

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA120002-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Subotic

Beschluss und Urteil vom 1. November 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
13. Dezember 2011 (AN100077)**

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung von CHF 140'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. September 2009 zu bezahlen,
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger sein Bonus für das Jahr 2008 wie folgt auszuzahlen:
 - a) CHF 147'000.– als Saldo der Bar Komponente nebst Zinsen zu 5 % seit 21. Januar 2009
 - b) 3841 ISUs zum Fair Value von CHF 23.70 oder dessen Gegenwert bei deren Fälligkeit von CHF 247'499.10
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 427'500 als variabler Teil der Vergütung für 2009 zuzüglich Zins von 5 % seit 30. September 2009 zu bezahlen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Mit Replik ergänztes Rechtsbegehren (Urk. 17 S. 2 f.):

- "1. [unverändert]
2. [unverändert]
3. [unverändert]
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein wahrheitsgetreues Arbeitszeugnis mit nachfolgendem Inhalt auszustellen:

"Certificate of Employment"

Mr. B._____, born mm.tt., 1962

From D._____

Date of entry: mm.tt., 2004

Date of Departure: mm.tt., 2009

Mr. B._____ joined our bank on the above date as Head of C._____ in the sector Capital Markets. Upon joining the company, Mr. B._____ was appointed a member of senior management with the grade of Director, as confirmed by the Executive Board on January 1, 2005.

In his position as head of C._____, which he held until the Spring 2006, Mr. B._____ was responsible for

- developing the C._____ investment and marketing activities

- sourcing, structuring and financing investment transactions in the C._____ sector of USD 200 Millions dollars generating fees for the bank of over USD 4 Million.

- directing a team of dedicated C._____ specialists in E._____, F._____, G._____ and H._____.

Mr. B._____ maintained this activity when his team was merged with J._____ which jointly was established as K._____ within A._____ Private Banking.

From the Spring of 2006 until May 2008 Mr. B._____ was responsible for the Coverage sector activities in the H._____ office of K._____, reporting directly to the Head of Coverage Europe, and from May 2008 until his departure to Mr. I._____, Head of the H._____ office of K._____.

In this position Mr. B._____ was responsible for marketing and distributing investment products to ... and institutional clients of the bank. Mr. B._____ successfully led the capital raising of USD 900 millions generating significant fees for the bank.

We have found Mr. B._____ to a highly committed employee who demonstrated a rapid grasp of new concepts and good client focus. Taking due account of the objectives set, which he met thanks to his selling skills and his professional aptitude, he consistently produced good results, especially during the challenging market 2007-2008 in terms of both quality and quantity, meeting our requirements and expectations to our fullest satisfaction.

A particularly dynamic and flexible employee, Mr. B._____ has shown himself to have a very open and pleasant manner at all times. His conduct toward clients, superiors, and colleagues was very pleasant and courteous at all times.

Mr. B._____ is leaving us as it is unfortunately no longer possible to offer him a suitable function in view of the changes in his areas of activity. However, we can highly recommend Mr. B._____ to any company looking for a highly competent, knowledgeable and result oriented investment banker. We wish him the best of success for his professional and personal future.

A._____

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2011:

1. Auf die Abänderung des Arbeitszeugnisses wird nicht eingetreten.
2. [Schriftliche Mitteilung].
3. [Rechtsmittel].

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Dezember 2011:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 97'000.– brutto nebst 5 % Zins seit 21. Januar 2009 sowie Fr. 210'000.– brutto nebst 5 % Zins seit 30. September 2009 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 30'241.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger zu 68,5 % und der Beklagten zu 31,5 % auferlegt.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 13'205.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittel].

Berufungsanträge:

der Beklagten (Urk. 27 S. 2):

1. Das vorinstanzliche Urteil sei in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei das vorinstanzliche Urteil in Gutheissung der Berufung aufzuheben und es sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten CHF 26'634 zuzüglich 5% Zins seit 30. September 2011 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers (Urk. 32 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;"

Anschlussberufungsanträge:

des Klägers (Urk. 32 S. 2 f.):

- "2. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Dezember 2011 (AN100077) in Gutheissung dieser Anschlussbeschwerde (sic) aufzuheben;
3. Es sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten ein wahrheitsgetreues Arbeitszeugnis mit nachfolgendem Inhalt auszustellen:

"Certificate of Employment"

Mr. B._____, born mm.tt., 1962

From D._____

Date of entry: November 1, 2004

Date of Departure: September 30, 2009

Mr. B._____ joined our bank on the above date as Head of C._____ in the sector Capital Markets. Upon joining the company, Mr. B._____ was appointed a member of senior management with the grade of Director, as confirmed by the Executive Board on January 1, 2005.

In his position as head of C._____, which he held until the Spring 2006, Mr. B._____ was responsible for

- developing the C._____ investment and marketing activities
- sourcing, structuring and financing investment transactions in the C._____ sector of USD 200 Millions dollars generating fees for the bank of over USD 4 Million.
- directing a team of dedicated C._____ specialists in E._____, F._____, G._____ and H._____.

Mr. B._____ maintained this activity when his team was merged with J._____ which jointly was established as K._____ within A._____ Private Banking.

From the Spring of 2006 until May 2008 Mr. B._____ was responsible for the Coverage sector activities in the H._____ office of K._____, reporting directly to the Head of Coverage Europe, and from May 2008 until his departure to Mr. I._____, Head of the H._____ office of K._____.

In this position Mr. B._____ was responsible for marketing and distributing investment products to ... and institutional clients of the bank. Mr. B._____ successfully led the capital raising of USD 900 millions generating significant fees for the bank.

We have found Mr. B._____ to a highly committed employee who demonstrated a rapid grasp of new concepts and good client focus. Taking due account of the objectives set, which he met thanks to his selling skills and his professional aptitude, he consistently produced good results, especially during the challenging market 2007-2008 in terms of both quality and quantity, meeting our requirements and expectations to our fullest satisfaction.

A particularly dynamic and flexible employee, Mr. B._____ has shown himself to have a very open and pleasant manner at all times. His conduct toward clients, superiors, and colleagues was very pleasant and courteous at all times.

Mr. B._____ is leaving us as it is unfortunately no longer possible to offer him a suitable function in view of the changes in his areas of activity. However, we can highly recommend Mr. B._____ to any company looking for a highly competent, knowledgeable and result oriented investment banker. We wish him the best of success for his professional and personal future.

