

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP120018-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Beschluss und Urteil vom 17. September 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Konkursmasse der B. _____ ... London, Zweigniederlassung Zürich in Liquidation,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch C. _____ AG

diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

und/oder Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____

betreffend **Kollokation**

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 28. August 2012 (FB090035)

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2; Urk. 19 S. 2):

"Es sei die Kollokationsverfügung vom 7. August 2009 (Entscheid Nr. 18) aufzuheben und es sei die Forderung des Klägers von CHF 22'400'818.25 in der ersten Klasse zu kollozieren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWSt) zu Lasten der Beklagten."

In der Replik gestellter prozessualer Antrag (Urk. 48 S. 3):

"Das Verfahren sei im Umfang von CHF 2'595'283.75 als gegenstandslos abzuschreiben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten"

Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (Urk. 81 S. 52 f.):

Verfügung:

1. Im Umfang von CHF 2'595'283.75 wird der Prozess als durch Rückzug erledigt abgeschlossen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Urteil:

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit sie nicht als durch Rückzug erledigt abgeschlossen wird.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 180'000.–.
3. Die Gerichtsgebühr wird dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 200'000.– zu bezahlen, wobei diese im Umfang von zwei Dritteln um einen Mehrwertsteuerzuschlag von 7.6 % und im Umfang von einem Drittel um einen solchen von 8 % erhöht wird.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Berufung].

Berufungsanträge:

des Klägers (Urk. 80 S. 2 f.):

1. Das Urteil des Bezirksgericht Zürich, Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren, vom 28. August 2012 (FB090035) sei vollumfänglich aufzuheben, und das Verfahren sei zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens und Fällung einer neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgericht Zürich, Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren, vom 28. August 2012 (FB090035) sowie die Kollokationsverfügung vom 7. August 2009 (Entscheid Nr. 18) vollumfänglich aufzuheben, und es sei die Forderung des Klägers und Berufungsklägers im Umfang von CHF 19'805'534.50 in der ersten Klasse zu kollozieren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von 8%, zulasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.

der Beklagten (Urk. 85 S. 2):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan: der Kläger) war ... [Funktion] bei der B._____, London, Zweigniederlassung Zürich (fortan: die Beklagte). Im ... [Monat] 2008 brach die B._____ Holdings Inc., New York - die börsennotierte Konzernobergesellschaft der B._____-Gruppe - zusammen. Als Folge davon wurde die B._____, London (nachfolgend: B._____ ..., London) nach englischem Recht unter Verwaltung ("Administration") gestellt. Dies führte dazu, dass die damalige Eidgenössische Bankenkommision (EBK) mit Verfügung vom tt. Oktober 2008 die Beklagte in Liquidation setzte und die C._____, Zürich als Liquidatorin bestimmte (Urk. 20/3 S. 1). Mit Verfügung

der Finanzmarktaufsicht (FINMA) vom tt. Februar 2009 wurde über die Beklagte der Konkurs eröffnet (Urk. 20/3 S. 2).

2. Bereits mit Schreiben vom 23. Oktober 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus wirtschaftlichen Gründen. Darin teilte die Beklagte mit, dass der Kläger ab sofort bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt sei (Urk. 3/4). Das Arbeitsverhältnis endete am 31. Januar 2009.
3. Im Liquidationsverfahren meldete der Kläger eine Forderung aus Arbeitsverhältnis in der Höhe von gesamthaft CHF 22'542'879.00 an und beanspruchte eine Kollokation in der ersten Klasse (Urk. 20/26).
4. Mit Entscheid vom 7. August 2009 lehnte die Liquidatorin die Kollokation der angemeldeten Forderung in der Höhe von CHF 22'457'364.00 ab (Urk. 4).

2. Prozessgeschichte

1. Mit Kollokationsklage vom 28. August 2009 verlangte der Kläger die Aufhebung der Kollokationsverfügung vom 7. August 2009 und beantragte die Kollokation einer Forderung von CHF 22'400'818.25 in der ersten Klasse (Urk. 1). Nachdem für die Klagebegründung und -antwort das schriftliche Verfahren angeordnet worden war, reichte der Kläger die Klagebegründung am 3. Dezember 2009 ein (Urk. 19). Die schriftliche Klageantwort der Beklagten datiert vom 8. März 2010 (Urk. 25). Nachdem Vergleichsverhandlungen gescheitert waren (vgl. Urk. 31), reichte der Kläger am 16. Juni 2011 die Replik ein (Urk. 48). Die Duplik der Beklagten datiert vom 10. Oktober 2011 (Urk. 55). Alsdann reichten beide Parteien eine Stellungnahme ein (Urk. 64 und 71). Mit Verfügung und Urteil vom 28. August 2012 fällte die Vorinstanz die oben wiedergegebenen Entscheide (Urk. 81). Für weitere Einzelheiten des Verfahrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 81 S. 4-6).
2. Mit Berufung vom 3. Oktober 2012 stellte der Kläger die obgenannten Anträge (Urk. 80). Die Berufungsantwort mit den eingangs genannten Anträgen datiert vom 5. Dezember 2012 (Urk. 85).

3. Prozessuales

1. Für das Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).
2. Die Vorinstanz schrieb mit separater Verfügung den Prozess im Umfang von CHF 2'595'283.75 ab (Urk. 81 S. 52). Diese separate Verfügung wird ausdrücklich nicht angefochten (Urk. 80 S. 4 Rz. 3). Da die Berufung die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nur im Umfang der Anträge hemmt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), ist vorzumerken, dass die Verfügung vom 28. August 2012 mit Eingang der Berufungsantwort am 5. Dezember 2012 rechtskräftig geworden ist.
3. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1), einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2) und Beweise abnehmen (Abs. 3). Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach dem ersten Schriftenwechsel - ohne Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels oder einer Berufungsverhandlung und ohne Beweisabnahme - ein Urteil gefällt werden (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, erübrigt sich entgegen der Auffassung des Klägers eine Beweisabnahme (so Urk. 80 S. 4 f. Rz. 6). Da die Sache spruchreif ist, kann sogleich ein Urteil gefällt werden.

4. Materielles

1. Der Kläger beantragte mit seiner Klage zunächst die Kollokation einer Forderung in der Höhe von CHF 22'400'818.25 in der ersten Klasse. Nachdem er im Verlauf des Verfahrens Ansprüche in der Höhe von CHF 2'595'283.75 fallen gelassen hatte und das Verfahren insofern abgeschlossen werden konnte, ist im vorliegenden Verfahren die Kollokation einer Forderung aus dem Arbeitsverhältnis in der Höhe von CHF 19'805'534.50 umstritten. Im Einzelnen verlangt der Kläger zunächst die Kollokation des Anspruchs auf Ausrichtung des variablen Salärs für das Geschäftsjahr 2008 in der Höhe

von CHF 4'223'496.00 sowie für die Monate Dezember 2008 und Januar 2009 in der Höhe von CHF 703'486.00 (nachfolgend E. 2). Weiter beantragt der Kläger die Kollokation einer Entschädigung für nicht bezogene Ferienguthaben in der Höhe von CHF 1'126'387.50 (nachfolgend E. 3). Sodann verlangt er die Kollokation eines Anspruch im Zusammenhang mit aufgeschobenen aktienbasierten Vergütungen in der Höhe von insgesamt CHF 7'719'056.00 sowie die Kollokation des Zinses auf dieser Forderung in der Höhe von CHF 1'092'212.00 (nachfolgend E. 4). Schliesslich beantragt er die Kollokation einer Abgangsentschädigung in der Höhe von CHF 4'940'897.00 (nachfolgend E. 5).

2. Zunächst ist zu prüfen, welche **Lohnansprüche** für die Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2009 im Konkurs der Beklagten zu kollozieren sind.
 - a) Die Beklagte überwies dem Kläger auf der Basis des letzten fixen Jahresgehaltes von CHF 335'000.00 die monatlichen Fixlöhne bis und mit 31. Januar 2009. Der Kläger verlangt zusätzlich zum Fixlohn die Kollokation eines Bonus für das Geschäftsjahr 2008 (1. Dezember 2007 bis 30. November 2008) in der Höhe von CHF 4'223'496.00 sowie eines Bonusanteils für die verbleibende Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (1. Dezember 2008 bis 31. Januar 2009) in der Höhe von CHF 703'486.00.
 - b) Der Begriff "Bonus" wird im Obligationenrecht nicht definiert. Daher ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein vereinbarter Bonus als *Gratifikation* im Sinn von Art. 322d OR oder als Teil des Lohnes im Sinn von Art. 322 OR zu qualifizieren ist. Zu dieser Abgrenzungsfrage hat sich das Bundesgericht verschiedentlich geäußert (zuletzt in BGE 139 III 155 ff. und in Urteil 4A_721/2012 vom 16. Mai 2013, E. 3).
 - Eine Gratifikation ist eine Sondervergütung, welche der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen - z.B. Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres - ausrichtet (Art. 322d Abs. 1 OR). Eine

Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Mass vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet; dies ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht (Kriterium der *Freiwilligkeit* und des *Ermessens*). Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 139 III 155 E. 3.1 S. 156 m.w.H.).

- Überdies darf eine Gratifikation, um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben (Kriterium der *Akzessorietät*). Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So hat bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigen Einkommen (BGE 139 III 155 E. 3.2 S. 156 f. m.w.H.). In Bezug auf das Kriterium der Akzessorietät präzisierte die Rechtsprechung unlängst, dass bei sehr hohen Löhnen, welche die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers übersteigen und dessen wirtschaftliche Existenz bei Weitem sichern, die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragendes Abgrenzungskriterium sei; in solchen Fällen bestehe kein Anlass, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Verhältnis zwischen geschuldetem Salär und der im Ermessen des Arbeitgebers stehenden zusätzlichen (freiwilligen) Entschädigung einzugreifen (BGE 139 III 155 E. 5.3 S. 159 m.w.H.).

- c) Die Vorinstanz wies die Kollokation der vom Kläger geltend gemachten Bonus-Forderung ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Ausrichtung eines Bonus sei zwar vereinbart und nicht freiwillig bzw. im Ermessen des Arbeitgebers gelegen, und der Bonus sei auch nicht ein bloss akzessorischer Vergütungsbestandteil gewesen. Aus verschiedenen Gründen sei der eingeklagte Bonus für das Geschäftsjahr 2008 (1. Dezember 2007 bis 30. November 2008) in der Höhe von CHF 4'223'496.00 und für die verbleibende Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (1. Dezember 2008 bis 31. Januar 2009) in der Höhe von CHF 703'486.00 jedoch nicht zu kollozieren. Erstens sei kein Bonus geschuldet, wenn wie im Geschäftsjahr 2008, in welchem die B._____ Group zusammengebrochen sei, der Geschäftserfolg ausgeblieben sei (Urk. 81 S. 21). Zweitens überzeuge das Argument, ein Bonus sei immer dann als Lohn und damit als geschuldete Vergütung zu qualifizieren, wenn er höher als der Fixlohn sei (Kriterium der Akzessorietät), dann nicht, wenn bereits der Fixlohn überdurchschnittlich hoch sei (Urk. 81 S. 21 ff.). Und drittens sei auch kein Bonus geschuldet, weil die Auszahlung eines Bonus vertraglich ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitnehmer am 31. Januar des Folgejahres nicht mehr in den Diensten der Beklagten stehe oder sich im gekündigten Arbeitsverhältnis befinde (Urk. 81 S. 29 f.).
- d) **Ermessen der Beklagten:** Für die Beurteilung der Frage, ob die Zuteilung einer Sondervergütung im Ermessen des Arbeitgebers steht, sind drei Fälle zu unterscheiden (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolf, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art 322d OR Rz 2 S. 330 f.). Erstens sind in der Praxis Sondervergütungen anzutreffen, die an sich freiwillig sind und auch in der Höhe im Ermessen des Arbeitgebers liegen; in diesem Fall liegt eine sog. "echte Gratifikation" vor. Zweitens sind Sondervergütungen denkbar, die dem Grundsatz nach zwar geschuldet und damit nicht freiwillig sind, die in der Höhe aber im Ermessen des Arbeitgebers liegen; auch in diesem Fall liegt eine Gratifikation vor, und es ist von einer sog. "unechten Gratifikation" die Rede. Und drittens

können Sondervergütungen vereinbart werden, auf die sowohl dem Grundsatz als auch der Höhe nach ein Rechtsanspruch besteht; in diesem Fall geht die Rechtsprechung von (variablem) Lohn aus.

- Im vorliegenden Fall setzte sich das Einkommen des Klägers gemäss Arbeitsvertrag aus einem Fixlohn und einer variablen Vergütung zusammen. Der Fixlohn betrug in den vergangenen Jahren unbestritten jeweils Fr. 335'000.00. Die variablen Vergütungen beliefen sich regelmässig auf mehrere Millionen Franken. In Bezug auf diese variablen Vergütungen wurde im Arbeitsvertrag folgende Regelung getroffen (Urk. 20/4 S. 1):

"You will be eligible to participate in the Company's discretionary bonus award programme; awards are based on Company performance and individual merit."

Die Vorinstanz qualifizierte diese variable Vergütung zu Recht als sog. "unechte Gratifikation". *Dem Grundsatz nach* ist die Ausrichtung eines Bonus geschuldet. Der Vertrag enthält keinen Freiwilligkeitsvorbehalt. Entsprechend wurden auch die jährlichen Boni ohne solche Freiwilligkeitsvorbehalte ausgerichtet (Urk. 20/11-15 [Geschäftsjahre 2003 bis 2007]). Allerdings besteht *der Höhe nach* kein Anspruch auf die Ausrichtung einer betragsmässig definierten oder zumindest definierbaren Sondervergütung. Gemäss dem Vertragswortlaut liegt die Höhe des Bonus im Ermessen des Arbeitgebers ("discretionary bonus award programme"). Auch eine betriebliche Übung für eine Berechnung der Sondervergütung nach klaren geschäftlichen Messgrössen ist nicht ersichtlich. Erstens beschränkt sich der Kläger auf die Behauptung, dass sich sein Bonus in einer Bandbreite zwischen 1,41% und 2,25% der zugunsten der B. _____ ..., London erwirtschafteten Ergebnisse bewegt und im Durchschnitt 1,83% betragen habe (Urk. 80 S. 23 Rz. 40); bei einer Gegenüberstellung des tiefsten (1,41%) und höchsten Wertes (2,25%) ergeben sich jedoch enorme Unterschiede in der Höhe der Boni, weshalb die genannte Bandbreite nicht als klare geschäftliche Messgrösse dienen kann (so auch die Beklagte in Urk. 85 S. 26

