

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA110013-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur.  
G. Kenny

## Beschluss und Urteil vom 22. Februar 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom  
25. Januar 2011 (AN090311)**

### **Rechtsbegehren:**

1. Es sei festzustellen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 16. Januar 2009 missbräuchlich sei, und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung von fünf Monatslöhnen im Gesamtbetrag von CHF 97'250.– zuzüglich Zins zu 5% seit 9. April 2009 (Datum Klageeinleitung) zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei überdies zu verpflichten, dem Kläger CHF 1'237.45 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. August 2009 zu bezahlen (Spesen März / Mai 2009).
3. Die Beklagte sei weiter zu verpflichten, dem Kläger CHF 90'162.45 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. August 2009 zu bezahlen (101.5 Ferientage).
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger per Austritt vom 31. Juli 2009 ein Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen.

### **Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 25. Januar 2011:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 50'760.– brutto für netto zuzüglich 5% Zins seit 9. April 2009 sowie Fr. 55'518.75 brutto bzw. Fr. 52'159.85 netto zuzüglich 5% Zins seit 1. August 2009 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 13'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 70.– Zeugenentschädigung  
Fr. 13'070.– Total
3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Die Prozessentschädigungen werden wettgeschlagen.

### **Berufungsanträge:**

#### **der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 44 S. 2):**

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Januar 2011 sei aufzuheben und die Klage des Klägers sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers.

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 50 S. 2):

Die Berufung sei abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zzgl. MwSt.).

### **Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. a) Der Kläger trat 1989 als Leiter des C.\_\_\_\_\_ in die Dienste der D.\_\_\_\_\_ AG ein. Seit 1992 war er leitender Direktor / Geschäftsführer. Per 1. Juli 2003 übernahm die E.\_\_\_\_\_ AG die D.\_\_\_\_\_ AG, die als Tochtergesellschaft unter dem Namen A.\_\_\_\_\_ AG in den E.\_\_\_\_\_ -Konzern eingegliedert wurde. Zweck der Gesellschaft ist die Entwicklung, die Fabrikation und der Verkauf von chemischen Produkten, der Vertrieb von Applikationsapparaten und -geräten für chemische Produkte, die Übernahme von Vertretungen und die Tätigkeiten von Lizenzgeschäften sowie Dienstleistungen, insbesondere auf dem Gebiet der Hygiene und der Schädlingsbekämpfung.

Letztmals wurde der Arbeitsvertrag des Klägers am 24. Januar 2008 geändert. Dabei wurde ein Monatslohn von brutto Fr. 16'920.- (x 13) bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart, wobei festgehalten wurde, dass Überstunden bis 45 Stunden pro Woche mit dem Lohn abgegolten seien. Weiter wurden monatliche Fixspesen von Fr. 750.- und ein Ferienanspruch von sechs Wochen vorgesehen. Die Kündigungsfrist wurde auf sechs Monate festgelegt (Urk. 5/1).

b) Mit Datum vom 5. November 2008 wurde dem Kläger eine Änderungs-offerte unterbreitet, mit der neuen Funktion: "Leiter Beratung und Technik der A.\_\_\_\_\_ AG", einem wesentlich tieferen Monatslohn und mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten (Urk. 5/2); ebenfalls mit Datum vom 5. November 2008 eine zweite Änderungs-offerte mit der neuen Funktion: "Präsident des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_\_ AG", auch diese mit einem wesentlich tieferen Salär und mit einer Kündigungsfrist von vier Monaten (Urk. 5/2). Der Kläger hat diesen Offerten nicht zugestimmt. Anlässlich einer Besprechung vom 16. Januar 2009

wurde dem Kläger eine weitere Offerte vorgelegt, die nur noch eine Reduktion des Monatslohnes auf brutto Fr. 15'000.– vorsah. Nachdem der Kläger auch diesen Vorschlag nicht akzeptierte, wurde gleichentags unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist die Kündigung auf den 31. Juli 2009 ausgesprochen (Urk. 7/4 und 5/6).

2. Am 9. April 2009 reichte der Kläger Klage beim Arbeitsgericht Zürich ein mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses missbräuchlich erfolgt sei, und es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm eine Entschädigung von fünf Monatslöhnen im Betrag von Fr. 95'400.– zu bezahlen (Urk. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. September 2009 ergänzte der Kläger seine Begehren und beantragte eine Entschädigung von Fr. 97'250.–, den Ersatz von Spesen im Umfang von Fr. 1'237.45, die Bezahlung von Fr. 90'162.45 für nicht bezogene Ferien und die Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses (Urk. 12 S. 2).

Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 45 S. 3 f.). Wesentlich ist, dass die Vorinstanz zu Behauptungen im Zusammenhang mit der geltend gemachten Missbräuchlichkeit der Kündigung und zum beantragten Spesenersatz ein Beweisverfahren durchführte. Der Anspruch auf Ausstellung eines Schlusszeugnisses wurde sodann anerkannt und das Verfahren insoweit als gegenstandslos abgeschlossen (Urk. 45 S. 4 und 24). Mit Urteil vom 25. Januar 2011 hiess die Vorinstanz schliesslich das Begehren auf Leistung einer Entschädigung sowie den geltend gemachten Ferienanspruch teilweise gut (Urk. 45).

3. Mit Eingabe vom 3. März 2011 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Januar 2011 (Urk. 43 und 44), worauf diese mit Verfügung vom 10. März 2011 verpflichtet wurde, einen Kostenvorschuss von Fr. 9'000.– zu leisten (Urk. 46). Dieser Vorschuss wurde ebenfalls rechtzeitig geleistet (Urk. 47). Die Berufungsantwort datiert vom 27. April 2011 (Urk. 50), sie wurde mit Verfügung vom 29. April 2011 der Beklagten zugestellt (Urk. 51).

**Erwägungen:**

I.

1. a) Das angefochtene Urteil wurde am 25. Januar 2011 gefällt und den Parteien am 31. Januar / 2. Februar 2011 zugestellt. Damit ist auf das Berufungsverfahren die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Danach ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz sodann eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung ist sehr flexibel und es steht im Ermessen der Rechtsmittelinstanz, das für den konkreten Fall Geeignete vorzukehren (KUKO ZPO-Brunner Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann damit selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (Reetz/ Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

b) Da der angefochtene Entscheid unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, das Rechtsmittel sich aber nach dem neuen Prozessrecht richtet (ZPO), unterstehen die Kognition und das Vorgehen bei der Prüfung des Rechtsmittels - mithin das Rechtsmittelverfahren als solches - dem neuen Recht. Materiell wird ein nach kantonalem Prozessrecht

ergangener Entscheid im Rechtsmittelverfahren hingegen nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht überprüft.

c) Neue Tatsachen können nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2. Die Vorinstanz hat mit ihrem Urteil vom 25. Januar 2011 den Antrag auf Ersatz der Spesen in vollem Umfang abgewiesen (Urk. 45 S. 23). Sodann hat sie die geforderte Entschädigung für die behauptete missbräuchliche Kündigung und die Vergütung der nicht bezogenen Ferien nur teilweise zugesprochen und deshalb "die Klage im Mehrbetrag abgewiesen" (Urk. 45 Disp. Ziff. 1 Abs. 2). Der Kläger hat diesen Entscheid nicht in Frage gestellt, sondern bloss die Abweisung der Berufung beantragt (Urk. 50 S. 2). Da die Berufung und eine allfällige Anschlussberufung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nur im Umfang der Anträge hemmen, ist der erstinstanzliche Entscheid, soweit die Klage abgewiesen wurde, mit Eingang der Berufungsantwort am 28. April 2011 in Rechtskraft erwachsen (vgl. zum Zeitpunkt: Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 315 N 15). Dies ist vorzumerken. Zu befinden ist damit noch über die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung und die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung sowie über die teilweise zugesprochene Vergütung für nicht bezogenen Ferien.

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Beklagte macht eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO geltend (Urk. 44 S. 3).

## II.

### A. Missbräuchlichkeit der Kündigung

1. Das Schweizerische Arbeitsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung

bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Eine Kündigung kann sich indes als missbräuchlich erweisen. Die entsprechenden sachlichen Kündigungsbeschränkungen, bei denen sich die Missbräuchlichkeit der Kündigung ergibt, sind in Art. 336 OR umschrieben, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Es sind deshalb - neben den in Art. 336 OR aufgeführten - weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (BGE 134 III 108 E. 7.1, 132 III 115 E. 2.1). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt allerdings voraus, dass die gelten gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich genannten vergleichbar ist (BGE 132 III 115 E. 2.1, 131 III 535 E. 4.2). Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei eine Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten (BGE 131 III 535 E. 4.2, 125 III E. 2b und 118 II 157 E. 4b/cc).

2. a) Der Kläger wies vor Vorinstanz darauf hin, dass er über 63-jährig sei und seit mehr als 20 Jahren als leitender Mitarbeiter und anerkannter Fachmann für die Beklagte gearbeitet habe. Noch im Jahre 2006 sei er mit einer Lohnerhöhung und einem Bonus belohnt worden. Am 5. November 2008 habe ihm der Präsident des Verwaltungsrates, F.\_\_\_\_\_, ein neues Organigramm vorgelegt und gemeint, er solle langsam ins zweite Glied treten. In der Folge seien ihm die erwähnten Offerten/Änderungskündigungen vorgelegt worden. Die Konditionen seien indes derart schlecht gewesen, dass er sie nicht akzeptiert habe. Am 5. Januar 2009 sei ihm zum 20-jährigen Firmenjubiläum gratuliert worden. F.\_\_\_\_\_ habe sich am 16. Januar 2009 dafür entschuldigt, dass ihm die Änderungskündigungen vorgelegt worden seien, es sei nicht die Absicht gewesen, ihn zu demütigen oder zu beleidigen. Die Beklagte habe ihn weiter als Geschäftsführer behalten wollen. Es sei ihm dann der ebenfalls bereits erwähnte weitere Abänderungsvertrag vorgelegt worden. Es sei ihm beschieden worden, dass er auch einen Denkkzettel erhalten solle und wenn er dies nicht akzeptiere, würde ihm gekündigt (vgl. ergänzend Urk. 45 S. 6).

Die Beklagte machte dagegen geltend, sie habe ordentlich gekündigt mit Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten. Sie habe berechnete Gründe zur Kündigung gehabt, zumal der Kläger mit einer einvernehmlichen Vertragsänderung nicht einverstanden gewesen sei. Der Kläger habe seine Geschäftsführungsfunktion nicht wahrgenommen und deshalb seien Umsatz und Gewinn seit Jahren rückläufig gewesen. Man habe auf den Kläger Rücksicht genommen und nicht vor den Weihnachtstagen und dem 20-jährigen Jubiläum kündigen wollen (vgl. ergänzend Urk. 45 S. 7).

b) Die Vorinstanz ging davon aus, dass dem Kläger gekündigt wurde, nachdem er mit dem letzten Änderungsvorschlag nicht einverstanden gewesen war. Sie prüfte die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung unter den beiden Aspekten, ob die Beklagte angesichts der "Biographie" des Klägers einer erhöhten Fürsorgepflicht unterstanden sei und ob mit der Kündigung die Zurückweisung einer betrieblich nicht gerechtfertigte Vertragsänderung sanktioniert worden sei. Sie stellte dabei vorweg fest, dass die Beklagte es unterlassen habe, konkret darzutun, welche Fehlleistungen dem Kläger angesichts des dargelegten Gewinnrückganges seit 2003 anzulasten seien. Zudem stünden den Vorwürfen ein Dankeschreiben vom Dezember 2005 entgegen. Ob die ersten beiden angebotenen massiven Vertragsänderungen angemessen gewesen seien, wurde nicht weiter geprüft, da deren Nichtannahme nicht mit der Kündigung beantwortet worden war. Wesentlich erschien der Vorinstanz dagegen die aus Anlass des 20-jährigen Dienstjubiläums erfolgte Gratulation an den Kläger und damit verbunden die langjährige Tätigkeit des über 63-jährigen Klägers, in dessen Geschäftsführung nicht Konkretes beanstandet worden sei, ausser dass er den Turnaround nicht geschafft hatte. Sie würdigte die Änderungskündigung als missbräuchlich, da die Beklagte im Hinblick auf erhöhte Fürsorgepflichten das Interesse des Klägers am Fortbestand des Anstellungsverhältnisses hätte höher gewichten müssen (vgl. ergänzend Urk. 45 S. 8-17).

3. a) Es ist unbestritten, dass der Kläger die formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung eingehalten hat, nämlich Erhebung einer Einsprache gegen die Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist (Art.

336b Abs. 1 OR) und Klageanhebung innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 336b Abs. 2 OR). Die Beklagte rügt indes, dass mit dem erstinstanzlichen Entscheid gegen das Prinzip der Kündigungsfreiheit verstossen werde. Sinngemäss macht sie geltend, dass es möglich sein müsse, eine Kündigung gegenüber dem Geschäftsführer auszusprechen, wenn der Gewinn von 25% im Jahre 2002 auf 3,2% im Jahre 2008 gesunken sei. Der Kläger habe nicht die geringsten Anstrengungen unternommen, um die unerfreuliche Geschäftslage zu verbessern. Zwar sei das Sparpotential der letzten Änderungskündigung nicht mehr allzu gross gewesen, doch habe der Kläger seine Einstellung und sein Verhalten nicht ändern wollen, womit er generell die Zusammenarbeit verweigert habe (Urk. 44 S. 7 ff.). Der Entscheid der Vorinstanz stehe im Widerspruch zur Gerichtspraxis, die Beklagte habe das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachtet. Eine Anpassung eines Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse müsse möglich sein. Der Kläger habe aber alle konstruktiven Lösungen abgelehnt (Urk. 44 S. 16 ff.).

Der Kläger verweist dagegen erneut auf die Dankesbezeugung vom Dezember 2005 (Urk. 13/3) und vom 5. Januar 2009, wo ihm zum 20-jährigen Firmenjubiläum gratuliert wurde (Urk. 13/9 und 13/10). Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, dass sich die Beklagte ab November 2008 von ihm habe trennen wollen, sie habe sich sehr widersprüchlich verhalten (Urk. 50 S. 3 ff.). Zudem hätte die angestrebte Lohnreduktion auch nach den Angaben der Beklagten bloss einen symbolischen Beitrag bewirkt. Diesem symbolischen Beitrag sei das höher zu gewichtende Interesse des Klägers - ein langjähriger, verdienter Mitarbeiter, der kurz vor der Pensionierung stand - am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegenüber gestanden. Unter solchen Umständen erscheine die Kündigung als missbräuchlich, da auch kein betrieblicher oder marktbedingter Grund mehr vorgelegen habe (Urk. 50 S. 8).

b) aa) Wesentliche Punkte zur Beurteilung der Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung sind:

- Der trotz eines Rückganges des Gewinns der Beklagten von 25,0% im Jahre 2002 auf 16,9% im Jahre 2005 (Urk. 7/1) im Dezember 2005 erfolgte Dank an den Kläger, mit dem sein grosses Engagement gewürdigt wurde (Urk. 13/2).
- Die 20-jährige Tätigkeit des Klägers für die D. \_\_\_\_\_ AG und die Beklagte, die beim Dienstjubiläum anfangs 2009 ausführlich gewürdigt wurde mit den Worten (Urk. 5/4): "In all diesen Jahren waren Sie mit grossem Engagement und unermüdlichem Einsatz für die Zufriedenheit der Kunden und Ihrer Mitarbeiter sowie für den Erfolg unseres Unternehmens besorgt. Das Vertrauensverhältnis, das E. \_\_\_\_\_ auf Ihrem Gebiet aufbauen konnte, ist massgeblich Ihr Verdienst, und die schönste Anerkennung wird für Sie die Gewissheit sein, unverkennbare Spuren gelegt zu haben, die für den Fortschritt unseres Unternehmens entscheidend sind".
- Das Alter des Klägers, der im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur 20 Monate vor der ordentlichen Pensionierung stand.
- Andererseits die Tatsache, dass der Gewinn der Beklagten seit 2002 stets kleiner wurde und von 25% im Jahre 2002 auf 10,2% im Jahre 2007 bzw. 3,2% im Jahre 2008 sank (Urk. 7/1).
- Der dem Kläger bekannte Umstand, dass die Beklagte seit November 2008 eine Änderung der Anstellungsbedingungen des Klägers anstrebte (Urk. 13/6-8).

bb) Wie bereits erwähnt, kann sich der Missbrauch einer Kündigung nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, um eine Kündigung als missbräuchlich auszuweisen. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 132 III 115 E 2.3 mit Hinweisen). Die rechtsmissbräuchliche Kündigung nach Art.

336 OR beinhaltet allerdings eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit, um das Interesse der Gegenpartei an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages zu wahren. Die Ausübung des an und für sich bestehenden Rechts zur Kündigung wird eingeschränkt, wenn diese zu einem sozial stossenden Missverhältnis der Interessen führen würde. Die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, setzt eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles voraus (BGE 132 III 115 E 2.4 und 2.5). Unter diesen Vorgaben ist die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung zu prüfen. Die nach der Kündigung vom 16. Januar 2009 erfolgten Angebote / Gespräche sind dabei nicht mehr von Bedeutung.

cc) Das Bundesgericht erwog im Entscheid 132 III 115 E 5.3, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig gewesen sei, ein erhöhte Fürsorgepflicht gelte. Dazu gehöre die Sorge dafür, einem wenige Monate (im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses 10 Monate) vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbusse zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses riefen. Die Kündigung wurde hier auch deshalb als missbräuchlich erachtet, da sie ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglichen Lösung zu unternehmen, unter sofortiger Freistellung ausgesprochen wurde (BGE 132 III 115 E 5.4). Nicht missbräuchlich erschien dagegen eine Kündigung, die wegen des schwierigen Charakters des Arbeitnehmers und der konfliktbeladenen Situation am Arbeitsplatz ausgesprochen wurde, nachdem der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hatte, um den Konflikt zu entschärfen (BGE 132 III E 2.1.2). Ebenso wurde eine Kündigung als nicht missbräuchlich erachtet, wenn ein Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer versicherte, ihm werde nicht gekündigt, und wenn dann eine Woche später trotzdem eine Kündigung ausgesprochen wurde. Ein solches Verhalten sei zwar unkorrekt, mache jedoch die Kündigung nicht missbräuchlich (Pra 2006 Nr. 44 S. 328 = BGE 131 III 535). Die Entlassung einer Kaderperson, welcher kein Vorwurf gemacht werden kann, nur um das Ansehen des Arbeitgebers zu wahren, welches durch widerrechtliche

Handlungen eines Mitarbeiters im von der entlassenen Kaderperson geleiteten Dienst beeinträchtigt wurde, wurde andererseits wiederum als missbräuchlich gewertet (BGE 131 III 535).

dd) Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint bei Berücksichtigung aller Umstände die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR:

Während mit den Abänderungsofferten vom 5. November 2008 für den Kläger neue Funktionen ("Leiter Beratung und Technik der A. \_\_\_\_\_ AG" bzw. "Präsident des Verwaltungsrates der A. \_\_\_\_\_ AG") mit einem erheblich tieferen Monatslohn (Fr. 10'000.– x 12 bzw. x 13) und mit kürzeren Kündigungsfristen vorgesehen waren, ging es bei der am 16. Januar 2009 vorgeschlagenen Änderung nurmehr um den Monatslohn des Klägers, der von brutto Fr. 16'920.– ab August 2009 auf brutto Fr. 15'000.–, mithin um rund 11%, reduziert werden sollte (Urk. 7/4). Es ging somit nur noch um eine Kostenreduktion für die Beklagte, unter anderem durch Reduktion des Gehalts des Klägers (Zeuge F. \_\_\_\_\_, Prot. I S. 38) bzw. einzig darum, den Arbeitsvertrag vom Monatslohn her anzupassen (Zeuge G. \_\_\_\_\_, Prot. I S. 54). Die Funktion sollte "mehr oder weniger aber die gleiche bleiben" (Prot. I S. 55). Der Kläger sollte damit seine bisherige Stellung als Geschäftsführer behalten.

Eine Anpassung eines Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche Bedingungen muss möglich und zulässig sein. Eine Änderungskündigung ist daher nicht grundsätzlich missbräuchlich. Der Grund des Missbrauchs des Kündigungsrechts liegt bei der sogenannten Änderungskündigung darin, dass die kündigende Partei eine Vertragsbeendigung gar nicht will und die Kündigung nur erklärt, um eine für sie günstigere und entsprechend für die Gegenseite schlechtere Vertragsregelung durchzusetzen. Wird eine Kündigung ohne betriebliche Notwendigkeit gegenüber einem Arbeitnehmer für den Fall ausgesprochen, dass er eine unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht annimmt, so wird das jederzeitige und freie Kündigungsrecht ebenso missbraucht wie dies in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen missbräuchlicher Kündigung (BGE 123 III 246 E 3b).

Die Beklagte nannte als sachlichen Grund für eine Vertragsänderung einerseits die seit 2003 rückläufigen Gewinne und andererseits die Höhe der Lohnsumme des Klägers im Vergleich mit den übrigen Geschäftsführern der E.\_\_\_\_\_. Mit Bezug auf ersteres gilt es festzuhalten, dass in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Gewinneinbruch im Jahre 2008 nicht massgeblich sein kann, machte der Kläger doch hiezu unwidersprochen geltend, dass dieser auf die - auf Weisung des Verwaltungsrats - neu eingeführte und dann wieder aufgehobene Marketingabteilung zurückzuführen gewesen sei (Port. I S. 13 f.; Urk. 45 S. 14 f.). Anlass zu den von der Beklagten angestrebten Kostensenkungen kann damit nur der Rückgang des Gewinnes von 25% im Jahre 2002 bzw. 22,0% im Jahre 2003 (Übernahme der D.\_\_\_\_\_ AG durch die E.\_\_\_\_\_ AG) auf 10,2% im Jahre 2007 sein. Dabei ist weiter mit der Vorinstanz (Urk. 45 S. 10) zu beachten, dass die Beklagte den Bruttolohn des Klägers noch auf das Jahr 2006 erhöht hat, verbunden mit dem Dank für die wertvolle Mitarbeit und die Hoffnung auf weitere erfolgreiche Zusammenarbeit (Urk. 13/1). Dieser Dank wurde im Dezember 2005 untermauert durch eine Zuschrift von F.\_\_\_\_\_, Geschäftsführer bei der E.\_\_\_\_\_, an den Kläger u.a. mit den Worten: "Ich danke Dir für Deinen Team Spirit. Mit diesem Geist der gemeinsamen Stärke können wir am Markt langfristig bestehen. Du kannst stolz sein, auf das, was Du für unser Unternehmen geleistet und erreicht hast, und ich danke Dir persönlich für Dein grosses Engagement. ... Ich werde neue ambitionöse Ziele setzen, welche schwierig zu erreichen sind. Nur mit den Besten werden wir diese erreichen. Du bist einer dieser Besten und ich wünsche Dir das notwendige Glück für deren Realisierung" (Urk. 13/2). Es fällt daher schwer, die Reduktion des Gewinnes bis 2005 auf 16,9% (Urk. 7/1) als sachliche Begründung für die Lohnkürzung um 11% zu verstehen. Zudem war - soweit wie erwähnt - vom Kläger mitzuvertreten 2007 immerhin noch ein Gewinn von 10,2% zu verzeichnen. Ob dies nun eine Änderungskündigung rechtfertigt, lässt sich doch als fragwürdig erscheinen. Die mit der Berufung angeführte Gefährdung der Existenz des Unternehmens (Urk. 44 S. 12) lässt sich jedenfalls nicht nachvollziehen und es fehlen - wie von der Vorinstanz erwähnt - konkrete Vorwürfe an den Kläger. Andererseits geht aus den Bonusabrechnungen für 2006 und 2007 hervor, dass die Beklagte die für die Auszahlung eines Bonus massgeblichen Ziele nicht erreicht

hatte; der dem Kläger ausbezahlte Bonus resultierte jeweils allein aus dem Konzernergebnis (Urk. 7/2 und 7/3). Auch als Geschäftsführer war der Kläger indes Arbeitnehmer und nicht in der Stellung eines Arbeitgebers. Die entsprechenden Ausführungen in der Berufungsbegründung (Urk. 44 S. 9 f.) sind nur insofern von Bedeutung, als der Kläger den Gewinnrückgang mitzuvertreten hat.

Den damit teilweise nachvollziehbaren Bestrebungen der Beklagten zur Kostenreduktion und zur Gewinnsteigerung, wie sie vom Zeugen H.\_\_\_\_\_, CFO und Leiter interne Dienste bei der E.\_\_\_\_\_, denn auch angeführt wurden (Prot. I S. 52), stehen nun aber die bereits erwähnten Verdienste des Klägers als langjährigen Mitarbeiters gegenüber. Zwar legte die Beklagte dem Kläger am 5. November 2008 eine erste Änderungskündigung vor, gemäss welcher der Kläger statt als Geschäftsführer der Beklagten neu als "Leiter Beratung und Technik" angestellt werden sollte, verbunden mit einer Reduktion des Lohnes um über 40% und einem Abbau des Feriensaldos durch vorübergehende Reduktion des Pensums auf 60% (Urk. 5/2), und am 6. November 2008 unterbreitete sie eine weitere Änderungskündigung, wonach der Kläger neu als Verwaltungsratspräsident der Beklagten amten sollte, ebenfalls verbunden mit einem über 40% reduzierten Salär und einer kürzeren Kündigungsfrist (Urk. 5/3), doch kann aus der Ablehnung des Klägers kein Schluss auf ein widersprüchliches Verhalten gezogen werden. Mit den beiden vorgesehenen Änderungskündigungen wurden einerseits die Fähigkeiten des Klägers im technischen Bereich und andererseits mit der vorgesehenen Tätigkeit als Verwaltungsratspräsident Führungsfähigkeiten in den Vordergrund gestellt. Es lässt sich daher schon aufgrund dieser Angebote die Frage stellen, ob der Kläger nicht eben weiterhin als Geschäftsführer, für den die beiden angeführten Fähigkeiten gleichermassen von Bedeutung sind, hätte weiterbeschäftigt werden können. Die angestrebte massive Lohnkürzung in den ersten beiden Angeboten braucht angesichts des weiteren Vorschlages vom 16. Januar 2009 nicht mehr beurteilt zu werden. Dass der Kläger eine derart massive Lohnkürzung wie mit den ersten beiden Vorschlägen vorgelegt nicht akzeptieren wollte, ohne dass dafür ausführliche Begründungen und wirtschaftliche Notwendigkeiten dargelegt wurden, ist allerdings ohne weiteres nachzuvollziehen.

Dass die Beklagte dem Kläger die Weiterführung der bisherigen Verantwortungen durchaus zutraute, zeigt sich sodann im Verhalten im Jahre 2009. Am 1. Januar 2009 gratulierte die Beklagte dem Kläger zum 20-jährigen Dienstjubiläum, wobei sie sich für die Vergangenheit bedankte, u.a. mit den Worten: "Das Vertrauensverhältnis, das E. \_\_\_\_\_ in Ihrem Gebiet aufbauen konnte, ist massgeblich Ihr Verdienst, und die schönste Anerkennung wird für Sie die Gewissheit sein, unverkennbare Spuren gelegt zu haben, die für den Fortschritt unseres Unternehmens entscheidend sind". Weiter blickte die Beklagte aber auch in die Zukunft, indem sie festhielt, dass wir "uns sehr auf eine weitere gute Zusammenarbeit freuen" (Urk. 5/4). Im Gratulationsschreiben von F. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ wurde im selben Sinne festgehalten, dass der Kläger alles daran setzen soll, "dass Deine Unterstellten in der Zeit bis zur Pensionierung möglichst viel von Deiner beruflichen Erfahrung und Deiner einzigartigen Fachkompetenz profitieren können" (Urk. 5/5). Mit dem am 16. Januar 2009 im Namen von F. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ vorgelegten Änderungskündigung vom 6. Januar 2009 sollte denn auch nichts an der Funktion des Klägers geändert, sondern nur noch der Monatslohn - wie bereits erwähnt - ab 1. August 2009 von brutto Fr. 16'920.- auf brutto Fr. 15'000.- reduziert werden (Urk. 7/4). Die Beklagte hat zwar im erstinstanzlichen Verfahren ausgeführt, dass der Kläger nicht der einzige gewesen sei, der Lohnreduktionen in Kauf (hätte) nehmen müssen (Prot. I S. 8). Konkrete Ausführungen hiezu fehlen indes. Zudem hat der Kläger diese Behauptung in Frage gestellt, indem er darauf hinwies, dass eine 10%-Lohnreduktion für ihn bei 100 Mitarbeitenden für die Beklagte kaum dienlich sei (Prot. I S. 19). Die Beklagte hatte sich hierzu nicht weiter geäussert. Sie hat erst mit der Berufung angeführt, dass die letzte Änderungskündigung ein Signal dafür sein sollte, dass jeder Mitarbeiter bis hinauf zum Geschäftsführer einen Beitrag leisten musste, um das Unternehmen wieder auf Kurs zu bringen. "Wie sollten aber die anderen Mitarbeiter Lohnkürzungen akzeptieren, wenn nicht einmal der verantwortliche Geschäftsführer bereit war, einen symbolischen Beitrag zu leisten" (Urk. 44 S. 13). Ob weitere Massnahmen ergriffen wurden und wie die vorgesehene Lohnkürzung gegenüber dem Kläger in diesem Zusammenhang zu beurteilen ist, ist mangels konkreter Vorbringen im

erstinstanzlichen Verfahren nicht weiter zu prüfen. Es sind jedenfalls keine anderen Kosteneinsparungen detailliert namhaft gemacht worden.

Bei der Prüfung der Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung bleibt damit einzig zu beurteilen, ob die Lohnreduktion im Hinblick auf den rückläufigen Gewinn der Beklagten einerseits und die langjährigen Verdienste des Klägers andererseits in einem Missverhältnis stehen. Dabei fällt entscheidend ins Gewicht, dass der Kläger kurz vor der Pensionierung stand. Der von der Beklagten selber als symbolisch genannte Beitrag hätte bis zum Eintritt des Klägers ins ordentliche Rentenalter nach über 20 Dienstjahren nur noch eine Auswirkung für lediglich 20 Monate (August 2009 bis und mit März 2011) gehabt. Die aufgrund der Ablehnung der Änderungskündigung mit einer Lohnreduktion um 11% durch den Kläger am 16. Januar 2009 umgehend ausgesprochene Kündigung erscheint angesichts der gesamten Umstände, insbesondere der bestätigten Verdienste des Klägers und der bald bevorstehenden Pensionierung und des (aus Sicht der Beklagten) lediglich symbolischen Beitrages an die finanzielle Situation mit der Vorinstanz (Urk. 45 S.13-16) in der Gesamtbetrachtung als missbräuchlich.

4. Mit Bezug auf die Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen Entschädigung machte die Beklagte keine Einwendungen. Es kann deshalb - unter Hinweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 45 S. 16 f.) - der entsprechende Entscheid ohne weiteres bestätigt werden. Die Beklagte ist damit zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen, d.h. Fr. 50'750.- nebst Zins zu 5% seit 9. April 2009 zu bezahlen.

#### B. Abgeltung des Ferienanspruch

1. a) Der Kläger forderte vor Vorinstanz die Auszahlung seines Ferienguthabens, das sich nach seiner Berechnung per Ende Juli 2009 auf 119,5 Tage belaufen habe. Dieser Saldo wurde von der Beklagten - so auch im Berufungsverfahren (Urk. 44 S. 19) - nicht bestritten. Die Beklagte machte allerdings geltend, dass der Kläger sein Ferienguthaben mit einem von ihr angeordneten Ferienbezug von 115,5 Tagen abgegolten habe. Das Restferienguthaben sei dem Kläger mit der letzten Lohnabrechnung vom Juli 2009 ausbezahlt worden (Urk. 45 S. 17).

Dieser machte dagegen geltend, dass er nur vom 7. Juli bis 24. Juli 2009 in den Ferien gewellt habe. In den Monaten Februar bis Juni 2009 habe er immer wieder arbeiten müssen, Referate gehalten sowie Veranstaltungen und Kurse besucht. Insgesamt habe er 105,5 Ferientage nicht beziehen können, von welchen die vier vergüteten Ferientage abzuziehen seien. Damit sei er für 101,5 Ferientage mit Fr. 90'162.45 zu entschädigen.

b) Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Kläger nicht freigestellt worden sei. Die Beklagte habe dem Kläger nebst ein paar wenigen Arbeitstagen Tag für Tag Ferien zugewiesen. Sie stellte in der Folge die Frage, ob dieses Vorgehen zulässig gewesen sei und prüfte die einzelnen Anordnungen. Ohne Berücksichtigung des Monats Februar ging sie davon aus, dass in die Kündigungsfrist 104,5 Arbeitstage gefallen seien, von denen rund die Hälfte, nämlich 53 als Ferienbezug anzurechnen seien. Ausgehend vom Guthaben von 119,5 Tagen und den bereits vergüteten vier Ferientagen seien daher 66,5 Tage zu entschädigen (Urk. 45 S. 20 f.).

2. a) Die Beklagte wies mit der Berufung vorweg erneut darauf hin, dass es grundsätzlich in der Verantwortung des Klägers gelegen habe, die ihm zustehenden Ferien auch zu beziehen. Er habe das aussergewöhnlich hohe Ferienguthaben zu verantworten. Die Beklagte habe ihm deshalb zum Abbau des mehrjährigen Ferienguthabens nach der Kündigung einen Ferienbezugsplan vorgelegt (Urk. 44 S. 20). Die Vorinstanz habe zwar richtigerweise den Grossteil der Tätigkeiten des Klägers als Missachtung der Ferienanordnung qualifiziert, sie habe aber trotzdem ohne nachvollziehbare Begründung bloss 53 Tage Ferienbezug angerechnet (Urk. 44 S. 20 f.). Der Kläger verwies dagegen auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk.50 S. 10).

b) aa) Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien, wobei er auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht zu nehmen hat, als dies mit den Interessen des Betriebs vereinbar ist. Die Beklagte hat angesichts des aussergewöhnlich hohen Ferienguthabens des Klägers von 119,5 Tagen am 2. Februar 2009 einen Ferienplan ausgearbeitet und mit dem Kläger besprochen, wonach dieser bis zum Ablauf der Kündigungsfrist

Ende Juli 2009 117,5 Tage Ferien hätte beziehen sollen. Danach wären ihm im Februar nur noch fünf und im März 2009 noch zwei Tage als Arbeitstage angerechnet worden (Urk. 5/14). Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 44 S. 21) hat die Vorinstanz jedoch zu Recht für den Monat Februar 2009 keinen Ferienbezug angerechnet (Urk. 45 S. 19 Ziff. 3.3). Als Ausfluss der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme hat der Arbeitnehmer Anrecht auf frühzeitige Zuteilung der Ferien. Die Anordnung von Ferien anfangs eines Monats für den laufenden Monat wird dieser Anforderung nicht gerecht (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 -362 OR, 6. A., N 7 zu Art. 329c OR, S. 434). Für den Monat Februar 2009 ist daher kein Ferienbezug anzurechnen.

bb) Für die Anordnungen zum Ferienbezug in der Zeit von März 2009 bis Juli 2009 ist dagegen im Sinne der Beklagten zu berücksichtigen, dass es der Kläger als Geschäftsführer erheblich mitzuvertreten hat, dass sein Feriensaldo auf 119,5 Tage angewachsen war. Zudem ist zu beachten, dass auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich das Abgeltungsverbot gilt. Die Ferien sind nach Lehre und Rechtsprechung nur in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 128 III 271 E 4.a.aa mit zahlreichen Hinweisen). Der Kläger war mit der Anordnung der Beklagten zum Ferienbezug von seinen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten grundsätzlich entbunden. Es war daher grundsätzlich Aufgabe des Klägers darzutun, weshalb er entgegen der Anordnung der Beklagten keine Ferien bzw. Freitage beziehen konnte, um so den ausserordentlich hohen Feriensaldo abzubauen. Vor Vorinstanz hat er hiezu eine Aufstellung seiner Tätigkeit eingereicht, die er weiterhin im Interesse der Beklagten ausgeübt habe und damit geltend gemacht, er habe in den Monaten März bis Juni 2009 keine Ferien beziehen können (Urk. 12 S. 19 - 22). Lediglich vom 7. Juli bis 24. Juli 2009 habe er Ferien bezogen, weshalb 14 Ferientage zu berücksichtigen seien (Urk. 12 S. 22). Zu seinen Tätigkeiten bis Ende Juli 2009 hielt der Kläger ergänzend fest, dass er diese auch ausgeübt habe, um "im Markt zu verbleiben". Konkrete Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle führte er indes nicht an (Urk. 12 S. 22, Prot. I S. 21).

cc) Die Vorinstanz hat zu den vom Kläger im Einzelnen geltend gemachten Bemühungen ausführlich Stellung genommen und ist zum Schluss gekommen, dass für die vom Kläger geltend gemachten Engagements nicht dargetan worden sei, dass ein Grund vorgelegen habe, sich über die Ferienanordnung der Beklagten hinwegzusetzen (Urk. 45 S. 21). Diese (zu Recht ergangene) Schlussfolgerung blieb im Berufungsverfahren unbestritten (vgl. Urk. 50 S. 10). Andererseits blieben die Erwägungen der Vorinstanz ebenso unbestritten, dass die Beklagte anerkannte habe, dass der Kläger in der Kündigungszeit während 12 Tagen für die Beklagte tätig war und dass der 31. Juli 2009, an welchem Tag der Kläger sein Dienstfahrzeug und den Laptop abgab, als Arbeitstag anzurechnen sei (Urk. 45 S. 20 und 21). Von den 12 anerkannten Tagen - die in vollem Umfang zu berücksichtigen sind, da auch bei bloss teilweisem Zeitaufwand wie bei einem Arztbesuch kein Ferienbezug möglich war - fallen indes nur die Daten vom 9. März 2009, 25. März 2009, 12. Juni 2009 (Sühnverhandlung) und die beiden Arztbesuche im Juli in die Zeit von März 2009 bis Juli 2009. Damit sind von den unbestrittenen 104,5 Arbeitstagen im fraglichen Zeitraum unter Berücksichtigung auch des 31. Juli 2009 lediglich 6 Tage als Arbeitstage anzurechnen. 98,5 Tage sind dagegen als angeordneter Ferienbezug zu berücksichtigen.

Damit sind lediglich 21 nicht bezogene Ferientage auszuzahlen. Davon hat die Beklagte bereits vier Tage vergütet. Über den Tagesansatz waren sich die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren einig (Urk. 45 S. 22). Die entsprechende Berechnung wird auch im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Der auszahlende Feriensaldo beläuft sich somit auf 17 x Fr. 888.30, d.h. Fr. 15'101.10 brutto bzw. (./ 6.06% AHV/ALV) auf Fr. 14'187.50 netto. Der Verzugszins blieb unbestritten.

### III.

1. Für das erstinstanzliche Verfahren ist vom unbestrittenen Streitwert von Fr. 205'569.90 auszugehen (Urk. 45 S. 23). Damit ist die erstinstanzliche Gerichtsgebühr zu bestätigen. Der Kläger obsiegt lediglich im Umfang von Fr. 65'861.10 brutto. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind daher zu zwei Dritteln dem Kläger und zu einem Drittel der Beklagten aufzuerlegen. Ent-

sprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine auf einen Drittel reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Ausgehend von einer vollen Prozessentschädigung von Fr. 21'000.– (inklusive Beweisverfahren, § 3 Abs. 1 und § 6 lit. a und b AnwGebVO vom 21. Juni 2006) ist diese mit Fr. 7'000.– zu veranschlagen. Eine Mehrwertsteuer ist nicht geschuldet (ZR 104 Nr. 76), ein entsprechender Zuschlag wurde denn auch nicht beantragt.

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist von einem Streitwert von nurmehr Fr. 106'278.75 brutto auszugehen. Damit ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 9'000.– festzusetzen. Der Kläger obsiegt mit Fr. 65'861.10. Dementsprechend sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu 3/5 der Beklagten und zu 2/5 dem Kläger aufzuerlegen und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Ausgehend von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 6'000.– gemäss der für das Berufungsverfahren massgeblichen AnwGebVO vom 8. September 2010 ist die reduzierte Parteientschädigung für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'200.– zuzüglich Fr. 96.– (8% Mehrwertsteuer) festzusetzen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 25. Januar 2011 insoweit als die Klage im Fr. 50'760.– brutto für netto zuzüglich 5% Zins seit 9. April 2009 sowie Fr. 55'518.75 brutto bzw. Fr. 52'159.85 netto zuzüglich 5% Zins seit 1. August 2009 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde, am 28. April 2011 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 50'760.– netto zuzüglich 5% Zins seit 9. April 2009 sowie Fr. 15'101.10 brutto bzw. Fr. 14'187.50 netto zuzüglich 5% Zins seit 1. August 2009 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Disp. Ziff. 2) wird bestätigt.
3. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 7'000.– zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 2/5 und der Beklagten zu 3/5 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 3'600.– zu ersetzen.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'296.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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. 106'278.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. Februar 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. G. Kenny

versandt am:  
mc