A._____

4. Es sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten eine Entschädigung von CHF 140'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 30. September 2009 zu bezahlen;
5. Es sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten sein Bonus für das Jahr 2008 wie folgt auszuzahlen:
 - a) CHF 147'000.-- als Saldo der Bar Komponente nebst Zins zu 5% seit dem 21. Januar 2009,
 - b) CHF 220'857.50 als Gegenwert zu 3'841 ISUs zum Fair Value von CHF 57.50 nebst Zinsen zu 5% seit 30. September 2009;
6. Es sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten CHF 427'500 als variabler Teil der Vergütung für das Jahr 2009 zuzüglich Zins von 5% seit 30. September 2009 zu bezahlen."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

1. Der Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger (nachfolgend der Kläger) arbeitete ab dem 1. Januar 2005 im Rang eines Direktors für die Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte (fortan: die Beklagte). Im Arbeitsvertrag war ein Fixlohn von Fr. 280'000.00 vereinbart. Überdies wurde ein Bonus in Aussicht gestellt (Urk. 3/1).
2. In der Folge wurden für die Jahre 2005 bis 2007 Boni in der Höhe von Fr. 560'000.00 (Urk. 3/2), Fr. 600'000.00 (Urk. 3/3) und Fr. 550'000.00 (Urk. 3/4) ausbezahlt. Die Boni wurden teils in bar und teils als Aktien (Incentive Share Units [ISU]) ausgerichtet.
3. Am 19. Januar 2009 unterzeichneten der Kläger und die Beklagte die Dokumente "Exemption from Duties" (Urk. 3/6) sowie "Professional Reorientation-Transfer Agreement" (Urk. 3/7). Gemäss diesen Dokumenten war der Kläger ab dem 20. Januar 2009 freigestellt.
4. Mit Schreiben vom 23. April 2009 hielt die Beklagte fest, dass sie von einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. August 2009 ausgehe (Urk. 3/12). Dagegen protestierte der Kläger mit Schreiben vom 15. Mai 2009 (Urk. 3/13). Darauf kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 9. Juni 2009 auf den 30. September 2009 (Urk. 3/14).
5. Im vorliegenden Verfahren verlangt der Kläger eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a OR und unzulässiger Freistellung gemäss Art. 328 Abs. 1 OR in der Höhe von Fr. 140'000.-. Weiter fordert er für das Jahr 2008 - zusätzlich zum bereits ausbezahlten Bonus von Fr. 183'000.00 - Fr. 147'000.- sowie 3'841 ISU's zum Fair Value von Fr. 23.70 bzw. dessen Gegenwert bei Fälligkeit; überdies fordert er für das Jahr 2009 einen Bonus von Fr. 427'500.-.

2. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 28. Januar 2010 stellte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich die obgenannten Rechtsbegehren Ziff. 1-3 (Urk. 1 S. 2). Nachdem das Arbeitsgericht für die Klageantwort das schriftliche Verfahren angeordnet hatte (Urk. 4), beantragte die Beklagte in der schriftlichen Klageantwort die vollumfängliche Abweisung der Klage (Urk. 10 S. 2). Darauf ordnete das Arbeitsgericht für die weiteren Parteivorträge das schriftliche Verfahren an (Urk. 13). In ihrer Replik vom 30. August 2010 hielt der Kläger an seinen in der Klage gestellten Anträgen Ziff. 1-3 fest und stellte zusätzlich den obgenannten Antrag Ziff. 4 (Urk. 17 S. 2 ff.). Mit Duplik vom 22. November 2010 beantragte die Beklagte wiederum die vollumfängliche Abweisung der Klage (Urk. 24).
2. Mit Beschluss vom 13. Dezember 2011 trat das Arbeitsgericht auf das Gesuch um Abänderung des Arbeitszeugnisses nicht ein. Mit Urteil vom gleichen Tag hiess das Arbeitsgericht Zürich die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 97'000.00 brutto zuzüglich 5% Zins seit 21. Januar 2009 (zusätzlicher Bonus für das Jahr 2008) sowie Fr. 210'000.00 brutto zuzüglich 5% Zins seit 30. September 2009 (Bonus für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2009) zu bezahlen; im Mehrbetrag wies das Arbeitsgericht die Klage ab (Urk. 28)
3. Mit Berufung vom 30. Januar 2012 stellte die Beklagte die obgenannten Anträge (Urk. 27 S. 2). Mit Berufungsantwort vom 16. April 2012 beantragte der Kläger die Abweisung der Berufung (Urk. 32 S. 2); gleichzeitig erhob er Anschlussberufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 32 S. 2 ff.). Mit Anschlussberufungsantwort vom 4. Juli 2012 stellte die Beklagte die obgenannten Anträge (Urk. 39 S. 2). Mit Verfügung vom 9. Juli 2012 wurde die Anschlussberufungsantwort dem Kläger zugestellt und der Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt.

3. Prozessuales

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 spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

4. Materielles

1. Im vorliegenden Berufungsverfahren sind drei Punkte umstritten. Erstens ist zu prüfen, ob dem Kläger ein Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und unzulässiger Freistellung zusteht (nachfolgend Ziff. 2). Sodann ist zu prüfen, ob dem Kläger für die Jahre 2008 und 2009 Ansprüche auf Bonus-Zahlungen zustehen (nachfolgend Ziff. 3). Und schliesslich ist auf die Frage einzugehen, ob der Kläger Anspruch auf Ausstellung eines neu formulierten Arbeitszeugnisses in englischer Sprache hat (nachfolgend Ziff. 4).
2. Der Kläger beantragt zunächst, es sei ihm eine Entschädigung von Fr. 140'000.00 (entsprechend seinem Fixgehalt für 6 Monate) wegen missbräuchlicher Kündigung und unzulässiger Freistellung zuzusprechen. Die

Vorinstanz wies das Entschädigungsbegehren zurück, weil weder eine missbräuchliche Kündigung noch eine unzulässige Freistellung vorliege.

- a) Gemäss Art. 335 Abs. 1 OR kann das Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden. Für die Gültigkeit der Kündigung verlangt das Schweizer Arbeitsvertragsrecht keine materiellen Kündigungsgründe, sondern es herrscht grundsätzlich Kündigungsfreiheit (BGE 127 III 86 E. 2a S. 88, 125 III 70 E. 2a S. 72 mit Hinweisen). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es deshalb grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist allerdings nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Der Missbrauch des Kündigungsrechts kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (BGE 118 II 157 E. 4b/bb S. 166; bestätigt in BGE 125 III 70 E. 2b S. 73 und 131 III 535 E. 4.2 S. 538). Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten. Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen (BGE 125 III 70 E. 2b S. 73). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jenen der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar sind (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 217). Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht, denn es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 539).
- b) Im vorliegenden Fall macht der Kläger keinen gesetzlich explizit genannten Missbrauchsfall geltend (Art. 336 Abs. 1 lit. a-e und Abs. 2 lit.

a-c OR). Vielmehr sieht er in der Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts eine Verletzung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und kritisiert die Freistellung als persönlichkeitsverletzend (Art. 328 Abs. 1 OR).

- Wie erläutert wäre die Art und Weise der Kündigung nicht bereits dann als missbräuchlich einzustufen, wenn sie "unanständig" wäre, sondern erst dann, wenn das Vorgehen des Arbeitgebers krass treuwidrig wäre. Dies ist hier nicht der Fall. Vorab ist festzuhalten, dass die Kündigung, die auf Missbräuchlichkeit zu prüfen ist, am 9. Juni 2009 ausgesprochen wurde (Urk. 3/14 ["Dissolution des rapports de travail"]). Wenn die Vorinstanz von der Kündigung vom 19. Januar 2009 spricht, ist das insoweit ungenau, als die Parteien am 19. Januar 2009 die Freistellung zur beruflichen Neuorientierung vereinbarten (Urk. 3/6 "Exemption from duties" und Urk. 3/7 "Professional Reorientation - Transfer Agreement"). Für die Beurteilung der Gültigkeit der Kündigung darf als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass die Banken im Zuge der Finanzkrise in den Jahren ab 2008 zu Umstrukturierungen gezwungen waren und dass mit diesen Anpassungen zum Teil auch Kündigungen einhergingen. Die Vorinstanz hielt zutreffend und unangefochten fest, dass der Kläger bereits am 19. Dezember 2008 von seinem Vorgesetzten I._____ informiert worden sei, dass seine Position gestrichen werden könnte (Urk. 28 S. 12 mit Hinweis auf Urk. 17 Rz. 44). Sodann ist erstellt, dass der Kläger am 19. Januar 2009 zusammen mit seinem Vorgesetzten I._____ die bereits erwähnten Dokumente "Exemption from duties" (Urk. 3/6) und "Professional Reorientation - Transfer Agreement" (Urk. 3/7) unterschrieb, worin festgehalten wurde, dass der Kläger zum Zweck der beruflichen Neuorientierung von seinen Verpflichtungen entbunden werde (Urk. 3/6 ["*You are exempted from your duties as of 20 January 2009 until your release for the purposes of professional reorientation*"]). Zudem war die Beklagte dem Kläger bei der Jobsuche behilflich, wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend und unangefochten festhielt (Urk. 28 S. 13 mit Verweis auf Urk. 12/12-13 und

Urk. 12/15-16). Dies alles zeichnet das Bild einer Arbeitgeberin, die bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht unanständig und erst recht nicht krass vertragswidrig vorging, sondern im Gegenteil schonungsvoll handelte. Die Kündigung vom 9. Juni 2009 auf den 30. September 2009 kann daher nicht als missbräuchlich bezeichnet werden, nachdem der Kläger bereits Ende 2008 auf die Möglichkeit von Umstrukturierungen hingewiesen wurde, am 19. Januar 2009 seiner eigenen Freistellung zur Jobsuche zustimmte und in der Folgezeit von der Beklagten bei der Jobsuche auch noch aktiv unterstützt wurde.

Daran ändern die Darstellungen des Klägers nichts. Wenig überzeugend ist der Einwand des Klägers, er sei an der Sitzung vom 19. Januar 2009 überrumpelt worden und habe nur deshalb die Schreiben "Exemption from duties" (Urk. 3/6) und "Professional Reorientation - Transfer Agreement" (Urk. 3/7) unterschrieben (Urk. 32 S. 12 f. Rz. 28); da sich der Kläger selbst als sehr erfolgreichen Bankangestellten einstuft (z.B. Urk. 32 S. 11 f. Rz. 25 ff.), darf von ihm erwartet werden, dass er weiss, was er unterschreibt. Nicht überzeugend ist ferner der Hinweis, die Kündigung sei missbräuchlich, weil an seiner Stelle L._____ mit der Betreuung des angeblich vielversprechenden "M._____ Fund" betraut worden sei (Urk. 32 S. 14 f. Rz. 35), weil es bei Umstrukturierungen in der Natur der Sache liegt, dass trotz Stellenabbau vielversprechende Produkte weitergeführt werden und aufgrund personeller Veränderungen deren Betreuung an andere Angestellte übertragen wird. Aus den gleichen Gründen kann der Kläger keine Missbräuchlichkeit aus dem Umstand ableiten, dass ihm im Jahr 2008 gute Leistungen bescheinigt worden sein sollen (Urk. 39 S. 11 Rz. 26, S. 28 Rz. 75 ["Met Expectations", "Met even challenging expectations with appropriate effort", "continuousley delivered good results, generated close to CHF 4'000'000.-- in challenging market"]); bei Umstrukturierungen und damit verbundenem Stellenabbau kann auch ein erfolgreicher Mitarbeiter betroffen sein, wenn seine Funktion auf andere Mitarbeiter übertragen wird. Ob einzig der Kläger von der Restrukturierung

betroffen war (so Urk. 39 S. 30 f. Rz. 82 ff.), ist irrelevant, weil es dem Arbeitgeber frei steht zu entscheiden, mit welchen Mitarbeitern er nach einer Umstrukturierung weiterhin zusammenarbeiten will.

- Abschliessend ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung des Klägers auch die Freistellung an sich nicht persönlichkeitsverletzend ist (Art. 328 Abs. 1 OR). Die Vorinstanz hielt zutreffend und unangefochten fest, dass eine Kündigung mit sofortiger Freistellung die Ehre eines Arbeitnehmers verletze, wenn das berufliche oder persönliche Umfeld des Betroffenen aus den Umständen schliessen müsse, der Arbeitnehmer werde einer Straftat verdächtigt oder habe sich sonst schwerer Verfehlungen gegenüber der Arbeitgeberin zu Schulden kommen lassen. Wo eine Freistellung nach Kündigung aber üblich sei, wie beispielsweise bei Kaderangehörigen im Finanzdienstleistungssektor, könne eine Freistellung jedenfalls nicht den Eindruck erwecken, der Freigestellte habe schwere Fehler begangen (Urk. 28 S. 13 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Lehre). Angesichts dieser unbestrittenen und zutreffenden Darstellung der Vorinstanz geht der Hinweis des Klägers fehl, durch das Vorgehen der Beklagten sei der Eindruck entstanden, er habe sich gravierender Fehler schuldig gemacht (Urk. 32 S. 13 f. Rz. 30 f. und S. 31 Rz. 86).
 - c) Wenn aber weder von einer missbräuchlichen Kündigung (vgl. oben lit. a) noch von einer persönlichkeitsverletzenden Freistellung (vgl. oben lib. b) die Rede sein kann, erweist sich der Entschädigungsanspruch von vornherein als unbegründet. Auf die entsprechenden Ausführungen des Klägers (Urk. 39 S. 32 ff. Rz. 91 ff.) ist nicht einzugehen.
3. Weiter ist die Frage umstritten, ob dem Kläger für die Jahre 2008 und 2009 zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 280'000.00 ein Bonus zusteht und wenn ja in welcher Höhe.
- a) In Bezug auf den Bonus verweist Ziff. 5 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages auf die "Regulations for Members of

Senior Management" (Urk. 12/1 S. 1). Bezüglich der Boni bestimmen die "Regulations" (Urk. 12/2 S. 3):

"4. Bonus

The Company at its discretion may pay a bonus in addition to the annual salary. However, there is no entitlement to a bonus, irrespective of whether such payments were made in previous years. Whether a bonus is paid at all, as well as the amount of any bonus depends on the performance of A._____ Group, the relevant department and the personal performance of the individual and their contribution to the current and future success of the Company.

A bonus will only be awarded if neither the Member of Senior Management nor the Company have delivered notice of termination before the time of the written notification of the bonus."

- b) Die Vorinstanz hielt zunächst fest, dass eine allfällige mündliche Zusage des Vorgesetzten des Klägers auf Auszahlung eines Bonus weder für das Jahr 2008 gelte, weil aufgrund der Finanzkrise von stark veränderten Verhältnissen auszugehen sei (clausula rebus sic stantibus), noch für das Jahr 2009 gefordert werden könne, weil gemäss den "Regulations for Members of Senior Management" kein Bonus ausbezahlt werde, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung gekündigt sei (Urk. 28 S. 18 f. E. 5.2.1). Seit seiner Anstellung seien dem Kläger jedoch regelmässig namhafte Boni ausbezahlt worden (2005: Fr. 550'000.00, 2006: Fr. 600'000.00, 2007: Fr. 570'000.00). Selbst im Krisenjahr 2008 sei dem Kläger ein Bonus zugeteilt worden (2008: Fr. 183'000.00). Es sei daher fraglich, ob der Bonus freiwillig geleistet worden sei (Urk. 28 S. 19 ff. E. 5.2.2). Entscheidend sei jedoch, dass die Boni angesichts ihrer Höhe nicht bloss als freiwillige Zusatzvergütung zum Lohn hinzugetreten seien, sondern zumindest teilweise als Entschädigungen für die Arbeitsleistung und damit als Lohn zu verstehen seien. Es könne angenommen werden, dass zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 280'000.00 eine zusätzliche Entschädigung von weiteren Fr. 280'000.00 als Entgelt für die Arbeitsleistung und damit als Lohn zu verstehen sei. Für das Jahr 2008 sei daher der Betrag von Fr. 97'000.00 (Fr. 280'000.00 abzüglich der bereits geleisteten Fr. 183'000.00) und für das Jahr 2009 Fr. 210'000.00 (als An-

teil für 9 Monate) jeweils zuzüglich Zins auszusahlen (Urk. 28 S. 21 ff. E. 5.2.3).

- c) Gegen diese Begründung wendet die Beklagte in ihrer *Berufung* in erster Linie ein, dass bei Empfängern von sehr hohen Löhnen in Bezug auf Boni nicht von einer arbeitsrechtlichen Schutzbedürftigkeit auszugehen sei. Vereinbarungen, wonach Boni im Ermessen des Arbeitgebers lägen und im gekündigten Arbeitsverhältnis nicht geschuldet seien, seien zu beachten. Der Eingriff in die Privatautonomie lasse sich nicht durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers rechtfertigen (Urk. 27 S. 8 ff. Rz. 24 ff.). Auch wenn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes davon ausgegangen werde, dass der Bonus zumindest teilweise als Lohnbestandteil - und damit als geschuldete Entschädigung für die geleistete Arbeit - zu qualifizieren sei, könne für das Jahr 2008 kein über den bereits ausbezahlten Betrag von Fr. 183'000.00 hinausgehender Bonus und für das Jahr 2009 höchstens eine Entschädigung von Fr. 26'634.00 ausbezahlt werden (Urk. 27 S. 12 ff. Rz. 34 ff.).
- d) Der Kläger geht in der *Anschlussberufung* davon aus, dass er Anspruch auf den von ihm beantragten Bonus habe. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass sich der Anspruch aus dem Arbeitsvertrag ergebe (Urk. 32 S. 43 ff. Rz. 135 ff.); insbesondere bestehe für das Jahr 2008 auch Anspruch auf den aktienbasierten Teil der Vergütung (Urk. 32 S. 41 ff. Rz. 121 ff.). Wenn wie im vorliegenden Fall während mehrerer Jahre regelmässig eine variable Vergütung ausbezahlt werde, handle es sich dabei trotz einem allfällig vereinbarten Freiwilligkeitsvorbehalt um das eigentliche Entgelt für die Arbeit und damit um Lohn im Rechtssinn (Urk. 32 S. 52 ff. Rz. 160 ff.). Wenn aber der Bonus nicht bloss als akzessorischer Vergütungsbestandteil zum Lohn hinzutrete, sondern als eigentliches Entgelt für die Arbeit zu sehen sei, dann sei der gesamte Bonus als Lohn zu qualifizieren (Urk. 32 S. 53 f. Rz. 162 ff.). Für das Jahr 2008 sei der Bonus des Jahres 2007 von Fr.

550'000.00 angesichts des schwierigen Geschäftsganges um 25% auf Fr. 412'500.00 zu reduzieren. Von diesem Betrag sei ein Anteil von 80% (entsprechend Fr. 330'000.00) in bar und 20% (entsprechend Fr. 82'500.00) in Form von ISU's zu vergüten, wobei unter der Annahme eines fair value von Fr. 23.70 bei der Bonusbekanntgabe am 21. Januar 2009 3'481 ISU's zuzuteilen seien ($3'481 \times 23.70 = 82'500$); da sich der fair value der ISU's bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. September 2009 auf Fr. 57.50 erhöht habe, betrage der Anspruch Fr. 220'857.50 ($3'481 \times 57.50 = 220'857.50$). Für das Jahr 2008 belaufe sich der Baranspruch daher auf Fr. 147'000.00 (Fr. 330'000.00 abzüglich des bereits ausgerichteten Bonus von Fr. 183'000.00), und der aktenbasierte Vergütungsanspruch betrage Fr. 220'857.50 ($3'481 \times 57.50$) (Urk. 32 S. 59 ff. Rz. 184 ff.). Für das Jahr 2009 sei im Vergleich zum Jahr 2008 von einem besseren Geschäftsgang auszugehen, weshalb ihm ein Anspruch auf eine Vergütung in der Höhe des Durchschnitts der Jahre 2005-2007 von Fr. 570'000.00 zustehe, wobei der Bonus nur für 9 Monate bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. September 2009 geschuldet sei und sich folglich auf Fr. 427'500.00 belaufe (Urk. 32 S. 65 Rz. 212 ff.).

- e) Das Gesetz enthält keine besonderen Regeln in Bezug auf den Bonus. Die Rechtsprechung entwickelte im Wesentlichen drei Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als geschuldetes Entgelt für die Arbeit (und damit als Lohn im Sinn von Art. 322 OR) oder als freiwillige Zulage (und damit als Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR) zu qualifizieren ist. Erstes Kriterium ist die Regelmässigkeit. Wenn ein Bonus regelmässig ausbezahlt wird, spricht dies dafür, dass die Vergütung ein Entgelt für die Arbeitsleistung (Lohn) und nicht bloss eine freiwillige Zulage (Gratifikation) ist (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f., 131 III 615 E. 5.2 S. 620 f.). Zweites Kriterium ist die Akzessorietät. Ein Bonus kann nur dann als freiwillige Entschädigung (Gratifikation) qualifiziert werden, wenn sie zum Lohn hinzutritt bzw. akzessorisch ist (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f., 131 III 615 E. 5.2 S. 621, 136 III 313 E. 2 S. 317).

Wo die Grenze zwischen freiwilliger Gratifikation und geschuldetem (variablem) Lohn liegt, ist im Einzelfall zu bestimmen. Immerhin hat die Rechtsprechung vorgegeben, dass der akzessorische Charakter einer Vergütung nicht gegeben wäre, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280). Drittes Kriterium ist schliesslich das Ermessen. Eine freiwillige Gratifikation unterscheidet sich insoweit vom geschuldeten Lohn, als diese zumindest teilweise vom Ermessen des Arbeitgebers abhängen kann (BGE 131 III 616 E. 5.2 S. 620, 136 III 313 E. 2 S. 317).

- Zunächst zum Kriterium der **Regelmässigkeit**: Im vorliegenden Fall richtete die Beklagte dem Kläger seit Beginn des Arbeitsverhältnisses regelmässig zusätzlich zu seinem Fixgehalt von Fr. 280'000.00 namhafte Boni aus. Die variablen Vergütungen beliefen sich im Jahr 2005 auf Fr. 560'000.00 (Urk. 3/2), im Jahr 2006 auf Fr. 600'000.00 (Urk.3/3) und im Jahr 2007 auf Fr. 550'000.00 (Urk. 3/4). Im Durchschnitt bezahlte die Beklagte dem Kläger somit in den Jahren 2005-2007 zusätzlich zum Fixgehalt von Fr. 280'000.00 jährliche variable Vergütungen von Fr. 570'000.00. Wenn aber von Beginn des Arbeitsverhältnisses an und über Jahre regelmässig namhafte Boni ausbezahlt wurden, die den Fixlohn von Fr. 280'000.00 um ein Mehrfaches überstiegen, ist trotz dem in Ziff. 4 Abs. 1 der "Regulations" vorgesehenen (vgl. 12/2 S. 2) und in den Gehalts- und Bonusabrechnungen ausdrücklich wiederholten Freiwilligkeitsvorbehalten (Urk. 3/2-4) davon auszugehen, dass die Boni wenigstens zum Teil Lohnbestandteile sind und als solche grundsätzlich geschuldet sind. Der Hauptstandpunkt der Beklagten, die Parteien hätten die Freiwilligkeit des Bonus vereinbart und ein Eingriff in die Privatautonomie zum Schutz von sehr hohen Vergütungen sei nicht opportun (Urk. 27 S. 8 ff. Rz. 24 ff.), geht aus zwei Gründen fehl. Einerseits geht die oben erwähnte konstante Rechtsprechung davon aus, dass auch hohe variable Vergütungen geschützt sind, sofern sie als Entgelt für die Arbeit und damit als Lohn zu qualifizieren sind; die Rechtssicherheit verbietet es, von der wiederholt bestätigten Praxis

abzuweichen. Andererseits scheint auch die Beklagte davon auszugehen, dass dem Kläger zumindest für das Jahr 2008 gewisse variable Lohnansprüche zustehen, da sie ihm einen Bonus von Fr. 183'000.00 zuteilte.

- Wenn feststeht, dass dem Kläger zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 280'000.00 ein Anspruch auf die Ausrichtung von Boni für die Jahre 2008 sowie 2009 (bis 30. September 2009) zusteht, kann sich nur die Frage stellen, wie hoch dieser Vergütungsanspruch ist. Massgebend sind die Kriterien des **Ermessens** und der **Akzessorietät**. Gemäss den "Regulations" setzt die Beklagten den Bonus nach ihrem Ermessen ("at its discretion") fest, wobei die Ergebnisse der A._____ Group ("the performance of A._____ Group"), der betreffenden Abteilung ("the relevant department") und der betreffenden Person ("the personal performance of the individual") zur berücksichtigen sind (Urk. 12/2 S. 2). Das Ermessen kann bei der Bonusfestsetzung jedoch nur so festgesetzt werden, dass der aus fixen und variablen Anteilen zusammengesetzte Lohn höher sein muss als die Gratifikation, weil sonst der akzessorische Charakter der Gratifikation nicht gewahrt wäre (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280).
- Im vorliegenden Fall bedeutet dies für die Höhe der Boni für die Jahre 2008 und 2009 folgendes:
 - Die Beklagte wies dem Kläger für das **Geschäftsjahr 2008** aufgrund des ihr zustehenden Ermessens einen Bonus von Fr. 183'000.00 zu. Wie erwähnt muss nach der Rechtsprechung der als Entgelt für die Arbeit auszahlende Lohn jedenfalls höher sein als die freiwillige ausgerichtete (akzessorische) Gratifikation. Aus diesem Grund ist für das Jahr 2008 jedenfalls eine Vergütung von mindestens Fr. 425'000.00 (Fr. 280'000.00 plus Fr. 570'000.00 \cdot 2 = Fr. 425'000.00) zwingend als Entgelt für die Arbeit (Lohn) geschuldet. Mit dem Fixlohn von Fr. 280'000.00 und der Bonuszuteilung von Fr. 183'000.00 wurde dem Kläger eine

Vergütung von Fr. 463'000.00 ausgerichtet, welche den Betrag von Fr. 425'000.00 übersteigt.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist kein Grund ersichtlich, weshalb für das Jahr 2008 ein Bonus von Fr. 280'000.00 - und damit ein über den bereits zugeteilten Bonus von Fr. 183'000.00 hinausgehender Betrag - zugesprochen werden müsste. Gemäss den "Regulations" ist das Ergebnis der Beklagten ("performance of A._____ Group") ein wesentliches Bemessungskriterium. Die Beklagte erlitt im Geschäftsjahr 2008 unbestritten einen Verlust von 7,687 Milliarden Franken (Urk. 27 S. 7 Rz. 17 [Beklagte mit Verweis auf den Geschäftsbericht 2008], Urk. 32 S. 62 Rz. 196 [anerkannt vom Kläger]). Die Vorinstanz hielt daher zu Recht fest (Urk. 28 S. 22), dass die vom Kläger beantragte Bonusreduktion um bloss 25% für das Jahr 2008 (vgl. Urk. 32 S. 63 Rz. 199) nicht in Frage kommen könne. Allerdings werden von der Vorinstanz weder Gründe genannt noch sind solche ersichtlich, weshalb die Beklagte verpflichtet sein soll, dem Kläger für das verheerende Geschäftsjahr 2008 einen Bonus von Fr. 280'000.00 zuzuteilen, der den bereits ausgerichteten Bonus von Fr. 183'000.00 um Fr. 97'000.00 übersteigt. Wenn eine Unternehmung im relevanten Geschäftsjahr einen Verlust von 7,687 Milliarden Franken ausweisen muss ("performance of A._____ Group") und überdies die Abteilung des Klägers aufgelöst ("performance ... of the relevant department") und der Beklagte - ohne dass dies missbräuchlich wäre (vgl. oben Erw. 2) - entlassen werden musste ("personal performance of the individual"), ist eine Reduktion des Bonus auf Fr. 183'000.00 und die Ausrichtung einer gesamthaften Vergütung von Fr. 463'000.00 nicht zu beanstanden.

Nicht überzeugend ist jedoch auch die Auffassung des Klägers, dass der *gesamte* Bonus zum unantastbaren Lohnbestandteil

werde, wenn die variable Vergütung gemessen am Fixlohn nicht akzessorisch sei (Urk. 32 S. 52 ff. Rz. 160 ff.). Erstens kann der Rechtsprechung nicht entnommen werden, dass zwingend die *gesamte* variable Vergütung als Lohn gilt; vielmehr ist der Einzelfall massgebend, wobei lediglich sichergestellt sein muss, dass der Lohn *höher* als die variable Vergütung ist (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280). Zweitens zeigt gerade das vorliegende Beispiel, dass eine - im Vergleich zu den Boomjahren 2005-2007 - ungekürzte Bonuszuteilung für das miserable Geschäftsjahr 2008 zu wirtschaftlich stossenden Ergebnissen führen würde. Und drittens scheint auch der Kläger selbst der von ihm vertretenen These zu misstrauen, dass der regelmässig bezahlte Bonus vollumfänglich geschuldeter Lohn sei, weil er im vorliegenden Fall gemessen am Bonus 2007 von Fr. 550'000.00 eine Bonusreduktion um 25% für das Jahr 2008 auf Fr. 425'000.00 ausdrücklich akzeptiert (Urk. 32 S. 63 Rz. 198 f.).

Unbegründet ist schliesslich auch die Auffassung des Klägers, der Bonus für das Jahr 2008 sei im Umfang von 80% in bar und im Umfang von 20% als aktienbasierte Komponente (ISU's) auszurichten. Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass die Beklagte mit der teilweisen Auszahlung der ISU's bezwecke, Schlüsselmitarbeiter zu halten oder anzuwerben (Urk. 28 S. 23 mit Hinweis auf Urk. 12/20 S. 2 [Zweckbestimmung]). Der Bonus für das Jahr 2008 wurde am 21. Januar 2009 mitgeteilt (Urk. 3/10 [Avis de salaire / de bonus]). Es wurde bereits darauf hingewiesen (vgl. oben Erw. 2), dass der Kläger am 19. Dezember 2008 von seinem Vorgesetzten I. _____ auf die Möglichkeit des Abbaus seiner Stelle hingewiesen (Urk. 28 S. 12 mit Hinweis auf Urk. 17 Rz. 44) und am 19. Januar 2009 zur beruflichen Neuorientierung freigestellt worden war (Urk. 3/6 "Exemption from duties" und Urk. 3/7 "Professional Reorientation - Transfer Agreement"). Der Kläger war daher weder ein "anzuwerbender" noch ein "zu haltender" Mitar-

beiter. Für die Ausrichtung eines Teils des Bonus in ISU's bestand kein Grund. Vielmehr bleibt es dabei, dass die Beklagte dem Kläger für das Jahr 2008 - zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 280'000.00 - einen Cashbonus in der Höhe von Fr. 183'000.00 zuteilen durfte. Weitere Ansprüche stehen dem Kläger für das Geschäftsjahr 2008 nicht zu.

- Damit stellt sich die Frage, wie der Bonus für das **Geschäftsjahr 2009** festzusetzen ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Kläger auch für das Jahr 2009 Anspruch auf Ausrichtung eine Bonus hat. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 9. Juni 2009 (Urk 3/14 [Dissolution des rapports de travail]). Das Arbeitsverhältnis war daher im Zeitpunkt der Mitteilung des Bonus für das Jahr 2009 gekündigt. Trotz dem Freiwilligkeitsvorbehalt in den "Regulations", wonach kein Bonus geschuldet ist, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Bonusmitteilung gekündigt ist, ist derjenige Teil des Bonus geschuldet, der als Entgelt für die Arbeitsleistung und damit als Lohn zu qualifizieren ist. Der Lohn ist bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zu bezahlen.

Für die Bemessung des Bonus für das Jahr 2009 ist zu beachten, dass die Beklagte nach dem Verlust im Jahr 2008 im Jahr 2009 wieder einen namhaften Gewinn erzielte (Urk. 32 S. 65 Rz. 212). Da das Ergebnis der A._____ Group gemäss Ziff. 4 der Regulations ein wesentliches Bemessungskriterium ist ("performance of A._____ Group") und da sich die Beklagte für das verheerende Geschäftsjahr 2008 zur Bezahlung eines Bonus von Fr. 183'000.00 verpflichtet erachtete, muss der Bonus für das im Vergleich zum Jahr 2008 besser verlaufene Jahr 2009 höher ausfallen. Allerdings ist die Mutmassung des Klägers spekulativ, dass das Jahr 2009 "mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem seiner besten, wenn nicht gerade zu seinem besten Jahr" geworden wä-

re (Urk. 32 S. 66 Rz. 215). Tatsache ist, dass der bisherige Bereich des Klägers ("K.____") von der Restrukturierung betroffen und das neue - angeblich vielversprechende - Geschäftsfeld ("M.____ Fund") erst im Aufbau begriffen war (Urk. 32 S. 12 f. Rz. 27 ff.). Unter dem Gesichtspunkt der weiteren Zuteilungskriterien ("performance ... of the relevant department" und "personal performance of the individual") kann daher entgegen der Auffassung des Klägers kein Bonus in der Höhe der Boomjahre 2005-2007 zugesprochen werden. Unter Würdigung aller Umstände ist vielmehr der Auffassung der Vorinstanz beizupflichten, dass der zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 280'000.00 geschuldete Bonus für das ganze Jahr 2009 auf Fr. 280'000.00 und demzufolge für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2009 auf Fr. 210'000.00 brutto festzusetzen ist.

- f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Kläger für das Jahr 2008 kein Bonus zusteht, der den bereits ausbezahlten Betrag von Fr. 183'000.00 übersteigt. Für das gesamte Jahr 2009 ist der variable Lohnanteil auf Fr. 280'000.00 festzusetzen, wobei dem Kläger nur $\frac{3}{4}$ bzw. Fr. 210'000.00 ausbezahlt sind, weil sein Arbeitsverhältnis am 30. September 2009 endete.
4. Schliesslich beantragt der Kläger mit Anschlussberufung, die Beklagte sei zu verpflichten, ein wahrheitsgemässes Arbeitszeugnis mit dem von ihm formulierten Inhalt in englischer Sprache auszustellen (Urk. 32 S. 23 ff. Rz. 59 ff.).
- a) Die Vorinstanz trat mit Beschluss vom 13. September 2011 auf den Antrag des Klägers auf Zeugnisänderung nicht ein. Zur Begründung führte die Vorinstanz in materieller Hinsicht im Wesentlichen aus, dass für die Sprache der Arbeitszeugnisse auf den Arbeitsort (im vorliegenden Fall Genf) abzustellen sei; der Kläger hätte daher Anspruch auf ein Arbeitszeugnis in französischer Sprache. Entscheidend sei jedoch in formeller Hinsicht, dass sich der Kläger beim Prozessieren vor Zürcher Gerichten gemäss § 130 Abs. 1 GVG/ZH der deutschen Sprache zu bedienen

habe; auf den Antrag der Klägers auf Zeugnisänderung in englischer Sprache sei daher nicht einzutreten (Urk. 28 S. 5 f.).

- b) Dagegen wendet der Kläger im Wesentlichen ein, dass das Arbeitsverhältnis sehr stark international geprägt sei und ein Anspruch auf ein Arbeitszeugnis in englischer Sprache bestehe (Urk. 32 S. 23 ff. Rz. 59-65). Überdies sei die Vorinstanz auch zu Unrecht auf den Antrag betreffend Zeugnisänderung nicht eingetreten, weil dem Kläger zunächst hätte eine Nachfrist für die Behebung des Mangels angesetzt werden müssen (Urk. 32 S. 25 ff. Rz. 66-73).
- c) Die Beklagte beantragt im Hauptstandpunkt, auf die Anschlussberufung im Zusammenhang mit dem Arbeitszeugnis sei nicht einzutreten. Erstens habe der Kläger weder eine Berufung noch eine Anschlussberufung gegen den Nichteintretens*beschluss* im Zusammenhang mit dem Arbeitszeugnis erhoben; vielmehr richte sich die Anschlussberufung gegen das *Urteil*, das jedoch nicht das Arbeitszeugnis betreffe (Urk. 39 S. 50 Rz. 226-229). Zweitens fehle es der Anschlussberufung an der notwendigen Begründung (Urk. 39 S. 50 f. Rz. 230-233). Und drittens sei auch das Rechtsbegehren fehlerhaft, weil nur hätte beantragt werden können, dass die Vorinstanz, welche auf die Zeugnisabänderungsklage nicht eingetreten sei, anzuweisen sei, die Klage in der Sache zu beurteilen (Urk. 39 S. 51 Rz. 234 f.). Im Eventualstandpunkt beantragt die Beklagte die Abweisung der Anschlussberufung, weil der Kläger kein Anspruch auf ein Zeugnis in englischer Sprache habe (Urk. 39 S. 52 f. Rz. 240-243) und weil ein Rechtsbegehren nicht in englischer Sprache gestellt werden könne (Urk. 39 S. 53 Rz. 244-248).
- d) Die Vorinstanz trat mit *Beschluss* vom 13. Dezember 2011 auf die Abänderungsklage des Arbeitszeugnisses nicht ein (Urk. 28 S. 24). Von diesem Entscheid ist das *Urteil* vom 13. Dezember 2011 zu unterscheiden, welcher Entscheid das Arbeitszeugnis nicht zum Gegenstand hat (Urk. 28 S. 24 f.). Da sich die Anschlussberufung ausdrück-

lich nur gegen das Urteil und nicht gegen den an sich massgebenden Beschluss richtet, wurde der falsche Entscheid angefochten. Schon aus diesem Grund ist auf die Anschlussberufung nicht einzutreten. Dies läuft übrigens nicht auf eine übertriebene prozessuale Strenge hinaus, da ohne weiteres verlangt werden kann, dass der richtige Entscheid angefochten wird, zumal Beschluss und Urteil zu unterschiedlichen Zeiten ergehen könnten und je nach Thematik unterschiedliche Rechtsmittel oder Rechtsmittelfristen enthalten könnten.

Ein weiterer Grund führt zum Nichteintreten. Der *Beschluss* als selbständiger Entscheid hätte vom Kläger nur innert 30 Tagen mit (Haupt-) Berufung angefochten werden können. Das entsprechende Rechtsmittel wurde von der Vorinstanz ausdrücklich belehrt (Urk. 28 S. 24). Der Kläger durfte mit seiner Beanstandung am Beschluss daher nicht zuwarten, bis die Beklagte das Urteil - das heisst einen anderen Entscheid - mit Berufung beanstandet, um anschliessend mit Anschlussberufung den Beschluss zu kritisieren, der mit der Berufung gar nicht angefochten wurde. Die erst mit der Anschlussberufung erhobene Berufung ist verspätet.

Schliesslich erweist sich die Anschlussberufung auch aus einem dritten Grund als unzulässig. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die (Anschluss-) Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Im vorliegenden Fall enthält die Anschlussberufungsschrift keine Begründung, weshalb das Arbeitszeugnis mit dem beantragten *Inhalt* auszustellen ist. Der Kläger begründet mit keinem Wort, welche Änderungen aus welchen Gründen gegenüber dem bereits ausgestellten Arbeitszeugnis (vgl. Urk. 12/5) vorzunehmen seien. Damit liegt gemessen an den gestellten Anträgen (Ausstellung eines wahrheitsgemässen Arbeitszeugnisses) keine Begründung vor.

Wenn der falsche Entscheid (das Urteil anstatt die Berufung) angefochten wird, der falsche Entscheid überdies verspätet angefochten wird, und schliesslich die verspätete Anfechtung des falschen Entscheides

nicht ausreichend begründet wird, ist insgesamt auf die Anschlussberufung in Bezug auf das Arbeitszeugnis nicht einzutreten.

- e) Nur im Sinn einer zusätzlichen Eventualbegründung ist festzuhalten, dass der Kläger selbst unter der Annahme, dass ein Anspruch auf ein fremdsprachiges Arbeitszeugnis bestünde, nicht ohne weiteres verlangen könnte, dass auch das Verfahren vor Gericht in der entsprechenden Sprache durchgeführt wird. Es liegt auf der Hand, dass das Gericht kaum in der Lage ist, ein Arbeitszeugnis mit oft sehr nuancierten Formulierungen in einer Fremdsprache zu redigieren. Das Gericht hat vielmehr die Formulierung in der Amtssprache zu treffen und alsdann den Arbeitgeber zu verpflichten, das so redigierte Zeugnis in der betreffenden Fremdsprache - der Arbeitssprache - auszustellen. Übersetzungstreitigkeiten wären dann vom Vollstreckungsrichter zu entscheiden.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im Verfahren vor Arbeitsgericht belief sich der Streitwert unangefochten auf Fr. 973'665.00 (Urk. 28 S. 23). Der Betrag setzt sich zusammen aus der beantragten Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Fr. 140'000), Bonus 2008 (Fr. 147'000.00 und Fr. 247'499.10), Bonus 2009 (Fr. 427'500.00) und Änderung des Arbeitszeugnisses (halber Monatslohn in der Höhe von 11'666.00). Im Berufungsverfahren beläuft sich der Streitwert der Berufung auf Fr. 307'000.00 und derjenige der Anschlussberufung auf Fr. 640'023.00 (vgl. Urk. 36 S. 5, wobei für die Position "Arbeitszeugnis" nur ein halber Monatslohn in der Höhe von Fr. 11'667.00 einzusetzen ist).
2. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wurde für den erwähnten Streitwert von Fr. 973'665.00 zutreffend und unangefochten auf Fr. 30'241.00 festgesetzt (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Gemessen an den damaligen Anträgen der Parteien obsiegt der Kläger mit Fr. 210'000.00 bzw. mit rund 22% und unterliegt dementsprechend mit ca. 78%. Entsprechend sind die Kosten den Parteien aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert 947'023.00 auf Fr. 29'690.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG). Gemessen an den Berufungs- bzw. Anschlussberufungsanträgen der Parteien obsiegt der Kläger mit Fr. 210'000.00 bez. ebenfalls mit ca. 22% und unterliegt dementsprechend mit rund 78%. Entsprechend sind die Kosten für das Berufungsverfahren den Parteien aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

3. Im erstinstanzlichen Verfahren ist die volle Prozessentschädigung unter Berücksichtigung eines Zuschlags zutreffend und unangefochten auf Fr. 35'688.00 festgesetzt worden (§ 4 Abs. 1 und § 6 AnwGebV). Entsprechend dem Verfahrensausgang ist der Beklagte nach der Verrechnung der Entschädigungsansprüche eine auf 56% reduzierte Parteientschädigung von Fr. 19'986.00 zuzusprechen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von Fr. 947'023.00 eine Grundgebühr von Fr. 30'605.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Da die Beklagte zwei Rechtsschriften verfasste und dabei eine überdurchschnittlich umfangreichen Anschlussberufung zu beantworten hatte, rechtfertigt sich eine Reduktion der Parteientschädigung im Berufungsverfahren um lediglich einen Drittel (§ 13 Abs. 2 AnwGebV). In Bezug auf die so errechnete Entschädigung von Fr. 20'403.00 obsiegt der Kläger zu 22% und die Beklagte zu 78%, weshalb der Kläger zur Bezahlung einer reduzierten Parteientschädigung von Fr. 11'426.00 zu verpflichten ist (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Anschlussberufung wird insoweit nicht eingetreten, als sie sich auf die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses bezieht.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
3. 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. 11'667.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

sodann wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 210'000.00 brutto nebst 5% Zins seit 30. September 2009 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 30'241.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 78% und der Beklagten zu 22% auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 29'690.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 78% und der Beklagten zu 22% auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen verrechnet.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 19'986.00 zu bezahlen.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 11'426.00 zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Arbeitsgericht Zürich (1. 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. 947.023.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Subotic

versandt am: js