Rz. 123 a.E.). Zweitens scheint sich der Kläger selbst nicht über die exakte Bandbreite im Klaren zu sein, da er noch in der Klage von einer Bandbreite zwischen 1,41% und 1,98% und im Durchschnitt von 1,8% ausging (Urk. 19 S. 15 Rz. 43 f.), während er in der Berufung wie erwähnt eine Bandbreite zwischen 1,41% und 2,25% und einen Durchschnittswert von 1,83% angibt (Urk. 80 S. 23 Rz. 40); wenn ein ... [Funktion] einer Bank im Streitfall selbst nicht anzugeben vermag, wie sich sein Bonus betragsmässig genau berechnet, kann dies nichts anderes heissen, als dass der Bonus jeweils ermessensweise festgesetzt wurde. Drittens ist nicht einzusehen, weshalb ein Durchschnittswert von nunmehr 1,83% - vormals 1,8% - massgebend für die Bonusberechnung der hier interessierenden Periode (Dezember 2007 bis November 2008 sowie Dezember 2008 und Januar 2009) sein soll; der Kläger verliert kein Wort darüber, weshalb im Geschäftsjahr 2008, in welchem die Beklagte liquidiert werden musste, auf den Durchschnittswert der vergangenen Boomphase abgestellt werden soll. Und viertens musste der Kläger für die Berechnung des eingeklagten Bonus mangels geschäftlicher Messgrössen auf den Bonus des Geschäftsjahres 2007 zurückgreifen, womit er zum Ausdruck bringt, dass jedenfalls der streitgegenständliche Bonus lediglich ermessensweise beziffert werden kann; es wurde bereits dargetan, dass das boomende Geschäftsjahr 2007 nicht vergleichbar ist mit dem Geschäftsjahr 2008, in welchem die B._____ Group zusammenbrach. Da vertraglich kein betragsmässig festgesetzter oder berechenbarer Bonus, sondern lediglich eine Beteiligung an einem "discretionary bonus award programme" zugesichert wurde, und da auch keine Festsetzung des Bonus nach objektiven geschäftlichen Messgrössen erkennbar ist, liegt die Höhe des Bonus in erheblichem Ausmass im Ermessen der Beklagten.

- Auch wenn im vorliegenden Fall dem Grundsatz nach an sich ein Bonus geschuldet ist (keine Freiwilligkeit), die Höhe der Sondervergütung aber im Ermessen des Arbeitgebers liegt, steht es dem Arbeitnehmer frei, die Höhe des Bonus in einer Ausnahmesituation auf Null festzu-

setzen. Da die B._____ Gruppe am tt. September 2008 zusammengebrochen war und als Folge davon die B._____ ..., London unter "Administration" gestellt und die B._____ ..., London Zurich Branche zunächst in Liquidation versetzt werden musste, bevor sie im ... [Monat] 2009 in Konkurs fiel, war die Beklagte aufgrund des ihr zustehenden Ermessens berechtigt, für das Geschäftsjahr 2008 (1. Dezember 2007 bis 30. November 2008) sowie die verbleibende Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (1. Dezember 2008 bis 31. Januar 2008) die Höhe des Bonus auf Null festzusetzen und damit gänzlich auf die Ausrichtung eines Bonus zu verzichten.

- An diesem Ergebnis vermögen die Einwände des Klägers nichts zu ändern:

Soweit er geltend macht, die jährlichen Bonuszuteilungen liessen keine Rückschlüsse auf ein Ermessen bei der Bonuszuteilung zu (Urk. 80 S. 22 Rz. 38 mit Hinweis auf Urk. 20/11-15 und Urk. 49/8-12), ist ihm entgegen zu halten, dass sich die genannten Dokumente im Wesentlichen auf die Bekanntgabe der Bonushöhe - und nicht die Art und Weise der Berechnung - beschränkten. Im Übrigen wurde bereits dargelegt, dass der Kläger nie in der Lage war und auch heute nicht ist, die exakte Berechnung der Boni darzulegen und zu begründen, weshalb in der Phase des Zusammenbruchs der B._____ (Geschäftsjahr 2008) der gleiche Bonus ausgerichtet werden soll wie im vorangehenden Boomjahr (Geschäftsjahr 2007).

Unerheblich ist sodann, ob sich die ermessensweise Festsetzung des Bonus nach dem Ergebnis ("Net Revenues") der B._____ Group (so die Vorinstanz in Urk. 81 S. 16 ff. E. 2.2.5 bis 2.2.7 und die Beklagte in Urk. 85 S. 25 Rz. 118, S. 27 ff. Rz. 128 ff., S. 33 Rz. 166 ff.) oder nach den von der B._____ ..., London Zurich Branch zugunsten der B._____ ..., London generierten Einnahmen richtete (so der Kläger in Urk. 80 S. 22 Rz. 39 und insbes. S. 24 ff. Rz. 42 bis 49). Entscheidend ist allein, dass ein Bonus an sich zwar vereinbart und damit nicht freiwillig

war, dass dessen Höhe aber im Ermessen der Beklagten lag und im Jahr der Liquidation (2008) und des anschliessenden Konkurses der Gesellschaft (2009) auch Null betragen konnte.

Nicht überzeugend ist sodann auch der Hinweis des Klägers, die Beklagte habe mit ihren Mitarbeitern Gesamtvergütungen (Fixlohn und Boni) vereinbart, was dafür spreche, dass die Boni Lohnbestandteile gewesen seien (Urk. 80 S. 29 f. Rz. 50): Die Vorinstanz führte dazu zutreffend aus, dass der Kläger aus angeblichen Vereinbarungen mit anderen Mitarbeitern nichts für die Berechnung seines eigenen Lohnes ableiten könne, zumal in seinem Fall nur für ein einziges Jahr eine explizite Garantie für die Bezahlung eines Mindestbonus abgegeben worden sei, was e contrario den Schluss zulasse, dass die Beklagte für alle folgenden Jahre keine Garantie abgegeben habe; im Einzelnen kann auf diese Begründung verwiesen werden (Urk. 81 S. 27 f.).

Aus diesen Gründen kann auch dem Hauptantrag des Klägers nicht gefolgt werden, das Verfahren sei zur Vornahme der gebotenen Abklärungen und zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 80 S. 23 Rz. 41). Da der Kläger selbst kein Geschäftsergebnis für das Geschäftsjahr 2008 und erst recht nicht für das Geschäftsjahr 2009 geltend machen konnte und sich behelfsweise auf das Ergebnis des Geschäftsjahres 2007 berief und einfach einen Durchschnittsbeteiligung annahm, kann auf Beweiserhebungen verzichtet werden.

- e) **Fehlende Akzessorietät:** Wie erwähnt wurden dem Kläger in der Zeit vor dem Konkurs der Beklagten zusätzlich zum Fixgehalt von Fr. 335'000.00 regelmässig namhafte Boni in mehrfacher Millionenhöhe ausbezahlt. Die Boni waren somit regelmässig um ein Vielfaches höher als der Fixlohn. Daraus leitet der Kläger ab, dass es sich beim Bonus nicht bloss um einen hinzutretenden (akzessorischen), sondern um den hauptsächlichen Vergütungsbestandteil handle, der als Lohn zu qualifizieren und deshalb geschuldet sei (Urk. 80 S. 12-19 Rz. 22-

- 33). Die Vorinstanz geht demgegenüber davon aus, dass die Akzessorietät kein einleuchtendes Abgrenzungskriterium für die Qualifikation eines Bonus als freiwillige Gratifikation bzw. geschuldete Vergütung sei, wenn der ausbezahlte Lohn eine gewisse Höhe erreicht habe (Urk. 81 S. 21-27 E. 2.2.9).
- Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre bei fehlender Akzessorietät der Bonus "zumindest teilweise" als Lohn und damit als geschuldeten Vergütungsbestandteil zu qualifizieren gewesen (BGE 129 III 276 E. 2.1). Wie erwähnt wurde die Akzessorietätsrechtsprechung jedoch unlängst präzisiert. So kam das Bundesgericht - genau gleich wie die Vorinstanz im angefochtenen Urteil - zum Schluss, dass die Höhe des Bonus im Verhältnis zum (Fix-)Lohn kein Kriterium für die Qualifikation der Vergütung sei, wenn der eigentliche (Fix-)Lohn ein Mass erreiche, das den Durchschnittslohn um ein Vielfaches und die Kosten für eine angemessene Lebenshaltung bei Weitem übertreffe (BGE 139 III 155 E. 5.3 m.w.H.).
 - Im vorliegenden Fall betrug der zuletzt ausbezahlte Fixlohn Fr. 335'000.00. Dieses Salär übertrifft den Durchschnittslohn um ein Vielfaches und vermag die Kosten einer angemessenen Lebenshaltung bei Weitem zu decken. Allein der Umstand, dass die vor dem Konkurs der Beklagten ausgerichteten Boni ein Vielfaches des Fixlohns ausmachten, ist kein Grund, einen exorbitanten Bonus im mehrfachen Millionenhöhe als Lohn zu qualifizieren und im Konkurs der Beklagten als Forderung in der ersten Klasse zu kollozieren.
- f) **Kein Bonus bei gekündigtem Arbeitsverhältnis:** Die Vorinstanz geht schliesslich davon aus, dass der eingeklagte Bonus auch deshalb nicht geschuldet sei, weil gültig vereinbart worden sei, dass bei gekündetem Arbeitsverhältnis keine Boni ausbezahlt würden (Urk. 81 S. 29 f. E. 2.2.11). Auch in diesem Zusammenhang wendet der Kläger ein, der eingeklagte Bonus habe Lohncharakter und sei daher pro rata temporis geschuldet (Urk. 80 S. 19 ff. Rz. 34 und 35).

- Der Arbeitsvertrag enthält folgende Bestimmung (Urk. 20/4 S. 1):

"To receive any bonus award under this programme, including the awards referred to above, you must not have resigned or been terminated for cause by the Company at the time bonus awards are due to be made".

Entsprechend wurde in den jährlichen Bonuszuteilungen "Total Compensation Summary" folgende Klauseln aufgenommen (Urk. 20/11-15):

Entitlement to your [2003/2004/2005/2006/2007] Awards is contingent on you being employed by B._____ at, and not under any period of notice prior to, 31 January [2004/2005/2006/2007/2008].

Damit war vertraglich vereinbart, dass bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitgebers aus wichtigen Gründen bzw. aus begründetem Anlass ("been terminated for cause by the Company") kein Bonus geschuldet sei. Es stellt sich daher die Frage, ob die Bedingung, dass der Bonus nur bei ungekündigten Arbeitsverhältnis ausbezahlt werde, zulässig war.

- Wie erläutert, handelt es sich beim hier zu beurteilenden Bonus um eine sog. unechte Gratifikation; dem Grundsatz nach ist zwar eine Sondervergütung geschuldet (keine Freiwilligkeit), doch liegt die Höhe der Sondervergütung weitgehend im Belieben des Arbeitgebers (Ermessen) und kann in einer Ausnahmesituation auch auf Null festgesetzt werden (vgl. oben lit. d). Wenn die Sondervergütung aber als unechte Gratifikation - und nicht als Lohn zu qualifizieren ist, ist auch eine Vereinbarung zulässig, dass im Kündigungsfall keine Sondervergütung geschuldet ist. Während der Lohn nach zwingendem Arbeitsvertragsrecht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses bezahlt werden müsste, kann die Auszahlung einer (freiwilligen oder ermessenweise ausgerichteten) Gratifikation von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist.
- Ganz abgesehen davon besteht ohnehin kein Anlass, in die klare vertragliche Regelung der Parteien einzugreifen. In der neuen bundesge-

richtlichen "Bonusrechtsprechung" wird festgehalten, dass bei sehr hohen Löhnen, welche die Kosten einer angemessenen Lebensunterhalt decken und den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen, ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers nicht gerechtfertigt sei (BGE 139 III 155 E. 5.3 S. 159). Im vorliegenden Fall beträgt der jährliche Fixlohn, welcher dem Kläger für die Dauer der Kündigungsfrist bereits ausgerichtet wurde, rund CHF 335'000.00. Es wurde bereits ausgeführt und liegt auf der Hand, dass es sich dabei um einen klar überdurchschnittlichen Lohn handelt, der die Kosten einer angemessenen Lebenshaltung deckt. Im Übrigen wurde dem Kläger am 23. Oktober 2008 aus berechtigtem Anlass gekündigt. Nachdem die B._____ Group im ... [Monat] 2008 zusammenbrach, als Folge davon die B._____ ..., London unter "Administration" und die B._____ ..., London Zurich Branch in Liquidation gesetzt werden mussten und alsdann in Konkurs fiel, war es naheliegend, dem Kläger zu kündigen.

- g) Aus diesen Gründen lehnte die Vorinstanz die Kollokation von Boni für das Geschäftsjahr 2008 (1. Dezember 2007 bis 30. November 2008) in der Höhe von CHF 4'223'496.00 sowie eines Teils des Geschäftsjahres 2009 (1. Dezember 2008 bis 31. Januar 2009) in der Höhe von CHF 703'486.00 zu Recht ab. Nachdem die Beklagte liquidiert werden musste und alsdann in Konkurs fiel, wäre es nicht nur rechtlich falsch, sondern geradezu stossend, zugunsten des Klägers einen Bonus im Millionenhöhe als (sozialpolitisch) privilegierte Lohnforderung im Konkurs in der ersten Klasse zu kollozieren. Wie erläutert besteht kein Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus, wenn die Höhe dieser Sondervergütung im Ermessen des Arbeitgebers liegt (oben lit. d), wenn die angemessene Lebenshaltung des Arbeitgebers durch den Fixlohn gedeckt ist (oben lit. e) und wenn die Auszahlung eines Bonus im Kündigungsfall vertraglich ausgeschlossen ist (oben lit. f). Vielmehr steht dem Kläger für die Monate November und Dezember 2008 sowie Januar 2009 ein auf der Basis des fixen Jahresgehalts von Fr. 335'000.00

berechneten Lohn zu. Diesen Lohn überwies die Liquidatorin dem Beklagten. Die Vorinstanz wies die Kollokationsklage in diesem Punkt zu Recht ab.

3. Weiter ist zu prüfen, ob eine **Forderung im Zusammenhang mit nicht bezogenen Ferien** im Konkurs der Beklagten zu kollozieren ist.
 - a) Der Kläger verfügte im Moment seiner Freistellung über einen Feriensaldo zu seinen Gunsten von 67,5 Tagen. Die Beklagte entschädigte den Kläger für nicht bezogene Ferientage mit CHF 56'475.75. Diesen Betrag berechnete sie, indem sie in einem ersten Schritt von den nicht bezogenen 67,5 Ferientagen einen Drittel der Freistellungstage bzw. 23,5 Tage abzog, weil der Ferienanspruch des Klägers teilweise durch die Freistellungstage kompensiert sei. In einem zweiten Schritt berechnete sie auf der Basis des Jahresfixlohnes von CHF 335'000.00 für die zu entschädigenden 44 Ferientage einen Entschädigungsanspruch von CHF 56'475.75 und zahlte dem Kläger diesen Betrag aus. Genau gleich wie vor erster Instanz, welche die Berechnung der Beklagten schützte und eine Kollokation eines über CHF 56'475.75 hinausgehenden Betrages ablehnte, verlangt der Kläger auch in der Berufung bezüglich der Ferienentschädigung die Kollokation von CHF 1'126'387.50. Der Kläger kritisiert einerseits die Kürzung der Ferienansprüche um einen Teil der Freistellungstage und verlangt eine Ferienentschädigung für den gesamten Feriensaldo von 67,5 Tagen. Andererseits beanstandet er die auf der Grundlage des Jahresfixlohnes (CHF 335'000.00) berechnete Ferienentschädigung und verlangt eine Berechnung aufgrund einer sog. Gesamtvergütung (CHF 4'563'216.00). Ausgehend von dieser Gesamtvergütung errechnet er eine Entschädigung pro Tag in der Höhe von CHF 17'523.90 und gelangt aufgrund eines Guthabens von 67,5 Ferientagen zu einem Entschädigungsanspruch von CHF 1'182'863.25; davon zieht er die bereits geleistete Zahlung von CHF 56'475.75 ab. Insgesamt beantragt er

somit als Abgeltung für nicht bezogene Ferientage die Kollokation von CHF 1'126'387.50 (Urk. 80 S. 32-41 Rz. 56 ff.).

- b) Nachfolgend ist zunächst zu prüfen, für wie viele Ferientage der Kläger Anspruch auf eine Entschädigung hat (nachfolgend Lemma 1). Anschliessend ist zu prüfen, wie die Entschädigung zu bemessen ist (nachfolgend Lemma 2).

- Gemäss Art. 329d OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn auszuzahlen (Abs. 1); Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen abgegolten werden (Abs. 2). Auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt grundsätzlich das Abgeltungsverbot. Von diesem Grundsatz kann insoweit abgewichen werden, als ein Ferienanspruch dann in Geld abzugelten ist, wenn der Ferienbezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Bei einer Freistellung muss der Arbeitnehmer die freien Tage als Ferientage nutzen, wobei ihm jedenfalls die nötige Zeit zur Verfügung stehen muss, eine neue Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR). Der Arbeitnehmer hat also aufgrund der weiterhin bestehenden Treuepflicht die Interessen des Arbeitgebers insofern wahrzunehmen, als er die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit zu beziehen hat, wobei der Arbeitssuche Vorrang zukommt; massgebend ist das Verhältnis der Freistellungsdauer zur Zahl der offenen Ferientage (BGE 128 III 271 insbes. E. 4a/cc S. 282 f.).

Im vorliegenden Fall enthielt das Kündigungsschreiben vom 23. Oktober 2008 folgenden Hinweis (Urk. 3/4):

- "1. Sie sind per sofort bis zum Ablauf Ihrer ordentlichen Kündigungsfrist von Ihrer Arbeitspflicht freigestellt, soweit in diesem Schreiben nichts anderes festgehalten ist. Mit der Freistellung gelten Ihre allfälligen Ferienansprüche als abgegolten [...].

2. Während der Freistellung haben Sie sich für allfällige Rückfragen zur Verfügung zu halten. Wir bitten Sie daher, uns über allfällige Abwesenheiten Ihrerseits im Voraus zu informieren."

Der Kläger geht davon aus, dass die Freistellung 66 Arbeitstage gedauert habe (Urk. 80 S. 33 Rz. 59). Bei dieser Ausgangslage ist einerseits das Interesse des Arbeitgebers zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer die bislang nicht bezogenen 67,5 Ferientage soweit wie möglich bezieht; andererseits ist das Interesse des Arbeitnehmers angemessen zu gewichten, dass ihm die Möglichkeit gegeben wird, während der Freistellung die nötige Zeit für die Arbeitssuche zur Verfügung zu haben. Nach der Berechnung der Vorinstanz verbleiben dem Kläger 42,5 Tage für die Arbeitssuche, wenn von den 66 Freistellungstagen 23,5 Ferientage abgezogen werden. Unter Berücksichtigung der oben skizzierten Rechtsprechung, dass zumindest ein Teil der Ferien an die Freistellungszeit anzurechnen ist, wenn während der verbleibenden Freistellungsdauer genügend Zeit für die Stellensuche zur Verfügung steht, erscheint es an sich angemessen, 23,5 Ferientage auf die Freistellungszeit anzurechnen. Der Kläger behauptet nicht, dass er in der Freistellungszeit an mehr als 42,5 Tage mit Arbeitssuche beschäftigt war. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, dass von den 67,5 Ferientagen 23,5 Tage als durch Freistellung abgegolten zu betrachten sind und nur die verbleibenden 44 Tage zu entschädigen sind.

Nicht überzeugend sind die Argumente, mit denen der Kläger geltend macht, trotz des Abgeltungsverbot (Art. 329d Abs. 2 OR) seien nicht nur 44 Ferientage, sondern sämtliche 67,5 Ferientage zu entschädigen. Entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 80 S. 36 Rz. 66 f.) kann der Vorinstanz keine falsche Würdigung des Verhältnisses zwischen Freistellungsdauer und anzurechnenden Ferientagen vorgeworfen werden; einerseits ist das Verhältnis zwischen Freistellungsdauer und anzurechnenden Ferientagen nach der Rechtsprechung das massgebende Beurteilungskriterium (vgl. BGE 128 III 271 E. 4.a.cc a.E. S. 283), und andererseits ist nicht erkennbar, weshalb die vorinstanzli-

che Würdigung falsch sein sollte, wenn von der Freistellungsdauer von 66 Tagen 23,5 Ferientage abgezogen werden und alsdann noch 42,5 Tage für die Arbeitssuche zur Verfügung stehen. Unbegründet ist auch der Hinweis, dass Ferien dem Erholungszweck dienen und ein Arbeitnehmer in gekündigter Stellung nicht "ferienfähig" seien, weshalb eine Kompensation von Ferientagen nicht in Frage komme (Urk. 80 S. 36 f. Rz. 68); da jeder Arbeitnehmer bei einer Kündigung in eine ungewisse Zukunft blickt, wäre eine Abgeltung von Ferientagen durch Freistellungstage generell ausgeschlossen, was der oben erwähnten Rechtsprechung widerspräche; im Übrigen wird weder dargetan noch ist ersichtlich, weshalb bei einer Freistellungsdauer von 66 Tagen der Bezug von 23,5 Ferientagen unter dem Gesichtspunkt des Erholungszweckes unzumutbar sein soll, zumal 42,5 bezahlte Arbeitstag für die Stellensuche zur Verfügung stehen; ob der Kläger an 40 Tagen Suchbemühungen substantiiert behauptet hat (verneinend die Vorinstanz in Urk. 81 S. 33 und die Beklagte in Urk. 85 S. 38 f. Rz. 200), kann dahin gestellt bleiben, weil nur entscheidend ist, ob unter Berücksichtigung angemessener Suchbemühungen während 23,5 Tagen Ferien bezogen werden konnten, was aus den dargelegten Gründen zu bejahen ist. Unbegründet ist auch die Meinung, eine Kompensation von Ferientagen falle ausser Betracht, weil es während der 66-tägigen Freistellung an einer ausreichenden Vorbereitungszeit für die Organisation der Ferien gefehlt habe (Urk. 80 S. 38 f. Rz. 72 f.); dem Kläger stehen während der 66-tägigen Freistellungsdauer 42,5 Tage für die Stellensuche zur Verfügung, die ohne weiteres nebenbei auch für die Organisation der Ferien während der Freistellungszeit genutzt werden können. Nicht überzeugend ist auch der Hinweis des Klägers auf eine Rechtsprechung, wonach die Anrechnung des Feriensaldos auf die Freistellungsdauer dann ausser Betracht falle, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet sei, sich während der Freistellung zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten (Urk. 80 S. 39 Rz. 74 f. mit Hinweis auf BGer 4A_117/2007, Urteil vom 13. September 2007); im Unterschied zu die-

sem Entscheid, in welchem der Umfang der Verpflichtung, sich während der Freistellungszeit zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten, nicht eingegrenzt war (a.a.O., E. 6.3), war es dem Kläger gemäss der oben zitierten Ziffer 2 der Kündigung ohne weiteres möglich, Ferien zu beziehen, sofern die Beklagte "über allfällige Abwesenheiten im Voraus informiert" war; der Beklagte war daher während der 66-tägigen Freistellungszeit frei, 23,5 Ferientage nach seiner Wahl zu beziehen.

Aus den dargelegten Gründen war es dem Kläger möglich und zumutbar, zumindest innerhalb der 66-tägigen Freistellungszeit 23,5 Ferientage nach seiner freien Wahl und ohne Verpflichtungen gegenüber der Beklagten zu beziehen, so dass ihm mit den verbleibenden 42.5 Tagen genügend Zeit für die Stellensuche zur Verfügung stand.

- Unter der Annahme, dass der Kläger über ein Ferienguthaben von 67,5 Tagen verfügte und davon 23,5 Ferientage durch die Freistellung abgegolten waren, war ihm eine Entschädigung für 44 nicht bezogene Ferientage auszuführen. Die Beklagte überwies dem Kläger eine auf der Basis des Festlohnes von CHF 335'000.00 berechnete Entschädigung für nicht bezogene 44 Ferientage von CHF 56'475.75 (Urk. 3/1 S. 2). Auch die Vorinstanz lehnte die Kollokation einer Entschädigung für 44 nicht bezogene Ferientage berechnet auf einer Gesamtvergütung von CHF 4'563'216.00 ab. Im vorliegenden Berufungsverfahren verlangt der Kläger wiederum eine Entschädigung pro Ferientag von CHF 17'523.90, welcher "Tagessatz" auf der Basis einer Gesamtvergütung von CHF 4'563'216.00 berechnet ist (Urk. 80 S. 40 f.).

Wenn ein Ferienguthaben - in Abweichung des Abgeltungsverbots (Art. 329d Abs. 2 OR) - am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt werden muss, dann bemisst sich die Entschädigung nach dem zuletzt bezahlten Lohn und nicht nach dem Entstehungsjahr (Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., Art. 329d Rz. 3 S. 682 f. mit zahlreichen Hinweisen). Wie erläutert beläuft sich der zuletzt geschuldete Lohn des Klägers auf CHF 335'000.00. Ein Anspruch auf Auszahlung eines Bonus

bestand zuletzt nach dem Zusammenbruch der B._____ und der damit einhergehenden Liquidation und späteren Konkursöffnung Beklagte nicht (vgl. oben E. 2).

- c) Insgesamt kann festgehalten werden, dass in Bezug auf das Guthaben von 67,5 nicht bezogenen Ferientagen 23,5 Tage durch die Freistellungszeit abgegolten sind und 44 Tage auszuzahlen sind. Das Guthaben für die nicht bezogenen bzw. nicht abgegoltenen 44 Ferientage berechnet sich nicht auf der Grundlage einer Gesamtvergütung mit Bonusansprüchen in der Höhe von CHF 4'563'216.00, sondern auf der Grundlage des zuletzt geschuldeten Fixlohnes von CHF 335'000.00. Da das so errechnete Guthaben von CHF 56'475.75 bereits ausgerichtet wurde und ein darüber hinaus gehender Ferienlohnanspruch zu verneinen ist, wurde die Klage auch insofern zu Recht abgewiesen, als der Kläger unter dem Titel Ferienguthaben die Kollokation eines Betrages von CHF 1'126'387.50 verlangte.
4. Weiter ist zu prüfen, ob ein Anspruch des Klägers **im Zusammenhang mit den aufgeschobenen aktienbasierten Vergütungen** im Konkurs der Beklagten zu kollozieren ist.
- a) In den Jahren vor dem Zusammenbruch der B._____ Holding wurden die Vergütung teilweise bar (Barvergütung) sowie teilweise in Form von Contingent Stock Awards (CSA) und - bis und mit Geschäftsjahr 2003 - in Form von Optionen (aktienbasierte Vergütung) ausbezahlt. Die Barvergütungen wurden jeweils im betreffenden Geschäftsjahr ausbezahlt. Bei der aktienbasierten Vergütung (CSA's und Optionen) handelte es sich um aufgeschobene Vergütungen, die dem Kläger das Recht verschafften, nach einer Sperrfrist Aktien der B._____ Holding zu erwerben. Die aufgeschobenen aktienbasierten Vergütungen sollen sich auf CHF 7'719'056.00 belaufen haben, nämlich auf CSA's in der Höhe von CHF 6'658'369.00 und Optionen in der Höhe von CHF 1'060'687.00. Der Kläger ist der Auffassung, diese aufgeschobenen aktienbasierten Vergütungen seien nicht vereinbar mit dem sog. "Truckverbot" gemäss

Art. 323b Abs. 3 OR und daher nichtig. Ihm stehe daher eine Forderung gegen die Beklagte in der Höhe von CHF 7'719'056.00 sowie Verzugszins in der Höhe von CHF 1'092'212.00 zu.

- b) Gemäss Art. 323b Abs. 3 OR sind Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers nichtig. Das sog. "Truckverbot" schützt die freie Verwendbarkeit des Lohnes. Der Arbeitnehmer soll vor der Verpflichtung geschützt werden, einen Teil des Lohnes in Form von Waren oder Dienstleistungen entgegennehmen zu müssen, die der Arbeitgeber produziert oder vertreibt. Nach der Rechtsprechung kommt das Truckverbot auch bei Mitarbeiterbeteiligungen in Form von Aktien oder Optionen zur Anwendung, sofern diese Vergütungen Lohncharakter haben (BGE 131 III 615 insbes. E. 5 S. 619 ff. mit Hinweisen).
- c) In Bezug auf das Geschäftsjahr 2008 (1. Dezember 2007 bis 30. November 2008) und die Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (Dezember 2008 und Januar 2009) wurde bereits ausführlich dargelegt, dass die *gesamte variable Vergütung* des Klägers nach der neuesten Rechtsprechung als Gratifikation - und nicht als Lohn - zu qualifizieren ist (vgl. oben E. 2). Diese Überlegungen gelten erst recht für den hier interessierenden Teil der *aktienbasierten variablen Vergütungen* (d.h. die CSA's und die Optionen, ohne die bereits ausbezahlten Cash-Boni). Einerseits liegt die gesamte variable Vergütung (Cash-Bonus und aktienbasierter Bonus) - und damit erst recht die aktienbasierte Vergütung (CSA's und Optionen) - bis zu einem gewissen Grad im Ermessen des Arbeitgebers. Und andererseits war die Barvergütung (Fixlohn und Cash-Bonus) auch gemäss der Darstellung des Klägers (vgl. Urk. 80 S. 46 Rz 88b) regelmässig mindestens gleich hoch wie die hier in Frage stehenden aktienbasierten Boni (CSA's und Optionen [im Jahr 2003]), weshalb die aufgeschobenen Boni als akzessorisch zu gelten haben. Die hier interessierenden aktienbasierten Vergütungen (CSA's und Optionen [im Jahr 2003]) sind daher als Gratifikationen zu qualifizieren; dies deckt sich mit der neusten Rechtsprechung (BGE

139 III 155 insbes. E. 5 mit zahlreichen Hinweisen [die dort zu beurteilenden PIP's und LPA's sind sowohl in der Ausgestaltung als auch im Quantitativen vergleichbar mit den vorliegenden CSA's und Optionen]). Wenn die aktienbasierten Boni (CSA's und Optionen [im Jahr 2003]) als Gratifikationen und nicht als Lohnauszahlungen zu verstehen sind, fallen sie nicht unter das "Truckverbot", weil gemäss Art. 323d Abs. 3 OR nur der Lohn - nicht aber die Gratifikation - geschützt ist. Schon deshalb erweist sich die Rüge des Klägers als unbegründet, dass der Aufschieb der aktienbasierten Vergütungen (CSA's und Optionen), die zusätzlich zu den Barvergütungen in Millionenhöhe (Fixlohn und Cash-Boni) zugeteilt wurden, nichtig sei.

- d) Der Standpunkt des Klägers ist aber auch aus einem weiteren Grund verfehlt. Zu Unrecht macht er nämlich geltend, der Aufschieb der aktienbasierten Boni (CSA's und Optionen [für das Jahr 2003]) sei ausschliesslich oder zumindest überwiegend "im Interesse des Arbeitgebers" (Art. 323d Abs. 3 OR) gewesen, weil der Kläger während der Sperrfrist an den Arbeitgeber gebunden und nicht gegen Kursverluste geschützt gewesen sei (Urk. 80 S. 47 f. Rz. 88f ff.). Richtig ist vielmehr, dass das System der gesperrten Aktienboni nicht nur Verlustrisiken beinhaltete, sondern auch Gewinnchancen bot. Insofern lag die Zuteilung von Aktienboni auch im Interesse des Klägers; der Kläger scheint denn auch während Jahren am System der aufgeschobenen Aktienboni keinen Anstoss genommen zu haben. Unter diesen Umständen kann dahin gestellt bleiben, ob die CSA bzw. Optionen mit einem Einschlag abgegeben wurden (so die Vorinstanz in Urk. 81 S. 41 E. 3.3.5), wofür der Arbeitsvertrag spricht (Urk. 20/4 ["The ... CSA's ... will be based on the closing price ..., discounted by 20%"]), was jedoch vom Kläger bestritten wird (Urk. 80 S. 47 Rz. 88g). Ferner kann auch offenbleiben, ob das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm steuerfreie Kapitalgewinne ermöglichte (so die Vorinstanz in Urk. 81 S. 41 E. 3.3.5), was vom Kläger ebenfalls bestritten wird (Urk. 80 S. 47 Rz. 88i). Entscheidend ist ein-

zig, dass die teilweise aktienbasierten Vergütungen aufgrund der Gewinnchancen auch im Interesse des Klägers lagen.

- e) Wenn es sich aber bei den aufgeschobenen aktienbasierten Vergütungen nicht um Lohnzahlungen, sondern Gratifikationen handelte (vgl. lit. c), und wenn diese Vergütungen nicht ausschliesslich oder überwiegend im Interesse des Arbeitgebers, sondern auch im Interesse des Arbeitnehmers lagen (vgl. lit. d), kann die Zuteilung der gesperrten Aktienanwartschaften nicht als Verletzung des in Art. 323b Abs. 3 OR verankerten Truckverbotes beanstandet werden. Damit erübrigt es sich, auf die Höhe allfälliger Ansprüche (vgl. Urk. 80 S. 48 f. Rz. 90) sowie deren Verzinsung einzugehen (vgl. Urk. 80 S. 50 f. Rz. 91). Vielmehr lehnte die Vorinstanz die Kollokation einer Forderung von CHF 6'658'369.00 für CSA's, von CHF 1'060'687.00 für Optionen und von CHF 1'092'212.00 als Verzugszins zu Recht ab. Der Standpunkt des Klägers ist nicht nur rechtlich falsch, sondern geradezu stossend. Im Ergebnis läuft die Argumentation des Klägers darauf hinaus, die Aktienboni, an welchem er sich in Boomzeiten nicht störte, sondern im Gegenteil davon profitierte, im Konkursfall in einen Cashbonus umzuinterpretieren. Eine solche Argumentation wäre von vornherein widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich im Sinn von Art. 2 Abs. 2 ZGB (BGE 125 III 257 E. 2a S. 259 [widersprüchliches Verhalten als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs]).
5. Schliesslich verlangt der Kläger, als **Abgangsentschädigung sei eine Forderung von CHF 4'940'897.00** im Konkurs der Beklagten zu kollozieren.
- a) Zur Begründung führt der Kläger im Wesentlichen aus, dass bei der Beklagten eine Betriebsübung bestanden habe, den Mitarbeitern, welche aus wirtschaftlichen Gründen ohne ihr Verschulden entlassen worden seien, jeweils eine Abgangsentschädigung zu bezahlen. Die Höhe der Abgangsentschädigung habe sich auf mindestens einen Monatslohn (auf der Basis der aktuellen Gesamtvergütung) pro Dienstjahr belaufen. In seinem Fall sei ausgehend von einer monatlichen Gesamt-

vergütung von CHF 380'069.00 und 13 Dienstjahren eine Abgangsentschädigung von CHF 4'940'897.00 (13 x 380'069) geschuldet (Urk. 80 S. 53 ff. Rz. 96 ff.).

- b) Die Vorinstanz hielt zutreffend und unangefochten fest, dass sich der Beklagte auf *keinen gesetzlichen Anspruch* auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung stützen könne. Ebenso zutreffend und unangefochten wurde festgehalten, dass auch *keine schriftliche Vereinbarung* betreffend Abgangsentschädigung bestehe. Der Kläger erblickt aber insofern eine Anspruchsgrundlage für eine Abgangsentschädigung, als ihm trotz einer entsprechenden Betriebsübung in Verletzung des *Gleichbehandlungsgrundsatzes* die Ausrichtung einer Abgangsentschädigung verweigert (nachfolgend lit. c) und nicht von einer nach Treu und Glauben bestehenden stillschweigenden Vereinbarung auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung ausgegangen worden sei (nachfolgend lit. d).
- c) Im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz betont die Rechtsprechung, dass aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich beliebige Differenzierungen zwischen einzelnen Arbeitnehmern zulässig seien. Zwar werde aus der Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR in der Literatur zum Teil auf die Pflicht zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer geschlossen. Eine unsachliche oder gar willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers wäre aber nur dann als persönlichkeitsverletzende Ungleichbehandlung zu werten, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck käme. Eine solche könne von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt werde, nicht jedoch, wenn der Arbeitnehmer bloss einzelne Arbeitnehmer besser stelle (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281 f. mit zahlreichen Hinweisen).
- Die Vorinstanz erwog, selbst unter der Annahme einer angeblichen Betriebsübung könne sich der Kläger nicht auf den Gleichbehandlungs-

grundsatz berufen. Die Beklagte habe nämlich *im Zug des Konkurses* keinem der entlassenen Arbeitnehmer eine Abgangsentschädigung bezahlt. Ob nach dem Zusammenbruch der B._____ Gruppe der Konzern oder andere B._____ -Unternehmen ihren leitenden Angestellten eine Abgangsentschädigung ausgerichtet hätten, sei irrelevant, weil nur Arbeitnehmer desselben Betriebes vergleichbar seien. Es könne daher dahin gestellt bleiben, ob die Beklagte *in den Jahren vor dem Zusammenbruch der B._____ Gruppe* einzelnen Mitarbeitern eine Abgangsentschädigungen ausgerichtet habe.

- Allein der Umstand, dass die Beklagte vor ihrem Konkurs acht Mitarbeitern eine Abgangsentschädigung bezahlt haben soll, verschafft dem Kläger keinen Anspruch auf eine Abgangsentschädigung in Millionenhöhe gestützt auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Einerseits könnte keine Rede von einer Betriebsübung zugunsten einer Vielzahl von Mitarbeitern die Rede sein, wenn die Beklagte in 6 ½ Jahren bis im Sommer 2008 acht ehemaligen Mitarbeitern eine Abgangsentschädigung bezahlt haben sollte (so der Kläger in Urk. 80 S. 53 Rz. 96). Andererseits wäre eine allfällige Ungleichbehandlung mit wenigen Mitarbeitern auch nicht als persönlichkeitsverletzende Geringschätzung der Persönlichkeit des Klägers zu werten; die Beklagte war als seinerzeit prosperierendes Unternehmen frei, nach Belieben einzelnen Mitarbeitern Abgangsentschädigungen auszurichten; als konkursiter Betrieb konnte die Beklagte jedoch nicht mehr nach Belieben Zahlungen in Millionenhöhe ausrichten. Wenn aber der Konkursfall nicht mit der Situation vor dem Konkurs zu vergleichen ist, kann die Weigerung der Beklagten, dem Kläger eine Abgangsentschädigung in der Höhe von knapp CHF 5 Mio. zu bezahlen, auch nicht als Ungleichbehandlung des Klägers gewertet werden, die eine Geringschätzung dessen Persönlichkeit zum Ausdruck bringt.
- Die vom Kläger dagegen erhobenen Einwände sind nicht überzeugend: Verfehlt ist zunächst der Hinweis des Klägers, die Beklagte habe sich

weder im Kündigungszeitpunkt (23. Oktober 2008) noch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (31. Januar 2009) in Konkurs befunden, weshalb die Konkursöffnung nicht als sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung des Klägers mit anderen Mitarbeitern der Beklagten dienen könne (Urk. 80 55 f. Rz. 101 f.); richtig ist, dass die Beklagte von der damaligen Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) am tt. Oktober 2008 ins Liquidationsstadium versetzt wurde, und dass die Finanzmarktaufsicht (FINMA) am tt. Februar 2009 über die Beklagte den Konkurs eröffnete (Urk. 20/3 S. 2); die Vorinstanz hatte daher zu prüfen, ob ein unweigerlich vor dem Konkurs stehender Betrieb seinem letzten leitenden Angestellten eine Abgangsentschädigung von knapp CHF 5 Mio. auszurichten hatte; es wurde schon ausgeführt, dass sich dieser Sachverhalt fundamental unterscheidet von der Situation, in welcher die damals prosperierende Beklagte einigen wenigen Mitarbeitern angeblich eine Abgangsentschädigung ausgerichtet haben soll. Nicht überzeugend ist sodann die Meinung des Klägers, andere im Oktober 2008 entlassene Mitarbeiter seien in parallel geführten Kollokationsverfahren im Rahmen von vergleichswisen Einigungen (teilweise) entschädigt worden (Urk. 80 S. 56 Rz. 103); unabhängig davon, dass in den vom Kläger genannten fünf Fällen (vgl. Urk. 31) nur ein kleiner Bruchteil der eingeklagten Summe vergleichsweise bezahlt worden sein soll (so die Beklagte in Urk. 85 S. 56 Rz. 276), sind vergleichswise Einigungen unter dem Gesichtspunkt der Arbeitnehmergleichbehandlung im Urteilsfall irrelevant; aus dem Abschluss von Prozessvergleichen mit einigen wenigen Mitarbeitern kann nicht auf eine Rechtspflicht zur Ausrichtung einer Abgangsentschädigung geschlossen werden, weil ein Vergleich auf gegenseitigem freiwilligem Entgegenkommen der Vergleichsparteien beruht.

- Aus diesen Gründen kann keine Rede von einer persönlichkeitsverletzenden Ungleichbehandlung sein, wenn dem Kläger im Konkurs eine Abgangsentschädigung in Millionenhöhe verweigert wurde.

- d) Unabhängig vom angeblichen Anspruch auf Gleichbehandlung macht der Kläger weiter geltend, bereits aufgrund der Ausrichtung einer Abgangsentschädigung an wenige Mitarbeiter - d.h. auch ohne Vorliegen einer Betriebsübung - habe er nach Treu und Glauben von einer stillschweigenden Anpassung des Arbeitsvertrages ausgehen dürfen, wonach eine Abgangsentschädigung geschuldet sei (Urk. 80 S. 56 ff. Rz. 105).
- Die Rechtsprechung geht davon aus, dass unter Umständen auch ein nur einzelne Arbeitnehmer begünstigendes Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben könne, dass davon nicht erfasste Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürften; in diesem Fall müsse der Arbeitgeber diese nur einzelnen Arbeitnehmern zugedachte begünstigende Behandlung auch den anderen zukommen lassen, weil sie nach Treu und Glauben als vertraglich vereinbart anzusehen sei (BGE 129 III 276 E. 3.1 a.E. S. 283 mit Hinweisen).
 - Wie bereits ausgeführt, wurde *im Konkurs* der Beklagten keinem Mitarbeiter eine Abgangsentschädigung ausbezahlt; falls sich die Beklagte mit einzelnen Mitarbeitern auf eine vergleichsweise und damit freiwillige Abgangsentschädigung geeinigt haben sollte, könnte der Kläger nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass sich die Beklagte damit zur Bezahlung einer Abgangsentschädigung in Millionenhöhe verpflichtet hätte. Und insbesondere kann aus der Bezahlung einer Abgangsentschädigung an einzelne Mitarbeiter in der Zeit *vor dem Konkurs* nach Treu und Glauben nicht darauf geschlossen werden, dass sich die Beklagte im gänzlich unterschiedlichen Fall des Konkurses zu einer Abgangsentschädigung verpflichtet hätte.
- e) Insgesamt ergibt sich, dass kein Anspruch auf eine Abgangsentschädigung besteht: Weder unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsanspruch im Zusammenhang mit einer angeblichen Betriebsübung (vgl. lit. c) noch aufgrund einer angeblichen stillschweigenden Vertragsan-

passung (vgl. lit. d) steht dem Kläger ein Anspruch auf eine Abgangsentschädigung von CHF 4'940'897.00 zu. Nachdem die Beklagte am tt. Oktober 2008 liquidiert werden musste und alsdann am tt. Februar 2009 in Konkurs fiel, wäre es nicht nur falsch, sondern geradezu stossend, dem Kläger eine Abgangsentschädigung von CHF 4'940'897.00 auszurichten.

6. Aus den dargelegten Gründen wies die Vorinstanz die Kollokationsklage insgesamt zu Recht ab.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Insbesondere kann dem Einwand des Klägers nicht gefolgt werden, dass die Beklagte vorsteuerabzugsberechtigt sei und die für die anwaltliche Vertretung vorgesehene Prozessentschädigung daher ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen sei (Urk. 80 S. 61 Rz. 115). Gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. a MWSTG (SR 641.20) endet die Steuerpflicht bei einer Vermögensliquidation mit dem Abschluss des Liquidationsverfahrens. An sich ist die Beklagte bis zum Schluss des Konkursverfahrens somit mehrwertsteuerpflichtig, und ein Vorsteuerabzug wäre an sich denkbar. Allerdings weist die Beklagte mit guten Gründen darauf hin, dass die Beklagte gemäss Art. 28 Abs. 1 MWSTG nur "im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit" den Vorsteuerabzug verlangen kann (Urk. 85 S. 65 Rz. 325). Da nicht ersichtlich ist, welche unternehmerische Tätigkeit die Beklagte, über welche am tt. Februar 2009 der Konkurs eröffnet wurde, entfalten sollte, kann auch keine Rede davon sein, dass die an sich mehrwertsteuerpflichtige Beklagte effektiv Mehrwertsteuer schuldet, von welcher sie die auf das anwaltliche Honorar geschuldete Mehrwertsteuer als Vorsteuer sollte abziehen können. Wenn aber keine Möglichkeit für einen Vorsteuerabzug ersichtlich ist, rechtfertigt es sich, auf die Prozessentschädigung im erstinstanzlichen Verfahren einen Mehrwertsteuerzuschlag zu gewähren. Die Bemessung des Mehrwertsteuerzuschlags (7,6% auf 2/3 und 8% auf 1/3 der Prozessentschädigung) ist nicht angefochten.

2. Auch im Berufungsverfahren wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig. Grundlage für die Bemessung der Kosten- und Entschädigungsfolge ist der Streitwert von knapp CHF 20 Millionen, weshalb die Gerichtsgebühr auf CHF 170'000.00 festzusetzen ist (§ 4 und § 12 Abs. 2 GebV OG). Die Prozessentschädigung ist auf der Grundlage des genannten Streitwertes unter Berücksichtigung einer Herabsetzung der Grundgebühr um die Hälfte auf CHF 78'000.00 festzusetzen (§ 4 und § 13 Abs. 2 AnwGebV), wobei aus den genannten Gründen ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8% zu gewähren ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die separate Verfügung der Vorinstanz vom 28. August 2012 am 5. Dezember 2012 rechtskräftig geworden ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffer 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 170'000.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 84'240.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich (ehemals Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren), 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 vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 19'805'534.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. September 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc