Gespräch als solches blieb unbestritten, wenngleich der Kläger die Wahrheit der damaligen Vorwürfe - Alkoholproblem, despektierliche Äusserungen über Frauen - bestritt (Urk. 19 S. 9ff; vgl. auch Urk. 4/23 Ingress, vom Kläger unterschrieben und damit als richtig befunden).

Nach einer vorübergehenden Besserung ist der Kläger nach den Ausführungen der Beklagten wieder in das alte Verhaltensmuster zurückgefallen, und es sei bis Anfang Juli 2010 zu weiteren Reklamationen über ungebührliches Verhalten gekommen. In einem zweiten Gespräch wurde der Kläger am 13. Juli 2010 erneut mit diesen Vorwürfen konfrontiert, worüber ein detailliertes und vom Kläger unterzeichnetes Gesprächsprotokoll existiert (Urk. 4/23). Konkret anerkannte er dort Äusserungen, wonach er Frauen als Schnecken bezeichnet habe (Frage 3), dass er sich herablassend über Schwarzafrikaner geäussert und möglicherweise im Affekt sich auch einmal über die "freche Schnorre" von Ausländern beklagt habe (Frage 4), dass er abends schon mal genug Alkohol getrunken habe und dass man dies auch gerochen habe sowie dass er den Lehrling einmal gefragt habe, ob er wenigstens [am Fest] richtig getrunken habe (Frage 5 und 6). Andere Vorhalte bestritt der Kläger nicht direkt, sondern gab ausweichende Antworten, was nach aussagepsychologischen Kriterien gemeinhin als Lügensignal gilt. Zu den vorgeworfenen Äusserungen, Frauen seien nur für das "Eine" da, wie im alten Rom bzw. schwangere Frauen seien nichts wert, verwies er lediglich auf die hohe Frauenquote im Team und auf angestellte Frauen im gebärfähigen Alter (Frage 3). Zur vorgehaltenen Äusserung, ... [Angehörige eines Staates in Südosteuropa] seien nicht zu gebrauchen, verwies der Kläger zuerst auf seinen Kontakt mit ... [Angehörigen eines Staates in Südosteuropa] beim Sport; erst auf Nachhaken hin bestritt er die vorgehaltene Äusserung (Frage 4). Zum Vorhalt von Äusserungen seinerseits, Dicke seien ekelhaft und geistig sowie physisch träge und würden ihm

vor der Sonne stehen [eine solche Mitarbeiterin gab es offenbar], meinte der Kläger u.a., er wisse nicht, woher diese Statements kämen (Frage 4). Auf den vorgehaltenen Vorwurf des mehrfachen Prahlers mit übermässigem Alkohol- und Drogenkonsum (u.a. er habe am Vortag massiv getrunken, er sei stockbesoffen nachhause gefahren, es zerresse ihm bald die Leber, er nehme Koks), verlangte der Kläger die Nennung der Urheberschaft dieses Vorwurfs, verwies auf seine diesbezüglich strafrechtliche Unbescholtenheit und offerierte eine medizinische Abklärung zu seinem tatsächlichen Substanzenkonsum. Letzteres ist für das Prahlen mit einem solchen Konsum offensichtlich kein taugliches Beweismittel, zumal der Kläger an anderer Stelle einen ausreichenden Alkoholkonsum durchaus zugestand (Frage 5 und 6). Zum Vorhalt, er habe Mitarbeitern mit Repressalien gedroht, welche ihn beim HR und der Whistleblowing Stelle anschwärzten, meinte der Kläger lediglich, er wisse nicht, dass gegen ihn Whistleblowing gemacht werde, er unterstütze die Existenz einer solchen Stelle und er wolle den Urheber dieses Vorwurfs wissen (Frage 9). Auf Vorhalt einer Äusserung, sein Vorgesetzter G._____ habe einen Aufmerksamkeitskomplex und eine Profilierungsneurose, meinte der Kläger zunächst nur, er habe G._____ schon früher kennengelernt und dieser sei kompetent und habe sehr gut performt; erst auf ein Nachhaken hin bestritt der Kläger den Vorhalt (Frage 10). Dieses Gespräch vom 13. Juli 2010 dauerte eine Stunde, und der Kläger unterzeichnete das Protokoll am Folgetag. Am 15. Juli 2010 nahm der Kläger nochmals von sich aus schriftlich Stellung zu den Vorhalten. Dabei verwies er auf seinen bisherigen erfolgreichen und einwandfreien Werdegang u.a. bei der B._____ AG bzw. der E._____ AG sowie auf die Personalmutationen und Krankheitsabsenzen in seinem Bereich, die sich, von zwei Ausnahmen abgesehen, im normalen Bereich bewegen würden (Urk.15/4). Am 16. Juli 2010 liess er einen medizinischen Laborbericht zu seinen Blutwerten erstellen, der ihm - soweit für einen Laien verständlich - negative Werte hinsichtlich eines aktuellen Betäubungsmittelkonsums attestierte (Urk. 4/25), für die ihm vorgeworfene Prahlererei mit Drogen- und übermässigem Alkoholkonsum bzw. für einen punktuell übermässigen tatsächlichen Alkoholkonsum in einem früheren Zeitpunkt indessen nichts besagt.

Aufgrund der Bestreitungen des Klägers am 13. Juli 2010 befragte die Beklagte

nochmals acht Mitarbeitende zu Protokoll. Daraus ergab sich eine Bestätigung schwerer Belastungen des Klägers hinsichtlich seines Umgangs mit den ihm unterstellten Mitarbeitenden. Diese Protokolle sind zum Schutz der befragten Personen im Prozess nicht eingereicht worden, konnten vom Vertreter des Klägers aber eingesehen werden und mündeten in die als "Management Summary" vom 22. Juli 2010 aktenkundige Zusammenfassung aus (Urk. 4/27, Prot. I S. 17). Sie werden in der Klageantwort ausführlicher zitiert, worauf verwiesen werden kann (Urk. 13 S. 15ff). Lediglich beispielhaft sind daraus beanstandete Äusserungen und Verhaltensweisen des Klägers zu zitieren wie, dass er Arbeiten als Scheissdreck bezeichnet habe; dass Ausdrücke wie "Gopferdammi" und "Scheisse" zum Tagewortschatz gehörten; dass er nach der Trennung einer Mitarbeiterin von ihrem Freund zu dieser gesagt habe, es werde Zeit, dass sie einen ... [Schwarzen] zwischen die Beine kriege, sie habe jetzt ja keinen Macker mehr bzw. zu einer (vermutlich weiteren) Mitarbeiterin, sie solle sich einen Schwarzen suchen mit einem richtigen Penis, der sie mal so richtig....; Frauen seien Hühner und er traue ihnen keinen Grips zu; er habe vor einer Mitarbeiterin den Hosenschlitz geschlossen und sich am Penis gekratzt, als er mit ihr allein im Büro gewesen sei; der Kläger sei morgens in "Kampfmontur" ins Büro gekommen und habe sich bei offener Bürotür umgezogen; er habe morgens um 7 Uhr schon eine Alkoholfahne gehabt; er habe auch dem Lehrling unterstellt zu "saufen".

In einem letzten Gespräch der zuständigen Personalverantwortlichen mit dem Kläger vom 28. Juli 2010 wurde dieser zwar nicht mehr zu den Vorwürfen im Detail befragt, sondern er wurde nur noch allgemein zu seiner Einschätzung seines Verhaltens und des Betriebsklimas befragt. Er anerkannte, dass das Klima durchzogen sei, dass angesichts der Vorwürfe seiner Mitarbeitenden offenbar etwas nicht gut sei, diese dem Kontakt mit ihm auswichen und offenbar Angst vor ihm hätten. Er bestritt aber die ihm pauschal vorgehaltene Unbeherrschtheit, sexistische und ausländerdiskriminierende Aussagen gegenüber Mitarbeiterinnen oder die Erwähnung eines übermässigen Alkoholkonsums gegenüber Mitarbeitenden (Urk. 4/29). Zwar ist dieses Protokoll vom Kläger nicht unterschrieben. Er bestreitet aber die richtige Protokollierung des Gesprächs nicht (Urk. 41 S. 10 Rz 23f). Im Anschluss an dieses Gespräch erfolgte dann die Kündigung.

1.4. Das Verhalten einer obersten Führungsperson im Arbeitsalltag, wie es sich aus den vorzitierten Klagen der Mitarbeitenden des Klägers ergibt, ist untragbar und eine Kündigung aus diesem Grund sachlich ohne weiteres gerechtfertigt. Wohl hat der Kläger die Richtigkeit eines Teils der Vorwürfe ganz oder teilweise bestritten. Allein die anerkannten bzw. nicht überzeugend bestrittenen Vorwürfe anlässlich des Gesprächs vom 13. Juli 2010 (Urk. 4/23) belegen das vorgeworfene Verhalten zumindest in der Tendenz. Auch im Schlussgespräch vom 28. Juli 2010 (Urk. 4/29) musste der Kläger zugestehen, dass das Arbeitsklima gestört sein müsse, auch wenn er dies selber nicht so wahrgenommen habe. Beschwerden sich aber acht von rund 40 Mitarbeitenden in ähnlicher Richtung über ihren obersten Chef wenige Monate nach dessen Funktionsantritt, und ist das Arbeitsklima unbestrittenermassen gestört, so belegt allein dieser Umstand einen schweren Konflikt, was bzw. wie viel auch immer von diesen Klagen zutrifft. Allein dieser Umstand berechtigte die Beklagte zum Handeln, ist sie als Arbeitgeberin doch nicht nur an einem optimal motivierten und funktionierenden Team interessiert, sondern hat auch eine Fürsorgepflicht für die dem Kläger unterstellten Mitarbeitenden und für die Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte. Kommt es zu persönlichen Konflikten am Arbeitsplatz, so ist die Arbeitgeberin, wie gesehen (Erw. 1.1. vorstehend), frei, ob und allenfalls welcher Person sie kündigen will, um den Konflikt beizulegen. Wenn sich die Beklagte für die Kündigung des Vorgesetzten anstelle eines oder mehrerer der acht ihn belastenden Mitarbeitenden entschieden hat, so ist dies nicht zu beanstanden, sachlich begründbar und jedenfalls nicht missbräuchlich. Es ist nochmals auf den Grundsatz der Kündigungsfreiheit im Schweizerischen Arbeitsrecht, somit auf das grundsätzliche Recht auch zu einer grundlosen Kündigung hinzuweisen.

Damit kann offen bleiben, wie weit die Vorwürfe an den Kläger im Detail der Wahrheit entsprechen. Die Arbeitgeberin ist nicht verpflichtet, ein gerichtlichen oder strafprozessualen Verfahrensvorschriften genügendes Untersuchungs- und Beweisverfahren mit einlässlichem rechtlichem Gehörsanspruch durchzuführen oder eine aussenstehende neutrale Instanz mit der Prüfung von Vorwürfen zu betrauen, bevor sie gestützt auf wiederholte Klagen von Mitarbeitenden einen Angestellten entlässt. Dies gilt erst recht für Führungspersonen, wo auch weniger gra-

vierende Vorkommnisse für einen Vertrauensverlust und eine Kündigung ausreichen. Die Beklagte hat die sich beschwerenden Mitarbeitenden mehrfach angehört und sie, nach Kenntnisnahme des Standpunktes des Klägers, nochmals einlässlich zu Protokoll befragt. Sie hat auch den Kläger drei Mal zu den Vorwürfen angehört, er konnte dazu ausreichend Stellung nehmen. Damit hat die Beklagte - vor dem Hintergrund der Kündigungsfreiheit - das ihr Zumutbare zur Abklärung der Situation vorgenommen. Eine förmliche Verwarnung und Abmahnung war nicht erforderlich, zumal der Kläger als CEO selber weiss, dass das ihm vorgeworfene Verhalten nicht angänglich ist. Der Kläger erhielt einzig keine Angaben zu den Namen der sich beschwerenden Mitarbeitenden, und es fand keine unmittelbare Konfrontation mit diesen statt. Auch wurde dem Kläger die Verpflichtung auferlegt, die Beschwerden ausserhalb der Gesprächssituation mit den Personalverantwortlichen nicht weiter zu thematisieren. Diese Rahmenbedingungen waren aber durchaus angemessen bei der vorliegenden Situation, wo es um das Verhalten des obersten Chefs ging und wo - insbesondere aufgrund der Art der Vorwürfe - bei einer breiteren Thematisierung im Betrieb naturgemäss Unruhe und die Entstehung von Ängsten vor neuen Abwertungen und Schikanen zu befürchten sind. Dass der Kläger keine weiteren Mitarbeitenden oder "Leumundszeugen" aus dem aktuellen oder früheren Arbeitsbereich zu seiner Entlastung befragen lassen konnte, die sein Verhalten möglicherweise anders erlebt haben, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Deren Aussagen über ein korrektes Verhalten des Klägers ihnen gegenüber würde ein von diesen "Zeugen" nicht wahrgenommenes Fehlverhalten Anderen gegenüber nicht ausschliessen. Auch ist zu beachten, dass der Kläger erst seit August 2009 CEO der Beklagten war und erst seit August 2009 keiner Aufsicht von Vorgesetzten im Alltag mehr ausgesetzt war. Aus einem korrekten Verhalten in früherer Zeit, in einem anderen Umfeld und unter anderen Bedingungen lassen sich keine zwingenden Schlüsse auf das spätere Verhalten ziehen.

