

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA150025-O/U.doc

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: RA150015-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

## **Beschluss vom 3. Mai 2016**

in Sachen

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

Kläger, Berufungskläger und Beschwerdeführer

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

gegen

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

Beklagte, Berufungsbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 15. April 2015 (AN100960-L)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 6. Mai 2015 (AN100960-L)**

## **Erwägungen:**

### I.

1. Gemäss Arbeitsvertrag vom 22. Juli 2008, gültig ab 1. Januar 2008, stand der Kläger seit dem 1. Juli 2002 ununterbrochen in einem Anstellungsverhältnis zur Beklagten, die bis am 13. Januar 2014 unter der Firma "B1.\_\_\_\_\_ AG" das Bankgeschäft betrieb. Der Kläger führte seit dem 1. Juli 2005 das Representative Office in Abu Dhabi und (ab Eröffnung) das Satellite Office in Dubai im Range eines Mitglieds des Kaders. Zudem bekleidete er ab 1. Januar 2006 die Funktion eines Direktors. Der Arbeitsvertrag vom 22. Juli 2008 war für die Beklagte erstmals ordentlich kündbar per 31. Mai 2010. Nebst einem fixen Lohn von jährlich VAE-Dirham 2'148'800.– und einem Assetvermehrungsbonus bezog der Kläger einen Gewinnbeitragsbonus von 25% der vom Representative Office in Abu Dhabi und vom Satellite Office in Dubai erzielten Nettoerträge. In Ziffer 14 trafen die Parteien folgende Regelung:

"Im Falle einer Kündigung bzw. Rückrufes von Herrn A.\_\_\_\_\_ werden die beiden Boni auf den Kündigungs- bzw. Rückrufszeitpunkt abgerechnet. Diesfalls werden auch jene Assets berücksichtigt, die noch nicht 12 Monate bei der B1.\_\_\_\_\_ AG angelegt waren (wobei die Auszahlung des auf diesen Zeitpunkt berechneten Bonus bis zum Erreichen der 12 monatigen Anlagedauer der Assets zurückbehalten werden kann)."

Die Parteien unterstellten den Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht (vgl. Art. 121 Abs. 1 IPRG) und vereinbarten den Gerichtsstand Zürich (Urk. 2/1, Urk. 31/2, Urk. 40).

2. Mit Schreiben vom 24. September 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den 31. Mai 2010. Gleichzeitig stellte sie den Kläger ab 28. Oktober 2009 bei vollem Lohnanspruch frei (Urk. 2/2). In der Folge bezahlte die Beklagte dem Kläger den fixen Lohn und den pauschalen Spesenersatz während der Freistellungsphase weiter. Indes verweigerte sie ab Oktober 2009 die Auszahlung von Boni. Mit Schreiben vom 18. Mai 2010 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung (Urk. 2/34).

3. Mit Eingabe vom 30. November 2010 erhob der Kläger bei der Vorinstanz Klage mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger mindestens CHF 4'000'000 netto zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % seit dem 31. Januar 2010. Die genaue Bezifferung wird vorbehalten, bis zum Erhalt der nachfolgend verlangten Informationen bzw. Dokumente von der Beklagten.

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger vollständig über folgendes zu dokumentieren bzw. informieren:

- Die Zahlungsdokumente (Swift Belege) und Empfangsbestätigungen zu den C.\_\_\_\_\_ Group, ..., Abu Dhabi, für die Jahre 2005 bis 2009 ausbezahlten Sponsoring Fees.
- Eine Zusammenstellung der mit der D.\_\_\_\_\_ (D1.\_\_\_\_\_ Holding AG ..., D1.\_\_\_\_\_ Holding Corporation in ..., D2.\_\_\_\_\_ Ltd. ..., E.\_\_\_\_\_ Ltd. usw. usf.) in den Jahren 2005 bis 2009 erzielten Erträge, zusammen mit den die Richtigkeit dieser Erträge ausweisenden Belegen (Revisionsstellenberichte, Steuererklärungen usw.).

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Mit seiner Klage machte der Kläger gestützt auf Art. 324 OR den "während der Freistellungsphase" entstandenen Bonusanspruch, den er auf mindestens Fr. 3.027 Mio. veranschlagte, geltend; zudem forderte er eine Entschädigung im Sinne von Art. 336b OR wegen missbräuchlicher Kündigung (Urk. 1 S. 4 und S. 6). Mit Eingabe vom 28. Februar 2011 nahm die Beklagte aufforderungsgemäss zu Absatz 2 des Rechtsbegehrens Stellung (Urk. 7). Am 15. Juli 2011 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 13. September 2011 vorgeladen (Urk. 10). Mit Beschluss vom 9. September 2011 wurde der Prozess bis zur Durchführung der die klägerischen Schlichtungsgesuche vom 20. bzw. 22. Juli 2011 betreffenden Schlichtungsverhandlungen einstweilen eingestellt (Urk. 19). Die am 29. Oktober 2013 durchgeführte Referentenaudienz bzw. Instruktionsverhandlung führte zu keiner Einigung (Prot. I S. S. 6 f.). Nachdem die Sistierung des Verfahrens mit Präsidialverfügung vom 13. November 2013 aufgehoben worden war (Urk. 23), fand am 16. Dezember 2013 die Hauptverhandlung statt, an welcher der Kläger den (minimal) noch ausstehenden Bonusanspruch von 24. September 2009 bis 31. Mai 2010 mit Fr. 3'988'332.– bezifferte (Prot. I S. 10 ff., Urk. 28 S. 3). Am 15. Juli 2014 und 4. September 2014 erfolgten weitere Stellungnahmen im Zusammenhang mit der Umfirmierung und dem Domizilwechsel der Beklagten (Urk. 39, Urk. 43). Mit Urteil vom 15. April 2015 wies die Vorinstanz die Klage ab

(Urk. 47 = Urk. 58). Am 24. April 2015 stellte der Kläger ein Protokollberichtigungsbegehren mit dem Antrag, das Protokoll der Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2013 sei auf S. 20 zu vervollständigen bzw. zu korrigieren. Mit Beschluss vom 6. Mai 2015 wies die Vorinstanz dasselbe ab (Urk. 50, Urk. 52 = Urk. 79/2).

4. Gegen das ihm am 20. April 2015 zugestellte Urteil führt der Kläger mit Eingabe vom 20. Mai 2015 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 48/2, Urk. 57):

"Das Urteil vom 15. April 2015 sei aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger (mindestens) CHF 3'988'332 nebst Zins zu 5 % seit dem 31. Januar 2010 zu bezahlen; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

[...]

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Kostenvorschuss von Fr. 60'650.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 62, Urk. 63). Die Berufungsantwort, mit welcher die Beklagte auf Abweisung der Berufung schloss, datiert vom 10. September 2015 (Urk. 65). Weitere Stellungnahmen des Klägers erfolgten am 19. Oktober und 27. November 2015 (Urk. 69, Urk. 75). Die Beklagte liess sich dazu am 12. November und am 14. Dezember 2015 vernehmen (Urk. 73 und Urk. 77).

5. Gegen den ihm am 11. Mai 2015 zugestellten Beschluss vom 6. Mai 2015 führt der Kläger mit Eingabe vom 20. Mai 2015 zugleich Beschwerde mit folgendem Antrag (Urk. 53/2, Urk. 57 = Urk. 79/1):

"Der Beschluss vom 6. Mai 2015 sei aufzuheben und die erste Hälfte des zweiten Absatzes von Seite 20 des vorinstanzlichen Protokolls sei gestützt auf eine wörtliche Abschrift des Tonbandes ins Protokoll aufzunehmen, eventualiter wie im Anhang.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Für die Beschwerde wurde das Geschäft mit der Nummer RA150015-O eröffnet. Der Kläger leistete dafür fristgerecht einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– (Urk. 79/7 und Urk. 79/8). Am 24. August 2015 ging die Beschwerdeantwort ein, worin die Beklagte auf Abweisung der Beschwerde schloss (Urk. 79/10). Mit Verfügung vom 29. September 2015 wurde ein Sistierungsgesuch des Klägers abgewiesen (Urk. 79/13). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

II.

1. Die Vorinstanz erwog zunächst, der Kläger habe zu den Ausführungen der Beklagten, der Bonusanspruch sei gemäss Ziffer 14 des Arbeitsvertrags während der Freistellungsphase weggefallen, mit keinem Wort Stellung genommen, weshalb sie als anerkannt zu gelten hätten. Die Beklagte habe ausgeführt, der Gewinnbeitragsbonus sei als Gewinnbeteiligung (Art. 322a Abs. 1 OR) seiner Idee nach Leistungsansporn, der seinem Sinne nach nicht mehr geschuldet sei, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr arbeite oder sein Ausscheiden absehbar sei. Entsprechend könne der Bonus von einem ungekündigten Arbeitsverhältnis abhängig gemacht werden. Die Parteien hätten vor diesem Hintergrund in Ziffer 14 vereinbart, dass im Falle einer Kündigung bzw. eines Rückrufes des Klägers der Gewinnbeteiligungsbonus auf den Kündigungszeitpunkt abgerechnet werde. Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 24. September 2009 gekündigt habe, sei der Gewinnbeitragsbonus gemäss Ziffer 14 des Arbeitsvertrags auf den Kündigungszeitpunkt, nämlich per Ende September 2009 abgerechnet und bezahlt worden (Urk. 58 S. 8 f.).

Nachdem der Kläger – so die Vorinstanz weiter – mit keinem Wort auf Ziffer 14 des Arbeitsvertrags eingegangen sei, hätten die Ausführungen der Beklagten dazu als anerkannt zu gelten. Sofern der Kläger über ein genug hohes Grundgehalt verfügt habe, um seinen Lebensstandard sicherzustellen, müsse die Vertragsbestimmung als gültig taxiert werden, da Art. 322a Abs. 1 OR dispositiver Natur sei. Zu prüfen bleibe der Vollständigkeit halber, ob die Regelung des Gewinnbeitragsbonus zulässig wäre, sofern der Kläger sie bestritten hätte. Dazu sei die Qualifizierung des Bonus als Lohn oder als Gratifikation vorzunehmen. Es sei unbestritten, dass der Kläger zuletzt nebst Spesen, Fahrzeug und Wohnung netto und steuerfrei rund Fr. 595'000.– erhalten habe, so dass nach schweizerischen Verhältnissen das Bruttoeinkommen wohl eher bei Fr. 800'000.– anzusiedeln sei. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei daher davon auszugehen, dass es sich beim Gewinnbeitragsbonus nicht mehr um eine Sondervergütung handle, die des gerichtlichen Schutzes bedürfe, sondern um eine Gratifikation, weshalb Ziffer 14 des Arbeitsvertrags als gültig zu betrachten sei und der Klä-

ger für die Zeit der Freistellung keinen Anspruch auf einen Bonus habe (Urk. 58 S. 9 ff.). Entfalle ein Anspruch auf den Bonus, würden auch die Editionsbegehren zur Berechnung von dessen Höhe obsolet und diese seien ebenfalls abzuweisen, wobei anzumerken sei, dass die Beklagte zumindest betreffend der C.\_\_\_\_\_ Group die gewünschten Unterlagen eingereicht habe (Urk. 58 S. 15).

Aufgrund der klaren Unterscheidung zwischen Lohn bzw. Gehalt und der Bonusregelung im Arbeitsvertrag könne mangels weiterer Begründung nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Zusicherung im Kündigungsschreiben, die Freistellung erfolge "bei vollem Lohnanspruch", auch auf den Gewinnbeteiligungsbonus bezogen habe, zumal dieser im Vertrag explizit wegbedungen worden sei und es in den Akten keinerlei Hinweis gebe, dass der Kläger diesen je geltend gemacht habe (Urk. 58 S. 9 f.).

2. Den Anspruch aus missbräuchlicher Kündigung wies die Vorinstanz ab mit der Begründung, der Kläger habe die Klagefrist von 180 Tagen gemäss Art. 336b Abs. 2 OR nicht gewahrt, indem die Klageschrift erst am 30. November 2010 bei der Post aufgegeben worden sei (Urk. 58 S. 14 f.).

3. Die Vorinstanz wies das klägerische Protokollberichtigungsbegehren ab, nachdem es eine wortwörtliche Abschrift gemäss der Tonaufzeichnung verfasst und diese dem beanstandeten Protokollauszug (S. 20, Absatz 2) gegenübergestellt hatte. Sie erwog, seitens des Klägers seien weder Ausführungen zu Ziffer 14 oder Ziffer 23 des Arbeitsvertrags gemacht worden, noch sei von einer Klausel die Rede. Vielmehr sei seitens des Klägers nur darauf hingewiesen worden, dass ein Anspruch auch während der Freistellung bestehe. Die übrigbleibenden Abweichungen stellten Wiederholungen dar oder seien nicht wesentlich im Sinne von § 147 GVG/ZH bzw. Art. 235 ZPO (Urk. 79/2).

### III.

1.1 Das zweitinstanzliche Verfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Demgegenüber gelangt auf das

erstinstanzliche Verfahren das zürcherische Prozessrecht zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).

1.2 Am Berufungsverfahren mit der Nummer LA150025-O und am Beschwerdeverfahren mit der Nummer RA150015-O sind die gleichen Parteien beteiligt. Den angefochtenen Entscheiden, die einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen, liegt ein und derselbe erstinstanzliche Prozess zugrunde. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Geschäfte zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Die Akten des Verfahrens mit der Nummer RA150015-O sind als Urk. 79/1-13 zu den Akten des Berufungsverfahrens zu nehmen.

1.3 Berufung und Beschwerde wurden form- und fristgerecht erhoben. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, wobei die Streitwertgrenze erreicht wird (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Die Beschwerde richtet sich gegen eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, die nur dann angefochten werden kann, wenn – vom Kostenpunkt abgesehen (Art. 110 ZPO) – durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Diese Voraussetzung ist vom Beschwerdeführer darzutun. Der Kläger brachte in diesem Zusammenhang vor, er verlange mit der Beschwerde die Herstellung eines korrekten Protokolls, um nicht an der Beweiskraft desselben zu scheitern, nachdem die Vorinstanz aufgrund der unterbliebenen Bestreitung davon ausgegangen sei, der Bonusanspruch falle im Sinne der Auslegung der Beklagten ab Ende September 2009 dahin (Urk. 79/1 S. 7 Ziff. 6, S. 8 Ziff. 8 insb. Fn 18). Dies muss genügen, weshalb auch auf die fristgerecht eingereichte Beschwerde – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – eingetreten werden kann (Art. 319 und Art. 321 ZPO).

1.4 Der Kläger ficht die Abweisung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung mit der Berufung nicht an (Urk. 57 S. 16 Ziff. 18). Soweit die Klage auf Ausrichtung einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR abgewiesen wurde, ist das angefochtene Urteil mit Ablauf der Berufungsfrist am 21. Mai 2015 in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken.

1.5 Der Kläger erwähnt sein Begehren um Auskunft und Dokumentation in den Berufungsanträgen nicht. Doch geht aus der Berufungsbegründung hervor, dass der Kläger auch an diesem Hilfsanspruch festhält (Urk. 57 S. 7 Ziff. 8, S. 17 Ziff. 18). Die Klageabweisung gilt auch insofern als angefochten.

2.1 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO), es sei denn, der Entscheid der Vorinstanz gebe dazu Anlass (BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471).

2.2 Bei Abweisung eines Gesuchs um Protokollberichtigung kann die beschwerdeführende Partei indes nur geltend machen, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet, indem sie z.B. irgendwelche Formfehler beging oder das Begehren zu Unrecht als verwirkt betrachtete. Die Beschwerdeinstanz kann sich mangels eigener Wahrnehmung nicht darüber aussprechen, ob das Protokoll richtig geführt wurde oder nicht. Diese Feststellung trifft abschliessend das Gericht, bei dem das beanstandete Protokoll geführt wurde (BK-Killias, N 20 zu Art. 235 ZPO; KUKO-Naegeli/Richers, N 16 zu Art. 235 ZPO; Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 25 zu Art. 235 ZPO; BSK ZPO-Willisegger, N 48 zu Art. 235 ZPO). Immerhin hat diese Rechtsprüfung vorliegend aufgrund der von der Vorinstanz ab Tonträger angefertigten wortwörtlichen Abschrift zu erfolgen (Urk. 52 Beilage 1).

2.3 Der Kläger beantragt, die Vorinstanz habe die Tonbandaufnahme vom 16. Dezember 2013 zu edieren. Er begründet dies damit, dass nach der mit der vorliegenden Beschwerde verlangten wörtlichen Abschrift des Tonbandes mit Sicherheit noch weitere Bestreitungen, Widersprüche und Gegenargumente dazukommen würden (Urk. 79/1 S. 6 Ziff. 5, S. 11 Ziff. 12, S. 13 Fn 42). Darauf ist nicht einzutreten. Zwar sind technische Hilfsmittel auf entsprechenden Antrag den Parteien zur Kontrolle zur Verfügung zu stellen (KUKO-Naegeli/Richers, N 16 zu Art. 235 ZPO, mit Verweis auf die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7343). Vor Vorinstanz stellte der Kläger mit seinem Protokollberichtigungsbegehren (Urk. 50) indes keinen solchen Antrag. Im Be-

schwerdeverfahren ist er damit aufgrund des umfassenden Novenverbots ausgeschlossen.

2.4 Der Kläger verlangt mit seiner Beschwerde im *Hauptstandpunkt*, die erste Hälfte des zweiten Absatzes von Seite 20 des vorinstanzlichen Protokolls sei gestützt auf eine wörtliche Abschrift des Tonbandes ins Protokoll aufzunehmen (Urk. 79/1 S. 2). Auch dieser Antrag ist neu und daher unzulässig. Vor Vorinstanz (Urk. 50 S. 2) beantragte der Kläger die Berichtigung des Protokolls im Sinne eines vom ihm anhand seiner Unterlagen rekonstruierten Textvorschlages (Urk. 50 S. 2). Diesbezüglich ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Davon abgesehen haben die Parteien keinen Anspruch auf eine wörtliche Protokollierung. Bereits die Vorinstanz wies darauf hin, dass mündliche Ausführungen zwar richtig, aber nur ihrem wesentlichen Inhalt nach zu protokollieren sind; sie müssen auch dann nicht wörtlich ins Protokoll aufgenommen werden, wenn ein Aufzeichnungsgerät verwendet wurde (unter Verweis auf Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1 zu § 144 GVG/ZH). Zwar können gemäss § 146 GVG/ZH auf Verlangen einer Partei einzelne Äusserungen oder Fragen wörtlich ins Protokoll aufgenommen werden. Eine solche wörtliche Niederschrift wurde seitens des Klägers anlässlich der Verhandlung vom 16. Dezember 2013 indes nicht verlangt und kann auch nicht nachträglich auf dem Wege über ein Protokollberichtigungsbegehren erzwungen werden (Hauser/Schweri, a.a.O., N 1 zu § 146 GVG/ZH, mit Verweis auf ZR 87 [1988] Nr. 96). Auch der im Anhang der Beschwerde enthaltene, *eventualiter* beantragte Protokolltext weist gegenüber den ursprünglich gewünschten Änderungen diverse Abweichungen auf. Insbesondere am Anfang ("Wenn hier verschiedentlich versucht wird [...]), in der Mitte ("Denn wenn gesagt wird [...]) und am Ende ("Rein aus der Tatsache [...])" geht der Wortlaut gemäss Beschwerdeantrag über den Wortlaut gemäss Berichtigungsbegehren hinaus. Auch insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

2.6 Im Kern geht es dem Kläger um die von der Vorinstanz gestützt auf das Protokoll getroffene Feststellung, er habe sich zu Ziffer 14 des Arbeitsvertrags und zum "Wegfall-Argument der Beklagten" nicht geäußert, weshalb die Ver-

tragsbestimmung bzw. die Ausführungen der Beklagten dazu als anerkannt zu gelten hätten und die Abrechnung auf den Kündigungszeitpunkt, nämlich Ende September 2009, korrekt sei. Der Kläger will mehr Gegenargumente vorgetragen haben, als effektiv protokolliert worden sind (Urk. 79/1 S. 12 Ziff. 14, S. 17 Ziff. 19). Ein Vergleich zwischen dem protokollierten Text (Prot. I S. 20) und der wortwörtlichen Abschrift des klägerischen Vortrages (Urk. 52 Beilage 1) fördert indes nicht die vom Kläger gewünschten Änderungen zu Tage. Insbesondere vermag der Kläger nicht aufzuzeigen, inwiefern der Vorinstanz ein Fehler unterliefe, wenn sie dafürhielt, die orange markierten Passagen im beantragten Änderungstext (Urk. 52 Beilage 3) seien vom Kläger nicht mündlich vorgetragen worden, auch seien weder Ausführungen zu Ziffer 14 und Ziffer 23 des Vertrages gemacht, noch eine Klausel thematisiert worden. Zu den orange markierten Passagen gehört aber insbesondere auch die Aussage, Ende Mai 2010 sei dort [in Ziffer 23 des Arbeitsvertrags] als erstmöglicher Kündigungs- bzw. Rückrufszeitpunkt festgelegt worden.

2.7 Der Kläger wendet sich auch nicht gegen die vorinstanzliche Feststellung, bei den übrigbleibenden, grün eingefärbten Aussagen, die nicht wortwörtlich Eingang ins Protokoll gefunden hätten, handle es sich nicht um wesentliche Ausführungen oder um blosser Wiederholungen. Vielmehr ist der Kläger der Auffassung, es fänden sich bereits in der bisherigen Fassung des Protokolls zur Argumentation der Beklagten mehrere klare Widersprüche, Bestreitungen und Gegenargumente, weshalb es schon aufgrund des bisherigen Protokolls klar gewesen sei, dass er die gegnerische Argumentation nicht anerkannt habe. Mehr sei angesichts der offensichtlichen Diskrepanz zum Arbeitsvertrag auch nicht nötig gewesen. Dass er erstens bonusmässig so gestellt werden müsse, wie wenn er nicht freigestellt worden wäre, und dass zweitens aufgrund von Ziffer 22 des Arbeitsvertrags jegliche Kürzung von Bonusansprüchen vor dem 31. Mai 2010 sowieso ausgeschlossen sei, habe er schliesslich schon vor Erhebung des "Wegfall-Argumentes" durch die Beklagte klar gemacht und habe nicht noch einmal wiederholt werden müssen (Urk. 79/1 S. 11 Ziff. 12). Damit macht der Kläger im Ergebnis – wie noch zu zeigen sein wird zu Recht – geltend, die Vorinstanz habe den wesentlichen Inhalt seiner Ausführungen vollständig protokolliert (vgl. auch

Urk. 79/1 S. 11 Fn 35 a.E.: "Hier genügte die von der Vorinstanz praktizierte rudimentäre Protokollierung"). Eine fehlerhafte, zu berichtigende Protokollierung liegt auch insoweit nicht vor.

2.8 Die Beschwerde gegen den Beschluss vom 6. Mai 2015 muss somit abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Kläger wird insoweit kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'000.– (§ 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 GebV OG) und die Parteientschädigung auf Fr. 500.– (§ 2 Abs. 2, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. lit. b in Verbindung mit § 13 Abs. 2 AnwGebV) festzusetzen.

3.1 Es ist unbestritten, dass die Parteien in Ziffer 14 des Arbeitsvertrags vereinbart haben, dass die beiden Boni im Falle einer Kündigung auf den *Kündigungszeitpunkt* abzurechnen sind. Die Vorinstanz ist der Beklagten (vgl. Urk. 30 Ziff. 20) insoweit gefolgt, als sie unter "Kündigungszeitpunkt" den Zeitpunkt der Kündigungserklärung (Ende September 2009) und nicht den Kündigungstermin nach Ablauf der Kündigungsfrist (Ende Mai 2010) verstanden hat. Dabei hat vor Vorinstanz weder der Kläger noch die Beklagte geltend gemacht, die Parteien seien im Sinne der subjektiven Vertragsauslegung übereinstimmend davon ausgegangen, unter dem in Ziffer 14 verwendeten Ausdruck "Kündigungszeitpunkt" sei der Zeitpunkt der "Kündigungserklärung" oder ein anderer Zeitpunkt wie der Kündigungstermin zu verstehen. Demnach ermittelte die Vorinstanz nicht einen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen im Sinne einer tatsächlichen Willensübereinstimmung. Vielmehr ging und geht es um die objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage. Von einer solchen Auslegung gehen die Parteien auch im Berufungsverfahren aus (Urk. 65 S. 14 Ziff. 67 und S. 15 Ziff. 73; Urk. 69 S. 4 Fn 8 und 10, S. 8 f. Ziff. 8, S. 9 Fn 28 und 30).

3.2 Die subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung und setzt Behauptungen tatsächlicher Art bezüglich eines übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien voraus. Wenn ein übereinstimmender wirklicher Wille unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten äusseren Umständen ver-

standen werden durften und mussten. Dabei handelt es sich um Rechtsanwendung, die vom Bundesgericht frei überprüft wird; lediglich die äusseren Umstände und das Wissen und Wollen der Parteien beschlagen Sachverhaltsfragen (BGer 4A\_567/2015 E. 4.2.2 und 4A\_373/2014 E. 4.2 je mit weiteren Verweisen). Die (objektivierte bzw. normative) Auslegung kann nicht wie eine tatsächliche Behauptung anerkannt werden bzw. unbestritten bleiben, mit der Wirkung, dass sie als zugestanden gilt. Für neue rechtliche Begründungen bestehen überdies keine zeitlichen Schranken. Sie werden von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfasst und können sowohl im Berufungsverfahren als auch noch vor Bundesgericht im Rahmen des Streitgegenstandes vorgebracht werden, was sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ergibt (BGer 4A\_519/2011 E. 2.1; Seiler, Die Berufung, Zürich 2013, N 1270).

3.3 Der Kläger beanstandet mit seiner Berufung in erster Linie, es sei aktenwidrig, wenn die Vorinstanz behauptete, er habe "zu den Ausführungen bezüglich dieses Wegfalls des Bonusanspruchs mit keinem Wort Stellung genommen". Er habe der Grundlage der Argumentation der Beklagten eines rein auf Leistungsansporn ausgerichteten und rein vom persönlichen Arbeitsumfang abhängigen Bonus klar widersprochen und mit dem Hinweis, dass im Arbeitsvertrag eine Mindestvertragsdauer bis zum 31. Mai 2010 vereinbart worden sei, klargemacht, dass jede Einschränkung des Bonusanspruchs bis zum Kündigungszeitpunkt vom 31. Mai 2010 sowieso dem Arbeitsvertrag widersprechen würde, also auch nicht hineininterpretiert werden könne. Und mit dem Hinweis, dass der Bonusanspruch folglich vor der Freistellung genau gleich wie der Bonusanspruch während der Freistellung sei, habe er der Theorie eines Wegfalls des Bonusanspruchs während der Freistellungsphase ausdrücklich widersprochen. In Ziffer 14 des Arbeitsvertrags gehe es nämlich nicht um eine Regelung der Freistellungsphase. Ziffer 14 regle denn auch nicht den Bonus während einer Freistellung, sondern die Berechnung des Bonus auf den Kündigungs- bzw. Rückrufszeitpunkt, der wegen Ziffer 22 des Arbeitsvertrags wiederum nicht vor dem 31. Mai 2010 habe liegen können. Die von der Vorinstanz festgestellte "Anerkennung" und die Abweisung der Klage hätten mit den Akten, der Realität und dem Prozessrecht nichts zu tun. (Urk. 57 S. 9 Ziff. 10, S. 10 Ziff. 11, S. 15 Ziff. 17a).

Weiter rügt der Kläger, die Vorinstanz habe den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 56 ZPO, § 55 ZPO/ZH) und ihre Fragepflicht (Art. 52 ZPO, § 50 Abs. 1 ZPO/ZH) verletzt, indem sie ihn nicht auf die – ihrer Auffassung nach – mangelhaften Bestreitungen und Gegenargumente aufmerksam gemacht und ihm keine Chance zur Klarstellung und Verbesserung gegeben habe. Falsch seien schliesslich auch die vorinstanzlichen Ausführungen darüber, dass es sich beim klägerischen Bonus um eine Sondervergütung handle. Der klägerische Bonus sei keine freiwillige Gratifikation sondern von der Beklagten anhand der mit dem Representative Office in Abu Dhabi erzielten Erträge und Assetvermehrungen zwingend geschuldet und damit auch unverzichtbarer Lohnbestandteil gewesen. Bis zum 31. Mai 2010 sei deshalb sogar noch ausdrücklich eine Mindestvertrags- bzw. Mindestverbleibdauer vereinbart worden. Das Arbeitsgericht und das Obergericht Zürich hätten all das schon in den Urteilen vom 10. Februar 2010, vom 15. Juni 2011 und vom 31. Oktober 2011 verbindlich festgehalten (Urk. 57 S. 16 Ziff. 17b+c, S. 12 Ziff. 13).

In seiner "Replik" zur Berufungsantwort ergänzte der Kläger, Ziffer 14 des Arbeitsvertrags dürfe nicht so ausgelegt werden, als würden ab Zustellung der Kündigung sämtliche Bonusansprüche dahinfallen, ansonsten die Beklagte dem Kläger mit einer sofort nach Beginn des Arbeitsvertrags ausgesprochenen Kündigung auf den 31. Mai 2010 sämtliche Bonusansprüche von vornherein hätte zu nichte machen können. Eine solche, die Mindestvertragsdauer völlig übergehende Auslegung könne nicht richtig sein. Mit "Kündigungs- bzw. Rückrufzeitpunkt" in Ziffer 14 des Arbeitsvertrags könne wegen Ziffer 22 des Arbeitsvertrags nur der Zeitpunkt gemeint sein, auf den die Kündigung bzw. der Rückruf ausgesprochen werde, nicht aber der Zeitpunkt, in dem die Kündigung ausgesprochen werde. Die dazu in Widerspruch stehende Auslegung von Ziffer 14 des Arbeitsvertrags sei mit seinem Hinweis auf den Inhalt von Ziffer 22 selbst in der rudimentär protokollierten Form genügend bestritten worden. Da die Auslegung des feststehenden Wortlautes eines Vertrags Sache des Gerichts sei, hätte die Vorinstanz die dem Sinn und Zweck von Ziffer 22 des Arbeitsvertrags widersprechende Auslegung des Wortes "Kündigungszeitpunkt" durch die Beklagte aber ohnehin von sich aus abweisen müssen (Urk. 69 S. 4 Ziff. 3, S. 8 f. Ziff. 8).

3.4 Die Beklagte taxiert die Ausführungen des Klägers zum Wegfall des Bonusanspruchs als unzulässige neue Tatsachenbehauptungen (Urk. 65 S. 14 Ziff. 68, S. 15 Ziff. 72, S. 16 Ziff. 77). Die Vorinstanz sei richtigerweise davon ausgegangen, dass sich der Kläger zum Wegfalltatbestand gemäss Ziffer 14 des Arbeitsvertrags und zur Behauptung, wonach im Falle einer Kündigung der Gewinnbeitragsbonus auf den Kündigungszeitpunkt abgerechnet werde, nicht geäußert habe. Entsprechend korrekt sei die Feststellung der Vorinstanz, wonach die von der Beklagten vertretene Auslegung von Ziffer 14 des Arbeitsvertrags als anerkannt zu gelten habe. Unabhängig davon stehe fest, dass die Parteien mit Ziffer 14 des Arbeitsvertrags eine klare, eindeutige und zulässige Vereinbarung getroffen hätten. In richtiger Anwendung von Ziffer 14 des Arbeitsvertrags sei der Gewinnbeitragsbonus entsprechend auf den Kündigungszeitpunkt, nämlich Ende September 2009, abgerechnet worden (Urk. 65 S. 5 Ziff. 19, S. 7 Ziff. 31, S. 14 Ziff. 67, S. 15 Ziff. 70 f., S. 16 Ziff. 74, Ziff. 76 und Ziff. 78 f.).

In ihrer Stellungnahme zur klägerischen "Replik" hält die Beklagte daran fest, bei den Vorbringen des Klägers zu Ziffer 14 und Ziffer 22 des Arbeitsvertrags handle es sich um unechte Noven, die verspätet angerufen worden seien und deshalb nicht mehr gehört werden könnten (Urk. 73 S. 4 Ziff. 16, S. 6 Ziff. 31).

3.5 Unter den Parteien ist demnach in erster Linie strittig, was unter "Kündigungszeitpunkt" in Ziffer 14 des Arbeitsvertrags zu verstehen ist. Eine Anerkennung der Auslegungsvariante der Beklagten durch den Kläger ist bei der objektivierte Vertragsauslegung (vgl. E. 3.1) ausgeschlossen. Auch können die vom Kläger im Rahmen der Berufung vorgebrachten Argumente nicht infolge Verspätung zurückgewiesen werden, soweit sie rechtlicher Natur sind resp. nicht die äusseren Umstände und das Wissen und Wollen der Parteien beschlagen. Die Berufungsinstanz prüft insofern frei, ob die von der Vorinstanz aufgrund des von den Parteien rechtzeitig präsentierten Sachverhalts vorgenommene Auslegung richtig ist.

4.1 Es trifft zu, dass der Kläger vor Vorinstanz keine Ausführungen dazu gemacht hat, was mit "Kündigungszeitpunkt" in Ziffer 14 des Arbeitsvertrags gemeint ist. Die Beklagte wiederum hat ausgeführt, sie habe den Gewinnbeitrags-

bonus in Anwendung von Ziffer 14 des Arbeitsvertrags auf den Kündigungszeitpunkt, nämlich Ende September 2009, abgerechnet (Urk. 30 S. 5 Ziff. 20). Die Gewinnbeteiligung sei als Zusatz zum bereits angemessenen Lohn Leistungsansporn und ihrem Sinn nach demzufolge nicht mehr geschuldet, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr arbeite bzw. absehbar sei, dass er in naher Zukunft nicht mehr für die Arbeitgeberin tätig sein werde. Entsprechend könnten die Parteien eines Arbeitsverhältnisses vereinbaren, dass ein Bonusanspruch nur während ungekündigtem Arbeitsverhältnis bestehe, was insbesondere dann sinnvoll sei, wenn bereits im vornherein feststehe, dass ein Arbeitnehmer ab dem Kündigungszeitpunkt freigestellt werde oder von allfälligen Einsätzen im Ausland zurückgerufen werden könne (Urk. 30 S. 5 Ziff. 18). Der Kläger hielt demgegenüber fest, ein Bonus sei nicht nur Leistungsansporn, sondern auch Entlohnung und Entschädigung für das, was geleistet worden sei. Der Anspruch vor der Freistellung müsse auch der Anspruch während der Freistellung sein (Prot. I S. 20). Als Arbeitnehmer habe er schlicht Anspruch auf den vollen Bonus bis zum Kündigungstermin (Urk. 28 S. 2). Für die 8.2-monatige Freistellungsphase vom 24. September 2009 bis zum 31. Mai 2010 errechnete der Kläger einen noch ausstehenden Bonusanspruch von minimal Fr. 3'988'332.– (Urk. 28 S. 3). Damit hat der Kläger mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen gegeben, dass er die Auslegung der Beklagten, die für den Abrechnungszeitpunkt auf die Kündigungsausübung abstellt, nicht teilt.

4.2 In Ziffer 22 des Arbeitsvertrags vereinbarten die Parteien, dass dem Kläger nicht vor dem 31. Mai 2010 (ordentlich) gekündigt werden bzw. er vor demselben Termin nicht von seiner Position in Abu Dhabi und/oder Dubai zurückgerufen werden kann (Urk. 2/1 S. 5). Auf diese Bestimmung hat sich der Kläger bereits vor Vorinstanz berufen und geltend gemacht, der 31. Mai 2010 sei der erstmögliche Termin gewesen, auf welchen der Arbeitsvertrag habe gekündigt werden können (Urk. 1 S. 3). Auch die Beklagte ging von einer Mindestvertragsdauer bis 31. Mai 2010 aus (Urk. 32 S. 1 Ziff. 3), was durch Ziffer 24 des Arbeitsvertrags bestätigt wird. Nun könnte auch Ziffer 22 des Arbeitsvertrags grammatikalisch so ausgelegt werden, dass vor dem 31. Mai 2010 eine Kündigung nicht ausgesprochen werden durfte, der 31. Mai 2010 somit der frühestmögliche Tag der Kündigungserklärung darstellt. Die Parteien sind aber einig, dass mit dem 31. Mai 2010

der Kündigungstermin und nicht der Zeitpunkt der Kündigungserklärung gemeint ist. Diese Bestimmung spricht also nicht dafür, den in Ziffer 14 erwähnten Kündigungszeitpunkt in dem von der Beklagten vertretenen Sinn zu verstehen.

4.3 Steht der wirkliche Wille der Parteien nicht fest, ist der Vertragswille, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, durch objektivierte ("normative") Auslegung zu ermitteln. Dabei sind Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Als Auslegungsmittel kommen neben dem Wortlaut, der das primäre Auslegungsmittel darstellt, weitere Umstände in Betracht (wie die Begleitumstände des Vertragsschlusses, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss, die Interessenlage der Parteien, die Verkehrsauffassung und die Verkehrsübung; vgl. zum Ganzen: Gauch/Schluep/Schmid, OR/AT, 10. Aufl., Zürich 2014, N 1196 ff.).

4.4 Vom Wortlaut her ist einzuräumen, dass unter Kündigungszeitpunkt der Zeitpunkt der Kündigungserklärung verstanden werden könnte. Naheliegender ist es aber, den Kündigungszeitpunkt mit dem Kündigungstermin gleichzusetzen. Ein Termin ist nichts anderes als ein Zeitpunkt. Kündigungstermine sind koordinierte Beendigungszeitpunkte; sie haben zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis nur auf bestimmte, wiederkehrende Zeitpunkte hin beendet werden kann (Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. Zürich 2013, N 670). Demgegenüber ist der Zeitpunkt der Kündigungserklärung schwieriger zu bestimmen, da die Abgabe der Willenserklärung nicht mit deren Zugang zusammenfallen muss. In Ziffer 22 bezeichneten die Parteien mit dem Begriff "Termin" offensichtlich denjenigen Zeitpunkt, auf den der Rückruf (frühestens) wirksam werden soll (31. Mai 2010).

4.5 Die Beklagte qualifizierte den "Gewinnbeitragsbonus" als Gewinnbeteiligung im Sinne von Art. 322a Abs. 1 OR (Urk. 30 S. 4 Ziff. 17; Urk. 65 S. 8 Ziff.33) und der Kläger schloss sich dieser Auffassung an (Urk. 69 S. 2 Fn 2). Diese Qualifikation ist zutreffend. Die Beklagte führte vor Vorinstanz aus, ihrer Idee nach sei eine Gewinnbeteiligung als Zusatz zu einem bereits angemessenen Lohn ein Leistungsansporn. Ihrem Sinne nach sollte sie demnach nicht mehr geschuldet

sein, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr arbeite bzw. absehbar sei, dass er in naher Zukunft nicht mehr für die Arbeitgeberin tätig sein werde. Entsprechend könnten die Parteien vereinbaren, dass ein Bonusanspruch nur während ungekündigtem Arbeitsverhältnis bestehe. Dies sei insbesondere dann sinnvoll, wenn – wie in der Bankenbranche üblich und gerade in Positionen, die vergleichbar seien mit derjenigen des Klägers – bereits von vornherein feststehe, dass ein Arbeitnehmer ab dem Kündigungszeitpunkt freigestellt werde oder von allfälligen Einsätzen im Ausland zurückgerufen werden könne (Urk. 30 S. 5 Ziff. 18).

Es mag zutreffen, dass eine Gewinnbeteiligung, die zu einem bereits angemessenen Lohn hinzutritt, für den Arbeitnehmer ein Leistungsanreiz sein soll (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 4 zu Art. 322a S. 316; ZK-Staehelin, N 1 zu Art. 322a OR). In der Lehre ist aber anerkannt, dass eine Kürzung der Gewinnbeteiligung wegen Verhinderung oder Freistellung höchstens dann zulässig ist, wenn sie ausdrücklich vereinbart wurde und im gesetzlichen Rahmen bleibt (BK-Rehbinder/Stöckli, N 8 zu Art. 322a OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 322a S. 316 und N 13 zu Art. 324 OR S. 398). Bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird der Anteil am Geschäftsergebnis grundsätzlich pro rata temporis geschuldet, es sei denn, die Parteien hätten Gegenteiliges vereinbart (Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014, N 1 zu Art. 322a OR; ZK-Staehelin, N 2 zu Art. 322a OR). Vorliegend haben die Parteien weder den Verfall des Bonus bei gekündigtem Arbeitsverhältnis vereinbart noch unmissverständlich den Zeitpunkt der Aussprache der Kündigung als massgeblichen Abrechnungszeitpunkt erklärt. Vielmehr vereinbarten sie die Abrechnung auf den Kündigungs- bzw. auf den Rückrufszeitpunkt, wobei mit "Termin" in Ziffer 22 des Arbeitsvertrags unbestrittenermassen der Zeitpunkt gemeint ist, auf den der Rückruf wirksam werden soll.

4.6 Entscheidend ist nun allerdings ein anderes (rein rechtliches und damit mit der Stellungnahme zur Berufungsantwort keineswegs zu spät vorgetragenes) Argument des Klägers. Dieser gab zu bedenken, dass die Beklagte mit einer sofort nach Beginn des Arbeitsvertrags auf den 31. Mai 2010 ausgesprochenen Kündigung sämtliche Bonusansprüche hätte zunichte machen können (Urk. 69 S.

4 Ziff. 3). Zu Unrecht geht die Beklagte diesbezüglich von einem vom Novenverbot erfassten Vorbringen aus (Urk. 73 S. 4 Ziff. 16; BGer 5A\_351/2015 E. 4.3., 4A\_519/2011 E. 2.1), weil die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip eine Rechtsfrage beschlägt und von der Berufungsinstanz frei überprüft werden kann. Die Beklagte durfte nun aber nach Treu und Glauben nicht annehmen, der Kläger stimme einer Regelung zu, welche es ihr erlaubte, sich die Arbeitskraft des Klägers während der Mindestvertragsdauer zu sichern, ohne ihm die in Ziffer 12 vereinbarten Boni bezahlen zu müssen. Mit anderen Worten verbietet die Interessenlage des Klägers, den Begriff "Kündigungszeitpunkt" im Sinne der Beklagten auszulegen. Dies muss besonders vor dem Hintergrund gelten, dass das Bonusreglement der Beklagten (auf das in Ziffer 12 des Arbeitsvertrags verwiesen wird; Urk. 30 S. 4 Ziff. 13, Urk. 65 S. 4 Ziff. 15) weder die zwischen den Parteien vereinbarte Abrechnungsklausel noch eine (anders formulierte) Wegfallklausel für den Fall des gekündigten Arbeitsverhältnisses enthält (Urk. 31/15, Urk. 65 S. 5 Ziff. 19) und die Beklagte ausführte, sämtliche Abweichungen des Arbeitsvertrags vom Bonusreglement seien auf Drängen des Klägers erfolgt und im Arbeitsvertrag explizit festgehalten worden (Urk. 30 S. 4 Ziff. 16, Urk. 65 S. 5 Ziff. 18). Dass der Kläger auf eine für ihn gegenüber dem Bonusreglement nachteiligere Lösung drängte, ist nicht anzunehmen; vielmehr war er laut Beklagter mehrfach bestrebt, während seiner Anstellung ein höheres Gehalt auszuhandeln (Urk. 30 S. 3 Ziff. 11). Abzurechnen ist damit auf den Kündigungstermin, den 31. Mai 2010.

4.7 Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob sich die im Schreiben der Beklagten vom 24. September 2009 enthaltene Zusicherung (Urk. 2/2: "Die Freistellung erfolgt bei vollem Lohnanspruch") auch auf den Bonusanspruch bezieht. Es braucht auch nicht entschieden zu werden, ob die Auszahlung ermessensfeindlicher Boni (wie der hier vereinbarte Gewinnbeitrag) überhaupt von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden kann (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 zu Art. 322d OR S. 353, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und kritische Lehrmeinungen) oder ob (mit der Vorinstanz) auf den Gewinnbeitragsbonus die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gratifikation (Art. 322d OR) bei

sehr hohen Einkommen (BGE 139 III 155; 141 III 407) anzuwenden ist (Urk. 58 S. 13, Urk. 65 S. 19 f. Ziff. 99 f.).

4.8 Die Vorinstanz ging daher zu Unrecht von einem vertraglich vereinbarten Wegfall des Bonusanspruchs für die Zeit ab Oktober 2009 aus. Die fehlerhafte Vertragsauslegung stellt eine unrichtige Rechtsanwendung dar (BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689, 121 III 118 E. 4b/aa S. 123). Weil die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausging, der Bonusanspruch sei vertraglich wegbedungen worden, hat sie weder zur Berechnungsmethode noch zur Höhe des klägerischen Anspruchs Stellung bezogen und die Editionsbegehren als obsolet betrachtet. Der Kläger hält berufungsweise an seinen Editionsbegehren fest und weist darauf hin, dass in einem beim Arbeitsgericht Zürich pendenten Parallelprozess (betreffend 2. und 3. Quartal 2009) mittlerweile ein entsprechender Editionsbeschluss ergangen sei (Urk. 57 S. 7 Ziff. 8, S. 16 f. Ziff. 18; Urk. 60/63). Demzufolge steht auch die endgültige Bezifferung des klägerischen Anspruchs noch aus. Während der Kläger zur Berechnung seines Anspruchs auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre (Januar 2007 bis September 2009) abstellen will (Urk. 28 S. 3, Prot. I S. 19 f.), hält die Beklagte dafür, es seien primär die tatsächlich von Oktober 2009 bis Ende Mai 2010 erzielten Nettoerträge massgebend, die allerdings negativ gewesen seien (Urk. 30 S. 6 ff. Ziff. 22 ff., Urk. 65 S. 9 Ziff. 36); eventualiter sei nach der Lohnausfallmethode vorzugehen (Urk. 30 S. 9 ff. Ziff. 37 ff., Urk. 65 S. 9 ff. Ziff. 38 ff.) und erst subeventualiter nach der vom Kläger gewählten Referenzperiodenmethode (Urk. 30 S. 13 ff. Ziff. 59, Urk. 65 S. 11 ff. Ziff. 48 ff.), wobei nach beiden Methoden mangels (hypothetischem) Ertrag bzw. mangels einer vergleichbaren Referenzperiode kein Anspruch des Klägers resultiere. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass selbst nach der von der Beklagten favorisierten Berechnung gemäss dem tatsächlich erzielten Geschäftsergebnis ein Anspruch des Klägers resultiert, da gemäss Ziffer 13 des Arbeitsvertrags *quartalsweise* bzw. *jährlich* abzurechnen war (Urk. 7 S. 3 Ziff. 5, Urk. 2/1 S. 4, Urk. 31/15 Ziff. 4.2) und sich nach eigener Darstellung der Beklagten die Nettoerträge im 4. Quartal 2009 auf Fr. 182'757.77 beliefen, bevor von 1. Januar 2010 bis 31. Mai 2010 ein Verlust von Fr. 665'036.13 eingefahren wurde (Urk. 30 S. 8 f. Ziff. 35, S. 10 Ziff. 44; Urk. 65 S. 9 Ziff. 36). Für das 4. Quartal 2009 würde sich daraus eine Gewinnbeteiligung von

Fr. 45'689.45 ergeben. Dass die ersten drei Quartale des Jahres 2009 negativ ausgefallen wären, behauptet die Beklagte nicht. Vielmehr wurden gemäss ihren Angaben im Jahre 2009 Erträge von rund Fr. 17 Mio. erzielt (Urk. 30 S. 10 Ziff. 46, Urk. 65 S. 10 Fn 2).

4.9 Die Auffassungen darüber, wie der Anteil am Geschäftsergebnis im Falle einer Freistellung zu berechnen ist, sind geteilt. Während ein Teil der Lehre die Gewinnbeteiligung entfallen lassen will, wenn durch den Ausfall der Arbeitsleistung des freigestellten Arbeitnehmers kein Gewinn mehr entsteht (Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 322a OR S. 36; Geiser, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP 10 [2001] 389), wollen andere Autoren auf den früheren Durchschnittslohn abstellen (BK-Rehbinder/Stöckli, N 8 zu Art. 322a OR; Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Zürich 2010, N 281). In einem Entscheid vom 17. Juli 2012 verweist das Bundesgericht auf Lehrmeinungen, die für die Berechnung insbesondere dann auf die Umsatzzahlen des Vorjahres bzw. der Vorjahre abstellen wollen, wenn der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit einen direkten Einfluss auf die – für die Berechnung seiner Entlohnung massgeblichen – Umsatzzahlen ausübte (BGer 4A\_130/2012 E. 4.2, ARV 2013 S. 34 ff.). Einen solchen Einfluss konnte das Bundesgericht im konkreten Fall freilich nicht ausmachen. Der hypothetische Provisionsanspruch des Agenten wurde vom Bundesgericht aufgrund von *vergleichbaren* Perioden in der Vergangenheit bzw. aufgrund eines *typischen* Durchschnittseinkommens des vorangegangenen Jahres berechnet (BGE 125 III 14 E. 2b S. 17).

Im hier zu beurteilenden Fall erklärten die Parteien in Ziffer 12 des Arbeitsvertrags die von den beiden Offices insgesamt erzielten Assetvermehrungen bzw. Nettoerträge für massgebend. Die Parteien sind über die Rolle, welche der Kläger in Abu Dhabi spielte, unterschiedlicher Auffassung. Die Beklagte geht von einem "Akquisitionsteam" aus und davon, dass der Kläger nicht nur von den durch ihn selbst erzielten Erträgen profitierte (Urk. 30 S. 6 Ziff. 24, Prot. I S. 23). Zudem wies sie darauf hin, dass im Vorjahr kein typisches Durchschnittseinkommen erzielt worden sei, die Vorjahre (2005 bis 2009) aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklungen in den Jahren 2009 und 2010 keine "vergleichbare Periode" darstell-

ten und der Kläger die Organisationsstruktur des Office in Abu Dhabi wissentlich und willentlich zerstört habe, indem er am 18. Oktober 2009 eigenmächtig, ohne Nachfrage und ohne Befugnis oder Genehmigung der Geschäftsleitung der Beklagten das Arbeitsverhältnis von sechs von sieben Mitarbeitern in Abu Dhabi aufgekündigt habe (Urk. 30 S. 13 ff. Ziff. 62 ff., Prot. I S. 23 f.). Demgegenüber spricht der Kläger von einer "One-Man-Show" und davon, dass die anderen acht Mitarbeiter rein administrativ tätig gewesen seien (Prot. I S. 13, S. 15 f.; vgl. aber Urk. 30 S. 7 Ziff. 25, wonach die Erträge von einem "Akquisitionsteam von insgesamt acht Mitarbeitern" generiert worden sein sollen). Die Vorbringen zur schlechten Wirtschaftslage wies er zurück (Prot. I S. 19, S. 21), ebenso den Vorwurf einer Treupflichtverletzung durch Entlassung seiner Mitarbeiter (Prot. I S. 16).

4.10 Die Wahl der Berechnungsgrundlage wird nicht losgelöst von den konkreten (hier kontroversen) Umständen des Einzelfalles erfolgen können, auch wenn ein direkter Einfluss des Klägers, der ab 1. Juli 2005 das Representative Office in Abu Dhabi führte (Urk. 7 S. 2 Ziff. 4, Urk. 28 S. 2 Ziff. 5), auf die Bemessungsparameter wohl nicht verneint werden kann. Zu prüfen wird ebenso sein, ob die vom Kläger am 18. Oktober 2009 ausgesprochenen Kündigungen (Urk. 31/4-9) eine Treupflichtverletzung darstellen, welche die Nichtannahme der Arbeitsleistung ab diesem Datum nicht mehr als ungerechtfertigt erscheinen lässt (Art. 324 Abs. 1 OR, Art. 91 Abs. 1 OR). Ob sich ein gekündigter Arbeitnehmer, der kompetenzwidrig fast alle Mitarbeiter entlässt und eine Zweigniederlassung "lahmlegt", auf einen Annahmeverzug des Arbeitsgebers berufen kann, erscheint fraglich (ZK-Staehelin, N 24 zu Art. 324 OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O, N 11 zu Art. 324 OR S. 392). Auch diesbezüglich liegen konträre Parteistandpunkte vor. Die Berechnung des Bonus hängt nach Auffassung des Klägers vom Durchschnitt der von Januar 2007 bis September 2009 erzielten Nettoerträge (Referenzperiodenmethode) und nach Auffassung der Beklagten von dem im 4. Quartal 2009 und von 1. Januar bis 31. Mai 2010 tatsächlich erzielten Nettoertrag ab. Die Vorinstanz hat zu allen diesen Punkten keinerlei Feststellungen getroffen, weil sie davon ausging, aufgrund von Ziffer 14 des Arbeitsvertrag entfalle jeglicher Anspruch. Für die Jahre 2005 bis 2009 liegen materiellrechtliche Editionsbegehren vor, welche die Vorinstanz nur teilweise als erfüllt, im Übrigen aber als obsolet be-

trachtete (Urk. 58 S. 15). Nachdem ein Bonus nicht grundsätzlich entfällt, kann auch dem Hilfsanspruch nicht von vornherein die Relevanz abgesprochen werden. Das angefochtene Urteil ist daher insoweit aufzuheben, als die Klage auf Zuspprechung von mindestens Fr. 3'988'332.– nebst Zins gestützt auf Ziffer 12 des Arbeitsvertrags vom 22. Juli 2008 und die Editionsbegehren abgewiesen wurden. Die Sache ist im Sinne des klägerischen Eventualantrages (Urk. 57 S. 7 f. Ziff. 8) zur weiteren Abklärung und Prüfung in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Weiterführung des vorinstanzlichen Verfahrens richtet sich nach bisherigem kantonalen Recht (BGer 4A\_8/2012 E. 1).

#### IV.

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 41'000.– festzusetzen, wobei Fr. 1'000.– auf die Beschwerde und Fr. 40'000.– auf die Berufung (§ 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 GebV OG) entfallen. Dabei sind lediglich die Kosten für das Beschwerdeverfahren definitiv zu verlegen. Diesbezüglich wird der unterliegende Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (E. III/2.8). Im Übrigen sind die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid des Arbeitsgerichtes vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Da der Kläger für das Berufungsverfahren einen Vorschuss von Fr. 60'650.– geleistet hat, sind ihm Fr. 20'650.– zurückzuerstatten.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. RA150015-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA150025-O vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt. Das Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts- Nr. RA150015-O wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 6. Mai 2015 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 15. April 2015 am 21. Mai 2015 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage auf Ausrichtung einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR abgewiesen wurde.
4. Im Übrigen wird das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 15. April 2015 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 41'000.– festgesetzt.
6. Die zweitinstanzlichen Prozesskosten werden im Umfang von Fr. 1'000.– dem Kläger auferlegt und mit seinem im Beschwerdeverfahren (Geschäfts-Nr. RA150015-O) geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zu bezahlen.
8. Im Übrigen wird die Regelung der Prozesskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens dem neuen Entscheid des Arbeitsgerichtes vorbehalten.
9. Dem Kläger wird der im Berufungsverfahren (Geschäfts-Nr. LA150025-O) geleistete Kostenvorschuss im Fr. 40'000.– übersteigenden Umfang, d.h. im Umfang von Fr. 20'650.–, zurückerstattet.
10. Es wird vorgemerkt, dass nach der Rückerstattung gemäss Dispositiv Ziffer 9 der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 40'000.– geleistet hat.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.  
  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
12. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'988'332.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. Mai 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:  
mc