

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA100002/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Der Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, die Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan und lic. iur. C. Prinz sowie die Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Urteil vom 14. September 2011

in Sachen

A._____,

Kläger, Erstappellant und Zweitappellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagte, Erstappellatin und Zweitappellantin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 18. Dezember 2009 (AN080738)

Rechtsbegehren:

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 750'000.– zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2008 zu bezahlen.
Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 447'994.75 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2008 zu bezahlen sowie ihm 5'683 Namenaktien B. _____ (...) zu Eigentum zu übertragen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. 7.6% MwSt, zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 120'833.– brutto nebst 5 % Zins seit 1. Juni 2008 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 25'750.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger zu 84 % und der Beklagten zu 16 % auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 18'802.– zuzüglich Fr. 1'428.95 (= 7,6 % Mehrwertsteuer), d.h. insgesamt Fr. 20'230.95 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Rückschein.
6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Arbeitsgericht erklärt werden.

Berufungsanträge:

des Klägers, Erstappellanten und Zweitappellaten (Urk. 22):

- "1. Das vorinstanzliche Urteil sei in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 750'000.– zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juni 2008.
2. Eventualiter sei das vorinstanzliche Urteil in Gutheissung der Berufung aufzuheben und sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 447'994.75 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juni 2008 zu bezahlen sowie ihm 5'683 Namenaktien B._____ (...) zu Eigentum zu übertragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. 7.6 % MwSt, zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten, Erstappellatin und Zweitappellantin (Urk. 25):

- "1. Das Urteil der 1. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich vom 18. Dezember 2009 (Geschäft Nr. AN080738/U) sei in Gutheissung der Berufung der Beklagten und in Abweisung der Berufung des Klägers aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1.1 Vorauszuschicken ist, dass am 1. Januar 2011 die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten ist. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt

indessen für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des zürcherischen GVG anzuwenden.

1.2 Mit Urteil vom 18. Dezember 2009 hiess die 1. Abteilung des Arbeitsgerichtes Zürich die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, Erstappellatin und Zweitappellantin (fortan Beklagte genannt), dem Kläger, Erstappellanten und Zweitappellaten (fortan Kläger genannt) Fr. 120'833.– brutto nebst 5 % Zins seit 1. Juni 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen (Urk. 15 S. 12). Gegen dieses Urteil erklärten der Kläger am 29. Dezember 2009 (Urk. 16) und die Beklagte am 6. Januar 2010 (Urk. 18) rechtzeitig Berufung.

2. Mit Präsidialverfügung vom 13. Januar 2010 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um seine Berufungsanträge zu stellen und diese zu begründen (Urk. 19). Dieser Aufforderung kam er innert erstreckter Frist am 24. Februar 2010 nach (Urk. 22). Die Berufungsantwort und Zweitberufungsbegründung vom 12. April 2010 mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Klage erstattete die Beklagte innert ebenfalls erstreckter Frist am 15. April 2010 (Urk. 25). Das weitere Berufungsverfahren wurde schriftlich durchgeführt (Urk. 28). Die schriftliche Berufungsreplik und Zweitberufungsantwort trafen in der Folge am 7. Juni 2010 (Urk. 31), die Berufungsduplik und Zweitberufungsreplik am 1. September 2010 (Urk. 36) und schliesslich die Zweitberufungsduplik am 7. Oktober 2010 (Urk. 41) ein. Darin halten die Parteien an ihren bisherigen Anträgen fest, wobei die Beklagte zudem den prozessualen Antrag stellte, die vom Kläger als Beilagen 1, 2 und 7 zu seiner Replik/Zweitberufungsantwort vom 3. Juni 2010 eingereichten Dokumente seien aus dem Recht zu weisen (Urk. 36 S. 2). Über diesen prozessualen Antrag ist vorab zu befinden.

3.1 Zur Begründung ihres Antrages führt die Beklagte aus, der Kläger habe mit seiner Berufungsbegründung eine E-Mail von C._____ vom 21. Dezember 2007 sowie Bonusvorschläge und das Dokument "Management Meeting Trading Switzerland" vom 5. Februar 2008 eingereicht. Diese Dokumente würden Ge-

schäftsgeheimnisse sowie Lohn- und Bonusdaten Dritter enthalten. Der Kläger habe diese Dokumente bei seinem Austritt heimlich mitgenommen, was gegen diverse arbeitsvertragliche und gesetzliche Bestimmungen verstosse. Durch dieses Verhalten habe der Kläger sowohl seine arbeitsvertragliche Treuepflicht bezüglich die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses der Beklagten als auch Persönlichkeitsrechte Dritter verletzt. Sein Verhalten werfe daher strafrechtliche Fragen auf. In prozessualer Hinsicht habe die widerrechtliche und vertragswidrige Vorgehensweise des Klägers zur Folge, dass die eingereichten Dokumente 1, 2 und 7 zur Replik aus dem Recht zu weisen seien und bei einer Beweiswürdigung nicht berücksichtigt werden dürften. Dies gelte umso mehr, als mit Bezug auf sämtliche drei Dokumente kein Beweisführungsinteresse bestehe, zumal keines der eingereichten Dokumente rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen betreffe. Schliesslich macht die Beklagte geltend, dass alle drei Dokumente unzulässige Noven darstellten. Der Kläger habe diese Dokumente nämlich bereits vor Prozessbeginn widerrechtlich in seinem Besitz gehabt, weshalb sie auch unter diesem Aspekt nicht zu berücksichtigen seien (Urk. 36 S. 5 f.).

3.2 Der Kläger dagegen beantragt im Rahmen der Zweitberufungsduplik, der Antrag der Beklagten sei abzuweisen. Zur Begründung führte er aus, es sei zunächst die Beklagte gewesen, welche in RZ 70 ihrer Berufungsbegründung vom 12. April 2010 die haltlose Behauptung aufgestellt habe, der Kläger hätte bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses lediglich einen Bonus von Fr. 250'000.– erhalten. Gegen diese Behauptung habe sich der Kläger nur dadurch verteidigen können, dass er dem Gericht die Bonusansätze in seiner Abteilung mit den ihm zur Verfügung stehenden Dokumenten aufgezeigt habe. Selbstverständlich habe der Kläger der Beklagten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sämtliche Geschäftsakten im Original zurück gegeben. Er habe lediglich persönliche Notizen und einzelne Kopien im Sinne von Arbeitsunterlagen behalten. Damit habe der Kläger keineswegs gegen die vertraglichen Regelungen betreffend die Rückgabe von Akten verstossen, wie die Beklagte dies geltend mache. In Bezug auf den Vorwurf der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses stellt sich der Kläger zusammengefasst auf den Standpunkt, dass es sich bei den in den drei eingereichten

Dokumenten enthaltenen und längst überholten Daten nicht um Geschäftsgeheimnisse der Beklagten handle. Abgesehen davon unterstehe das Gericht dem Amtsgeheimnis weshalb eine Geheimnisverletzung ohnehin nicht in Frage komme. Die Beklagte habe den Kläger durch ihre Falschbehauptungen veranlasst, die fraglichen Dokumente zur Untermauerung des eigenen Prozesstandpunktes zu verwenden, es liege also mithin auch ein Rechtfertigungsgrund vor (Urk. 41 S. 2 f.).

3.3.1 Die Beklagte beanstandet zweierlei. Einerseits macht sie geltend, die in Frage stehenden Dokumente 1, 2 und 7 zur Replik seien durch den Kläger in Verletzung von vertraglichen und persönlichkeitsrechtlichen Schutznormen beschafft worden. Damit stellt sie die prozessuale Verwertbarkeit der obgenannten Dokumente als Beweismittel in Frage. Ob und in welchem Umfang die einzelnen Beweismittel als solche im Prozess verwertbar sind sowie inwiefern sich die Beschaffung der Dokumente auf deren Beweiswert auswirkt, ist im Zivilprozess einzig eine Frage der Beweiswürdigung (§ 148 ZPO/ZH). Gegenstand der richterlichen Beweiswürdigung können nämlich grundsätzlich lediglich jene Beweismittel sein, die in zulässiger Art und Weise erhoben wurden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., § 148 N 2 f., mit weiteren Verweisen). Auf die betreffenden Beanstandungen der Beklagten und die Gegenargumente des Klägers wäre daher - sofern überhaupt erforderlich - ebenso wie auf die Frage, ob der Kläger in Bezug auf diese Urkunden überhaupt ein Beweisführungsinteresse hat, im Rahmen der Beweiswürdigung näher einzugehen. Da sich, wie nachfolgend noch auszuführen sein wird, eine Beweiswürdigung als obsolet erweist, kann vorliegend die Beantwortung der Frage nach der Verwertbarkeit der umstrittenen Dokumente offen bleiben.

3.3.2 Weiter stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, der Kläger habe die Dokumente 1, 2 und 7 zur Replik bereits vor Prozessbeginn in seinem Besitz gehabt. Wenn er diese nun erst im Berufungsverfahren in den Prozess einbringe, so habe dies zur Folge, dass sämtliche Dokumente als unzulässige Noven zu taxieren und aus dem Recht zu weisen seien. Demgegenüber macht der Kläger gel-

tend, er habe sich aufgrund der haltlosen Behauptung der Beklagten, wonach er bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses lediglich einen Bonus von Fr. 250'000.– erhalten hätte, veranlasst gesehen, dem Gericht die Bonusansätze in seiner Abteilung mit den ihm zur Verfügung stehenden Dokumenten aufzuzeigen. Nach Darstellung des Klägers - und dieser ist vorliegend beizupflichten - hat die Beklagte im Rahmen ihrer Berufungsbegründung und Berufungsantwort vom 12. April 2010 die bis anhin in dieser konkreten Form neue Behauptung aufgestellt, der hypothetische Bonus des Klägers für das gesamte Geschäftsjahr 2008 hätte aufgrund der allgemeinen Lage auf den Finanzmärkten, dem schlechten Geschäftsgang in der Abteilung des Klägers und dessen miserabler Qualifikation im Rahmen des Audits 2007 keinesfalls mehr als Fr. 250'000.– betragen. Die betreffenden Prognosen der ehemaligen Vorgesetzten des Klägers hätten sich nach der Bonusrunde 2008 zwischenzeitlich denn auch bestätigt (Urk. 25 S. 23 N. 70). Im Berufungsverfahren ist neues Vorbringen lediglich unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig (§ 267 ZPO/ZH). Wie der Bonusmitteilung 2005 (Urk. 10/12) sowie den Bonusabrechnungen der Jahre 2006 bis 2008 (Urk. 10/13-15) entnommen werden kann, erfolgte die Festsetzung und Auszahlung der jährlichen Boni jeweils in den Monaten Januar und Februar des Folgejahres. Indem die Beklagte in ihrer Eingabe vom 12. April 2010 auf die Bonusrunde 2008 verweist, bezieht sie sich demnach auf gesicherte Erkenntnisse, welche frühestens im Januar 2009 und damit nach Beendigung der Behauptungsphase vorliegen. Die vorinstanzliche Hauptverhandlung fand nämlich am 8. Dezember 2008 statt (Prot. VI. S. 3). Obwohl die Beklagte damit keine inhaltlich komplett neue Behauptung aufstellte, immerhin aber ihre vor dem Arbeitsgericht Zürich vorgebrachten Behauptungen mit dem Hinweis auf die neu vorliegenden Zahlen der Bonusrunde 2008 zu untermauern versuchte, ist der Kläger grundsätzlich berechtigt, diese neuen Vorbringen anhand der eingereichten Urkunden und ohne dass dadurch ein weiteres Beweisverfahren notwendig werden würde, zu widerlegen (ZR 73 Nr. 95 E 3.2). Die betreffenden Urkunden könnten daher, sofern erforderlich, im vorliegenden Verfahren grundsätzlich berücksichtigt werden. Der betreffende prozessuale Antrag der Beklagten ist abzuweisen.

II. Materielles

1. Der Kläger und die Beklagten schlossen am 30. August /15. September 2004 einen Arbeitsvertrag, wonach der Kläger ab 10. Januar 2005 als Director Leiter Rohstoffhandel Schweiz in Zürich mit der Aufgabe betraut wurde, den Rohstoffhandel für die Beklagte in der Schweiz aufzubauen. Dabei sollte er sich um den Handel und die Produktstrukturierung innerhalb der Rohstoffanlegekategorie kümmern und das ursprünglich auf das Edelmetallgeschäft konzentrierte Geschäft der Beklagten auf weitere Produkte ausdehnen. Bei Erreichen der Vorgaben wurde dem Kläger eine Beförderung zum Managing Director in Aussicht gestellt, welche Kaderposition der Kläger schliesslich per Januar 2007 auch tatsächlich antreten konnte. Zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages wurde unter anderem zunächst das Statut für das Senior Management erklärt (Urk. 3/2), welches jedoch in der Folge durch das Regelwerk "... " (Urk. 3/3) ersetzt wurde. Als Entlohnung wurde zwischen den Parteien ein Fixlohn von Fr. 220'000.– brutto pro Jahr vereinbart, wobei der Kläger zusätzlich bei Vorliegen der im Statut für das Senior Management umschriebenen Voraussetzungen eine Bonuszahlung erhalten sollte. Ab dem 1. April 2007 stieg der Fixlohn des Klägers auf Fr. 290'000.– brutto pro Jahr an. Dem Kläger wurden folgende Bonuszahlungen ausgerichtet (Urk. 3/5-7):

- im Jahr 2005: Fr. 800'000.– (davon Fr. 644'120.– in bar und der Rest in Form von Beteiligungsrechten);
- im Jahr 2006: Fr. 1'945'504.– (USD 1'600'000.–; davon Fr. 1'253'938.10 in bar und der Rest in Form von Beteiligungsrechten);
- im Jahr 2007: Fr. 1'653'450.– (USD 1'500'000.–; davon Fr. 910'086.45 in bar und der Rest in Form von Beteiligungsrechten).

Infolge verschiedener Unstimmigkeiten schlossen die Parteien schliesslich am 15. Februar 2008 eine Aufhebungsvereinbarung und kamen in den wesentlichen Punkten wie folgt überein: Der Kläger wurde per Februar 2008 freigestellt und allfällige ausstehende Ferienansprüche sollte damit als bezogen gelten. Die Beklag-

te sicherte dem Kläger den Lohn ("salary") bis Ende Mai 2008 zu und es wurde ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine viermonatige Karenzfrist vereinbart, während welcher der Kläger keiner die Beklagte konkurrenzierenden Tätigkeit nachgehen durfte. Als Entschädigung für die Einhaltung des Konkurrenzverbotes sollte der Kläger Ende September 2008 den Betrag von Fr. 100'000.– ausbezahlt erhalten. Schliesslich vereinbarten die Parteien eine Saldoklausel (Urk. 3/10).

2.1 Der Kläger macht im vorliegenden Prozess einen pro-rata-Anspruch des Bonus für das Jahr 2008 in der Höhe von Fr. 750'000.– geltend und begründet diesen zusammengefasst folgendermassen (Urk. 22, Urk. 31 und Urk. 41): In erster Linie gehe es um die Klärung der Frage, ob den ihm von der Beklagten neben seinem Fixlohn von Fr. 220'000.– resp. Fr. 290'000.– regelmässig ausgerichteten Bonuszahlungen Lohncharakter im Sinne von Art. 322 OR zukomme, oder ob es sich dabei um Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR handle. Die Bonuszahlungen hätten jeweils ein Vielfaches des Fixsalärs betragen, seien regelmässig ausbezahlt und von der Beklagten auch unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten wie Lohnbestandteile behandelt worden. Es bestehe also insgesamt kein Zweifel daran, dass der Bonus als Lohnbestandteil zu qualifizieren sei. Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung habe dieser Umstand zur Folge, dass die Bezahlung des Bonus nicht von Bedingungen, namentlich nicht von der Bedingung abhängig gemacht werden könne, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeite oder in ungekündigter Stellung sei. Anderslautende interne Reglemente der Beklagten würden daran nichts ändern. Weiter habe die Klassifizierung des Bonus als Lohnbestandteil zur Folge, dass es nicht im Ermessen des Arbeitgebers liege, den Lohnbestandteil einseitig zu kürzen. Dafür sei vielmehr eine Änderungskündigung erforderlich. Wenn sich die Beklagte auf den Standpunkt stelle, der Kläger habe mit Unterzeichnung der Aufhebungsvereinbarung vom 18. Februar 2008 auf die Bonuszahlung verzichtet, so irre sie sich. Dem sei nämlich entgegen zu halten, dass die vorliegend zu beurteilenden Bonuszahlungen als Lohnbestandteile unabdingbar seien und damit dem Verzichtsverbot von Art. 341 OR unterliegen würden. Der Kläger habe daher im Aufhebungsvertrag gar nicht gültig auf seine entsprechenden Ansprüche verzich-

ten können. Ein Verzicht sei zudem im Lichte der einschlägigen Bundesgerichtspraxis nur im Rahmen eines echten Vergleiches gültig, in welchem die Parteien gleichwertige Zugeständnisse machen würden. Die Vereinbarung vom 18. Februar 2008 stelle offenkundig keinen echten Vergleich dar, was die Vorinstanz zu Recht auch erkannt habe. Die in der Austrittsvereinbarung verwendete Formulierung "B. _____ will continue to pay your salary" beinhalte klarerweise auch den Bonus. Entsprechend sei der Kläger davon ausgegangen, dass die gesamte Kompensation inklusive Bonus bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldet sei. Nachdem der Bonus den Hauptanteil der Entschädigung des Klägers für seine geleistete Arbeit ausgemacht habe, habe er in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die gewählte Formulierung auch die Bezahlung des Bonus miteingeschlossen habe. Dies um so mehr, als dass die Beklagte im gleichen Dokument an anderer Stelle den Ausdruck "base salary" für die Bezeichnung des Fixlohnes verwende. Die Beklagte habe die Austrittsvereinbarung formuliert und infolgedessen habe sie auch die durch allfällig missverständliche Formulierungen geschaffenen Unklarheiten zu vertreten.

2.2 Die Beklagte dagegen macht im Berufungsverfahren zusammengefasst was folgt geltend (Urk. 25 und Urk. 36): Die Klage sei aus mehreren Gründen abzuweisen. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass die Parteien einen Anspruch auf einen pro-rata-Bonus bereits in den arbeitsvertraglichen Grundlagen ausgeschlossen hätten. Zudem habe der Kläger überdies mit der Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages vom 18. Februar 2008 rechtsgültig auf einen anteiligen Bonus für das Jahr 2008 verzichtet. Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, dass der Verzicht nicht gültig erfolgt sei, stehe dem Kläger dennoch kein Anspruch auf einen anteiligen Bonus zu. Dies einerseits deshalb, weil sich der Kläger mit seinem hohen Fixlohn in einem Bereich bewege, in dem der Arbeitnehmerschutz und damit die Umqualifikation von Bonus in Lohn aus rechtlichen Gründen von vornherein nicht greifen könne. Andererseits bleibe bei pflichtgemässer Ermessensausübung der Beklagten kein Raum für eine solche Umqualifikation, denn der hypothetische Bonus des Klägers für das Geschäftsjahr 2008 habe eine nach Rechtsprechung und Lehre zulässige, also das Kriterium der Ak-

zessorität wahrende, Höhe. Es stehe nämlich ausser Frage, dass der Bonus des Klägers für das gesamte Geschäftsjahr 2008 in Anbetracht der allgemeinen Lage auf den Finanzmärkten, dem schlechten Geschäftsgang in der Abteilung des Klägers und dessen miserabler Qualifikation im Rahmen des Audits im Jahre 2007, keinesfalls mehr als Fr. 250'000.– betragen hätte.

3. Neben seinem Fixgehalt von zunächst Fr. 220'000.– respektive Fr. 290'000.– ab 1. April 2007, erhielt der Kläger unbestrittenermassen jährlich einen sogenannten Bonus ausbezahlt, wobei der Bonus jeweils ein Vielfaches des vereinbarten Fixlohnes betrug. Es drängt sich daher zunächst die Klärung der Frage nach der rechtlichen Qualifikation dieser Bonuszahlungen auf. Die entsprechenden vertraglichen Abmachungen der Parteien wurden von der Vorinstanz unter Ziffer I. 2 (Urk. 15 S. 2 ff.) korrekt und vollständig wiedergegeben, darauf kann um Wiederholungen zu vermeiden in Anwendung von § 161 GVG/ZH verwiesen werden.

3.1 Das Obligationenrecht kennt weder den Begriff Bonus, noch enthält es diesbezügliche spezifische Regelungen. Aufgrund seiner jeweiligen konkreten Ausgestaltung ist der Bonus als Gratifikation (Art. 322d OR), als Lohn (Art. 322 OR), als Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR), oder allenfalls sogar als Mischform dieser drei unterschiedlichen vom Gesetzgeber vorgesehenen Leistungsarten ausgestaltet. Die Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR stellt eine eigentliche Sondervergütung dar, welche vom Arbeitgeber zusätzlich zum Lohn ausgerichtet wird. Vom Lohn im Sinne von Art. 322 OR unterscheidet sie sich insofern, als sie ganz oder teilweise vom Wohlwollen und Ermessen des Arbeitgebers abhängig ist. Wurde die Leistung eines Bonus weder explizit noch konkludent vereinbart, so liegt eine vollumfänglich freiwillige Leistung vor. Das Bundesgericht geht in konstanter Rechtsprechung und mit Verweis auf das Vertrauensprinzip davon aus, dass eine Gratifikation dann als konkludent vereinbart gilt, wenn sie während mindestens dreier aufeinanderfolgender Jahre und ohne Freiwilligkeitsvorbehalt entrichtet wurde. Daraus folgt, dass bei dreimaliger Ausrichtung eines Bonus, welcher höher ist als der Lohn, der akzessorische Charakter

der gesamten Leistung und damit eine im freien Ermessen des Arbeitgebers liegende Sondervergütung im Sinne von Art. 322d OR grundsätzlich nicht mehr gegeben ist (BGE 136 III 313 E. 2, BGE 129 III 276 E. 2 mit weiteren Verweisen). Besteht ein Anspruch auf die Entrichtung einer Gratifikation, so muss der Arbeitgeber zumindest hinsichtlich der Festsetzung ihrer Höhe über eine weitgehende Freiheit verfügen. Andernfalls kann nach Meinung des Bundesgerichts nicht mehr von einer Gratifikation im eigentlichen Sinne gesprochen werden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ebenfalls darauf, dass eine Gratifikation als zusätzliches Entgelt zum Lohn per definitionem akzessorischen Charakter hat. Diesbezüglich führt das Bundesgericht in BGE 131 III 615 E.5.2 aus, die Gratifikation stelle im Verhältnis zum Lohn ein zusätzliches Entgelt dar und sie könne bei der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung haben. Somit sei ein im Vergleich zum Lohn sehr hoher Betrag, ein gleich hoher oder ein den Lohn übersteigender Betrag, der regelmässig bezahlt worden sei, als variabler Lohnbestandteil zu betrachten, selbst wenn der Arbeitgeber die Freiwilligkeit vermerkt habe. Diesfalls erweise sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und werde dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinne (Urteil 4A_115/2007 E. 4.3 ff. vom 13. Juli 2007 mit weiteren Verweisen).

3.2 Die Vorinstanz beanstandet unter Ziff. IV. 4.a (Urk. 15 S. 11) ihrer Erwägungen die obgenannte bundesgerichtliche Rechtsprechung. Sie kommt zum Schluss, die apodiktische Haltung des Bundesgerichtes führe zu stossenden Ergebnissen. Es könne nämlich nicht sein, dass Arbeitnehmende mit hohen, zum Teil sogar exorbitant hohen Boni einen mindestens umfangmässig weit besseren Schutz des Gesetzes geniessen würden, als solche mit einem kleinen Bonus. Hinzu komme, dass im vorliegenden Fall auch der Fixlohn bereits auf einem sehr hohen Level angesiedelt sei. Die Beklagte schliesst sich dieser Argumentation an, indem sie sich mit Verweis auf Conradin Cramer (Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, S. 110), auf den Standpunkt stellt, der Kläger habe ein festes Salär inklusive Spesenentschädigung von über Fr. 300'000.– erzielt und gehöre damit in der Schweiz zu einer sehr kleinen Gruppe von Spitzenverdienern. Für dieses

Segment von Lohnempfängern verneine die Lehre zu Recht arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit. Bei derartigen Einkommensverhältnissen bestehe kein Anlass, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zu Gunsten des Arbeitnehmers in das Verhältnis zwischen geschuldetem Salär und im Ermessen des Arbeitgebers stehender zusätzlicher Entschädigung einzugreifen (Urk. 25 S. 17 sowie Urk. 36 S. 20 ff.).

3.3 Die von der Vorinstanz in dieser absoluten Form geübte Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts erweist sich bei genauerer Betrachtung als zumindest teilweise ungerechtfertigt. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, hat das Bundesgericht in BGE 129 III 276 ff. festgehalten, dass eine Gratifikation, welche sich wegen ihrer Höhe trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit erweise und somit nicht bloss akzessorisch sei, *zumindest teilweise* zum Lohn im Rechtssinne werde. Mit anderen Worten geht auch das Bundesgericht davon aus, dass in derartig gelagerten Fällen nicht zwingend der gesamte Bonus zum unantastbaren Lohnbestandteil wird. Vielmehr stellt sich die Frage nach dem eigentlichen Entgelt für die geleistete Arbeit. In seinem Entscheid vom 1. Juli 2005 (4C.364/2004) bestätigte das Bundesgericht diese Grundsätze (Erw. 2.2.). Es erinnert daran, dass eine Gratifikation gemäss Lehre und Rechtsprechung nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gelte (vgl. dazu Streiff/von Känel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N 4 zu Art. 322d OR, mit weiteren Verweisen), wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden sei. Seien unterschiedliche Beträge bezahlt worden, so betreffe die Einigung nur den Grundsatz, dass eine Gratifikation auszurichten sei. Daran anknüpfend legte das Bundesgericht in Erw. 2.5. dem Grundsatz nach fest, dass nach dreimaliger Auszahlung einer den Lohn betragsmässig übersteigenden Gratifikation von einer insoweit regelmässigen Zahlung ausgegangen werden könne. Das Bundesgericht will demnach explizit an das Regelmässigkeitsprinzip bei der Gratifikation anknüpfen. Daraus folgt, dass bei dreimaliger Ausrichtung eines Bonus, welcher höher ist als der Lohn, der akzessorische Charakter der gesamten Leistung und damit eine im freien Ermessen des Arbeitge-

bers liegende Sondervergütung im Sinne von Art. 322d OR grundsätzlich nicht mehr gegeben ist.

3.4 Wie unter Ziffer II. 1. vorstehend ausgeführt, hat der Kläger während drei Jahren jeweils einen Bonus erhalten, welcher sein Basissalär von zunächst Fr. 220'000.– und hernach Fr. 290'000.– um ein Vielfaches übertroffen hat. Dem Grundsatz nach hätte der Kläger auch für das Geschäftsjahr 2008 einen Bonus erhalten, wenn er sich im Zeitpunkt der üblichen Auszahlung noch im ungekündigten Arbeitsverhältnis befunden hätte (Urk. 36 S. 25). Allerdings macht die Beklagte diesbezüglich geltend, der betreffende Bonus wäre aufgrund des schlechten Geschäftsganges und der unzureichenden Arbeitsleistung des Klägers deutlich tiefer ausgefallen. Auch wenn im vorliegenden Fall der Bonus lediglich drei Jahre nacheinander ausbezahlt wurde und damit in zeitlicher Hinsicht gerade eben die vom Bundesgericht als unterste Grenze definierte Regelmässigkeit erreicht ist, kann dennoch kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass der Bonus zumindest teilweise eine Vergütung der Arbeitsleistung und damit eine Lohnkomponente darstellt.

3.5 Soweit der Bonus eine echte Gratifikation darstellt, gilt Folgendes: Beruht die Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR auf dem Prinzip der Freiwilligkeit, so kann der Arbeitgeber Bestand und Höhe grundsätzlich an beliebige Voraussetzungen knüpfen. So ist es zulässig, die Auszahlung von einem ungekündigten Arbeitsverhältnis abhängig zu machen (BSK OR I-Rehbinder/Portmann, N 4 zu Art. 322d OR, mit weiteren Verweisen). Eine Schranke setzt lediglich das Diskriminierungsverbot (Urteil 4C.364/2004 1. Juli 2005, E. 3.1 und 3.4). Die zwischen den Parteien vereinbarte Regelung, dass sich der Kläger im Zeitpunkt der Auszahlung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befinden müsse, ist daher zulässig. Anders verhält es sich in Bezug auf den Anteil des Bonus, welcher als Lohnbestandteil zu qualifizieren ist. Darauf ist nachfolgend unter Ziff. 3.6 näher einzugehen.

Die grundsätzliche Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach sich die Beklagte bei demjenigen Betrag, welcher den eigentlichen Lohnanspruch übersteigt,

auf ihre in zulässiger Ausübung ihrer Partei- und Vertragsautonomie verfassten Reglemente stützen kann, welche insbesondere auch einen pro-rata-Bonusanspruch des Klägers ausdrücklich ausschliessen, ist mit Blick auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht zu beanstanden. Damit erübrigt es sich auch, die Aufhebungsvereinbarung vom 18. Februar 2008 in Bezug auf die getroffene Saldoklausel einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Lediglich der Vollständigkeit halber ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass die Beklagte sowohl in ihren einschlägigen Regelwerken, als auch auf den jeweiligen Gehalts-/Bonusabrechnungen bezüglich der Bonuszahlungen einen ausdrücklichen Freiwilligkeitsvorbehalt anbrachte (Urk. 10/12-15). Hinsichtlich des Bonusanteils, welcher als Gratifikation im engeren Sinne zu betrachten ist, erfolgten also sämtliche drei Bonuszahlungen unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit. Der jährliche Vorbehalt wurde dadurch nicht zur Leerformel, was das Bundesgericht in BGE 129 III 280 E. 2.2 ausdrücklich festhielt. Selbst wenn also der vertraglich festgehaltene Verzicht auf einen pro-rata-Bonus-Anspruch nicht gültig zustande gekommen und die Saldoklausel in der Aufhebungsvereinbarung vom 18. Februar 2008 unbeachtlich wäre, könnte der Kläger aufgrund des unmissverständlichen Freiwilligkeitsvorbehaltes in Bezug auf den als Gratifikation zu qualifizierenden Anteil des Bonus keinen durchsetzbaren Anspruch erheben.

3.6 Damit bleibt zu prüfen, inwieweit der Bonus als eigentliches Leistungsentgelt und damit als Lohnkomponente im Rechtssinne zu qualifizieren ist. Im betreffenden Umfang hat der Kläger nämlich Anspruch auf Auszahlung der anteilmässigen Summe für das Jahr 2008 und zwar unabhängig davon, auf welche Weise das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde. Im übrigen Umfang handelt es sich gemäss konstanter Praxis der erkennenden Kammer um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR (vgl. dazu LA040012 S. 11 ff.).

Insofern sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, die Parteien hätten einen pro-rata-Bonus bereits in den arbeitsvertraglichen Grundlagen ausgeschlossen, kann diesem Einwand nicht gefolgt werden. Anders nämlich, als bei der Gratifikation, welche im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB von der Bedingung abhängig

gemacht werden kann, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet, oder in ungekündigter Stellung ist (Urteil 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1), erweist sich eine solche Bedingung bezüglich des Anspruchs auf Lohn als unzulässig (Urteil 4C.462/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.2.1; Urteil 4A_509/2008 vom 2. Februar 2009; Urteil 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007).

Der Bonus gliedert sich gemäss der Umschreibung in der Bonus Policy Region Switzerland, ... (Urk. 3/3) in verschiedene Teile. Er ist abhängig vom Ergebnis des Unternehmens und des Unternehmensbereichs sowie von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers. Weiter werden die Marktbedingungen sowie das Verhalten des Mitarbeiters bei der Bemessung des Bonus berücksichtigt. Schliesslich kann einem Mitarbeiter ein Bonus auch als Anreiz dafür gewährt werden, sein Arbeitsverhältnis bei der B._____ fortzusetzen. Eine mathematische Aufschlüsselung des Bonus auf die verschiedenen Beurteilungskriterien ist nicht ersichtlich, zumal die Beklagte den Bonus insgesamt als freiwillige Sondervergütung ansah. Zu prüfen bleibt die Höhe des flexiblen Lohnanteils. Mangels einer vertraglichen Regelung und da auch die Beklagte dazu keine internen, mathematisch nachvollziehbaren Berechnungskriterien bezeichnet hat, ist dieser Anteil und damit die Höhe des flexiblen Lohnanteils nach pflichtgemäsem Ermessen festzulegen. Ausgangspunkt für die Festlegung des hypothetischen Bonusanspruchs kann - entgegen der Ansicht des Klägers - vorliegend nicht der Durchschnitt der Jahre 2006 und 2007 sein. Dies allein schon deshalb, weil es gerichtsnotorisch ist, dass das Geschäftsjahr 2008 infolge einer weltweiten Wirtschaftskrise insbesondere dem Finanzplatz Schweiz und damit auch der Beklagten massive und teilweise existenzbedrohliche Einbussen brachte. So lassen sich denn auch dem allgemein zugänglichen Geschäftsbericht der Beklagten für das Jahr 2008 zusammengefasst folgende Angaben entnehmen (<https://www.....pdf>): Die B._____ hat im Geschäftsjahr 2008 einen Verlust aus fortzuführenden Geschäftsbereichen von Fr. 7'687 Mio. zu verkräften, während im Vorjahr noch ein Gewinn aus fortzuführenden Geschäftsbereichen von Fr. 7'754 Mio. ausgewiesen wurde. Der Nettoertrag (Kernergebnis) belief sich 2008 auf Fr. 11'862 Mio. gegenüber Fr. 34'539

Mio. im Jahr 2007. Dieser dramatische Einbruch hatte zur Folge, dass die Beklagte im Jahre 2008 die variablen Vergütungen mit direkter Barauszahlung gegenüber dem Vorjahr um mehr als 60% reduzierte. Der individuelle Rückgang variierte je nach Unternehmens- und Verantwortungsbereich: Die Reduktion fiel auf höheren Verantwortungsstufen stärker aus als auf niedrigeren. Volumenmässig hat die Beklagte die variable Vergütung insgesamt gegenüber dem Vorjahr um 44% reduziert. Diese Angaben decken sich mit den entsprechenden Behauptungen und dem aktenkundigen Vergütungsbericht der Beklagten (Urk. 35 S. 24 und Urk. 27/18). Aufgrund der Tatsache, dass diese verbindlichen Geschäftskennzahlen allgemein zugänglich sind und das Gericht daher sichere Kenntnis davon hat, erübrigt sich ein entsprechendes Beweisverfahren in Anwendung von § 133 ZPO/ZH (vgl. dazu auch ZR 87 Nr. 113).

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass dem Kläger ein Bonus im Sinne eines eigentlichen Leistungsentgelts von Fr. 290'000.- zuzusprechen sei (Urk. 15 S. 12). Diese nach Ermessen festgesetzte Summe scheint im Ergebnis als überzeugend: Als erster Anhaltspunkt für die Festsetzung des Bonus ist der Durchschnittswert der in den Jahren 2005 -2007 (Fr. 800'000.-; Fr. 1'9545'504.-; Fr. 1'653'450.-) ausbezahlten Boni in der Höhe von Fr. 1'466'318.- heranzuziehen. Für das Jahr 2008 fällt dabei ins Gewicht, dass der Kläger in der Rohstoffbranche tätig war. Es ist notorisch, dass diese Branche weniger als andere Zweige der Beklagten von der weltweiten Wirtschaftskrise betroffen war. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die im Rohstoffhandel tätigen Mitarbeiter eine etwas geringere Einbusse bei den variablen Vergütungen hinnehmen mussten. Geht man deshalb ermessensweise von einer 40 % tieferen Vergütung für das Jahr 2008 aus, resultiert eine Richtgrösse von Fr. 879'790.-. Berücksichtigt man weiter, dass der die Lohnsumme im engeren Sinn um mehr als 100 % übersteigende Bonus grundsätzlich der flexible Lohnanteil sein soll (vgl. LA040012, S. 17 f.), ergibt sich ermessensweise ein flexibler Lohnanteil von Fr. 294'895.- (Fr. 879'790.- + Fr. 290'000.- = 1'169'790.- : 2 = 584'895.- - Fr. 290'000.- = 294'895.-). Somit ist die vorinstanzliche Festsetzung der geschuldeten flexiblen Lohnsumme auf Fr. 290'000.- zu schützen. Bei diesem Ergebnis wird der vom Bundesgericht in BGE

129 III 276 E 2.1 vorgegebenen Regel Rechnung getragen, wonach sich zwar keine allgemeine Schranke für die Höhe der Gratifikation festsetzen lasse, die Gratifikation aber grundsätzlich nicht höher als der Lohn selber liegen soll, ansonsten ihr akzessorische Charakter kaum gewahrt sei. Es kommt dazu, dass diese Vorgehensweise zu angemessenen, sachgerechten Ergebnissen führt und insbesondere auch dem Grundsatz der Vertragsautonomie insofern berücksichtigt, als die Parteien im Anwendungsbereich der echten Gratifikation grösste Freiheiten bei der Ausgestaltung von Verträgen und Regelwerken haben. Damit kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass der Bonus im Umfang von Fr. 290'000.– brutto Lohn im Rechtssinne darstellt. In diesem Umfang hat der Kläger Anspruch auf Auszahlung der entsprechenden anteilmässigen Summe für das Jahr 2008.

3.7 Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich daher, dem Kläger für die Monate Januar bis und mit Mai 2008 einen anteilmässigen Bonus in der Höhe von Fr. 120'833.– brutto zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Juni 2008 zuzusprechen. Das Urteil der Vorinstanz ist daher im Ergebnis zu bestätigen. Die Berufung und die Anschlussberufung sind aus den genannten Gründen abzuweisen.

III. Kosten und Entschädigung

Bei diesem Ausgang des Prozesses ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen, wonach der Kläger zu 16 % obsiegt und zu 84 % unterliegt (§ 64 Abs. 2 und § 68 ZPO/ZH). Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens sind entsprechend aufzuteilen und der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine auf der Grundlage von 2/3 der Grundgebühr berechnete und auf 68 % reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 12'534.– (zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer), d.h. total Fr. 13'487.–, zu bezahlen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 120'833.– brutto nebst 5 % Zins seit 1. Juni 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 25'750.–. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 84 % und der Beklagten zu 16 % auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 13'487.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, 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. 750'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 14. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

Dr. D. Oser

versandt am:
mc