1.5. Entgegen dem Kläger hat die Beklagte im Zusammenhang mit der Kündigung auch nicht anderweitige Fürsorgepflichten verletzt.

Die Vorwürfe bezogen sich auf das persönliche Verhalten, somit auf bestimmte Persönlichkeitszüge des Klägers. Dies zu ändern lag allein am Kläger. Dafür bedurfte es keines Coachings, keiner neuen Weisungen zu Zuständigkeiten und Ar-

beitsabläufen, keiner Aussöhnungsversuche oder gar eines Mediationsverfahrens. Nach dem ersten Gespräch am 7. April 2010 hatte der Kläger ausreichend Zeit für eine Verhaltensänderung, die anfänglich offenbar auch erfolgte; mit der Zeit rutschte der Kläger aber wieder in alte Verhaltensweisen zurück, und es erfolgten neue Beschwerden.

Der Kläger war im Zeitpunkt der Kündigung 42 Jahre alt. Er war gesund. Er verfügt über ein abgeschlossenes Studium als Betriebsökonom und hatte 13 Jahre praktische Berufserfahrung im Bankenbereich. Das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten dauerte 6 Jahre. Mit diesen Voraussetzungen konnte er auf dem freien Arbeitsmarkt ohne Weiteres wieder eine gute Stelle finden, zumal ihm aufgrund der Freistellung dafür noch 13 freie Monate mit Lohnzahlung zur Verfügung standen. Damit bestand keinerlei Anlass für die Beklagte, den Kläger aus sozialen Gründen an einer anderen Stelle weiter zu beschäftigen. Abgesehen davon wäre dies ohnehin nur schwer zu bewerkstelligen gewesen. Aufgrund seiner bisherigen Funktion kam der Kläger nur für eine Kaderstelle in Frage, welche auch bei einem Bankenkonzern nicht ohne weiteres zu finden ist. Sodann wären ihm bei einem konzerninternen Wechsel die Umstände seines Ausscheidens bei der Beklagten vorausgeeilt, was der B. _____ AG nicht zuzumuten war.

Der Kläger sieht seine Kündigung vorwiegend im Zusammenhang des Arbeitskonflikts mit F. _____. Er hat Ende März 2010 die Beklagte um Unterstützung bei einem Führungsgespräch mit dieser Mitarbeiterin ersucht, welches der Vorbereitung der Kündigung dienen sollte. Nachdem diese Mitarbeiterin konzernintern eine neue Stelle fand und per Ende Juni 2010 bei der Beklagten ausschied, kam es zu Differenzen um die Leistungsbewertung im Schlusszeugnis, welche noch bis in den Juli 2010 hinein anhielten. In diesem Konflikt habe er keine Unterstützung durch die Beklagte erhalten, womit diese ihre Fürsorgepflicht verletzt habe. Der Konflikt sei eskaliert und habe schliesslich zu den erwähnten Beschwerden gegen ihn und zu seiner Kündigung geführt.

Die Kündigung des Klägers geht unbestrittenermassen auf die Befragung und vorgebrachten Beschwerden von acht Mitarbeitenden des Klägers zurück, somit nicht allein auf Beschwerden von F. _____. Davon konnte sich auch der Rechtsvertreter des Klägers überzeugen (Prot. I S. 17). Als die beschwerdeführenden

Mitarbeitenden im Juli 2010 von der Beklagten ein zweites Mal und förmlich zu Protokoll befragt wurden, war F. _____ bereits nicht mehr im Bereich des Klägers tätig und die noch offenen Zeugnisdiskussionen wurden, soweit ersichtlich, per EMail geführt (Urk. 4/24). Dass sich in dieser Situation mindestens sieben ehemalige KollegInnen noch derart mit ihr solidarisieren würden, dass sie sich ihr zuliebe an einem Komplott mit völlig haltlosen und unwahren Anschuldigungen gegen den Kläger beteiligen würden, kann vernünftigerweise ausgeschlossen werden. Und wenn es trotzdem zu einem solchen weitreichenden Komplott gekommen sein sollte, so würde bereits dieser Umstand das konfliktbeladene Arbeitsklima im Zuständigkeitsbereich des Klägers belegen und was eine Kündigung nicht als ohne jeden sachlichen Anhaltspunkt erscheinen lässt. Klare Verhältnisse über die Täter- und Opferrolle bestanden angesichts der teilweisen Zugabe der Vorhalte aber nicht, und in solchen Situationen ist die Arbeitgeberin frei, wem sie kündigen will. Bereits die Vorinstanz hat sodann erwogen, dass Differenzen über die Formulierung eines Arbeitszeugnisses zum Alltag gehören; sie haben in aller Regel kein Lügenkomplott eines grösseren Teils der Belegschaft zur Folge. Solche Zeugnis Konflikte sind von einer Führungsperson auszuhalten. Ebenso gehört es zur Kernaufgabe von Führungspersonen, mitunter unangenehme Gespräche mit Mitarbeitenden über deren ungenügende Leistung zu führen. Wenn es im März/April 2010 - aus welchen Gründen auch immer - nicht zur angeforderten einmaligen Unterstützung der Personalverantwortlichen beim beabsichtigten Führungsgespräch mit F. _____ kam, so liegt allein darin noch keine Verletzung der Fürsorgepflicht der Beklagten. Zum anderen tut der Kläger nicht dar, dass und warum es diese unterlassene Unterstützung war, die zum behaupteten eskalierenden Konflikt mit F. _____ führte. Es stand dem Kläger frei, das für nötig erachtete Gespräch notfalls auch ohne die Mithilfe der Personalverantwortlichen, allenfalls unter Beizug seiner Stellvertretung oder einer anderen Vertrauensperson, durchzuführen. Waren die an diesem Gespräch zu diskutierenden Kritikpunkte bei F. _____ so schwerwiegend, um ihr Anlass für die Anzettelung eines verleumderischen Komplotts gegen den Kläger zu geben, so hätte auch ein Gespräch zu Dritt mit einem Personalverantwortlichen der Beklagten daran nichts geändert.

