

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160025-O/U01.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 28. Februar 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

und / oder Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. August 2016 (AN120068-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Bonus für das Jahr 2011 in der Höhe von brutto CHF 175'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Bonus für das Jahr 2012 pro rata temporis in der Höhe von brutto CHF 87'500.– zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR von mindestens zwei Monatslöhnen, ev. eine vom Richter nach freiem Ermessen festzulegende Entschädigung zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWST und zuzüglich Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von CHF 950.– zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. August 2016:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 2'666.– netto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 18'700.00 ; die weiteren Kosten betragen:

CHF 1'668.75 Dolmetscherentschädigung

CHF 20'368.75 Total

3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.

Die Gerichtskosten werden vorab aus den vom Kläger und der Beklagten geleisteten Vorschüssen bezogen (CHF 17'000.– und CHF 1'800.–).

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten den von ihr geleisteten Vorschuss von CHF 1'800.– zu ersetzen. Zudem hat der Kläger der Gerichts-

- kasse die noch verbleibenden Gerichtskosten von CHF 1'568.75 zu bezahlen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 25'600.– zu bezahlen.
 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
 6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 84 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 3. August 2016 (Geschäfts-Nr. AN120068-L/U) - mit Ausnahme der Verpflichtung der Beklagten und Berufungsbeklagten zur Zahlung von Fr. 2'666.-- netto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 an den Kläger und Berufungskläger gemäss Ziff. 1 des Dispositivs - aufzuheben und es sei die Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger den Restbetrag des Bonus für das Jahr 2011 in der Höhe von brutto Fr. 172'334.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen und für den Fall, dass das Gericht zum Schluss kommt, die Kündigung der Beklagten und Berufungsbeklagten vom 9. März 2012 sei missbräuchlich, sei die Beklagte und Berufungsbeklagte zusätzlich zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger eine Entschädigung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR von mindestens zwei Monatslöhnen, eventualiter eine vom Richter nach freiem Ermessen festzulegende Entschädigung zu bezahlen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWST und zuzüglich Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von Fr. 950.-- zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 89 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte mit Sitz in Zürich ist eine auf das Private Banking spezialisierte Schweizer Bank und Tochtergesellschaft der ... C._____ ("C._____"; Urk. 14 S. 4). Der Kläger war bei der Beklagten vom 1. März 2011 bis 30. Juni 2012 als Relationship Manager im Range eines Executive Vice President angestellt. (Urk. 4/3–4; Urk. 1 S. 3; Urk. 14 S. 4).

Mit Schreiben vom 9. März 2012 wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger seitens der Beklagten unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist ordentlich per 30. Juni 2012 gekündigt und der Kläger für die Dauer der Kündigungsfrist freigestellt (Urk. 1 S. 4; Urk. 4/9; Urk. 14 S. 7). Der Kläger erhob mit Schreiben vom 20. März 2012 Einsprache und machte geltend, die Kündigung sei missbräuchlich (Urk. 4/16). Die Beklagte dementierte mit Schreiben vom 4. April 2012 die Missbräuchlichkeit der Kündigung (Urk. 4/10). Mit Schreiben vom 13. April 2012 hielt der Kläger an seinem Standpunkt fest und machte zudem Bonusansprüche für das Jahr 2011 von CHF 175'000.– und für das Jahr 2012 von CHF 87'500.– geltend (Urk. 4/17) sowie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung.

2. Mit Urteil vom 3. August 2016 verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte, dem Kläger Fr. 2'666.-- netto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen (Urk. 85 S. 43). Mit Eingabe vom 9. September 2016, hier rechtzeitig am 12. September 2016 eingegangen, erhob der Kläger Berufung gegen dieses Urteil und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 84). Mit Verfügung vom 26. September 2016 (Urk. 86) wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 13'750.-- zu leisten (Urk. 86). Dieser ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 87). Am 4. November 2016 wurde der Beklagten Frist anberaumt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 88). Die Berufungsantwort ging innert Frist am 8. Dezember 2016 hierorts ein (Urk. 89). Weitere Stellungnahmen der Parteien erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat gegen Dispositivziffer 1 Absatz 1 (Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 2'666.-- plus Zins) keine Berufung erhoben, so dass diese Dispositivziffer mit Ablauf der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort am 7. Dezember 2016 in Rechtskraft erwachsen ist. Dies ist vorzumerken.

Im Weiteren hatte der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren den Antrag gestellt, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, ihm den Bonus für das Jahr 2012 pro rata temporis in der Höhe von brutto Fr. 87'500.-- zuzüglich 5% Zins seit 1. Juli 2012 zu bezahlen (Urk. 1 S. 2). Im Berufungsverfahren verzichtete der Kläger darauf, diesen Antrag zu wiederholen. Demgemäss ist die Abweisung der Klage in diesem Umfang mit Ablauf der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort am 7. Dezember 2016 ebenfalls in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

II.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2013, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an

die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungswort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_211/2008 vom 3. Juli 2008, E. 2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

3. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist deshalb in das erstinstanzliche Verfahren einfliessen zu lassen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 31). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel einreicht, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (Vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24.9.2013 E. 3.5.1 m.w.H.).

III.

1.a) Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung rechtsmissbräuchlich sei. Der Kläger behauptete, dass ihm aus Rache gekündigt worden sei, weil er auf einen Betrugsfall hingewiesen habe, was der Beklagten nicht genehm gewesen sei. Die Beklagte habe

durch die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung einen unangenehmen Mitarbeiter loswerden wollen (Urk. 1 S. 6 ff.). Die Beklagte hatte demgegenüber geltend gemacht, sie habe dem Kläger gekündigt, weil über Monate hinweg immer wieder Beschwerden von Mitarbeitenden über ein inakzeptables Verhalten des Klägers eingegangen seien (Urk.14 S. 5 ff.). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens, in dessen Verlauf mehrere Zeugen einvernommen wurden, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass dem Kläger der Beweis misslungen sei, wonach ihm im Zusammenhang mit dem Betrugsfall gekündigt worden sei. Es sei demnach davon auszugehen, dass es sich nicht um eine Rache Kündigung gehandelt habe. Der Beklagten sei der Beweis gelungen, dass die Vorwürfe der Mitarbeitenden betreffend dem Verhalten des Klägers zur Entlassung geführt hätten und die Beklagte begründeten Anlass gehabt habe, sich vom Kläger zu trennen (Urk. 85 S. 26 f.).

Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzte sich der Kläger in seiner Berufungsbegründung mit keinem Wort auseinander. Er übte somit auch keinerlei Kritik bezüglich der durch die Vorinstanz vorgenommenen Beweiswürdigung. Wie oben erwähnt, prüft die Berufungsinstanz zwar nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Den Erwägungen der Vorinstanz ist zu folgen. Auf den Themenkomplex "Rache Kündigung" ist somit nicht weiter einzugehen.

b) Der Kläger hatte weiter geltend gemacht, dass die Kündigung einzig zwecks Vereitelung der Bonuszahlung erfolgt sei. Die Vorinstanz erwog dazu, dass grundsätzlich jede Kündigung eines Mitarbeiters, mit welchem ein pro rata Bonus vereinbart sei, einen Anspruch vereitle. Die klägerische Argumentation sei widersprüchlich, weil der Kläger grundsätzlich behaupte, es handle sich um eine Rache Kündigung. Er mache selbst nicht geltend, dass die Vereitelung von Ansprüchen alleinige Ursache der Kündigung gewesen sei. Konkrete Beweise für die

Behauptung, es sei ihm zwecks Vereitelung des Bonusanspruchs gekündigt worden, offeriere der Kläger nicht. Dem Kläger sei der Beweis nicht ansatzweise gelungen, wonach die Kündigung ausschliesslich aus diesem Grund ausgesprochen worden sei. Es liege demnach keine missbräuchliche Vereitelungskündigung vor (Urk. 85 S. 30 f.).

Der Kläger setzte sich mit dieser Begründung der Vorinstanz wiederum nicht bzw. ungenügend auseinander (Urk. 84 S. 9 f.). Es ist nicht erkennbar, was er an den vorinstanzlichen Ausführungen bemängeln will bzw. inwiefern diese unzutreffend sein sollten. Die Berufungsbegründung ist daher auch in diesem Punkt ungenügend, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend keine missbräuchliche Kündigung vorliegt, weder eine Rache- noch eine Vereitelungskündigung. Der Kläger hat demgemäss keinen Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 2 OR.

2.a) Der Kläger hatte vor Vorinstanz weiter geltend gemacht, dass sich die Beklagte bei der Kündigung an die Vorschriften betreffend das interne Disziplinarverfahren hätte halten müssen, was sie unterlassen habe. Diese Vertragsverletzung könne die Missbräuchlichkeit der Kündigung bewirken (Urk. 85 S. 27; Prot. I S. 23, 50). An diesem Standpunkt hielt der Kläger auch im Berufungsverfahren fest. Die Kündigung vom 9. März 2012 sei auch ungültig, weil die Beklagte das im Anstellungsreglement vorgesehene Disziplinarverfahren nicht eingehalten habe. Die Vorinstanz habe die Pflicht der Beklagten zur Durchführung des Disziplinarverfahrens zu Unrecht verneint. Es sei nicht im Ermessen der Beklagten gestanden, ob sie das Disziplinarverfahren durchführen wolle oder nicht (Urk. 84 S. 6 ff.).

Die Vorinstanz hatte dazu erwogen, dass das Anstellungsreglement der Beklagten (Urk. 21/3), insbesondere Ziff. 21, zur Ermittlung von dessen Inhalt ausgelegt werden müsse. Sie kam dabei zum Schluss, dass aufgrund der Systematik und dem Wortlaut des Anstellungsreglements davon auszugehen sei, dass nicht jeder Kündigung zwingend ein Disziplinarverfahren vorangehen müsse. Wann ein Fall vorliege, der das Einleiten eines Disziplinarverfahrens erfordere, liege ge-

mäss dem Wortlaut der Bestimmung bis zu einem gewissen Grad im Ermessen der Beklagten. Wenn die Beklagte jedoch ein Disziplinarverfahren einleite, so müsse sie die Verfahrensregeln gemäss Ziff. 21.3 des Anstellungsreglements einhalten. Da die Beklagte vorliegend gegen den Kläger kein Disziplinarverfahren eingeleitet habe, sei das Anstellungsreglement folglich nicht anwendbar, weshalb auch der Kündigungsschutz des Klägers entsprechend nicht ausgedehnt worden sei. Weil trotz den Bestimmungen des Disziplinarreglements auch Kündigungen ausserhalb eines durchgeführten Disziplinarverfahrens möglich seien, liege keine Vertragsverletzung von Seiten der Beklagten vor (Urk. 85 S. 27 ff.).

Da das Angestelltenreglement (Urk. 21/3) vom Kläger lediglich auszugsweise und nicht vollständig eingereicht wurde, kann eine abschliessende Auslegung desselben ohne Kenntnis des Gesamtzusammenhangs nicht vorgenommen werden und daher der Interpretation der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Allein den Formulierungen in den genannten Ziff. 21.2 und 21.3 lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob bei jeder Kündigung zwingend ein Disziplinarverfahren angeordnet werden müsste. Da der Kläger jedoch selbst eingeräumt hatte, dass die Beklagte grundsätzlich Entlassungen ohne Anwendung des Disziplinarverfahrens habe vornehmen können, so beispielsweise beim Vorliegen schlechter Leistungen oder aus wirtschaftlichen Gründen (Urk. 84 S. 7), ist davon auszugehen, dass dies grundsätzlich möglich war. Wie dem Inhaltsverzeichnis des Angestelltenreglements zu entnehmen ist, ist unter Ziff. 2.7 die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich geregelt. Da die entsprechenden Bestimmungen - wie erwähnt - vom Kläger nicht eingereicht wurden, kann jedoch nicht eruiert werden, unter welchen Voraussetzungen solche ordentlichen Kündigungen vorgenommen werden können und wann vorgängig ein Disziplinarverfahren durchgeführt werden muss. Es kann daher nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Beklagte im vorliegenden Fall vorgängig der Kündigung ein entsprechendes Disziplinarverfahren hätte einleiten müssen oder nicht. Zwar hätte es am Kläger als beweisbelastete Partei gelegen, das vollständige Reglement einzureichen und diesbezügliche tatsächliche Behauptungen vorzubringen, doch hat die Beklagte auch nicht konkret geltend gemacht, dass sie aufgrund anderer Bestimmungen im Angestelltenreglement zu einer Kündigung ohne vorangehendes Disziplinarverfahren berech-

tigt gewesen wäre. Allein der Wortlaut der genannten Ziff. 21.2 und 21.3 lässt für sich allein nicht darauf schliessen, dass vorliegend ein Ermessen der Beklagten bestand, ob sie ein Disziplinarverfahren einleiten wollte oder nicht. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann die Frage jedoch offengelassen werden.

b) Der Kläger berief sich bezüglich der Folgen der allfälligen Verletzung der Bestimmungen des Angestelltenreglements sowohl auf die Missbräuchlichkeit als auch auf die Ungültigkeit der Kündigung, ohne eine klare Unterscheidung zwischen den beiden Tatbeständen zu machen und deren unterschiedlichen Rechtsfolgen zu beachten. Der Kläger machte einerseits geltend, dass die Kündigung der Beklagten mangels Durchführung des erforderlichen Disziplinarverfahrens ungültig gewesen sei (Urk. 84 S. 9). Auf die Ungültigkeit der Kündigung kann sich der Kläger jedoch nicht mehr berufen. Der Kläger hatte nach der Kündigung durch die Beklagte seine Arbeitsleistung nicht weiter angeboten. Es ist demnach davon auszugehen, dass er die Kündigung akzeptierte (Dormann, Die Zulässigkeit und Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkungen, AJP 2011, S. 1078). Die Akzeptanz der Kündigung ist auch seinem im vorliegenden Verfahren gestellten Rechtsbegehren zu entnehmen, indem der Kläger nicht die Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung und Lohnfortzahlung verlangte, sondern lediglich die Auszahlung von Bonusleistungen sowie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung.

Andererseits machte der Kläger eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend, ohne jedoch näher darzulegen, worin im konkreten Fall die Missbräuchlichkeit zu erblicken wäre. Auch wenn die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend ist (Streiff/von Kanel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 336 OR, N 3), muss der Kündigungsgrund einen ähnlichen Schweregrad des Missbrauchs aufweisen wie die im Gesetz genannten Fälle (Art. 336 OR). Diese Umstände hätte der Kläger behaupten müssen. Der Kläger unterliess es jedoch darzulegen, worin die Missbräuchlichkeit der Kündigung konkret zu erblicken sei. Er machte lediglich geltend, dass die Kündigung ohne vorangehende Durchführung eines Disziplinarverfahrens missbräuchlich sei. Da - wie erwähnt - das Beweisverfahren ergeben hat, dass die

Kündigung grundsätzlich begründet war, weil ein Fehlverhalten des Klägers als erstellt zu gelten hat, kann allein wegen des unterlassenen Disziplinarverfahrens - sofern ein solches denn überhaupt zwingend hätte durchgeführt werden müssen - nicht von einem Rechtsmissbrauch gesprochen werden. Nicht jede Vertragsverletzung ist auch als missbräuchlich zu qualifizieren. Wie der Kläger selbst bemerkte, hätte die Beklagte allenfalls eine Vertragsverletzung begangen (Urk. 84 S. 9). Die allfällig vertragswidrige Kündigung hätte den Arbeitsvertrag aber zweifellos ebenfalls beendet (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR, N 2; Entscheidung der I. ZK vom 9. September 2015 im Verfahren LB150030 S. 23). Der Kläger könnte demzufolge einzig Ersatz im Sinne von Art. 97 OR für den entstandenen Schaden verlangen (Entscheidung der I. ZK vom 9. September 2015 im Verfahren LB150030 S. 24), wobei ihn eine Schadensminderungspflicht treffen würde. Der Kläger hat es jedoch unterlassen, einen allfälligen Schadenersatz zu substantiieren. Inwieweit dem Kläger nach Beendigung des Arbeitsvertrages ein Schaden entstanden sein soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Beklagten keine Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 2 OR oder aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage zuzusprechen ist.

3.a) Thema im Berufungsverfahren bildet demgemäss noch der vom Kläger geltend gemachte Anspruch bezüglich des Bonus in der Höhe von Fr. 175'000.-- für das Jahr 2011. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich gemäss der vertraglichen Regelung im Arbeitsvertrag des Klägers beim Bonus grundsätzlich um eine Gratifikation und nicht um einen Lohnbestandteil handle. Der Kläger hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass D._____ vom HR der Beklagten ihm telefonisch mitgeteilt habe, dass das "grant date" für den Bonus 2011 der 8. März 2012 gewesen sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre. Aufgrund des auch zu diesem Thema durchgeführten Beweisverfahrens kam die Vorinstanz jedoch zum Schluss, dass dem Kläger der diesbezügliche Beweis insofern misslungen sei, als jedenfalls keine Zusicherung nachgewiesen sei, wonach eine Kündigung nach dem 8. März 2012 keinen Einfluss auf den ganzen Bonus haben sollte (Urk. 85 S. 38).

Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger im Berufungsverfahren die durch die Vorinstanz vorgenommene rechtliche Qualifikation des Bonus als Gratifikation und nicht als Lohnbestandteil zu Recht nicht kritisierte. Der rechtlichen Auffassung der Vorinstanz ist zu folgen (Urk. 85 S. 35).

b) Strittig ist demnach noch die Frage, ob der Kläger trotz Kündigung Anspruch auf den ihm für das Jahr 2011 in Aussicht gestellten Bonus besitzt, weil ihm dieser nach seiner Auffassung schon vorher zugesichert worden war. Der Kläger machte im Berufungsverfahren geltend, dass die Auffassung der Vorinstanz dem "Pay Review for Performance Year 2011" (PRPY 2011) vom 28. Februar 2012 widerspreche, werde darin doch festgehalten, dass der Annual Incentive Award Fr. 175'000.-- betrage und gemäss dem "deferral appendix", der dem PRPY 2011 beigelegt worden sei, ausbezahlt werde. Laut dem "deferral appendix" sei die Beklagte verpflichtet, den Annual Incentive Award gestaffelt zu bezahlen, wobei die letzte Rate im März 2015 zu bezahlen gewesen wäre. Diese Raten seien auch bei einem gekündigten Arbeitsverhältnis zu bezahlen; der Beklagten stehe dafür kein Ermessen zu. Der Kläger habe Anspruch auf den gesamten Bonus 2011. Die Berufung der Vorinstanz auf Ziff. 4 IV. des "Management Staff Bonus Plan" vom 19. Juni 2010 (Bonus Plan) sei unzulässig, da diese Regelungen denjenigen im PRPY 2011 und dem angehängten "deferral appendix" nachgehen würden (Urk. 84 S. 3).

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass der "deferral appendix" als Anspruchsgrundlage unbeachtlich sei, da keine der Parteien diesen als Beweismittel offeriert habe (Urk. 89 S. 6). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Der Rechtsvertreter des Klägers erklärte anlässlich der Verhandlung vom 2. September 2013, dass der Bonus Plan die Grundlage für die Auszahlung des Bonus sei. Nachdem der Vorsitzende auf den "deferral appendix" verwies, meinte der Rechtsvertreter des Klägers, dass er den Appendix noch nachreichen werde und erklärte, dass er sämtliche Beweismittel bezeichnet habe. Der "deferral appendix" wurde im Beweisbeschluss vom 18. August 2014 unter Beweissatz 4 als vom Kläger zu edierendes Dokument aufgeführt (Prot. I S. 31). Wie die Vorinstanz in ihrem Urteil festhielt, hat der Kläger in der Folge in Nachachtung dieses Be-

schluss des "deferral appendix" eingereicht (Urk. 33 und 34). Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass der "deferral appendix" jedoch sinngemäss als von der Beklagten (nicht wie im Beweisbeschluss irrtümlich als Beweismittel des Klägers) offeriert gelten könne. Der an der Hauptverhandlung für die Beklagte anwesende Rechtsvertreter habe auf Frage des Vorsitzenden erklärt, der "deferral appendix" könne noch beigebracht werden, wenn dies relevant sei (vgl. Prot. I S. 20). Entgegen der von der Beklagten im Schlussvortrag geäusserten Ansicht (Urk. 80 S. 8 f.) könne auf den "deferral appendix" also durchaus Bezug genommen werden (Urk. 85 S. 36). Dieser Auffassung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Der "deferral appendix" war von keiner Partei förmlich als Beweismittel offeriert worden. Der Vorsitzende führte anlässlich der Verhandlung vom 2. September 2013 denn auch selbst explizit aus, dass dieses Beweismittel bis jetzt von den Parteien nicht angeboten worden sei und von Amtes wegen keine Beweismittel zu erheben seien. Auf entsprechende Frage des Vorsitzenden erklärte darauf der Rechtsvertreter der Beklagten, dass er sämtliche Beweismittel genannt habe. Erst danach meinte er, dass der "deferral appendix" noch nachgereicht werden könne, wenn dies (für das Gericht) relevant sei (Prot. I S. 20). Er erklärte dies gemäss eigenen Angaben als Höflichkeitszusage an das Gericht im Rahmen der richterlichen Befragung (Urk. 89 S. 7). Wie erwähnt, wurde das Dokument aber in der Folge gemäss Beweisbeschluss vom Kläger eingereicht, ohne dass der Kläger sich auf dieses Beweismittel explizit berufen hatte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann aufgrund dieser Umstände nicht gesagt werden, dass der "deferral appendix" sinngemäss als von der Beklagten offeriert gelten könne. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich keine Partei förmlich auf dieses Beweismittel berufen hat, sondern dieses von Amtes wegen erhoben wurde, obwohl die Voraussetzungen von Art. 55 Abs. 2 und Art. 153 ZPO nicht gegeben sind. Das Vorgehen der Vorinstanz ist als Verletzung der Verhandlungsmaxime zu qualifizieren. Sie missachtete das Verbot des Ausforschungsbeweises (Art. 55 Abs. 1 ZPO; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 55 N 7 ff.). Der "deferral appendix" kann daher nicht berücksichtigt werden, weil er nicht gesetzeskonform als Beweismittel erhoben wurde. Die Beklagte hatte deshalb dazu auch nicht konkret Stellung genommen (Urk. 80 S. 8).

c) Dem Kläger wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass D._____ vom HR ihm telefonisch mitgeteilt habe, dass das "grant date" für den Bonus 2011 der 8. März 2012 sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre (Prot. I S. 31). Als Beweismittel offerierte der Kläger seine Parteiaussage sowie die Befragung von D._____.

Die Kernaussage von D._____ lautete dahingehend, dass das "grant date" dasjenige Datum sei, an welchem die Bonusmitteilung ausgefertigt und den Mitarbeitenden ausgehändigt werde. Dieses Datum sei vom "payment date" zu unterscheiden, welches den Tag der Auszahlung bedeute. Damit die Auszahlung erfolge, müssten bestimmte Bedingungen erfüllt sein. Soweit er sich erinnere, gelte bei der Beklagten die Regelung, wonach der Bonus mit sofortiger Wirkung erlösche, wenn jemand aus Gründen entlassen werde, die die Bank als wichtig erachte (Urk. 50). D._____ erklärte auch, dass er sich nicht daran erinnern könne, dass er dem Kläger telefonisch mitgeteilt habe, dass eine Kündigung nach dem "grant date" (8. März 2012) keinen Einfluss auf die Auszahlung des Bonus 2011 habe (Urk. 50 S. 2). Anlässlich seiner Befragung erklärte der Kläger dazu, dass dieses Telefongespräch jederzeit ausfindig gemacht werden könne, da es aufgezeichnet werde (Urk. 55 S. 10). Da diese Behauptung neu vorgebracht wurde und die Aufzeichnung des Telefongesprächs nicht als Beweismittel beantragt worden war, ging die Vorinstanz zu Recht nicht weiter darauf ein. Dies wurde denn im Berufungsverfahren vom Kläger auch nicht kritisiert. Sinngemäss hat er jedoch - entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 85 S. 37) - damit diese Aussage von D._____ bestritten.

d) Im modernen Zivilprozess gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung durch das Gericht, welcher nun auch in Art. 157 ZPO ausdrücklich verankert ist. Freie Beweiswürdigung heisst, dass das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise ohne Bindung an bestimmte formelle Beweisregeln nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen und nach seiner frei gebildeten Überzeugung darüber befinden soll, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache geleistet worden ist oder nicht. Glaubwürdigkeit, klare Aussage, Widersprüche etc. bilden Anhaltspunkte für die Beweiswürdigung etwa einer Zeugenaussage durch das

Gericht (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2013, § 18 N 31 f.). Die freie Beweiswürdigung mündet in eine subjektive, allerdings auf die objektive Wahrheit als Beweisziel gerichtete Überzeugung des Gerichts. Sie bestimmt das Beweisergebnis verbindlich, wenn sie mit den Natur- und Denkgesetzen sowie den durchgesetzten Erfahrungssätzen zu vereinbaren ist. Den Kontrollmassstab legt nicht Art. 8 ZGB, sondern letztlich das Willkürverbot fest (BK-Walter, N 122 zu Art. 8). Das Beweismass regelt den Grad der Sicherheit, mit welchem die tatbestandsmässigen Tatsachen nachgewiesen werden müssen, um die Rechtsfolge auszulösen. Es bestimmt die Anforderungen an die Intensität des Beweises und steht in engem Zusammenhang mit der Beweiswürdigung, ist begrifflich aber von ihr abzusetzen. Vorerst wird in der Beweiswürdigung geprüft, ob Beweis erbracht ist. Im Anschluss daran regelt das Beweismass, wann der Beweis gelungen ist. Vorliegend gilt das Regelbeweismass, also der volle, strenge und sichere oder strikte Beweis muss gelingen. Er ist erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Behauptung und damit vom Vorliegen einer Tatsache voll überzeugt ist. Jeder Hauptbeweis muss im Zivilprozess als Regelbeweis erbracht werden, sofern nicht Gesetz oder gesetzmässiges Richterrecht anderes anordnet. Das Vorliegen der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen, die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit reicht für den Nachweis aus, selbst wenn eine abweichende Möglichkeit nicht völlig auszuschliessen ist (BK-Walter, N 134 zu Art. 8).

Es bestehen keine Anhaltspunkte, welche die Aussagen von D._____ nicht als glaubhaft erscheinen liessen. Er war der Ansprechpartner des Klägers im HR und wusste betreffend Bonuszahlungen und die Umstände der Entlassung des Klägers Bescheid. Er gab auch klar an, dass das "grant date" nicht mit dem "payment date" identisch sei. Damit beim "payment date" der Bonus auch tatsächlich ausbezahlt werde, müssten gewisse Voraussetzungen vorliegen. Aufgrund seiner Angaben ist anzunehmen, dass das "grant date" zwar für die Höhe der Ausrichtung der Bonuszahlung relevant ist, jedoch noch keine Zusicherung für deren tatsächliche Zahlung darstellt. Diese Aussage wird auch durch die Regelung im Bonus Plan bekräftigt. Der Kläger hatte vor Vorinstanz als Grundlage für die Auszahlung des Bonus auf den Bonus Plan vom 19. Juni 2010 (Urk. 15/8) verwiesen

(Prot. I S. 8, 21; Urk. 20). Der Kläger bestritt auch, dass der Bonus 2011 als aufgeschobene Zahlung (deferred award) in Aussicht gestellt worden sei (Urk. 20 S. 22). Die Beklagte hatte sich bezüglich des Bonus ebenfalls auf dessen Regelung im Bonus Plan berufen (Urk. 14 S. 13). Gemäss Ziff. 4 IV (Urk. 15/8 S. 4) des Bonus Plans behält sich die Beklagte ausdrücklich vor, bei einem vor dem Auszahlungszeitpunkt gekündigten Arbeitsverhältnis nach freiem Ermessen über die Ausrichtung des Bonus zu befinden. Weiter wird dort auch festgehalten, dass ein Arbeitnehmer beim vorgesehenen Auszahlungszeitpunkt noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen müsse. Im für die Ausrichtung des Bonus massgebenden Reglement ist somit nirgends vom "grant date" die Rede, sondern es wird immer nur vom "payment date" gesprochen, welches für die Auszahlung relevant sein soll. Unter diesen Umständen erscheint es wenig plausibel, dass D._____ dem Kläger die behauptete Zusicherung gemacht haben soll, wonach das "grant date" für den Bonus 2011 der 8. März 2012 sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre. Die Regelung im Bonus Plan stützt daher die Richtigkeit der Aussagen von D._____.

Zusammenfassend bestehen aufgrund der vorgenommenen Beweiswürdigung erhebliche Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung des Klägers, weshalb der ihm diesbezüglich auferlegte Beweis als gescheitert zu qualifizieren ist. Es kann damit nicht als erstellt gelten, dass D._____ dem Kläger die behauptete Zusicherung betreffend der Auszahlung des Bonus gemacht hat. Der diesbezüglich Anspruch ist abzuweisen.

e) Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Zusprechung eines Teils des Bonus (im Betrag von £ 2000.-- bzw. Fr. 2'666.--) durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden (Urk. 84 S. 3), weil die Beklagte vor Vorinstanz anerkannt hatte, dass der Bonus von £ 2000 zugesichert war und der Beklagte deshalb einen entsprechenden Anspruch habe (Urk. 14 S. 15, 21).

IV.

1. Ausgangsgemäss ist die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen (Urk. 85 S. 43 f.).

2. Im Berufungsverfahren ist der Kläger unterliegende Partei, weshalb ihm die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen sind. Ausserdem hat er der Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr bemisst sich auf Fr. 13'750.-- bei einem Streitwert im Berufungsverfahren von Fr. 225'668.-- (Fr. 172'334.-- Bonus plus Fr. 53'334.-- für zwei Monatslöhne; §§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 2 GebVO).

Die Parteientschädigung ist gemäss § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebVO festzusetzen. Sie beträgt Fr. 5'600.--.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 Abs. 1 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. August 2016, am 7. Dezember 2016 in Rechtskraft erwachsen ist. Diese lautet wie folgt:

"1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 2'666.-- netto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen.

....."

2. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 Abs. 2 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. August 2016, am 7. Dezember 2016 bezüglich der Abweisung der Klage im Betrag von Fr. 87'500.-- brutto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Klage im Mehrbetrag wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 13'750.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'600.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 225'668.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Februar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsscheiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am: