

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110045-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schaf-
fitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. B. Demuth

Beschluss und Urteil vom 2. August 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
31. August 2011 (AN060988)**

Rechtsbegehren:

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 1'729'070.-- zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit 24. Februar 2006.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 31. August 2011:

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 45'000.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 60'000.- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung.
6. Berufung.

Berufungsanträge:

des Klägers (Urk. 68 S. 2):

1. In Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 1'292'256.- zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit 24. Februar 2006.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer für die erste und zweite Instanz zulasten der Beklagten.

der Beklagten (Urk. 74 S. 2):

1. a. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass Ziffer 1 des angefochtenen Urteils des Arbeitsgerichts vom 31. August 2011 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im CHF 1'292'256 (zuzüglich Zins zu 5 Prozent seit 24. Februar 2006) übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.
b. Eventualiter: Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Kläger die Klage im CHF 1'292'256 (zuzüglich Zins zu 5 Prozent seit 24. Februar 2006) übersteigenden Betrag zurückgezogen hat.
2. Die Klage sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

1. Ab dem 1. August 1996 arbeitete der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) als Wertschriftenhändler bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) (Urk. 1 S. 3). Per 1. September 2003 erhielt der Kläger einen neuen Vertrag als Senior Manager (Urk. 1 S. 3, Urk. 4/2 S. 2, Urk. 4/3). Mit Wirkung ab 1. Januar 2006 wurde er zum Managing Director ernannt (Urk. 4/4).
2. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses im Jahre 1996 bezog der Kläger neben einem Fixlohn jeweils einen Bonus. Am 19. Januar 2006 erhielt er von seinem Vorgesetzten C._____ eine Mitteilung hinsichtlich der variablen Entschädigung für seine Dienste im Jahr 2005. Gemäss dieser Mitteilung sollte die Entschädigung wie folgt aussehen (Urk. 4/8):

Fixlohn	Fr. 207'550.00
Performance Incentive Bonus	Fr. 3'100'000.00

Der "Performance Incentive Bonus (im Folgenden Bonus) teilte sich in folgender Weise auf:

Cash-Anteil	Fr. 1'807'744.00
Performance Incentive Plan (PIP)	Fr. 1'292'256.00

Zusätzlich zum Fixlohn und zum Bonus - bestehend aus Cash-Anteil und aus Performance Incentive Plan - wurde dem Kläger ein Longevity Premium Award (LPA) in der Höhe von Fr. 323'064.- in Aussicht gestellt.

3. Beim *Performance Incentive Plan* (PIP) handelt es sich um einen Bonus in Form von Aktien, über welchen der Berechtigte allerdings erst nach Ablauf einer Sperrfrist verfügen konnte. Die Anteile können linear zu 20% pro Jahr gevestet werden, erstmals im Januar 2007 (Urk. 4/9 Blatt 3 ["5-year linear vesting (20 % p.a.), first tranche in Jan 07"]). Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses war der Verfall der nicht "gevesteten" Anteile vorgesehen

(Urk. 4/10 Folie 2/2 Slide 12 [*Termination: Cancellation of unvested Units.*]). Beim *Longevity Premium Award* (LPA) handelt es sich um Phantom Shares, die den Wert einer Aktie der Beklagten widerspiegeln und einer Vesting Periode von drei Jahren unterliegen. LPA's erhält ein Mitarbeiter dann, wenn ihm ein Teil des Bonus nicht in Cash, sondern als aufgeschobener Aktienbonus (z.B. PIP) ausgerichtet wird. Der LPA beträgt stets 25% des aufgeschobenen Bonusanteils. Die LPA's sind somit nicht ein Teil des Bonus, sondern werden zusätzlich zum Bonus nach der geschilderten Art ausgerichtet (Urk. 69 S. 3).

4. Im Unterschied zu den Vergütungen in früheren Jahren wurde der Bonus im Jahr 2005 erstmals zum Teil in PIP-Anteilen mit einer Vesting-Periode von 5 Jahren - d.h. als gesperrter Aktienbonus - ausgerichtet. Mit dieser Art der Auszahlung war der Kläger nicht einverstanden und kündigte am 8. Februar 2006 das Arbeitsverhältnis (Urk. 4/5). Per 10. Februar 2006 wurde der Kläger freigestellt (Urk. 4/6).
5. In der Folge wurde dem Kläger als Vergütung für das Jahr 2005 der Fixlohn in der Höhe von Fr. 207'550.00 sowie der Cash-Anteil des Bonus in der Höhe von Fr. 1'807'744.00 ausbezahlt. Demgegenüber wurden die PIP- und LPA-Anteile nicht ausbezahlt, weil diese variablen Vergütungen bei einer Kündigung vor Ablauf der Vesting-Periode verfallen.
6. Im Verfahren vor Arbeitsgericht vertrat der Kläger die Auffassung, beim gesamten Bonus (bestehend aus Cash-Anteil und PIP-Anteilen) sowie den LPA-Anteilen handle es sich um flexible Lohnbestandteile, weshalb er Anspruch nicht nur auf die Auszahlung des Cash-Anteils, sondern auch der PIP- und LPA-Anteile habe. Der Kläger verlangte deshalb die Auszahlung der PIP-Anteile 2005 von Fr. 1'292'256.00 sowie die LPA-Anteile für das Jahr 2005 von Fr. 323'064.00. Überdies verlangt er für das Jahr 2004 den Betrag von Fr. 82'500.00 und einen Restbetrag für das Jahr 2003 von Fr. 31'250.00, so dass sich die ganze Forderungssumme im Verfahren vor Arbeitsgericht auf Fr. 1'729'070.00 belief (Urk. 1).

7. Demgegenüber ging die Beklagte davon aus, der Bonus stelle eine Gratifikation dar, welche nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht vollständig auszuzahlen sei. Nur der Cashbonus sei geschuldet; demgegenüber verfielen die PIP- und LPA-Anteile, wenn vor Ablauf der Vesting-Periode gekündigt werde (Urk. 11).

2. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 11. Dezember 2006 machte der Kläger seine Klage mit dem obgenannten Rechtsbegehren beim Arbeitsgericht Zürich rechtshängig (Urk. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. März 2007 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage (Prot. S. 3 und Urk. 11).
2. Nachdem das Hauptverfahren mit Replik und Duplik abgeschlossen und ein Beweisverfahren durchgeführt worden war, wies das Arbeitsgericht Zürich die Klage mit Urteil vom 31. August 2011 ab (Urk. 69).
3. Mit Berufung vom 21. November 2011 stellte der Kläger das obgenannte Rechtsbegehren. Die Klageantwort der Beklagten mit dem obgenannten Rechtsbegehren datiert vom 27. Januar 2012 (Urk. 74).
4. Mit Verfügung vom 1. Februar 2012 wurde dem Kläger die Klageantwort der Beklagten zugestellt und der ordentliche Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt.

3. Prozessuales

1. Da das angefochtene Urteil am 31. August 2011 und damit nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung gefällt wurde, gelten für das Rechtsmittelverfahren die neuen prozessrechtlichen Bestimmungen (Art. 405 Abs. 1 ZPO).
2. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1) bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2). Diese Bestimmung verschafft der Berufungsinstanz einen grossen Ermessensspielraum. Die Berufungsinstanz

kann 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 [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Art 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache im vorliegenden Fall spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

3. Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird (Reetz/Hilber, a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). Insbesondere ist es zulässig, auf die schriftliche Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (BGE 126 III 353 E. 1 S. 355 mit Hinweisen), sofern der erstinstanzliche Entscheid den Anforderungen von Art. 112 BGG entspricht (BGE 119 II 478 E. 1d S. 480 f. [damals noch Art. 51 OG]).
4. Im Verfahren vor Arbeitsgericht beantragte der Kläger, die Beklagte sei zur Bezahlung von Fr. 1'729'070.00 zuzüglich Zins zu verpflichten. In der Berufung räumt der Kläger ein, dass es sich bei den LPA-Anteilen um eine echte Gratifikation handle, weshalb der noch vor Arbeitsgericht eingeklagte Gegenwert aus den LPA-Anteilen für die Zeit von 2003 bis 2005 in der Höhe von CHF 436'814.00 im Berufungsverfahren nicht mehr geltend gemacht werde (Urk. 68 S. 3 und S. 10 f.). Folglich beantragt der Kläger im Berufungsverfahren nur noch, dass die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 1'292'256.00 - ursprüngliche Forderung von Fr. 1'729'070.00 abzüglich LPA-Anteilen von Fr. 436'814.00 - zu verpflichten sei (Urk. 68 S. 2). Gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO hemmt die Berufung die Rechtskraft und die Vollstreck-

barkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge. Nachdem der Kläger in der Berufung nur noch die Zahlung von Fr. 1'292'256.00 verlangt, ist das angefochtene Urteil im Zeitpunkt des Eingangs der Berufungsantwort am 30. Januar 2012 insofern rechtskräftig geworden, als die Klage im Fr. 1'292'256.00 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. Februar 2006 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde. Dies ist vorzumerken.

4. Materielles

1. Das Schweizer Recht enthält keine besonderen Regeln in Bezug auf den Bonus. Ein Bonus kann *Lohnbestandteil* im Sinn von Art. 322 OR sein, der gemäss Art. 322a OR allenfalls variabel ausgestaltet ist. Beim Bonus kann es sich aber auch um eine *Gratifikation* im Sinn von Art. 322d OR handeln, die sich nach fester Praxis dadurch auszeichnet, "dass sie zum Lohn hinzutritt" (Akzessorietät) und "immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt" (Ermessen) (BGE 136 III 313 E. 2 S. 317, BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620, 129 III 276 E. 2 S. 278, je mit Hinweisen).
2. Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob der Bonus - und damit unter anderem auch der aufgeschobene Aktienbonus (PIP's) - als erfolgsabhängiger Lohn (Art. 322 OR) bzw. als Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR) geschuldet ist, oder ob diese Vergütung zumindest teilweise im Ermessen des Arbeitgebers steht und insofern als freiwillig zu qualifizieren ist (Art. 322d OR) (nachfolgend E. 3). Falls bei diesem ersten Prüfungsschritt die Lohneigenschaft zu verneinen sein sollte, wäre im Rahmen eines zweiten Schrittes anhand des Qualifikationsmerkmals der Akzessorietät zu prüfen, ob der Bonus bzw. ein Teil davon als unentziehbarer Leistungslohn zu qualifizieren ist (nachfolgend E. 4). Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Bonus ist schliesslich zu prüfen, ob dem Kläger im Anschluss an seine Kündigung die Barauszahlung des Aktienbonus zugesichert wurde (nachfolgend E. 5).
3. Für die Beurteilung der Frage, ob der Bonus von Fr. 3'100'000.00 "in einem gewissen Mass vom Willen des Arbeitgebers abhängt", führte die Vorinstanz

ein Beweisverfahren durch. Dem Kläger wurde im Beweisauftragsbeschluss vom 31. Juli 2008 der Beweis überbunden, "*dass es eine Berechnungsformel für den Bonus gibt*" (Urk. 25 [Beweissatz I/1]).

- a) Aufgrund einer Würdigung des Zeugen- und Urkundenbeweises gelangte die Vorinstanz im Sinn eines Zwischenfazit zum Schluss, dass der Bonus - bestehend aus Cashbonus (Fr. 1'807'774.00) und aufgeschobenem Aktienbonus (PIP's im Betrag von Fr. 1'292'256.00) - nicht als Anteil am Geschäftsergebnis im Sinn von Art. 322a OR zu betrachten sei. Vielmehr sei der gesamte Bonus von der grundsätzlichen Gestaltung her als Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR konzipiert, weil dessen Höhe weder bestimmt noch kalkulatorisch bzw. objektiv bestimmbar sei, sondern zumindest teilweise vom Willen und Ermessen der Beklagten abhängen (Urk. 69 S. 12-19).
- b) Der Kläger hält diese Auffassung im Grundsatz und vom Ansatz her für falsch. Für das hier interessierende Jahr 2005 stehe ein Fixlohn von 6% (Fr. 207'550.00) einem Bonus von 94% (Fr. 3,1 Mio [ohne Berücksichtigung der LPA's]) gegenüber. 94% des Lohnes eines Arbeitnehmers könnten nicht vom freien Ermessen des Arbeitgebers abhängen. Vielmehr habe eine Berechnungsgrundlage bestanden. Der Bonus für die berechtigten Mitarbeiter und damit auch der Bonus des Klägers basierten letztlich auf einer klaren Prozentzahl am Gesamtergebnis der Beklagten. Der Prozentsatz am Gesamtergebnis sei in der Folge nach unten auf die Divisionen und Abteilung und die einzelnen Mitarbeiter, wiederum aufgrund der Ergebnisse dieser Einheiten, verteilt worden. Zwar treffe es zu, dass das Beweisverfahren keine "Formel zur Berechnung des Bonus" hervorgebracht habe. Wenn aber der variable Lohnanteil rund 94% der gesamten Entlohnung ausmache, dürften an die Berechnungsformel zur Festlegung des Gewinnanteiles keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (Urk. 68 S. 8 f.).
- c) Diese Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach der Bonus nicht objektiv bestimmbar, sondern jeweils ermessensweise fest-

gelegt worden sei, ist nicht überzeugend. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu den Zeugenaussagen und der persönlichen Befragung des Klägers (Urk. 69 S. 12 ff. E. 2.2.1.1) sowie den Urkunden (Urk. 69 S. 12 E. 2.2.1.2) verwiesen werden. Daraus ergibt sich im Wesentlichen, dass ein Bonuspool für die ganze Gesellschaft gebildet worden sei, der dann auf die verschiedenen Einheiten verteilt worden sei (Zeuge C._____ [Prot. S. 22], Zeuge D._____ [Prot. S. 30], Zeuge E._____ [Prot. S. 65]), dass es keinen Schlüssel bzw. keine Formel für die Bonusaufteilung gegeben habe (Zeuge C._____ [Prot. S. 22 f.], Zeuge D._____ [Prot. S. 31], Zeuge F._____ [Prot. S. 62], Zeuge E._____ [Prot. S. 65 f.]) und dass die Bonuszuteilung durch den direkten Vorgesetzten an den einzelnen Mitarbeiter letztlich Ermessenssache gewesen sei (Zeuge C._____ [Prot. S. 23 und 25 "willkürlich"], Zeuge D._____ [Prot. S. 31 f. "diskretionär"], Zeuge E._____ [Prot. S. 66]). Entgegen der Darstellung des Klägers ergibt sich weder aus Urk. 45/16 noch aus Urk. 45/10 oder 45/6, dass der Bonus auf einer klaren Prozentzahl am Gesamtergebnis Gesellschaft basierte (so Urk. 68 S. 8). Bereits die Bildung des Bonuspools für die ganze Bank unterlag einem gewissen Ermessen. Ebenfalls Ermessen bestand bei der Aufteilung der Mittel des Pools zunächst auf die einzelnen Divisionen und alsdann auf die einzelnen Abteilungen. Und schliesslich beruhte auch die individuelle Zuteilung auf die einzelnen Mitarbeiter auf Ermessen (Urk. 45/16 S. 2, Protokoll des Compensation Committee vom 15. Dezember 2005: "The individual allocation should be made on a discretionary basis"). Auch der Kläger räumte ausdrücklich ein, dass das Beweisverfahren keine Formel zur Berechnung des Bonus hervorgebracht habe (Urk. 68 S. 8). Insgesamt hielt die Vorinstanz somit zutreffend fest, dem Kläger sei der ihm obliegende Beweis misslungen, dass es für die Festsetzung seines Bonus eine Berechnungsformel gegeben habe. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass die Höhe des Bonus (bestehend aus einem Cashbonus und einem aufgeschobenen Aktien-

bonus [PIP's]) in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers im Sinn der oben angeführten Rechtsprechung abhängt.

- d) Die Vorinstanz ging daher im Sinn eines Zwischenfazit zu Recht davon aus, dass der Bonus von der grundsätzlichen Gestaltung her als Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR konzipiert sei (Urk. 69 S. 19).
4. Nachdem sich im ersten Prüfungsschritt ergeben hatte, dass der Beklagten bei der Zuteilung des Bonus ein gewisser Ermessensspielraum zustand, weshalb der Bonus von der grundsätzlichen Gestaltung her als Gratifikation zu verstehen ist, musste im Rahmen eines zweiten Prüfungsschrittes geprüft werden, inwieweit der an sich im Ermessen des Arbeitgebers stehende Bonus nur "zum Lohn hinzutritt" und damit als freiwillige Gratifikation zu qualifizieren ist, und inwieweit der Bonus als unentziehbarer Leistungslohn zu qualifizieren ist.
- a) Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. Die vertragliche Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers ist die Entrichtung eines Lohnes (Art. 319 Abs. 1 OR). Eine bloss freiwillige Entschädigung genügt nicht. Aus diesem Grund schliesst die Rechtsprechung aus, dass bei einem Arbeitsvertrag die Entschädigung ausschliesslich oder ganz überwiegend in einer im Ermessen des Arbeitgebers stehenden - und damit letztlich freiwilligen - Gratifikation besteht. Vielmehr kann die Gratifikation nur eine Sondervergütung sein, die gemäss der oben zitierten Rechtsprechung "zum Lohn hinzutritt" (vgl. oben E. 2). Die Gratifikation stellt ein Akzessorium dar. Wenn bloss ein verhältnismässig kleiner Lohn vereinbart ist und daneben eine sehr hohe Gratifikation ausgerichtet wird, handelt es sich bei der Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit um das eigentliche Entgelt für die Arbeit; dadurch wird die Vergütung zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279). Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder bloss eine Zusatzvergütung und damit Gratifikation geblieben ist, hängt überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Auch

bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn die Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt. Insgesamt ist der akzessorische Charakter der Gratifikation dann nicht mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 621, 129 III 276 E. 2.1 S. 280).

- b) Im vorliegenden Fall verglich das Arbeitsgericht die verschiedenen Lohnbestandteile des Klägers in der Zeit von 2000 bis 2005. Dabei gelangte es zum Schluss, dass der Cash-Anteil des Bonus spätestens seit dem Jahr 2000 als Lohn im Rechtssinn zu qualifizieren sei, weil er regelmässig ausbezahlt worden sei (Urk. 69 S. 21). Demgegenüber sei der Bonus in Form von gesperrten Aktien und dergleichen (PIP-, LPA-Anteile etc.) betragsmässig deutlich tiefer als der bar ausbezahlte Teil der Vergütung und insofern zum Lohn hinzugetreten und damit als akzessorisch zu qualifizieren (Urk. 69 S. 21 f.).
- c) Im Berufungsverfahren geht auch der Kläger davon aus, dass es sich bei den im erstinstanzlichen Verfahren noch umstrittenen LPA-Anteilen um eine freiwillig geleistete Vergütung und damit um Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR handelte (Urk. 68 S. 10 f. Rz. 2). Im Unterschied dazu seien jedoch die PIP-Anteile nicht als Gratifikation, sondern als Lohnanspruch im Sinn von Art. 322 und 322a OR zu qualifizieren.
- Diese Auffassung begründet der Kläger zunächst damit, dass gesperrte Aktien und Optionen sich nicht grundsätzlich vom Cash-Anteil des Bonus unterscheiden würden. Nach Darstellung der Beklagten werde mit der Sperre einzig bezweckt, die Mitarbeiter steuerlich zu begünstigen (Urk. 68 S. 11 Rz. 3 Abs. 2). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zwar mag es zutreffen, dass auch steuerliche Überlegungen Grund für die aufgeschobene Ausrichtung des Aktienbonus waren. Der Hauptgrund für die aufgeschobene Vergütung bestand aber darin, das Risikobewusstsein der Mitarbeiter zu fördern und sie zu nachhaltigem Wirtschaften anzuhalten. Ferner dürfte auch die Überlegung mitgespielt

haben, die Mitarbeiter durch den Aufschub der Vergütung an die Gesellschaft zu binden.

- Unbegründet ist der Hinweis des Klägers, für die Prüfung der Akzessorietät seien der Fixlohn und der Bonus - und nicht die Cashvergütung (bestehend aus Fixlohn und Cashbonus) und der aufgeschobene Aktienbonus (bestehend aus PIP's) - gegenüberzustellen (Urk. 68 S. 11 f. Rz. 3 Abs. 3-5). Die von der Vorinstanz getroffene Unterscheidung, dass die sofort verfügbare Vergütung (d.h. Fixlohn und Cashbonus) als Lohn zu qualifizieren ist und dem aufgeschobenen Aktienbonus (PIP's) gegenüberzustellen sind, entspricht der Rechtsprechung in BGE 131 III 615 ff., wo für die Prüfung der Akzessorietät die sofort verfügbare Vergütung bestehend aus Fixlohn (salaire annuel) und sofort verfügbarer Bonus (bonus immédiatement disponible) der auf drei Jahre gesperrten Mitarbeiterbeteiligung (plan d'intéressement avec une période de blocage de trois ans) gegenüber gestellt wurde.
- Unbegründet ist sodann der Hinweis des Klägers, dass auch im "Hochlohnbereich" die Grundsätze der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einzuhalten seien und dass die Beklagte den Kläger im Jahr 2005 erstmals in einem grossen Umfang mit einem Vesting Produkt entlohnen wollte (Urk. 68 S. 12 Rz. 4 Abs. 2). Zum ersten Einwand ist zu bemerken, dass die Vorinstanz für das Jahr 2005 von einem Lohn (bestehend aus einem Fixgehalt [207'550] und einem Cash-Anteil [1'807'744]) in der Höhe von Fr. 2'015'294.00 ausging, der die aufgeschobene Vergütung in der Form von PIP-Anteilen in der Höhe von Fr. 1'292'256.00 deutlich übersteigt. Auch wenn der aufgeschobene Aktienbonus hoch ist, tritt er zur noch höheren Cashvergütung hinzu und erweist sich als akzessorisch (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280, 131 III 615 E. 5.2). Zum zweiten Einwand des Klägers, er sei 2005 "erstmals in einem grossen Umfang ... mit einem Vesting Produkt" entlohnt worden, ist zu bemerken, dass eine erstmals - und damit nicht regelmässig - ausbezahlte Vergütung nach der Rechtsprechung als Gratifikation zu

qualifizieren ist (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280, 131 III 615 E. 5.2 S. 620 f.).

- Nicht überzeugend ist schliesslich auch der Hinweis des Klägers, dass das Bundesgericht in BGE 131 III 615 gesperrte Aktien in wesentlich geringerem Umfang als akzessorische Vergütung - und damit als Gratifikation - qualifiziert habe (Urk. 68 S. 12 f. Rz. 5). Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass ein Anteil an der Vergütung nach der Rechtsprechung dann als akzessorisch gilt, wenn der Lohnanteil die Gratifikation deutlich übersteigt (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280, 131 III 615 E. 5.2). Im vorliegenden Fall beläuft sich der Lohn auf Fr. 2'015'279.00. Da diese sofort verfügbare Vergütung die aufgeschobene Vergütung in Form der PIP-Anteile (Fr. 1'292'256.00) - bzw. der PIP- und LPA-Anteile (zusammen Fr. 1'615'320.00) - deutlich übersteigt, bezeichnete die Vorinstanz die aufgeschobene Vergütung zu Recht als akzessorisch. Im Übrigen deckt sich der hier zu beurteilende Fall weitgehend mit BGE 131 III 615, in welchem eine ganz ähnliche Unterscheidung getroffen wurde.
 - d) Aus diesen Gründen qualifizierte die Vorinstanz die sofort verfügbare Cashvergütung (bestehend aus Fixlohn und Cashbonus) zu Recht als Lohn (Art. 322 und 322a OR) und den aufgeschobenen Aktienbonus (bestehend aus PIP's) zutreffend als Gratifikation (Art. 323d OR).
5. Weiter prüfte die Vorinstanz, ob dem Kläger die Barauszahlung des ganzen Bonus mündlich durch G._____ versprochen worden war und ob gestützt auf Ziff. 4.7 des Dokumentes "Salärrevision und Bonuszuteilung 2005/6" (Urk. 4/11) die Barauszahlung des Bonusbetrages vereinbart war.
- a) Im Berufungsverfahren wird nicht mehr geltend gemacht, G._____ habe die Barauszahlung des aufgeschobenen Aktienbonus mündlich zugesichert. Darauf ist nicht mehr einzugehen.

- b) Vielmehr ist nur noch die Frage zu prüfen, ob der Kläger aufgrund des Dokumentes "Salärrevision und Bonuszuteilung 2005/6" nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass im Kündigungsfall der gesamte Bonusbetrag - d.h. auch der gesperrte Aktienbonus (PIP's) - in bar ausbezahlt werde.
- Vorab ist festzuhalten, dass beide Streitparteien davon ausgehen, dass der aufgeschobene Aktienbonus bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich verfällt (Kläger in Urk. 1 S. 6 [*"Die nicht gevesteten Anteile verfallen bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses"*]) und ähnlich in Urk. 18 S. 8 Ziff. 8 a.E.; Beklagte in Urk. 74 S. 4 Rz. 8). Im Übrigen räumte der Kläger in der persönlichen Befragung nach § 149 ZPO/ZH ausdrücklich ein, ihm sei im Januar 2006 bewusst gewesen, dass nicht "gevestete" PIP's verfielen, wenn ein Mitarbeiter kündige (Prot. S. 54 [Frage: *"Ist es richtig, dass Sie im Januar 2006 gewusst haben, dass nicht 'gevestete' PIPs verfallen, wenn ein Mitarbeiter kündigt?"*; Antwort: *"Ja."*]). Im Übrigen ergibt sich auch aus der Urkunde 4/10, welche dem Kläger zur Verfügung stand (Prot. S. 49), dass die nicht "gevesteten" PIPs bei einer Kündigung verfallen (Urk. 4/9 Folie 2/2 Slide 12: [*Voluntary Termination: Cancellation of unvested Units.*]). Auch im Zusammenhang mit diesem Dokument räumte der Kläger in der persönlichen Befragung nach § 149 ZPO/ZH ein, dass man bei einer Kündigung die nicht "gevesteten" PIPs verliert (Prot. S. 54: [Frage: *"Die PIP-Regelung sieht jedoch vor, dass man bei einer Kündigung die nicht 'gevesteten' PIPs verliert."* Antwort: *"Ja, so steht es im Dokument."*]). Aufgrund dieser Umstände kann als erstellt gelten, dass dem Kläger im Zeitpunkt seiner Kündigung bekannt war, dass das Bonus-System für den Kündigungsfall den Verlust des aufgeschobenen Aktienbonus vorsah.
- Es kann sich daher nur die Frage stellen, ob dem Kläger in Abweichung vom Grundsatz, dass der Mitarbeiter im Kündigungsfall die aufgeschobene Vergütung verliert, die Barauszahlung eigens zugesichert

wurde. Wie bereits erwähnt, wird im Berufungsverfahren nicht mehr behauptet, G. _____ habe eine entsprechende Zusage mündlich abgegeben. Vielmehr ist die Streitfrage ausschliesslich aufgrund des Dokumentes "Salärrevision und Bonuszuteilung 2005/6" zu entscheiden. Entgegen der Meinung der Beklagten ist dieses Dokument dem Kläger auch als Bonusempfänger - und nicht nur in seiner Funktion als Vorgesetzter im Hinblick auf die Lohngespräche mit seinen Mitarbeitern (so die Beklagte in Urk. 74 S. 13 Rz. 39) - zugestellt worden, da Ziff. 4.6 des Dokumentes als Berechtigte unter anderem "Member of Senior Management" erwähnt (Urk. 68 S. 15 lit. a) und der Kläger ab dem 1. September 2003 Mitglied des "Senior Managements" war (Urk. 4/2 S. 2).

Als primäres Mittel der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip ist auf den Wortlaut von Ziff. 4.7 der "Salärrevision und Bonuszuteilung 2005/6" abzustellen, der wie folgt lautet (Urk. 4/11 S. 5):

"Reicht ein Mitarbeitender seine Kündigung nach Erhalt der Bonusmitteilung ein, wird der kommunizierte Bonusbetrag in bar ausbezahlt. In diesen Fällen muss ... bis spätestens Montag, 13.2.06 informiert werden".

Aufgrund dieser Formulierung könnte tatsächlich darauf geschlossen werden, dass die aufgeschobene Vergütung im Kündigungsfall nicht immer verfällt, sondern dass in Abweichung vom Grundsatz ein Anspruch auf Barauszahlung besteht, wenn der betreffende Mitarbeiter nach der Bonusmitteilung das Arbeitsverhältnis kündigt und vor dem 13. Februar 2006 die Barauszahlung verlangt.

Eine solche Bedeutung der betreffenden Klausel, die vom Grundsatz abweicht, dass der Arbeitnehmer im Kündigungsfall den aufgeschobenen Aktienbonus verliert, würde jedoch dem Sinn und Zweck dieser Vergütungsart zuwider laufen. Wie erwähnt wird mit der aufgeschobenen Vergütung ein doppelter Zweck verfolgt (vgl. E. 4c Lemma 1). Einerseits soll das Risikobewusstsein der bonusberechtigten Mitarbeiter gefördert werden. Andererseits wird eine Bindung der Mitarbeiter an die

Gesellschaft bezweckt. Ein Anspruch auf Auszahlung der aufgeschobenen Vergütung im Kündigungsfall würde beiden Anliegen zuwider laufen. Das vom Kläger postulierte Verständnis dieser Klausel würde im Gegenteil Anreize schaffen, kurzfristig hohe Risiken einzugehen, für deren mittel- und langfristigen Auswirkungen nach einer Barauszahlung keine Verantwortung mehr zu tragen wäre.

- c) Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass dem Kläger bekannt war, dass ein Mitarbeiter im Kündigungsfall die aufgeschobene Vergütung verliert. Aufgrund dieser Kenntnis durfte der Kläger trotz der - effektiv unglücklich formulierten - Ziff. 4.7 der "Salärrevision und Bonuszuteilung 2005/6" nicht auf einen Anspruch auf Barauszahlung des aufgeschobenen Aktienbonus im Kündigungsfall schliessen, weil eine Barauszahlung dem Sinn und Zweck der Regelung (Bindung an die Gesellschaft und Förderung risikobewussten Wirtschaftens) zuwider liefe.
- d) Auch in diesem Punkt ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. Insgesamt ist die Klage abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

- 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen.
- 2. Für das Verfahren vor Obergericht kommen die Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG) und die Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) vom 8. September 2010 zur Anwendung. Im Berufungsverfahren beläuft sich der Streitwert auf Fr. 1'292'256.00. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist nach § 12 Abs. 1 In Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG festzusetzen. Für die Festsetzung der Anwaltsgebühr rechtfertigt es sich, aufgrund der relativ komplexen Materie die Parteientschädigung im mittleren Bereich des von § 13 Abs. 2 AnwGebV gesetzten Rahmen festzulegen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das vorinstanzliche Urteil am 30. Januar 2012 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Fr. 1'292'256.00 zuzüglich 5% Zins seit 24. Februar 2006 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziff. 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 33'750.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 17'200.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Arbeitsgericht Zürich (4. 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. 1'292'256.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am: js