1.6. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Beklagte im Arbeitsverhältnis mit dem Kläger liegende sachliche Anhaltspunkte für ein ordentliche Kündigung hatte. Sie hat sich angemessen und ausreichend um die Klärung dieser Punkte bemüht und im Zusammenhang mit der Kündigung keine weiteren Fürsorgepflichten verletzt. Ein Missbrauch des Kündigungsrechts liegt nicht vor.

Wie einleitend festgestellt, obliegt es dem Kläger, die Unrichtigkeit der angeführten Kündigungsgründe und die wahren, allenfalls verschleierte, missbräuchlichen Gründe zu behaupten. In diese Richtung zielt einzig die Behauptung, die Beklagte habe mit ihrer Kündigung seine Bonus- und H.____-Award-Ansprüche vereitelt. Im Kündigungszeitpunkt waren diese Ansprüche aber bei weitem noch nicht liquid, weder im Grundsatz noch im Quantitativ. Es liegt damit kein Fall von Art. 336 lit. c OR vor. Anders zu entscheiden hätte zur Folge, dass Arbeitsverträge mit Bonusabrede grundsätzlich unkündbar wären. Solches ergibt sich aber aus dem Gesetz nicht. Andere, möglicherweise missbräuchliche Kündigungsgründe vermag der Kläger nicht ansatzweise zu nennen. Damit erweist sich sein diesbezüglicher Prozessstandpunkt und die Forderung nach einer Pönalzahlung von Fr. 66'466.65 als unbegründet.

2. Bonus

2.1. Der Kläger fordert die Bezahlung eines Bonus für das Kündigungsjahr 2010 sowie pro rata für das Jahr 2011 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von insgesamt Fr. 181'666.-. Dieses Begehren hängt davon ab, ob der Bonus als fester Lohnbestandteil oder als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren ist.

2.2. Nach der Praxis sind Gratifikationen Leistungen des Arbeitgebers, die bei besonderen Anlässen ausgerichtet werden, zum Lohn hinzutreten und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängig sind. Eine Gratifikation muss daher im Vergleich zum ordentlichen Lohn betragsmässig von untergeordneter Bedeutung sein, sie darf nicht Hauptentgelt für die geleistete Arbeit sein. Ob dies der Fall ist, hängt nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgericht-

tes von der absoluten Höhe von Festlohn und Gratifikation ab. Bei hohen Einkommen darf die Gratifikation im Verhältnis zum festen Lohn höher sein, um noch als solche zu gelten, als bei tiefen Löhnen, wo auch kleine Zusatzentschädigungen für den Arbeitnehmer wesentlich ins Gewicht fallen. Solange bei hohen Löhnen die Sondervergütung nicht regelmässig die Höhe des festen Lohnes übersteigt, ist der Gratifikationscharakter jedenfalls noch gewahrt (BGE 129 III 276 E. 2.1. a.E.).

Eine Gratifikation ist grundsätzlich eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers. Sie kann zwar als Grundsatz im Arbeitsvertrag vereinbart sein, dem Arbeitgeber muss aber noch immer ein gewisses Ermessen hinsichtlich der Höhe und Bemessungskriterien verbleiben. Eine Gratifikation kann auch konkludent vereinbart sein, wenn sie vorbehaltlos während mindestens 3 Jahren ausgerichtet wird (BGE 131 III 615 E. 5.2.), wird deswegen aber nicht zum Lohnbestandteil, und es entsteht kein pro rata-Anspruch. Erfolgt die Ausrichtung einer Gratifikation bereits gemäss Arbeitsvertrag oder dann regelmässig bei ihrer Auszahlung unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit, so verhindert dies die Entstehung einer konkludenten Gratifikationsvereinbarung. Wird indessen jahrzehntelang eine Gratifikation unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit und unabhängig von der Erreichung gewisser Erfolgs- oder Leistungsziele ausgerichtet, so kann der Freiwilligkeitsvorbehalt zur leeren Floskel werden und ist unter dem Aspekt des Vertrauensprinzips nicht mehr von Belang. Die Ausrichtung während bloss 5 Jahren genügt umgekehrt für die Unbeachtlichkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts noch nicht (vgl. zum Ganzen Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 4 S.335, 340 mit weiteren Hinweisen; Art. 322d N 5 S. 342 mit weiteren Hinweisen).

Liegt eine echte Gratifikationsabrede vor, so sind pro rata-Anspruchsvereinbarungen für den Fall einer vorzeitigen Kündigung und - in majore minus - auch über allfällige weitere Bedingungen möglich und zulässig (Art. 322d Abs. 2 OR).

2.3. Massgeblich sind vorliegend einzig die Lohn- und Bonibezüge des Klägers bei der E. _____ AG, bei welcher er im September 2004 eingetreten ist und mit welcher er einen selbständigen, neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Danach wurden ihm folgende Löhne und Boni ausbezahlt :

2004/05 : Fr. 135'000.- Festlohn, Fr. 70'000.- Bonus (Urk. 4/15, Urk. 4/4)

- 3.2005 : Fr. 150'000.- Festlohn, Fr. 90'000.- Bonus (Urk. 4/4, Urk. 4/5)
- 3.2006 : Fr. 155'000.- Festlohn, Fr. 110'000.- Bonus (Urk. 4/5, Urk. 4/6)
- 3.2007 : Fr. 160'000.- Festlohn, Fr. 125'000.- Bonus (Urk. 4/6, Urk. 4/7)
- 3.2008 : Fr. 160'000.- Festlohn, Fr. 80'000.- Bonus (Urk. 4/7, Urk. 4/8)
- 3.2009 : Fr. 165'000.- Festlohn, Fr. 109'000.- Bonus (Urk. 4/8, Urk. 4/9)
- 8.2009 : Fr. 175'000.- Festlohn, Fr. 109'000.- Bonus (Urk. 4/9)
- 3.2010 : Fr. 185'000.- Festlohn (Urk. 4/9)

Die Höhe des Bonus überstieg damit in keinem Jahr den Festlohn. Allein schon die absolute Höhe des Festlohnes von durchschnittlich Fr. 160'000.- gewährleistete dem Kläger einen gehobenen Lebensstandard. Unter diesen Bedingungen sind die Boni daher noch immer als akzessorische Leistung zu qualifizieren und nicht als Teil eines ordentlichen Arbeitsentgeltes. Nicht in diesen Entschädigungsvergleich einbezogen werden können die dem Kläger bis 2008 zusätzlich zuerkannten Anwartschaften auf den künftigen Erwerb von Kapitalbeteiligungen (...; Urk. 4/10). Deren Realisierbarkeit wurde zeitlich aufgeschoben und an Bedingungen geknüpft, bedurften der Investition von eigenem Vermögen des Klägers und ihr Wert bzw. ihre Wertlosigkeit war von der künftigen Aktienkursentwicklung abhängig (vgl. auch Prot. I S. 30). Diese aleatorischen Momente und der Einsatz eigener Mittel zur Realisierung eines allfälligen Vorteils lassen die Bestimmung eines rechtsverbindlichen Wertes im Moment der Zuteilung nicht zu. Die zuerkannten Beteiligungsrechte sind eher als Kaufsrecht mit aleatorischem Wert denn als Arbeitsentgelt zu betrachten, müssen jedenfalls aber bei der Ermittlung des tatsächlichen und berechenbaren Jahreseinkommens aus Arbeit ausser Betracht bleiben. Ähnliches gilt für die Beteiligung für das Jahr 2009 gemäss Auch hier hing die Werthaltigkeit der Aktienanwartschaften von der Aktienkursentwicklung während der zehn folgenden Jahre sowie von den weiteren Bedingungen des ... ab (Urk. 4/11).

Die Bonusabrede im Arbeitsvertrag verweist ausdrücklich auf die Freiwilligkeit der Leistung. Auch wurden alle ausbezahlten Boni mit dem Vorbehalt der Freiwilligkeit versehen (Urk. 4/1, Urk. 4/15, Urk. 4/16, Urk. 4/4-9, Urk. 4/16 Art. 33). Damit ist weder konkludent durch eine mehrmalige vorbehaltlose Auszahlung noch durch eine jahrzehntelange Auszahlung eines Bonus ohne Inanspruchnahme des Vor-

behalts - das gesamte Arbeitsverhältnis dauerte weniger als 10 Jahre - nach dem Vertrauensprinzip eine Anspruchsgrundlage für eine weitere regelmässige Auszahlung entstanden. Der Bonus ist klar als Gratifikation im Sinne von Art 322d OR zu qualifizieren und nicht als fester Lohnbestandteil. Die Abrede im Arbeitsvertrag, wonach ein Bonus nur ausbezahlt wird, wenn sich der Kläger im Zeitpunkt der Auszahlung (jeweils im Frühjahr) in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befindet (Urk. 4/1), ist gültig und kommt vorliegend bei einer Kündigung am 28. Juli 2010 per Ende Januar bzw. Ende August 2011 für die Boni 2010 und 2011 zum Tragen. Eine ordentliche, unterjährige Kündigung stellt auch keine missbräuchliche Verhinderung des Eintritts der Anspruchsbedingungen im Sinne von Art. 156 OR dar, ansonsten Art. 322d OR bei Kündigungen grundsätzlich nie zum Tragen käme bzw. Arbeitsverträge mit Bonusabrede nicht mehr frei kündbar wären. Ein Anspruch auf Auszahlung eines ganzen Bonus für 2010 und eines pro rata-Bonus für 2011 entfällt damit und das diesbezügliche Klagebegehren über Fr. 181'666.- ist abzuweisen.

3. H. _____-Awards

3.1. Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verpflichten, ihm für 2010 und pro rata temporis für 2011 H. _____ - Awards im Umfang von Fr. 85'000.- zuzuteilen. Aus den noch laufenden Beteiligungsrechten des Jahres 2009 habe die Beklagte Fr. 51'000.- zu bezahlen.

Hinsichtlich der geforderten Beteiligungsrechte für 2010 und 2011 verwies die Vorinstanz auf die Bedingung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Zuteilung sowie auf den Freiwilligkeitsvorbehalt, den die Beklagte bei der Zuteilung der H. _____-Awards für 2009 im März 2010 gemacht habe. Dadurch entfalle ein Anspruch für 2010 und pro rata für 2011.

Hinsichtlich der geforderten Beteiligungsrechte von Fr. 51'000.- aus dem Jahre 2009 erwog die Vorinstanz, dass diese gemäss dem H. _____ 2009/10 Agreement je zu einem Drittel ab dem 1. März 2011, 1. März 2012 und 1. März 2013 ausgeübt werden konnten. Unklar und unsubstanziert sei, ob der erste Drittel im März 2011 und zu welchem Betrag gevestet worden sei. Die zwei weiteren Tranchen seien noch nicht fällig und auch nicht substanziert eingeklagt. Weiter verwies die Vorinstanz auf die Bestimmungen des H. _____, wonach noch nicht gevestete Be-

zugsrechte verfallen, wenn das Arbeitsverhältnis "for cause" aufgelöst werde, somit wenn der Arbeitnehmer begründeten Anlass für die Auflösung gegeben habe. Letzteres sei vorliegend der Fall, weshalb der Kläger die noch nicht gevesteten Bezugsrechte des Jahres 2009 verwirkt habe.

3.2. Für die eingeforderten Mitarbeiterbeteiligungsrechte 2010 und 2011 kann auf die vorerwähnten Ausführungen zum Barbonus verwiesen werden, welche analog für die Mitarbeiterbeteiligung gelten (Erw. 2.3.) Auch diese Benefits gemäss ..., ... und H._____ wurden dem Kläger jeweils unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit ausgerichtet. Dies ergibt sich bereits aus den mit der Klagebegründung vom Kläger selber eingereichten Urkunden 4/4-6 und 4/9. Einzig bezüglich der für das Jahr 2008 ausgerichteten Rechte gemäss ... findet sich der Freiwilligkeitsvorbehalt nicht bereits auf der Notifikation; diese verweist indessen auf die entsprechenden Planregeln (Urk. 4/8). Selbst wenn der Kläger Letztere nicht gekannt haben sollte, vermag die einmalige Unterlassung des Hinweises auf die Freiwilligkeit nicht konkludent ein Recht auf die künftige unbedingte Ausrichtung solcher Leistungen zu begründen, insbesondere nicht aufgrund des in dieser Hinsicht klaren Arbeitsvertrages. Für die hier massgebliche Beteiligung gemäss H._____ hat die Beklagte jedenfalls bereits im nachfolgenden Jahr wieder den Vorbehalt der Freiwilligkeit angebracht (Urk. 4/9). Die Beklagte hat die Ansprüche auf Mitarbeiterbeteiligungen für 2010 und 2011 bereits in ihrer Klageantwort (Urk. 13 S. 8 Rz 25) bestritten. Die vorgenannten Urkunden sind von Amtes wegen bei der Beurteilung der Streitfrage der Freiwilligkeit zu berücksichtigen und zu würdigen. Sie führen zur Qualifikation der Mitarbeiterbeteiligung als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, bei welcher die Beklagte eine Ausrichtung pro rata ausschliessen durfte. Die Abweisung des diesbezüglich eingeklagten Anspruchs von Fr. 85'000.- gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 durch die Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden und im Berufungsverfahren zu bestätigen.

3.3.1. Hinsichtlich der Mitarbeiterbeteiligung für das Jahr 2009, zugesichert im Februar 2010 gemäss H._____, ist im Berufungsverfahren nur noch das Leistungsbegehren über Fr. 51'000.- streitig; das Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren Ziffer 4 Abs. 1) ist rechtskräftig erledigt.

Der Kläger hatte in der Klagebegründung zunächst ausschliesslich ein Feststellungsbegehren anhängig gemacht, lautend auf die Feststellung, dass er für die Mitarbeiterbeteiligungsprogramme bis zum Endzeitpunkt der laufenden Beteiligungsrechte so zu stellen sei, als wäre ihm nicht gekündigt worden (Urk. 1). Erst anlässlich der Replik an der Instruktionsverhandlung erhob er eine Leistungsklage über Fr. 51'000.- unter Berufung auf die Notifikation Urk. 4/9 (Urk. 19 S. 1, S. 5 Rz 11). Auf Antrag wurde der Beklagten erlaubt, zum Quantitativ dieses Rechtsbegehrens nachträglich Stellung zu nehmen (Prot. I S. 6, 15), was anlässlich der Hauptverhandlung dann auch geschah. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten zum Quantitativ der beim Ausscheiden des Klägers noch offenen bzw. verwirkten Beteiligungsansprüche und zu den dafür massgeblichen Vereinbarungen und Berechnungsgrundlagen (Urk. 34, Urk. 35) sind daher prozessual rechtzeitig erfolgt und beachtlich. Der Kläger konnte dazu in der Folge auch Stellung nehmen (Prot. I S. 25ff). Die Rügen des Klägers im Berufungsverfahren hinsichtlich der Beachtung dieser Noven sind daher unbegründet (Urk. 41 S. 21 Rz 55). Sodann hätte es ihm offen gestanden, im Nachgang zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung nochmals ergänzend zu diesen Vorbringen Stellung zu nehmen, falls er die ihm dafür von der Vorinstanz eingeräumte Zeit als nicht ausreichend erachtet hätte. Schliesslich wäre auch eine ergänzende Stellungnahme allenfalls auch noch im Berufungsverfahren zulässig gewesen. Vor einer Rechtsmittelinstanz mit voller Kognitionsbefugnis kann nämlich eine Heilung kleinerer Mängel des rechtlichen Gehörs erfolgen (BGer. 8C_140/2012 vom 17.8.2012). Der Kläger hat dies unterlassen, weshalb sein Einwand gegen die Beachtung von Urk. 34 und 35 für die Entscheidungsfindung unbegründet ist.

3.3.2. Die Vorinstanz hat bezüglich der ausstehenden Beteiligungsansprüche für das Jahr 2009 erwogen, aus den - prozessual beachtlichen - Ausführungen der Beklagten in Urk. 34 S. 18f Rz 66 samt Beilage Urk. 35/18 ergebe sich, dass von den im Februar 2010 zugesicherten H.____-Awards im Wert von Fr. 51'000.-, zu beziehen in drei jährlichen Tranchen, am erstmöglichen Bezugstermin im Frühjahr 2011 der erste Drittel bezogen worden sei. Dieser Drittel sei nämlich in der Schlussaufstellung der Beklagten vom 30. August 2011 über die nicht ausgeübten Beteiligungsansprüche nicht mehr enthalten, und der Kläger habe die entspre-

chenden Ausführungen der Beklagten in Urk. 34 S. 18/19 Rz 66 nicht bestritten. Die weiteren zwei Drittel seien noch gar nicht frei verfügbar, und der Kläger habe nicht genügend substantiiert, wie sich die eingeklagten Fr. 51'000.- auf die drei Tranchen verteilen und in welchem Betrag noch keine Bezüge erfolgt seien (Urk. 42 S. 35f). Mit dieser Begründung setzt sich der Kläger in seiner Berufung nicht auseinander, ficht sie somit nicht an (Urk. 41 S. 21 Rz 55ff).

Im Ergebnis ist die vorinstanzliche Begründung nicht zu beanstanden. In der Notifikation vom 17. Februar 2010 wurden dem Kläger Awards gemäss den Bestimmungen des H. _____ von Fr. 51'000.- zugesichert. Diese Zusicherung erfolgte unter der Bedingung der Zustimmung des Klägers zu den Bedingungen des H. _____ (Urk. 4/9). Diese Zustimmung ist erfolgt (Urk. 35/2). In dieser Zustimmungserklärung wird der Award gleichzeitig nach den Bestimmungen des Planes näher umschrieben als Bezugsrecht für 3'501 Aktien in drei Tranchen von 1'168, 1'176 und 1'166 Aktien je am 1. März 2011, 2012 und 2013. Damit erhielt der Kläger lediglich ein Bezugsrecht für Aktien, nicht aber Anrecht auf Bezahlung eines bestimmten Barbetrages anstelle von Aktien (Urk. 35/3 Ziffer 2.9). Darauf hat die Beklagte zurecht bereits vor Vorinstanz verwiesen (Urk. 34 S. 22 Rz 86ff). Insofern besteht kein Rechtsanspruch auf Entrichtung einer Barsumme; die Klage hätte vielmehr auf Aushändigung einer bestimmten Anzahl Aktien lauten müssen. Abgesehen davon substantiiert der Kläger auch im Berufungsverfahren nicht, welchen Wert die noch nicht bezogenen zwei Tranchen des Award 2009 für die Bezugszeitpunkte März 2012 und 2013 hatten bzw. haben. Es handelt sich dabei grundsätzlich erst um Anwartschaften, und der nachmalige Aktienkurs steht noch nicht fest. Insofern bleibt das Klagebegehren auch im Berufungsverfahren ungenügend substantiiert und ist daher abzuweisen, selbst wenn man von einem Anspruch in Geld ausgehen würde.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann offen bleiben, ob die Bezugsrechte für die zwei letzten Aktientranchen nicht überhaupt verwirkt sind, weil das Arbeitsverhältnis bereits vorher "for cause" aufgelöst war.

4. Einsicht ins Personaldossier

4.1. Der Kläger beantragte in der Replik vom 3. November 2011 die Anweisung an die Beklagte, ihm Einsicht in seine Arbeitnehmerakten, insbesondere in alle gegen ihn gerichteten Mitarbeiterbefragungen sowie das Mitarbeitermemorandum C._____ vom Frühjahr 2010 zu gewähren. Daraufhin gewährte die Beklagte dem Rechtsvertreter des Klägers am 22. November 2011 die Einsicht in die Befragungsprotokolle, bei denen aber offenbar die Namen der Mitarbeiter abgedeckt waren, sowie unter der Auflage, dass sich der Vertreter keine Namen notieren durfte (Prot. I S. 17).

Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil das Begehren um weitere Einsichtnahme abgewiesen. Sie hat u.a. erwogen, dass nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, welches gemäss Art. 328b OR auch auf arbeitsvertragliche Verhältnisse anwendbar sei, zwar ein Einsichtsrecht des Arbeitnehmers in die Personalakte bestehe. Der Arbeitgeber könne aber die Einsicht verweigern, soweit überwiegende Interessen Dritter oder aber eigene überwiegende Interessen des Arbeitgebers dies erforderten (Art. 9 DSG). Drittdaten seien nach Möglichkeit abzudecken oder zu anonymisieren. Vorliegend hätten die Mitarbeitenden des Klägers gegenüber der Arbeitgeberin ihre Aussagen unbestrittenermassen nur gegen das Versprechen der Vertraulichkeit gemacht. Eine Einsichtnahme wäre daher nur in anonymisierte Protokolle möglich. Eine solche sei aber bereits dem Vertreter des Klägers gewährt worden, womit dem Einsichtsrecht Genüge getan, das Begehren bereits erfüllt worden sei und ein schutzwürdiges Interesse an einer nochmaligen Einsichtnahme fehle. Der Arbeitnehmer habe nur ein Einsichtsrecht, nicht aber ein Recht auf Mitnahme der Daten (Urk. 42 S. 38f).

4.2. Der Kläger rügt in seiner Berufung, die seinem Rechtsvertreter gewährte Einsichtnahme sei zu wenig einlässlich gewesen, die Protokolle seien ihm nur "zur äusseren Ansicht" vorgelegt worden. Sodann habe die Beklagte entgegen der Vorinstanz nie geltend gemacht, den Mitarbeitenden sei Vertraulichkeit zugesagt worden. Die Vorinstanz habe auch keine Abwägung zwischen den Interessen des Klägers und jenen der Auskunftspersonen vorgenommen (Urk. 41 S. 22f Rz 61ff).

4.3. Hinsichtlich der vom Kläger gerügten unrichtigen Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz ist zunächst auf die Aussage seines Vertreters vor Vorinstanz über die ihm gewährte Dossiereinsicht zu verweisen. Dort hat er erklärt, er habe die betreffenden Protokolle durchgeblättert und dabei festgestellt, dass sie nicht konsistent seien. Die Vorhaltungen seien teils sehr pauschal, teils etwas präziser. Auch seien die Protokolle nur anonymisiert gewesen. Er habe die Protokolle nicht mitnehmen dürfen, um sie zu prüfen und mit dem Kläger persönlich zu besprechen (Prot. I S. 17). Bereits aus diesen Aussagen ergibt sich indessen, dass der Vertreter des Klägers sehr wohl den Inhalt der einzelnen Protokolle zur Kenntnis nehmen und einer zumindest summarischen Wertung unterziehen konnte, wie viele Stunden auch immer diese Einsicht gedauert hat. Der Vertreter des Klägers macht zudem nicht geltend, die Beklagte habe die Einsichtnahme zeitlich beschränkt. Dies widerlegt seine Berufungsbehauptung, er habe die Befragungsprotokolle nur "zur äusseren Ansicht" erhalten, damit er sehe, dass es diese gebe.

Die Beklagte hat sich in ihrer Duplik ausdrücklich darauf berufen, die Befragungsprotokolle aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht Drittpersonen zur Verfügung zu stellen, da sie sehr vertrauliche und intime Aussagen einzelner Mitarbeiter enthielten (Prot. I S. 16). Wenn die Vorinstanz dies in der Folge als geltend gemachtes Interesse zum Schutz Dritter behandelt, geht sie nicht von einem falschen Sachverhalt aus.

4.4. Nach den einschlägigen Bestimmungen des anwendbaren Datenschutzgesetzes kann das Auskunftsrecht über eine Datensammlung verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden, wenn es überwiegende Interessen Dritter erfordern (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO). Dabei ist eine Interessenabwägung zwischen dem Auskunftsinteresse und dem Drittinteresse an der Auskunftsverweigerung vorzunehmen und anhand dieser auch zu entscheiden, ob und inwiefern eine Auskunft allenfalls nur unter Auflagen und Bedingungen möglich und angezeigt ist. Die Interessenabwägung hat sich dabei auf die konkret betroffenen Dokumente zu beziehen. Zu den dem Auskunftsrecht entgegen stehenden Drittinteressen gehören v.a. die Persönlichkeitsrechte anderer Arbeitnehmer. Dem kann unter Umständen dadurch Rechnung getragen werden, dass die Namen solcher Dritt-

personen abgedeckt werden. Ist dem Auskunftsberechtigten trotz solch möglicher Einschränkungen klar, wer für die Daten verantwortlich zeichnet, ist eine Abwägung zwischen dem Auskunftsinteresse und dem Interesse an einer vollständigen Verweigerung vorzunehmen. Wenn dem Drittinformanten Vertraulichkeit zugesichert wurde oder wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diesem rechtswidrige Beeinträchtigungen durch den Betroffenen drohen, oder wenn ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Informant und Betroffenen besteht, ist die Geheimhaltung bzw. Auskunftsverweigerung gerechtfertigt (BSK DSGVO - R. Gramigna/U. Maurer-Lambrou, Art. 9 N 21f).

Beschweren sich Mitarbeitende über das arbeitsbezogene Verhalten ihres obersten Chefs, so handeln sie weder aus sachfremden Motiven noch denunziatorisch. Sie können im Zeitpunkt der Beschwerde die späteren Folgen nicht abschätzen, ist es doch offen, ob und welche Massnahmen die Arbeitgeberin anschliessend ergreift. Sodann dauert die Abklärung und Behandlung von solchen Beschwerden naturgemäss eine gewisse Zeit, während der die Zusammenarbeit mit dem Beschuldigten weiter geht. Es liegt auf der Hand, dass in solchen Situationen Beschwerden nur unter dem Vorbehalt der Diskretion erfolgen bzw. der Persönlichkeitsschutz der Betroffenen auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einer absoluten Vertraulichkeit seitens der angegangenen Personalverantwortlichen Stillschweigen über die Person erfordert. Es kann dazu auch auf die aktuellen Diskussionen zum Whistleblowing verwiesen werden. Diese Diskretionspflicht dauert auch über die aktuelle Streitbeilegung hinaus an. Die Beklagte hat auch bezüglich der Informanten eine Fürsorgepflicht, insbesondere falls diese noch immer bei ihr tätig sein sollten. Diese Interessen stehen einem uneingeschränkten Auskunftsrecht der Klägers grundsätzlich entgegen. Vorliegend geht es dem Kläger bei seinem Einsichtsrecht ja gerade einzig darum, die Namen derjenigen Mitarbeitenden zu erfahren, welche sich über ihn beklagt haben, und was schliesslich zu seiner Entlassung führte.

Zu prüfen ist daher, ob allenfalls eine eingeschränkte Einsichtnahme möglich ist, um den beidseitigen Interessen Rechnung zu tragen.

Zu denken ist dabei primär an die Einsicht in anonymisierte Protokolle. Als "Insi-

der" würde es dem Kläger indessen nicht schwer fallen, auch aufgrund solcher Protokolle mit abgedeckten Namen auf die dahinter stehenden Personen zu schliessen. Eine derartige Einsichtnahme würde die Interessen der Auskunftspersonen nicht ausreichend schützen.

Eine zeitlich aufgeschobene Einsichtnahme würde die Auskunftspersonen ebenfalls nicht ausreichend vor Gegenmassnahmen schützen. Der Kläger hat bereits eine Strafanzeige gegen sie bzw. Unbekannt wegen übler Nachrede eingeleitet (Urk. 46). Mit der Ermöglichung der direkten Identifikation der Auskunftspersonen würde die Beklagte die strafrechtliche Verfolgung dieser Personen fördern und was ihrer Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin zuwiderläuft.

Als angemessene Art der Einsichtnahme und des Interessenausgleichs erscheint indessen die bereits gewährte, nämlich die Einsichtnahme durch den Rechtsvertreter des Klägers. Dabei konnte sich dieser vom Vorliegen der belastenden Protokolle, von der Anzahl der Belastungspersonen, vom Wortlaut der inkriminierten Bemerkungen des Klägers und seines beanstandeten Verhaltens vergewissern. Wie gesehen genügt dies im vorliegenden Prozess zur Prüfung der Kündigung aus Gründen, die im Arbeitsverhältnis ihren sachlichen Ansatzpunkt haben, bzw. zur Substanziierung einer die wahren und missbräuchlichen Gründe verschleiern- den Kündigung. Nicht erforderlich ist, die einzelnen Vorwürfe gegen den Kläger im Detail und auf ihren Wahrheitsgehalt hin abzuklären (Erw. III/1.4.). Die massgeblichen Beschwerden wurden dem Kläger im Vorfeld der Kündigung vorgehalten, er konnte im Vorfeld der Kündigung wie auch im vorliegenden Verfahren dazu Stellung nehmen. Der Kläger konnte seine prozessualen Interessen ausreichend wahrnehmen auch unter Wahrung der Anonymität der Auskunftspersonen. Zu Prozesszwecken ist ein erneute bzw. weitergehende Einsichtnahme in die Befragungsprotokolle nicht (mehr) erforderlich. Es bestände hingegen die Gefahr einer privaten oder strafrechtlichen Fortsetzung des Konfliktes. Bei dieser Sachlage ist ein Überwiegen des Interesses des Klägers an der Kenntnis der Namen der Auskunftspersonen gegenüber deren Persönlichkeitsschutzinteresse zu verneinen. Dies führt zu einer Verneinung des persönlichen Einsichtsrechts des Klägers in sein Personaldossier mit den darin enthaltenen Befragungsprotokollen. Rechtsbegehren Ziffer 5 ist daher auch im Berufungsverfahren abzuweisen.

IV.

Ist die Berufung des Klägers in allen Punkten abzuweisen, wird er für das erstinstanzliche Verfahren wie für das Berufungsverfahren in vollem Umfang kosten- und entschädigungspflichtig. Die Bezifferung der erstinstanzlichen Gerichtskosten und Parteientschädigung blieb unbestritten.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Entscheides (Dispositiv Ziffern 2 - 4; Gerichtskosten total Fr. 18'547.50) werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 18'500.- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Kläger und Berufungskläger wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 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 Beschwerde 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.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 384'250.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc