

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA130004-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

## **Beschluss und Urteil vom 12. Mai 2014**

in Sachen

1. **A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte 1, Berufungsklägerin 1 und Anschlussberufungsbeklagte

2. **B.\_\_\_\_\_ Holding AG,**

Beklagte 2 und Berufungsklägerin 2

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**C.\_\_\_\_\_,**

Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

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

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil und einen Beschluss des Bezirksgerichtes  
Bülach, II. Abteilung, vom 14. Dezember 2012 (CG100079-C)**

### **Rechtsbegehren:**

- "1. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger CHF 368'395.- zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 30. März 2010.
2. Eventualiter sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger CHF 230'457.- zu bezahlen, und es sei die Beklagte 2 zu verpflichten, dem Kläger CHF 137'938.- zu bezahlen, jeweils zuzüglich Zins zu 5% seit 30. März 2010.

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

### **Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 14. Dezember 2012:**

#### Beschluss

1. Vom Rückzug des Eventualantrages des Klägers wird Vormerk genommen und insoweit das Verfahren abgeschlossen.
2. [Schriftliche Mitteilung].
3. [Revision].

#### Urteil

1. Die Beklagte 1 wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 101'181.35 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 30. März 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 20'000.-; die Barauslagen betragen:  
Fr. 150.- Zeugenentschädigung  
Fr. 150.- Dolmetscherentschädigung  
Fr. 20'300.-  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger und der Beklagten 1 je zur Hälfte auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Berufung].

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten (Urk. 87 S. 2):

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 14. Dezember 2012 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen;

Eventuell;

Für den Fall der Abweisung des Hauptantrages;

Es seien Ziff. 3. und 4. des angefochtenen Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Bülach vom 14. Dezember 2012 aufzuheben und die Kosten und Entschädigungsfolgen dem Kläger zu 73% und der Beklagten zu 27% aufzuerlegen,

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Klägers (Urk. 93 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des BG Bülach vom 14. Dezember 2012 sei zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungskläger."

### **Anschlussberufungsanträge:**

des Klägers (Urk. 93 S. 2 f.):

1. Es sei Ziff. 1 Satz 2 des Urteils des BG Bülach vom 14. Dezember 2012 aufzuheben und es sei die erstinstanzliche Beklagte/Berufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagte zu verpflichten, dem erstinstanzlichen Kläger/Berufungsbeklagten/Anschlussberufungskläger (zusätzlich zum Betrag von CHF 101'181.35 gemäss Dispositiv Ziff. 1 Satz 1) CHF 137'938.00 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 30. März 2010;
2. Es sei Ziff. 3 des Urteils des BG Bülach vom 14. Dezember 2012 aufzuheben und es seien die Gerichtskosten vollumfänglich der erstinstanzlichen Beklagten/Berufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagten aufzuerlegen.
3. Es sei Ziff. 4 des Urteils des BG Bülach vom 14. Dezember 2012 aufzuheben und es sei die erstinstanzliche Beklagte/Berufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagte zu verpflichten, dem erstinstanzlichen Kläger/Berufungsbeklagten/Anschlussberufungskläger eine Prozessentschädigung zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der erstinstanzlichen Beklagten/Berufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagten."

der Beklagten (Urk. 100 S. 2):

"Es sei die Anschlussberufung vollumfänglich abzuweisen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%  
zu Lasten des Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhaltsüberblick

1.1 Mit Arbeitsvertrag vom 25. August 2006 wurde der Kläger von der A. \_\_\_\_\_ GmbH (rubriziert als Beklagte 1, fortan Beklagte) per 1. September 2006 als CFO Area Central Europe eingestellt. Die Area Central Europe umfasste die Schweiz und Deutschland. Im Verlauf der Anstellung wuchs das Zuständigkeitsgebiet ständig, unter anderem um das Gebiet Südafrika, Holland und Skandinavien. Zuletzt war der Kläger CFO Europa/Afrika. Ab Herbst 2008 plante die Beklagte einen Zusammenschluss der Regionen Europa mit Grossbritannien sowie Spanien und Portugal zu einer Region "Gesamteuropa" (Urk. 87 S. 5 f.). Das Jahresfixgehalt des Klägers belief sich anfänglich auf Fr. 215'000.00 (Urk. 4/1) und wurde per 1. September 2008 auf Fr. 230'000.00 angehoben (Urk. 1 S. 5 Rz. 54). Direkter Vorgesetzter des Klägers bei der Beklagten war D. \_\_\_\_\_ (CEO für Europa/Afrika). Fachlich rapportierte der Kläger an E. \_\_\_\_\_ (CFO der A. \_\_\_\_\_ GmbH und der B. \_\_\_\_\_ Holding AG [rubriziert als Beklagte 2]) (Urk. 88 S. 8).

1.2 In den Jahren 2007 und 2008 interessierte sich die Beklagte für den Kauf einer Catering-Gesellschaft in Südafrika. Im Bieterverfahren betreffend diese Catering-Gesellschaft beauftragte die Beklagte in Kapstadt einen Makler namens F. \_\_\_\_\_ bzw. die diesem Makler gehörende G. \_\_\_\_\_. Während der Dauer des Bieterverfahrens überwies die Beklagte (A. \_\_\_\_\_ GmbH) bzw. die H. \_\_\_\_\_ - eine Tochtergesellschaft der Beklagten 2 (B. \_\_\_\_\_ Holding AG) - einmal ZAR 1,8 Mio. und zweimal ZAR 3 Mio an F. \_\_\_\_\_ bzw. die G. \_\_\_\_\_. Im Zusammenhang mit diesem Bieterverfahren und den genannten Überweisungen kamen Bestechungsgerüchte auf, in die auch der Makler F. \_\_\_\_\_ verwickelt gewesen sein soll

(Urk. 87 S. 4 f. Rz. 11-15). Der Kläger - damals bereits in seiner Eigenschaft als CFO Europa/Afrika unter anderem auch für Südafrika zuständig - erkundigte sich per Mail mehrmals betreffend der Verbuchung dieser Zahlungen bei verschiedenen Mitarbeitern der Beklagten. Eine Untersuchung der Schweizer Treuhandgesellschaft I.\_\_\_\_\_ soll ergeben haben, dass es keine Hinweise auf Unregelmässigkeiten seitens der Beklagten im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika gebe (Urk. 87 S. 5 Rz. 15 f.).

1.4 Im April 2009 begann die Beklagte mit der Suche eines Nachfolgers für den Kläger für die neu zu schaffende Stelle als CFO Gesamteuropa (bisheriges Zuständigkeitsgebiet des Klägers sowie Grossbritannien und Spanien/Portugal). Mit Schreiben vom 23. September 2009 wurde dem Kläger per 31. März 2010 gekündigt. Wegen Krankheit des Klägers verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 30. April 2010.

1.5 Der Kläger hält die Kündigung für eine Rache Kündigung und damit für missbräuchlich, weil die Kündigung von D.\_\_\_\_\_ als Reaktion darauf veranlasst worden sei, dass er (der Kläger) die Zahlungen an F.\_\_\_\_\_ bzw. die G.\_\_\_\_\_ aufgedeckt und E.\_\_\_\_\_ mitgeteilt habe; er verlangt daher eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen bzw. total Fr. 166'727.00 (Urk. 11 S. 11 Rz. 48). Weiter macht der Kläger einen Bonusanspruch für 2009 von Fr. 103'454.00 (für das ganze Jahr) und für 2010 von Fr. 34'484.00 (1. Januar bis 30. April), insgesamt also Fr. 137'938.00 geltend. Schliesslich klagte er eine Entschädigung für geleistete Überzeit in der Höhe Fr. 63'730.25 ein (Urk. 1 S. 15 Rz. 63). Insgesamt belief sich die Forderungssumme gerundet auf Fr. 368'395.00.

## 2. Prozessgeschichte

2.1 Am 14. Dezember 2012 fällte die Vorinstanz das oben erwähnte Urteil; es verpflichtete die Beklagte (A.\_\_\_\_\_ GmbH), dem Kläger Fr. 101'181.35 zu bezahlen und wies die Klage im Mehrbetrag ab. In Bezug auf die oben erwähnten klägerischen Forderungspositionen sprach die Vorinstanz dem Kläger zufolge missbräuchlicher Kündigung zwei Monatslöhne in der Höhe von Fr. 38'333.30 und für geleistete Überzeit Fr. 62'848.05 zu; hingegen verneinte sie einen Anspruch des

Klägers auf einen Bonus für die Jahre 2009 (ganzes Jahr) und 2010 (1. Januar bis 30. April).

2.2 Mit Berufung vom 1. Februar 2013 (Urk. 87) verlangte die Beklagte im Wesentlichen die Abweisung der Klage, da die Kündigung nicht missbräuchlich und folglich keine Entschädigung geschuldet sei. Ferner sei auch keine Vergütung für allfällige Überzeit geschuldet.

2.3 In seiner Berufungsantwort vom 25. April 2013 (Urk. 93) beantragte der Kläger die Abweisung der Berufung. Sodann erhob er Anschlussberufung und verlangte zusätzlich zum zugesprochenen Betrag von Fr. 101'181.35 die Ausrichtung von Boni für die Jahre 2009 (ganzes Jahr) und 2010 (1. Januar bis 30. April) in der Höhe von Fr. 137'938.00. Hingegen akzeptierte der Kläger das angefochtene Urteil in Bezug auf die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Fr. 38'333.30 anstatt der ursprünglich eingeklagten Fr. 166'727.00) und der Entschädigung für Überzeit (Fr. 62'848.05 anstatt der ursprünglich eingeklagten Fr. 63'730.25).

2.4 In ihrer Anschlussberufungsantwort vom 17. Juni 2013 (Urk. 100) beantragte die Beklagte die Abweisung der Anschlussberufung.

2.5 Mit Verfügung vom 19. Juni 2013 wurde die Anschlussberufungsantwort dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 101).

### 3. Prozessuales

3.1 Das erstinstanzliche Verfahren unterstand dem damaligen zürcherischen Prozessrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren ist die eidgenössische ZPO massgebend (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

3.2 Im erstinstanzlichen Verfahren richtete sich die Klage anfangs gegen die Beklagte (A. \_\_\_\_\_ GmbH) und im Eventualstandpunkt in Bezug auf die eingeklagten Bonusansprüche von Fr. 137'938.00 auch gegen die Beklagte 2 (B. \_\_\_\_\_ Holding AG). In der Hauptverhandlung vom 31. Mai 2011 zog der Kläger den Eventualantrag gegen die Beklagte 2 zurück (Urk. 88 S. 5). In der Folge nahm die

Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses vom 14. Dezember 2012 vom Rückzug des Eventualantrages gegen die Beklagte 2 Vormerk und schrieb das Verfahren insoweit ab (Urk. 88 S. 48). Dieser Beschluss blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

#### 4. Materielles

4.1 Zunächst ist die Frage der **Missbräuchlichkeit der Kündigung** zu prüfen.

a. Der Kläger behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, bei der Kündigung vom 23. September 2009 handle es sich um eine Rachekündigung, die nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich sei. Die im Kündigungsschreiben aufgeführten "personellen Restrukturierungsmassnahmen" seien nicht Grund der Kündigung gewesen. Wahrer Grund der Kündigung sei vielmehr gewesen, dass er unzulässige Zahlungen von D.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika aufgedeckt und seinem Vorgesetzten mitgeteilt habe. Die Beklagte wies den Vorwurf der Missbräuchlichkeit der Kündigung zurück. Grund der Kündigung seien interne Reorganisationsmassnahmen gewesen (unter anderem die Bildung einer Stelle des CFO Gesamteuropa [bisheriger Zuständigkeitsbereich des Klägers erweitert um Grossbritannien sowie Spanien und Portugal]), die dazu geführt hätten, dass für den Kläger im neuen Organisationsschema keine Verwendung mehr bestanden habe.

b. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie von einer Partei ausgesprochen wird, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Eine solche "Rachekündigung" läge vor, wenn dem Kläger seitens der Beklagten gekündigt worden wäre, weil er auf angebliche Ungereimtheiten im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika hingewiesen hätte. Dabei ist es Sache des Arbeitnehmers nachzuweisen, dass der angegebene Kündigungsgrund (personelle Umstrukturierungen) gegenüber dem wahren Kündigungsgrund (Hinweis auf Ungereimtheiten im südafrikanischen Bieterprozess) nur vorgeschoben ist. Für den Nachweis des tatsächlichen Motivs (innere Tatsache) und dessen Kausalität für die Kündigung reicht nach der Rechtsprechung das Beweismass der hohen

Wahrscheinlichkeit (BGE 125 III 277 E. 3c S. 285), wobei oft kein direkter Beweis geführt werden kann, sondern auf Indizien abzustellen ist (BGE 130 III 699 E. 4.1 S. 703).

c. Die Vorinstanz führte zur Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung ein aufwändiges Beweisverfahren durch. Im Beschluss vom 12. August 2011 (Urk. 24) wurde dem Kläger insbesondere der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er Unregelmässigkeiten im Bieterprozess aufgedeckt (Beweissatz 1.1) und darüber informiert habe (Beweissatz 1.2 und 1.3), was Ursache der Kündigung gewesen sei (Beweissatz 1.5); der Beklagten wurde der Gegenbeweis dafür auferlegt, dass der Kläger mit seinen Informationen nichts Neues aufgedeckt habe (Beweissatz 2.1) und dass dem Kläger aufgrund interner Reorganisationsmassnahmen (Beweissatz 2.2) und ungenügender Leistungen gekündigt worden sei (Beweissatz 2.3); dazu wurde dem Kläger wiederum der Gegengegenbeweis auferlegt, dass seine Leistungen tadellos gewesen seien (Beweissatz 3.1) und dass die Mitarbeiterbeurteilungen für die Jahre 2008 und 2009 nachträglich angepasst bzw. verschlechtert worden seien (Beweissatz 3.2).

d. Nach Durchführung des Beweisverfahrens kam die Vorinstanz im Wesentlichen zum Schluss, dass der Kläger E.\_\_\_\_\_ (CFO der A.\_\_\_\_\_ GmbH und der B.\_\_\_\_\_ Holding AG) im Januar 2009 Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika gemeldet habe (Urk. 88 S. 15-19). Der direkte Vorgesetzte des Klägers, D.\_\_\_\_\_ (CEO der A.\_\_\_\_\_ GmbH für Europa/Afrika), sei durch die Meldung dieser Ungereimtheiten unangenehm berührt gewesen und habe dann im April 2009 - und damit "in engem zeitlichem Zusammenhang" - die Kündigung des Arbeitsverhältnisses beschlossen (Urk. 88 S. 19-24). Der in der Kündigung angegebene Grund der internen Restrukturierung (Schaffung der Stelle CFO Gesamteuropa [bisheriger Zuständigkeitsbereich des Klägers erweitert um Grossbritannien sowie Spanien und Portugal]) sei nicht der wahre Kündigungsgrund gewesen (Urk. 88 S. 24-26). Entgegen der Darstellung der Beklagten sei die Kündigung nicht auf personelle Umstrukturierungen und ungenügende Leistungen des Klägers zurückzuführen gewesen (Urk. 88 S. 26-29). Die Kündigung sei daher als Rache Kündigung und damit als missbräuchlich zu qualifizieren, und

dem Kläger sei eine Strafzahlung in der Höhe von zwei Monatslöhnen bzw. Fr. 38'333.30 zuzusprechen (Urk. 88 S. 32).

e. Diese Beweiswürdigung ist nicht überzeugend. Aufgrund der Beweise lässt sich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellen, dass die Information über angebliche Unregelmässigkeiten im Bieterprozess kausal für die Kündigung war (Hauptbeweis des Klägers). Vielmehr steht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass interne Reorganisationsmassnahmen und allenfalls auch ungenügende Leistungen des Klägers für die Position CFO Gesamteuropa ursächlich für die Kündigung waren (Gegenbeweis der Beklagten).

- Verschiedene **Urkunden** sprechen dafür, dass personelle Restrukturierungsmassnahmen Grund für die Kündigung waren. Im Kündigungsschreiben vom 23. September 2009 werden "personelle Restrukturierungsmassnahmen" angegeben (Urk. 4/6). Dieser Kündigungsgrund wird bestätigt im internen Mail von J.\_\_\_\_\_ an E.\_\_\_\_\_, wo festgehalten wird: *"Als Grund haben wir mal personelle Restrukturierungsmassnahmen verwendet, damit bekommt [der Kläger] im Anschluss Arbeitslosengeld"* (Urk. 41/6). Die Beklagte weist zu Recht darauf hin (Urk. 87 S. 24 f. Rz. 95 ff.), dass die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz nicht überzeugend sei, mit der umgangssprachlichen Formulierung "mal" werde zum Ausdruck gebracht, dass auch ein anderer Grund als personelle Restrukturierungsmassnahmen vorgelegen habe oder hätte gewählt werden können (so Urk. 88 S. 26 E. 10.6); effektiv könnte mit der Formulierung "mal" auch ausgedrückt werden, dass anstatt des Kündigungsgrunds "ungenügende Leistung" im Sinn einer mildereren Formulierung im Interesse des Arbeitnehmers der Grund "interne Reorganisation" angegeben wurde.
- Weiter konnte auch keiner der angerufenen **Zeugen** das vom Kläger behauptete Kündigungsmotiv (Information über angebliche Unregelmässigkeiten im Bieterprozess) bestätigen. Vielmehr haben die Zeugen das im Kündigungsschreiben ausgewiesene Motiv (interne Reorganisation) bzw. die von den Beklagten behaupteten Motive (interne Reorganisation und ungenügende Leistungen) bestätigt. Der von beiden Parteien angerufene Zeuge

E. \_\_\_\_\_, der CFO der A. \_\_\_\_\_ GmbH und der B. \_\_\_\_\_ Holding AG ist (VI-Prot. S. 55) und dessen Aussagen daher mit Vorsicht zu würdigen sind, führte aus, dass dem Kläger wegen einer internen Reorganisation gekündigt worden sei; der Kläger sei CFO der Region Europa ohne Grossbritannien, Spanien und Portugal gewesen, und da ein Zusammenschluss dieser Regionen geplant gewesen sei und der Kläger die notwendigen Fähigkeiten und Erfahrungen nicht mitgebracht habe, sei ihm gekündigt worden (VI-Prot. S. 59); weil die Leistungen des Klägers nicht genügend gewesen seien, habe er die neu geschaffene Stelle CFO Gesamteuropa nicht erhalten (VI-Prot. S. 61). Der von den Beklagten angerufene Zeuge D. \_\_\_\_\_, der zwar nicht mehr für die Beklagte arbeitet, seinerzeit aber der Vorgesetzte des Klägers war und direkt in die vorliegende Streitsache involviert war (VI-Prot. S. 70 f.), weshalb seine Aussagen auch mit Vorsicht zu würdigen sind, führte aus, dass dem Kläger gekündigt worden sei, weil er für die erweiterte Position CFO Gesamteuropa nicht geeignet gewesen sei und weil er schon in seiner früheren Position Performance-Schwierigkeiten gehabt habe; die Abklärungen des Klägers im Zusammenhang mit den Zahlungen im südafrikanischen Bieterprozess hätten den Entschluss zur Kündigung überhaupt nicht gefördert (VI-Prot. S. 74 ff.). Schliesslich erklärte die von den Beklagten angerufene Zeugin J. \_\_\_\_\_, die als Personalverantwortliche bei der Beklagten gearbeitet hatte und heute nicht mehr dort tätig ist, weshalb ihre Glaubwürdigkeit nicht anzuzweifeln ist, dass die Kündigung in Zusammenhang mit der Restrukturierung der Region Europa gestanden sei (VI-Prot. S. 80); die Kündigung sei ausgesprochen worden, weil man wegen der Leistungen und Kompetenzen des Klägers für die neu geschaffene Position CFO Gesamteuropa die Zukunft mit einem externen Kandidaten und nicht mit dem Kläger gesehen habe (VI-Prot. S. 82). Insgesamt geben die Zeugenaussagen somit ein ebenso klares wie übereinstimmendes Bild: Ursächlich für die Kündigung war der Umstand, dass der Kläger für die neu geschaffene Position CFO Gesamteuropa aus der Sicht der Beklagten nicht in Frage kam.

- Auch der Kläger bestätigte in der **persönlichen Befragung** auf weiten Strecken die Darstellung der Beklagten zur Neubesetzung der Position CFO Ge-

- samteuropa. So gab er zu Protokoll, dass im Rahmen einer internen Restrukturierung das Gebiet Europa/Afrika um Grossbritannien, Spanien und Portugal erweitert worden sei, dass ein Headhunter im Zusammenhang mit der Rekrutierung für die neue Position CFO Gesamteuropa beauftragt worden sei und dass er sich nicht beworben habe, weil der Headhunter ihm keine Chancen auf diesen Posten eingeräumt habe (VI-Prot. S. 90).
- Schliesslich überzeugt auch die Argumentation der Vorinstanz nicht, dass zwischen der Information über angebliche Unregelmässigkeiten im Bieterprozess (19. Januar 2009) und dem Entstehen der Kündigungsabsicht (frühestens am 1. April 2009 und spätestens am 30. April 2009) ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehe, was die Vermutung nähre, dass die Kündigung auf den Hinweis von Unregelmässigkeiten - und nicht auf interne Reorganisationsmassnahmen und/oder ungenügende Leistungen des Klägers - zurückzuführen sei (Urk. 88 S. 24 E. 9.20 und 9.21). Selbst der Kläger bezeichnet die Argumentation der Vorinstanz als "auf den ersten Blick etwas widersprüchlich" (Urk. 93 S. 20 Rz. 92). Jedenfalls liegt der von der Vorinstanz unterstellte enge zeitliche Zusammenhang nicht vor, wenn zwischen dem angeblich auslösenden Ereignis (Hinweis auf Unregelmässigkeiten) und der Entstehung der Kündigungsabsicht ungefähr zwei Monate lagen und dann nochmals eine Frist von ca. 5 Monaten verstrich, bis die Kündigung effektiv ausgesprochen wurde.
  - f. Aus diesen Gründen kann offen gelassen werden, ob effektiv Ungereimtheiten im südafrikanischen Bieterprozess bestanden (so der Kläger u.a. in Urk. 93 S. 7 f. Rz. 23 ff.; von der Beklagten bestritten in Urk. 87 S. 13 f. Rz. 48 ff.), ob der Kläger allfällige Ungereimtheiten im südafrikanischen Bieterprozess aufgedeckt hatte (bestritten von der Beklagten in Urk. 87 S. 14 f. Rz. 54 ff.) und ob D.\_\_\_\_\_ durch die Hinweise des Klägers "peinlich berührt" gewesen sein soll (so der Kläger u.a. in Urk. 1 S. 8 Rz. 32); auch auf die Ausführungen der Beklagten zur Höhe der Entschädigung wegen angeblicher missbräuchlicher Kündigung muss nicht eingegangen werden (Urk. 87 S. 28 f. Rz. 114 ff.). Entscheidend ist einzig, dass allfällige Hinweise auf mögliche Ungereimtheiten (im Januar 2009) aufgrund des

Beweisergebnisses nicht ursächlich für die Kündigung (im September 2009) gewesen waren, sondern dass im Gegenteil mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass Ursache der Kündigung personelle Umstrukturierungen und/oder ungenügende Leistungen des Klägers im Hinblick auf die neue Position CFO Gesamteuropa waren. Wenn in tatsächlicher Hinsicht rechtsgenügend feststeht, dass das auf dem Kündigungsschreiben aufgeführte Kündigungsmotiv zutreffend ist, kann in rechtlicher Hinsicht nicht von einer Rache Kündigung und damit von einer missbräuchlichen Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR die Rede sein. Eine Strafzahlung nach Art. 336a OR fällt damit ausser Betracht. Die Klage ist insoweit abzuweisen.

4.2 Weiter ist zu prüfen, ob dem Kläger ein **Bonus für die Jahre 2009 (ganzes Jahr) und 2010 (1. Januar bis 30. April)** zusteht.

a. Die Vorinstanz verneinte einen Bonusanspruch für die Jahre 2009 und 2010. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Ausrichtung eines Bonus sei im Ermessen des Arbeitgebers gestanden; es seien keine spezifischen Leistungsziele für die Berechnung des Bonus nachgewiesen worden (Urk. 88 S. 35). Dem Kläger misslinge auch der Beweis, dass er sich während der ganzen Anstellungsdauer durch tadellose Leistungen und ein beispielhaftes Verhalten ausgezeichnet habe (Urk. 88 S. 35). Weiter sei die Ausrichtung des Bonus stets mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbunden gewesen, und dem Kläger misslinge der Beweis, dass er davon keine Kenntnis gehabt habe (Urk. 88 S. 36). Schliesslich sei auch der Nachweis des Klägers gescheitert, dass er mit der Verweigerung eines Bonus für die Jahre 2009 und 2010 gegenüber anderen Mitarbeitern in einer Weise benachteiligt worden sei, die eine Geringschätzung seiner Persönlichkeit gegenüber anderen Angestellten offenbare (Urk. 88 S. 37). Aus diesen Gründen sei kein Bonus geschuldet.

b. Der Kläger beantragt in der Anschlussberufung, es sei ihm für die Jahre 2009 (ganzes Jahr) und 2010 (1. Januar bis 30. April) ein Bonus von Fr. 137'938.00 zuzusprechen (Urk. 93 S. 2). Damit ist der *Berufungsantrag* beziffert, wie dies von der Rechtsprechung verlangt wird (BGE 137 III 617 E. 4.2). Heikler ist die Frage, ob die Anschlussberufung auch eine genügende *Berufungs-*

*begründung* enthält. Der Kläger äussert sich zwar ausführlich zur Qualifikation des Bonus (Urk. 93 S. 49 ff.). In Bezug auf die Höhe des eingeklagten Bonus begnügt er sich jedoch mit dem beiläufigen Hinweis, dass der Bonus für 2009 Fr. 103'454.00 (ganzes Jahr) und für 2010 Fr. 34'484.00 (1. Januar bis 30. April) betrage, wobei die Zusammensetzung dieser Teilbeträge nicht erläutert wird (Urk. 93 S. 5); nur unter Einbezug der Klagebegründung im erstinstanzlichen Verfahren lässt sich die Berechnung des Klägers nachvollziehen: Offenbar geht er davon aus, dass ihm in den Jahren 2006 bis 2008 Boni von durchschnittlich 44,98% seines Jahresfixgehalts ausbezahlt wurden, weshalb sich sein Bonusanspruch auf der Basis eines Jahresfixgehalts von zuletzt Fr. 230'000.00 für das Jahr 2009 auf Fr. 103'454.00 (ganzes Jahr) und für das Jahr 2010 auf Fr. 34'484.00 (1. Januar bis 30. April) belaufe (Urk. 1 S. 14 Rz. 59). Obwohl nach der Rechtsprechung die Berufungsbegründung in der Berufungsschrift enthalten sein muss und die Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren eine Begründung in der Berufungsschrift nicht ersetzen (BGE 138 III 374 E. 3.4.1), genügt die Berufungsschrift gerade noch den gesetzlichen Anforderungen. Einerseits ist der Hauptstreitpunkt die Qualifikation des Bonus; diesbezüglich sind die Begründungsanforderungen fraglos erfüllt. Andererseits ist die geltend gemachte Höhe des Bonus wie erläutert aufgrund aller Unterlagen für die Berufungsinstanz nachvollziehbar, und auch die Gegenpartei nahm keinen Anstoss an der Begründung, so dass auch für sie klar zu sein scheint, wie sich der eingeklagte Bonus zusammensetzt. Bei dieser Ausgangslage wäre es überspitzt formalistisch, von einer ungenügenden (Anschluss-)Berufungsbegründung auszugehen.

c. Der Begriff "Bonus" wird im Obligationenrecht nicht definiert. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob ein Bonus als freiwillige Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR oder als Teil des geschuldeten Lohnes im Sinn von Art. 322 OR zu qualifizieren ist. Zu dieser Abgrenzungsfrage hat sich das Bundesgericht verschiedentlich geäussert (zuletzt in BGE 139 III 155 ff.). Entscheidend für die Abgrenzung zwischen geschuldetem Lohn und freiwilliger Gratifikation ist die Frage, ob die Ausrichtung der Vergütung im Ermessen des Arbeitgebers liegt. Wenn der Bonusanspruch als solcher und auch dessen Höhe vertraglich im Voraus festgelegt sind und dem Arbeitgeber kein Ermessen zusteht, liegt Lohn vor; das Gleiche gilt,

wenn der Bonus zwar nicht im Voraus betragsmässig feststeht, aber anhand klarer geschäftlicher Messgrössen exakt berechnet werden kann (BGE 139 III 155 E. 3.1 und 3.3 mit Hinweisen). Demgegenüber liegt eine "unechte Gratifikation" vor, wenn zwar dem Grundsatz nach ein Bonus geschuldet ist und demzufolge ein Rechtsanspruch auf die Ausrichtung eines Bonus besteht, dessen Höhe aber von der subjektiven Einschätzung des Arbeitgebers betreffend der Leistung des Arbeitnehmers abhängig ist; und schliesslich ist von einer "echten Gratifikation" auszugehen, wenn kein Rechtsanspruch auf einen Bonus besteht, weil sowohl dessen Ausrichtung an sich als auch die Höhe eines allfälligen Bonus im Belieben des Arbeitgebers liegt (zur Abgrenzung zwischen unechter und echter Gratifikation vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, N 32 zu Art. 322d OR, S. 330 f.). Die Verpflichtung zur Ausrichtung eines Bonus kann im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart sein oder durch konkludentes Verhalten entstehen. So geht die Rechtsprechung davon aus, dass bei einer regelmässigen Ausrichtung eine Vergütung als vereinbart gilt, wenn sie während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren vorbehaltlos ausgerichtet wurde (BGE 129 III 276 E. 2 mit Hinweisen).

d. Im Zusammenhang mit der Qualifikation des Bonus führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durch. Im Beschluss vom 12. August 2011 (Urk. 24) wurde dem Kläger insbesondere der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass ihm ein unbedingter vertraglicher Bonusanspruch unter Ausschluss jeglichen Ermessens der Beklagten zustand (Beweissatz 4.1), dass er sich durch ein grosses Engagement sowie tadellose Leistungen und beispielhaftes Verhalten auszeichnete (Beweissatz 4.2) und dass anlässlich der Bonusauszahlungen nie ein Freiwilligkeitsvorbehalt angebracht wurde (Beweissatz 4.4). Der Beklagten wurde der Gegenbeweis dafür auferlegt, dass sie nach ihrem freien Ermessen über eine Beteiligung der Mitarbeiter am Bonusplan und über die Höhe eines allfälligen Bonus entscheiden konnte (Beweissätze 5.1 und 5.2), dass bei der Auszahlung sämtlicher Boni Freiwilligkeitsvorbehalte vorgesehen waren (Beweissatz 5.3) und dass die Leistungen des Klägers immer schlechter wurden und für die Jahre 2009 und 2010 ungenügend waren (Beweissatz 5.4). Nach durchgeführtem Beweisverfahren hielt die Vorinstanz - wie bereits erwähnt - fest, dass die Ausrichtung eines Bonus im Ermes-

sen des Arbeitgebers gestanden sei (Urk. 88 S. 35), dass der Kläger mit dem Beweis gescheitert sei, dass er sich stets durch tadellose Leistungen und ein beispielhaftes Verhalten ausgezeichnet habe (Urk. 88 S. 35); im Übrigen habe der Kläger im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Boni für die Jahre 2006 bis 2008 Kenntnis von den Freiwilligkeitsvorbehalten gehabt (Urk. 88 S. 36). Aus diesen Gründen bestehe kein Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus für die Jahre 2009 (ganzes Jahr) und 2010 (1. Januar bis 30. April).

e. Diese Beweiswürdigung ist nicht überzeugend. Im vorliegenden Fall ist aufgrund des Beweisergebnisses grundsätzlich ein Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus zu bejahen: Dem Grundsatz nach ist ein Bonus geschuldet; nur die Höhe des vertraglich geschuldeten Bonus steht im Ermessen des Arbeitgebers ("unechte Gratifikation" [zum Begriff vgl. oben, lit. b]).

- Verschiedene **Urkunden** sprechen dafür, dass die Ausrichtung eines Bonus vereinbart war. Im Arbeitsvertrag wird unter Ziffer 6d (Salary and allowances) festgehalten: "For 2006 half of the proportional 20% standard bonus will be *guaranteed* (i.e. 7'166 CHF)" (Urk. 4/1). Weiter ist unbestritten (vgl. Urk. 93 S. 50 f. Rz. 244 ff. [Kläger] und Urk. 100 S. 4 Rz. 11 [Beklagte]), dass der Kläger in den Jahren 2006 und 2007 Teilnehmer des "Leadership Bonus Plan 2006 und 2007" (Urk. 4/15 und 4/16) und des "A.\_\_\_\_\_ Long-Term Performance Plan" (Urk. 4/21) war und im Jahr 2008 Teilnehmer des "Key Employee Retention Plan 2008" war (Urk. 4/19). Auch wenn die Höhe der jeweiligen Vergütung im Ermessen des Arbeitgebers gestanden haben mag, bestand jedenfalls ein Anspruch auf eine Teilnahme an diesen Bonusplänen. Im Übrigen vermag die Beklagte mit Urkunden nicht nachzuweisen, dass die Leistungen des Klägers immer schlechter und in den Jahren 2009 und 2010 ungenügend waren. Die Beklagte führt selbst aus, dass der "Key Employee Retention Plan 2008", an welchem auch der Kläger teilgenommen habe, entwickelt worden sei, *"um Arbeitnehmern, die trotz Erreichens der persönlichen Ziele wegen Nichterreichens der Gruppenziele keine Bonuszahlungen erhielten, trotzdem eine Leistungsprämie und einen Anreiz zum Bleiben"* gewähren zu können (Urk. 100 S. 5 Rz. 14). Wenn der Kläger nach

- ihren Darstellungen im Jahr 2008 ein Key Employee war, der die persönlichen Leistungsziele erfüllte und dem ein Anreiz zum Verbleiben gewährt werden sollte, kann keine Rede davon sein, dass die Leistungen des Klägers immer schlechter geworden sein sollen. Dem Kläger wurde denn auch nicht wegen ungenügender Leistungen, sondern "personeller Restrukturierungsmaßnahmen" gekündigt (Urk. 4/5). Zudem enthält das Arbeitszeugnis keine Hinweise auf ungenügende Leistungen (Urk. 4/6). Damit ist irrelevant, dass in den Qualifikationen 2008 und 2009 verschiedene Kriterien mit dem Rating "Needs Improvement" bewertet wurden; abgesehen davon, dass diese Dokumente nicht unterschrieben sind und somit nur geringen Beweiswert haben, sind sie auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Kläger für die neu geschaffene Stelle CFO Gesamteuropa nicht in Frage kam. In seiner angestammten Position, in welcher er stets Teilnehmer des Bonusprogramms und im Jahr 2008 sogar ein die persönlichen Ziele erfüllender Key Employee war, sind keine ungenügenden Leistungen nachgewiesen.
- Dieses durch Urkunden erstellte Beweisergebnis wird insbesondere durch die Aussagen des **Zeugen** E.\_\_\_\_\_ bestätigt und erhärtet. E.\_\_\_\_\_ deponierte, dass der Kläger in seiner Funktion Bonusberechtigter gewesen sei und dass er im gleichen Bonusprogramm wie andere in seiner Funktion aufgenommen worden sei (VI-Prot. S. 63 mitte). Der Verwaltungsrat habe beim Stellenantritt ein gewisses Ermessen bezüglich Aufnahme ins Bonusprogramm gehabt, bei der Auszahlung des Bonus seien aber alle am Bonusprogramm Berechtigten gleich behandelt worden (VI-Prot. S. 63 unten). Im Übrigen hielt der Zeuge E.\_\_\_\_\_ fest, dass nur die finanziellen Ziele der Gruppe - und nicht die individuellen Ziele der Arbeitnehmer - bonusrelevant gewesen seien (VI-Prot. S. 63 und 64) und dass er sich an das Erreichen der individuellen Ziele des Klägers nicht erinnern könne (VI-Prot. S. 64). Da E.\_\_\_\_\_ als CFO der A.\_\_\_\_\_ GmbH und der B.\_\_\_\_\_ Holding AG genaue Kenntnisse von den Bonusprogrammen gehabt haben musste, kann auf seine Aussagen abgestellt werden, welche die Darstellung des Klägers weitgehend decken.

Damit ist bezüglich des Kriteriums des **Ermessens** erstellt, dass der Kläger seit Beginn des Arbeitsverhältnisses Teilnehmer der Bonusprogramme der Beklagten war und daher wie alle anderen Teilnehmer der Programme Anspruch auf die Zuteilung eines Bonus hatte, wobei nur die Höhe des Bonus - nicht aber die Ausrichtung an sich - im Ermessen des Arbeitgebers stand (sog. "unechte Gratifikation"). Ob in den jeweiligen Bonusplänen bzw. in den Bonuszuteilungen ein Freiwilligkeitsvorbehalt vorgesehen war, kann dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, dass dem Kläger zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vertraglich ein Bonus garantiert wurde und dass der Kläger auch im schwierigen Geschäftsjahr 2008 als Key Employee in den Genuss eines Bonus kam, weshalb aufgrund der vertraglich vereinbarten und regelmässig ausbezahlten Boni allfällige Freiwilligkeitsvorbehalte nur als unverbindliche Floskel zu qualifizieren wären.

e) Nachdem fest steht, dass der Kläger dem Grundsatz nach Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus hat, ist über dessen Höhe zu befinden. Dabei ist die Auffassung des Klägers nicht überzeugend, ihm stehe ein Bonus in der Höhe von 44,98 % des Fixlohnes (Durchschnitt der Jahre 2006-2008) zu. Erstens ist vertraglich ein 20% Standard Bonus berechnet auf der Grundlage des Fixlohnes vereinbart. Zweitens stellte sich im Jahr 2009 heraus, dass der Kläger für die neu zu schaffende Stelle CFO Gesamteuropa nicht in Frage kommt. Und drittens versah der Kläger am Ende des Arbeitsverhältnisses während der sechsmonatigen Kündigungsfrist eine Spezialfunktion, so dass es sich auch insofern rechtfertigt, nur - aber immerhin - den 20% Standard Bonus zuzusprechen. Das letzte Fixgehalt des Klägers belief sich auf Fr. 230'000.00. Der Bonusanspruch für das Jahr 2009 (ganzes Jahr) beträgt somit Fr. 46'000.00 und für das Jahr 2010 (1. Januar bis 30. April) Fr. 15'333.00. Insgesamt beläuft sich der Bonusanspruch auf Fr. 61'333.00.

4.3 Schliesslich ist der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf **Vergütung von Überstunden** zu prüfen.

a. Der Kläger behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, er habe für die Beklagte in den Jahren 2006-2009 erhebliche Überzeit geleistet; diese Überzeit sei ihm zu vergüten, wobei ab der 60. Stunde pro Kalenderjahr gemäss Art. 13 Abs. 1

ArG (SR 822.11) ein Zuschlag von 25% zu gewähren sei. Bei einer Überzeit von 568.05 Stunden seien 200,5 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 96.68 und 368.55 Stunden zu einem Ansatz mit 25% Zuschlag von Fr. 120.85 zu vergüten, was nach der Berechnung des Klägers Fr. 63'730.25 ergeben soll (Urk. 1 S. 14 Rz. 60 ff.). Dagegen machte die Beklagte im Wesentlichen geltend, dass im Arbeitsvertrag eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart und eine Entschädigung von Überstunden ausgeschlossen worden sei. Weiter habe der Kläger auch nie die Kompensation von Überstunden verlangt, und die geltend gemachte Überzeit von 568.05 Stunden werde bestritten. Schliesslich sei der Kläger ein "höherer leitender Angestellter" im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG gewesen, der sich nicht auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG berufen und daher auch keine Überzeitvergütung verlangen könne, die vertraglich ausgeschlossen worden sei (Urk. 11 S. 17 ff. Rz. 67 ff.).

b. Die Vorinstanz bejahte einen Anspruch auf Vergütung von Überstunden und sprach dem Kläger unter diesem Titel Fr. 62'848.05 zu. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, aufgrund der Auflistung der Überstunden durch den Kläger und der Weiterleitung an seinen Vorgesetzten sei erstellt, dass der Kläger 568.05 Stunden Überzeit geleistet habe und dass die Beklagte Kenntnis von der hohen Arbeitsbelastung des Klägers gehabt habe (Urk. 88 S. 43 E. 4.18). Da der Kläger ein *leitender*, aber *kein höherer leitender* Angestellter gewesen sei, müssten die Überstunden nach Art. 13 ArG vergütet werden (Urk. 88 S. 45 E. 4.30). Von den 568.05 Überstunden seien 240 Stunden mit Fr. 96.68 und 328.05 Stunden mit Fr. 120.85 zu entschädigen, was für die geleistete Überzeit einen Anspruch des Klägers von Fr. 62'848.05 ergebe (Urk. 88 S. 46 f. E. 5).

c. Im Berufungsverfahren hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest, dass der Kläger nicht nachgewiesen habe, in welchem Ausmass Überstunden geleistet worden seien und ob diese Überstunden notwendig gewesen seien. Überdies sei der Kläger ein höherer leitender Angestellter im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG gewesen, weshalb er nicht unter das Arbeitsgesetz falle und keinen Anspruch auf die Vergütung von Überzeit habe (Urk. 87 S. 7 Rz. 24 f.).

d. In Bezug auf die Arbeitszeit enthält der Arbeitsvertrag der Parteien unter Ziff. 7 "Working hours" folgende Bestimmung (Urk. 4/1 S. 1):

"The working time amounts to 42 hours per week. Time worked in excess of this is not compensated. In the event of significant amount of overtime being worked, appropriate time-off-in-lieu may be approved by the superior."

Der Arbeitgeber hat die *Überstunden*, die über die vertragliche Arbeitszeit hinaus geleistet werden, durch Lohn mit einem Zuschlag von 25% zu entschädigen, falls die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen werden kann und nichts anderes verabredet ist (Art. 321c OR). Aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes kann die Abgeltung von Überstunden nur bis zur gesetzlichen Höchstarbeitszeit, die für Büropersonal bei 45 Stunden pro Woche liegt, wegbedungen werden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Wenn diese wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wird, liegt *Überzeitarbeit* vor, welche zwingend zu entschädigen ist, und zwar ab der 60. Stunde pro Kalenderjahr mit einem Zuschlag von 25% (Art. 13 ArG), wobei diese an sich zwingende Regelung auf höhere leitende Angestellte nicht anwendbar ist (Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG). Die Beweislast, dass die geltend gemachten Überstunden geleistet wurden und dass sie angeordnet und betrieblich notwendig waren, obliegt dem Arbeitnehmer (BGE 129 III 171 E. 2.4). Der Arbeitnehmer hat die *Leistung von Überstunden an sich* nachzuweisen, sei es, dass sie förmlich angeordnet wurden, sei es, dass sie betrieblich notwendig waren (BGer 4C.133/2000 vom 8. September 2000, E. 3b). Ferner hat der Arbeitnehmer die *genaue Zahl der Überstunden* nachzuweisen (BGer 4C.133/2000 vom 8. September 2000, E. 3c). Dabei stellen die Gerichte hohe Anforderungen an den Beweis sowohl der Anzahl der Überstunden als auch deren Anordnung bzw. betrieblicher Notwendigkeit. Eigene Aufzeichnungen des Arbeitnehmers genügen meistens nicht; immerhin genügt der Nachweis mit Arbeitsrapporten, die dem Arbeitgeber täglich oder wöchentlich abgegeben werden, auch wenn sie nicht gegengezeichnet sind (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 10 mit Hinweisen auf nicht amtlich publizierte Rechtsprechung). Mit der Obliegenheit des Arbeitnehmers, die von ihm geleistete Überzeit innert nützlicher Frist anzuzeigen, soll der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, organisatorische Massnahmen zur Verhinderung künftiger Mehrarbeit vorzukehren und die Überstunden zu genehmigen (BGE 129 III 171 E. 2.2 mit Hinweisen).

e. Im Beschluss vom 12. August 2011 (Urk. 24) wurde dem Kläger insbesondere der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er während der Dauer seiner Anstellung bei der Beklagten 568.05 Stunden über die gesetzliche Höchstarbeitszeit von 45 Wochenstunden geleistet habe (Beweissatz 6.1) und dass die Beklagte Kenntnis von seiner hohen Arbeitsbelastung gehabt habe (Beweissatz 6.3). In seiner Beweisantretung berief sich der Kläger namentlich auf Mails vom 5. Mai 2008 an J.\_\_\_\_ (Urk. 38/3), vom 1. Mai 2009 an D.\_\_\_\_ (Urk. 38/4) und vom 24. September 2009 an E.\_\_\_\_ (Urk. 38/2); weiter berief er sich auf die Befragung von E.\_\_\_\_ als Zeugen und seine eigene persönliche Befragung (Urk. 37 S. 14 f.).

- Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger seit dem 1. September 2006 für die Beklagte arbeitete und die angebliche Überzeitarbeit erstmals am 5. Mai 2008 mitteilte; damit ist für die erste Zeit des Arbeitsverhältnisses (1. September 2006 bis 5. Mai 2008) nicht erstellt, dass die Leistung von Überzeitarbeit bekannt gewesen war. Hingegen ist für die Zeit ab 6. Mai 2008 davon auszugehen, dass der Beklagten aufgrund des Mails an J.\_\_\_\_ die hohe Arbeitsbelastung bekannt sein musste, zumal der geographische Zuständigkeitsbereich des Klägers als CFO der Beklagten fortlaufend erweitert wurde, wie auch der Zeuge E.\_\_\_\_ einräumte (VI-Prot. S. 66 und 67); umgekehrt ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass mit der Ausdehnung des Zuständigkeitsbereichs des Klägers auch eine Anhebung des ursprünglichen Fixgehalts von Fr. 215'000.00 auf Fr. 230'000.00 per 1. September 2008 einherging und die Mehrbelastung dadurch (zumindest teilweise) abgegolten wurde.

- Auch wenn der Beklagten für die Zeit ab 6. Mai 2008 (nach dem Mail an J.\_\_\_\_ vom 5. Mai 2008) bekannt gewesen sein dürfte, dass der Kläger Überzeitarbeit leistete, ist der *exakte Umfang der Überzeit* aufgrund der aufgelegten Dokumente nicht rechtsgenügend erstellt. Mit den Mails vom 5. Mai 2008 an J.\_\_\_\_ (Urk. 38/3), vom 1. Mai 2009 an D.\_\_\_\_ (Urk. 38/4) und vom 24. September 2009 an E.\_\_\_\_ (Urk. 38/2) kann die geltend gemachte Überzeit angesichts der genannten Anforderungen an den Beweis nicht er-

bracht werden. Gefordert wären regelmässig abgegebene Zusammenstellungen, damit der Arbeitgeber in der Lage gewesen wäre, organisatorische Anpassungen zur Verhinderung von künftiger Überzeit zu treffen. Eine erste Zusammenstellung nach knapp zwei Jahren (Urk. 38/3) sowie zwei weitere Zusammenstellungen am Ende des Arbeitsverhältnisses (Urk. 38/4 und Urk. 38/2 [letztere am Tag nach der Kündigung vom 23. September 2009]) sind nicht beweisbildend für die angebliche Überzeit vom 568.05 Stunden, die während einem mehrjährigen Arbeitsverhältnis geleistet worden sein soll. Angesichts der oben skizzierten Anforderungen an den Nachweis der geleisteten Überzeit ist der dem Kläger obliegende Beweis mit den offerierten Beweismitteln gescheitert. Wenn dem Kläger aber der Hauptbeweis für angebliche Überzeit im Umfang von 568.05 Stunden misslingt, muss nicht weiter auf die von den Beklagten offerierten und von der Vorinstanz abgenommenen Gegenbeweismittel eingegangen werden.

f. Insbesondere erübrigen sich auch Ausführungen zur umstrittenen Frage, ob es sich beim Kläger um einen "höheren leitenden Angestellten" im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG handelte, für welchen die gesetzliche Höchstarbeitszeit von 45 Wochenstunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG nicht gilt. Ob der Kläger ein höherer leitender Angestellter war (so die Beklagten in Urk. 87 S. 32 ff. Rz. 133 ff.) oder nicht (so die Vorinstanz in Urk. 88 S. 43 ff. E. 4.20 ff. und der Kläger in Urk. 93 S. 45 ff. Rz. 220 ff.), kann dahin gestellt bleiben, weil die behauptete Überzeit von 568.05 Stunden wie dargelegt nicht rechtsgenügend nachgewiesen wurde. Aus diesem Grund steht dem Kläger entgegen der Darstellung der Vorinstanz kein Anspruch auf Vergütung von angeblicher Überzeit zu.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Kündigung nicht als missbräuchlich erweist und daher keine Strafzahlung geschuldet ist (vgl. E. 4.1), dass dem Kläger ein Bonusanspruch von Fr. 61'333.00 zusteht (vgl. E. 4.2) und dass angebliche Überzeit nicht nachgewiesen und daher diesbezüglich keine Entschädigung geschuldet ist (vgl. E. 4.3). Die Beklagte (A.\_\_\_\_\_ GmbH) ist daher zu verpflichten, dem Kläger Fr. 61'333.00 zu bezahlen; auf diesem Betrag ist Zins zu

5% Zins seit dem 30. März 2010 zu bezahlen, was nicht umstritten ist. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Im erstinstanzlichen Verfahren zog der Kläger seinen ursprünglich gestellten Eventualantrag gegen die Beklagte 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) zurück. Im Zusammenhang mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen führte die Vorinstanz aus, diverse Dokumente im Zusammenhang mit Boni-Zahlungen seien nicht von der Beklagten (A.\_\_\_\_\_ GmbH), sondern von der Beklagten 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) ausgestellt worden. Dadurch sei der Kläger in guten Treuen veranlasst gewesen, auch die Beklagte 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) als Holdinggesellschaft der Beklagten (A.\_\_\_\_\_ GmbH) einzuklagen; zudem seien der Beklagten 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) durch das Eventualbegehren und dessen frühzeitigen Rückzug vernachlässigbare Kosten entstanden, zumal die Instruktion ihres Rechtsvertreters für das die Beklagte (A.\_\_\_\_\_ GmbH) betreffende Rechtsbegehren absolut identisch gewesen seien (Urk. 88 S. 6). Was die Beklagten dagegen vorbringen (Urk. 87 S. 10 f. Rz. 35 ff.), ist unbegründet. Verfehlt ist bereits ihr Verweis auf die Bestimmungen des neuen Prozessrechts (Art. 106 f. ZPO), weil für die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens das bisherige kantonale Prozessrecht (§§ 64 ff. ZPO/ZH) anwendbar ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Soweit sich die Beklagte 2 auf die Gerichtskosten bezieht, ist sie nicht beschwert; und soweit sie eine Parteientschädigung verlangt, fehlt es an einem spezifischen Rechtsbegehren und erst recht an einem bezifferten Antrag. Unabhängig davon wäre der Standpunkt der Beklagten 2 ohnehin unbegründet. Nicht überzeugend ist der Hinweis, gemäss Arbeitsvertrag sei klarerweise einzig die Beklagte (A.\_\_\_\_\_ GmbH) Arbeitgeberin und damit passivlegitimiert (Urk. 87 S. 10 Rz. 38). Die Beklagten können auch im Berufungsverfahren nicht erklären, weshalb die Beklagte 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) im Zusammenhang mit Bonuszahlungen Dokumente ausstellte, wenn klar gewesen sein soll, dass nur die Beklagte (A.\_\_\_\_\_ GmbH) Arbeitgeberin war. Daher ist die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass sich der Kläger aufgrund eines widersprüchlichen Verhaltens der Beklagten im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Bonusanspruch in guten Treuen

auch zu einer Klage gegen die Beklagte 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) veranlasst sehen durfte und deshalb gestützt auf § 64 Abs. 3 ZPO/ZH keine separate Kosten- und Entschädigungsregelung entsprechend dem Rückzug der Klage gegenüber der Beklagten 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) zu treffen war. Schliesslich ist auch das Argument der Vorinstanz unangefochten geblieben, dass der Beklagten 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) durch den frühzeitigen Rückzug nur vernachlässigbare Kosten entstanden seien. Wenn die Beklagte 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsregelung im erstinstanzlichen Verfahren aus den dargelegten Gründen ausser Betracht zu bleiben hat, muss das Gleiche auch für die Kosten- und Entschädigungsregelung im zweitinstanzlichen Verfahren gelten. Sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen nur zwischen dem Kläger und der Beklagten (A1.\_\_\_\_\_ GmbH) zu regeln (vgl. nachfolgend E. 5.2 und 5.3).

5.2 Im erstinstanzlichen Verfahren betrug der Streitwert Fr. 368'395.00. Die Klage ist im Umfang von 61'333.00 gutzuheissen. Der Kläger obsiegt damit im Umfang von ca. 1/6 und unterliegt im Umfang von 5/6. Die in der Höhe nicht angefochtene Entscheidegebühr von Fr. 20'300.00 ist dem Kläger im Umfang von 5/6 und der Beklagten im Umfang von 1/6 aufzuerlegen. Die Grundgebühr der Anwaltsentschädigung ist auf Fr. 21'000.00 festzusetzen und durch 60% Zuschläge (für Duplik, Beweisantretungsschrift, Beweisverhandlung und Stellungnahme zum Beweisergebnis) auf Fr. 33'600.00 zu erhöhen (§ 4 und 6 AnwGebV [in der Fassung vom 21. Juni 2006]). Entsprechend dem Prozessausgang hat der Kläger der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 22'400.00 zu bezahlen. Da die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren vorliegend aufgrund des Ausgangs des Verfahrens neu festzulegen sind, sind die Anträge der Beklagten (Urk. 87 S. 34 f. Rz. 141 ff) und des Klägers (Urk. 93 S. 59 Rz. 279), die sich auf diese Thematik beziehen, obsolet geworden.

5.3 Im Berufungsverfahren beläuft sich der Streitwert auf Fr. 239'120.00. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage, während der Kläger nebst dem erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von Fr. 101'181.35 einen Bonusanspruch von Fr. 137'938.00 geltend macht. Bei diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr auf

Fr. 14'000.00 (§ 4 und 12 Abs. 2 GebV OG [in der Fassung vom 8. September 2010]) und die Parteientschädigung ist auf Fr. 9'000.00 festzusetzen (§ 4 und 13 Abs. 2 AnwGebV [in der Fassung vom 8. September 2010]). Wie erläutert ist die Klage im Umfang von Fr. 61'333.00 gutzuheissen. Der Kläger obsiegt damit im Berufungsverfahren im Umfang von ca. 1/4 und unterliegt im Umfang von 3/4. Die Kosten sind daher den Parteien im Umfang ihres Obsiegens und Unterliegens aufzuerlegen, und der Kläger ist zur Bezahlung einer reduzierten Parteientschädigung an die Beklagte zu verpflichten. Entgegen dem Antrag der Beklagten in der Anschlussberufungsantwort (Urk. 100 S. 2) ist keine Mehrwertsteuer zu vergüten, weil die Beklagten mehrwertsteuerpflichtige Parteien sind, welche die ihrem Rechtsvertreter zu bezahlenden Mehrwertsteuern als Vorsteuerabzug zurückfordern können.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss vom 14. Dezember 2012 rechtskräftig ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**sodann wird erkannt:**

1. Die Beklagte 1 (A.\_\_\_\_\_ GmbH) wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 61'333.00 zuzüglich 5% Zins seit dem 30. April 2010 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'300.00 festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 14'000.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger im Umfang von 5/6 und der Beklagten 1 (A.\_\_\_\_\_ GmbH) im Umfang von 1/6 auferlegt.

5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger im Umfang von 3/4 und der Beklagten 1 (A.\_\_\_\_\_ GmbH) im Umfang von 1/4 auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 (A.\_\_\_\_\_ GmbH) den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 250.00 zu ersetzen.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 (A.\_\_\_\_\_ GmbH) für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 22'400.00 zu bezahlen.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 (A.\_\_\_\_\_ GmbH) für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'500.00 zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, 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. 239'100.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. Mai 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:  
mc