

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA150013-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und
Dr. D. Scherrer, Oberrichter Dr. M. Kriech und Gerichtsschreiberin
Dr. D. Oser

Urteil vom 16. September 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **Bank AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. oec. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
26. Januar 2015 (AN140027-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 266'000.00 nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 52'500.00 nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen.
3. In der Betreuung Nr. ... vom 21. Oktober 2013 des Betreibungsamtes Zürich 8 sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die Kosten der Betreuung Nr. ... vom 21. Oktober 2013 von CHF 210.00 und die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 950.00 zu ersetzen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 26. Januar 2015:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 17'120.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem geleisteten Prozesskostenvorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 19'770.-- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 25 S. 2):

- „1. Der Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 26. Januar 2015 sei aufzuheben;
2. Die Beklagte und Appellatin sei zu verpflichten, dem Appellanten den Betrag von CHF 266'000.00 nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen;
3. Die Beklagte und Appellatin sei zu verpflichten, dem Appellanten den Betrag von CHF 52'500.00 nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen;
4. In der Betreuung Nr. ... vom 21. Oktober 2013 des Betreibungsamtes Zürich 8 sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen;
5. Die Beklagte und Appellatin sei zu verpflichten, dem Appellanten die Kosten der Betreuung Nr. ... vom 21. Oktober 2013 von CHF 210.00 und die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 950.00 zu ersetzen;
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (für beide Instanzen) zulasten der Beklagten und Appellatin.“

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 30 S. 2):

- „1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers.“

Erwägungen:

I.

Der Kläger war vom 1. Oktober 2009 bis 31. März 2013 bei der Beklagten, einer Bank mit Sitz in Zürich, als Senior Private Banker angestellt. Nachdem er sein Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 31. Januar 2013 per Ende Juli 2013 gekündigt hatte, schlossen die Parteien am 22./27. März 2013 eine Auflösungsver-

einbarung, welche die Beendigung des Anstellungsverhältnisses per Ende März 2013 vorsah. Der Jahreslohn des Klägers betrug gemäss Arbeitsvertrag Fr. 219'240.–. Zusätzlich sah dieser Bonuszahlungen vor. Mit der vorliegenden Klage fordert der Kläger von der Beklagten den Restbonus („Retention Award“) für das Geschäftsjahr 2011/2012 (Fr. 52'500.–) und einen Bonus für das Geschäftsjahr 2012/2013 (Fr. 266'000.–). Strittig ist, ob es sich beim Bonus um einen Lohnbestandteil – so der Kläger – oder um eine freiwillige Zulage im Sinne einer Gratifikation – so die Beklagte und die Vorinstanz – handelt.

II.

Die Klage samt Klagebewilligung ist am 6. Juni 2014 bei der Vorinstanz eingegangen (Urk. 1 und 3). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 26 S. 3 f.). Gegen dieses Urteil hat der Kläger mit Berufungsschrift vom 19. März 2015 fristgerecht Berufung erhoben, nachdem sein Vertreter das Urteil am 17. Februar 2015 in Empfang genommen hatte (Urk. 22/2). Den Kostenvorschuss hat der Kläger rechtzeitig geleistet (Urk. 28). Die Berufungsantwort datiert vom 13. Mai 2015 und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 20. Mai 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 30 f.). Der Kläger hat sich mit Eingabe vom 10. Juni 2015, die Beklagte mit Eingabe vom 18. Juni 2015 nochmals vernehmen lassen (Urk. 33 und 36).

III.

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, 2. 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, in: Brunner et al., 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 auseinanderzusetzen; 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 Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_211/2008, E. 2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

IV.

1. Der Kläger erhielt folgende Grundlöhne und Boni ausbezahlt (in Franken; Urk. 1 S. 4 ff.; Urk. 11 S. 4 f.):

	Lohn	Bonus
Geschäftsjahr 2009/2010 (1.10.2009 – 31.3.2010)	109'620.–	120'000.–
Geschäftsjahr 2010/2011 (1.4.2010 – 31.3.2011)	219'240.–	261'216.–
Geschäftsjahr 2011/2012 (1.4.2011 – 31.3.2012)	239'220.–	214'480.– 30'000.–

Unbestritten ist, dass der Kläger für das Geschäftsjahr 2011/2012 im Juni 2014 einen zusätzlichen Bonus von Fr. 25'000.– und im Juni 2015 einen solchen von Fr. 30'000.– hätte erhalten sollen (Urk. 1 S. 6; Urk. 11 S. 7).

2. Das Gesetz enthält keine besonderen Regeln in Bezug auf den Bonus. Die Rechtsprechung entwickelte im Wesentlichen drei Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als geschuldetes Entgelt für die Arbeit (und damit als Lohn im Sinn von Art. 322 OR) oder als freiwillige Zulage (und damit als Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR) zu qualifizieren ist. Erstes Kriterium ist die Regelmässigkeit. Wenn ein Bonus regelmässig ausbezahlt wird, spricht dies dafür, dass die Vergütung ein Entgelt für die Arbeitsleistung (Lohn) und nicht bloss eine freiwillige Zulage (Gratifikation) ist (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f., 131 III 615 E. 5.2 S. 620 f.). Zweites Kriterium ist die Akzessorietät. Ein Bonus kann nur dann als freiwillige Entschädigung (Gratifikation) qualifiziert werden, wenn sie zum Lohn hinzutritt bzw. akzessorisch ist, d.h. im Verhältnis zur gesamten Vergütung zweit-rangige Bedeutung hat (BGE 139 III 155, E. 3.2; 129 III 276, E. 2.1 S. 279 f.; 131 III 615, E. 5.2 S. 621; 136 III 313, E. 2 S. 317). Wo die Grenze zwischen freiwilliger Gratifikation und geschuldetem (variablem) Lohn liegt, ist im Einzelfall zu bestimmen. Immerhin hat die Rechtsprechung vorgegeben, dass der akzessorische Charakter einer Vergütung (grundsätzlich) nicht gegeben wäre, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 129 III 276

E. 2.1 S. 280). Drittes Kriterium ist schliesslich das Ermessen. Eine freiwillige Gratifikation unterscheidet sich insoweit vom geschuldeten Lohn, als sie zumindest teilweise vom Ermessen des Arbeitgebers abhängen kann (BGE 131 III 616 E. 5.2 S. 620, 136 III 313 E. 2 S. 317).

3. Der Arbeitsvertrag des Klägers enthielt folgende Bestimmung (Urk. 5/4 S. 3):

“7. Bonus payments

The Company may pay the employee a voluntary individual bonus in addition to the annual salary. Such payments form part of salary for the purposes of AHV contributions, and the corresponding deductions are made at source.

During the first years of taking employment the Employee has to be very active regarding expansion of the business and the acquisition and service of new clients.

In order to provide a suitable incentive during this initial period with the Company, the Employee's efforts will be rewarded with a variable annual bonus and a team bonus when reaching defined mile stones in addition to the agreed salary with the Company. The details are outlined in a side letter to this Employment Contract.

Thereafter the bonus shall be re-set annually. Payment of bonuses in previous years shall not constitute an entitlement to bonuses in future years. The amount of the bonus shall be based on the performance of the bank and divisional profit, and also on personal performance and contribution to the success of the bank.

A bonus shall only be paid if the employee's contract has not been terminated during the business year (1 April to 31 March). If employment is ended during the course of the financial year by termination or by a compromise agreement, the employee shall not be entitled to a bonus, not even pro-rata."

In den allgemeinen Anstellungsbedingungen der Beklagten, welche Bestandteil des Anstellungsvertrags waren (Urk. 5/4 Ziff. 14), heisst es unter Ziff. „12.2 Bonus“ (Urk. 5/6 S. 23):

“B._____ Bank may pay employees a voluntary and individual bonus in addition to the yearly salary. The bonus is subject to AHV deductions (old age and survivors' insurance) that will be directly subtracted. A bonus will only be paid out if employees do not terminate their employment relationship during the current business year (1st April through 31st March). If

the employment relationship is terminated during the business year through resignation or a termination agreement, the employee has no claim to a bonus, not even on a pro rata basis.

The employee will be informed in writing together with the bonus payment in June that even after repeated payment the employee has no entitlement to such a bonus nor to the amount involved for the following year, as the SEB makes its decision new every year based on criteria it defines. These are in particular the development of business and earnings of the Bank as well as personal achievements and contributions of the employee to the Bank's success."

4. a) Die Vorinstanz hat ausgeführt, im Arbeitsvertrag sei festgehalten, dass die Bonuszahlung auf freiwilliger Basis beruhe und im Ermessen der Beklagten liege. Die persönlichen Leistungsziele seien nicht messbar formuliert worden, weshalb deren Erreichung zumindest teilweise von der subjektiven Einschätzung durch die Beklagte abhängige. Weiter führe der Arbeitsvertrag aus, Boni aus Vorjahren würden keinen Anspruch auf künftige Bonuszahlungen begründen. Überdies werde ein Bonus nur bezahlt, wenn das Arbeitsverhältnis noch bestehe. Sollte dies nicht der Fall sein, bestehe auch kein Anspruch auf eine pro rata-Zahlung. Dies spreche ebenfalls für eine Gratifikation und gegen Lohn. In Ziffer 12.2 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen finde sich die mehr oder weniger gleiche Regelung betreffend Bonus. Somit bestehe kein Grund zur Annahme, dass sich der Bonus entgegen dem Wortlaut im Arbeitsvertrag nicht nach dem Ermessen der Beklagten richte (Urk. 26 S. 9). Die Richtigkeit dieser – überzeugenden – Ausführungen wurde im Berufungsverfahren von keiner Partei in Frage gestellt.

b) aa) Zum Kriterium der Regelmässigkeit führte die Vorinstanz aus, würden jährlich regelmässig Boni ausbezahlt, so gehe die Rechtsprechung davon aus, dass der Bonus nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gelte, wenn er vorbehaltlos während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden sei. Vorliegend sei der Bonus während drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden, weshalb ein Freiwilligkeitsvorbehalt vorliegen müsse, wenn der Arbeitgeber verhindern wolle, dass der Bonus aufgrund des Vertrauensprinzips geschuldet sei. Da auf die Ausrichtung abzustellen sei, sei irrelevant, dass der Kläger im Geschäftsjahr 2009/2010 lediglich sechs Monate gearbeitet habe. Sowohl in Ziffer 12.2 der allgemeinen Anstellungsbedingungen als auch in Ziffer 7

des Arbeitsvertrages sei unmissverständlich auf die Freiwilligkeit bzw. den fehlenden Rechtsanspruch des Klägers auf den Bonus verwiesen worden. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt fehle lediglich auf den Zusammenstellungen „Entlohnung/Zuwendungen“ Mai 2010 und Mai 2011 (Urk. 5/7 und 5/9) sowie den Lohnabrechnungen Juni 2010 und Juni 2011 (Urk. 5/8 und 5/10) für die Boni aus den Geschäftsjahren 2009/2010 und 2010/2011. Hingegen sei auf dem "Remuneration and Benefits Statement May 2012" für den Bonus aus dem Geschäftsjahr 2011/2012 explizit ein Freiwilligkeitsvorbehalt angebracht (Urk. 5/11). Somit sei es (wenn überhaupt) lediglich zu einer zweimaligen und nicht zu einer dreimaligen vorbehaltlosen Bonusausrichtung gekommen. Nicht bekannt sei, ob die Beklagte während der Dauer der Bonusausrichtungen Grund gehabt hätte, keinen Bonus auszurichten. Indessen sei aber die zweite Voraussetzung gemäss Bundesgericht, dass die Auszahlung über sehr lange Zeit, namentlich Jahrzehnte erfolgt sein müsse, ohnehin nicht erfüllt. Der Freiwilligkeitsvorbehalt sei somit nicht zur leeren Floskel geworden. Es fehle daher an der erforderlichen Regelmässigkeit, um einen Anspruch auf einen Bonus abzuleiten (Urk. 26 S. 10 f.).

bb) Nach Auffassung des Klägers wurde die Regelmässigkeit durch die Ausrichtung von Boni für drei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre begründet. Er schreibt in seiner Berufungsschrift, die Vorinstanz halte zutreffend fest, dass die Anforderungen an die Regelmässigkeit erfüllt seien. Allerdings stellt er nicht in Abrede, dass die Beklagte einen Freiwilligkeitsvorbehalt gemacht hat, wie dies die Vorinstanz dargestellt hat. Dieser Freiwilligkeitsvorbehalt sei aber – so der Kläger – wegen der fehlenden Akzessorietät der Bonuszahlungen unbeachtlich. Die Vorinstanz hätte die Akzessorietät auch dann prüfen müssen, wenn bei regelmässiger Auszahlung des Bonus ein Freiwilligkeitsvorbehalt angebracht worden sei (Urk. 25 S. 5 f., Ziff. 13 f. und 16 f.).

Die Beklagte hält dafür, es fehle an der dreimaligen „Nichterfüllung“ der Akzessorietätsvoraussetzung, insbesondere weil der Bonus für das Geschäftsjahr 2011/2012 nur Fr. 214'480.– im Vergleich zum Grundlohn von Fr. 239'220.– betragen habe (Urk. 30 S. 4).

cc) Die Verpflichtung zur Ausrichtung eines Bonus kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Gratifikation vorbehaltlos während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden ist, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (BGE 129 III 276, E. 2). Im gleichen Entscheid (E. 2.1) hat das Bundesgericht festgehalten, der Arbeitsvertrag sei definitionsgemäss entgeltlich. Die Arbeitgeberin müsse sich somit zu einem Entgelt verpflichtet haben. Eine bloss freiwillige Entschädigung genüge nicht. Entsprechend sei die Gratifikation eine Sondervergütung, die zum Lohn hinzutrete. Die Lehre folgere richtig, dass es auch nicht genügen könne, wenn ein kleiner Lohn vereinbart sei und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet werde (unter Hinweis auf Staehelin, Zürcher Kommentar, 3. A., N 4 zu Art. 322d OR). Diesfalls erweise sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und werde dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Da vorliegend die ausgerichteten Boni jedes Jahr grösser als der Jahres- bzw. Halbjahreslohn waren, ist der Freiwilligkeitsvorbehalt nicht ausschlaggebend. Dem Kläger ist daher beizupflichten, dass die Vorinstanz das Kriterium der Akzessorietät zusätzlich hätte prüfen müssen.

dd) Erreicht der eigentliche Lohn ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, verliert nach der in BGE 139 III 155 präzisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung der hinter der Bonusqualifikation als unbedingt geschuldeter Arbeitsvergütung stehende sozialpolitische Schutzgedanke seine Berechtigung, und der den Fixlohn allenfalls um ein Mehrfaches übersteigende Bonus bleibt eine freiwillige und ermessensabhängige, mithin akzessorische Leistung. Im zur Publikation in der Amtlichen Sammlung bestimmten Entscheid 4A_653/2014 vom 11. August 2015 hat das Bundesgericht entschieden, dass der Bonus dann zur freiwilligen Gratifikation wird, wenn die Summe der Lohnvergütungen den fünffachen Medianlohn des privaten Sektors gemäss der Schweizeri-

schen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik erreicht oder überschreitet (E. 5.4.).

Das Geschäftsjahr dauerte bei der Beklagten vom 1. April bis zum 31. März des folgenden Jahres. Im Jahre 2012 betrug der massgebliche monatliche Durchschnittslohn Fr. 6'118.–, im Jahre 2013 gerundet Fr. 6'161.– (Zunahme um 0,7 % gemäss Nominallohnindex 2011-2014 des Bundesamtes für Statistik; www.bfs.admin.ch). Der fünffache Medianlohn betrug für das Geschäftsjahr 2012/13 somit Fr. 367'725.–.

Die Parteien sind sich einig, dass sich der Fixlohn des Klägers für das Geschäftsjahr 2011/2012 (1.4.2011 – 31.3.2012) auf Fr. 239'220.– belief (Urk. 1 S. 4 f.; Urk. 11 S. 4; Urk. 13/9). Mangels anderslautender Angaben der Parteien ist davon auszugehen, dass der Grundlohn für das Geschäftsjahr 2012/2013 weiterhin Fr. 239'220.– betrug.

Übersteigt die Summe von Grundlohn und Bonus die Limite von Fr. 367'725.–, kann der diese übersteigende Bonusanteil nicht mehr als unbedingt geschuldetes Arbeitsentgelt betrachtet werden. Der Bonus bleibt in diesem Umfang je nach Vereinbarung eine freiwillige Zahlung und auch der vertragliche Ausschluss einer pro rata-Zahlung ist vorliegend insoweit zulässig (Urk. 5/4 Ziff. 7 Abs. 5). Die Beklagte errechnete einen jährlichen Durchschnittsbonus von Fr. 193'462.66 (Urk. 30 S. 6). Ob dieser Betrag allenfalls höher ist (so der Kläger in Urk. 25 S. 3), kann offenbleiben. Die Beklagte schuldet dem Kläger trotz des gekündigten Arbeitsverhältnisses einen Bonus in der Höhe der Differenz zwischen Grundlohn und fünffachem Medianlohn als Lohnbestandteil und ist daher zu verpflichten, dem Kläger Fr. 128'505.– zu bezahlen. Soweit der Kläger einen höheren Betrag fordert, ist sein Anspruch nicht begründet.

Der Kläger macht einen Verzugszins von 5 % seit 21. Oktober 2013 geltend (Urk. 1 S. 11; Urk. 25 S. 8). Der Zinsenlauf wird von der Beklagten nicht bestritten (Urk. 11 S. 14; Urk. 30 S. 9) und der Zins entsprechend zuzusprechen. Im Umfang der Klageguttheissung ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des

Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2013, Urk. 5/15) antragsgemäss zu beseitigen.

5. a) Die Vorinstanz hat die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf die noch nicht ausbezahlten Boni für das Geschäftsjahr 2011/2012, nämlich Fr. 25'000.– (fällig im Juni 2014) und Fr. 27'500.– (fällig im Juni 2015) abgewiesen. Sie führte zur Begründung aus, die Beklagte habe mit dem per Geschäftsjahr 2010/2011 eingeführten "Retention Award Scheme" ein Reglement im Sinne des FINMA-Rundschreibens 2010/1, Vergütungssysteme, erlassen. Dieses FINMA-Rundschreiben definiere Mindeststandards für die Ausgestaltung, Umsetzung und Offenlegung von Vergütungssystemen von Finanzinstituten, worunter auch Banken fielen, die der schweizerischen Finanzmarktaufsicht unterstellt seien. Der im Rundschreiben definierte Vergütungsbegriff decke sowohl Vergütungen mit Lohn- als auch Gratifikationscharakter ab. Gemäss Grundsatz 7 des Rundschreibens hätten Finanzinstitute einen Teil der Vergütungen in aufgeschobener Form auszurichten. Für Mitglieder der Geschäftsleitung und Personen mit verhältnismässig hoher Gesamtvergütung sowie Personen, deren Tätigkeit bedeutenden Einfluss auf das Risikoprofil des Finanzinstituts habe, betrage die Frist mindestens drei Jahre. Während dieser Zeit erfolge die definitive Übertragung der Vergütung höchstens pro rata. Die Umsetzung des FINMA-Rundschreibens sei obligatorisch für schweizerische Finanzinstitute, die Eigenmittel von mindestens CHF 2 Milliarden halten müssten. Schweizerischen Finanzinstituten, welche diesen Schwellenwert nicht erreichten, werde nahegelegt, die Grundsätze des Rundschreibens als Leitlinie für ihr Vergütungssystem heranzuziehen. Das von der Beklagten erlassene Reglement stehe im Einklang mit dem genannten FINMA-Rundschreiben. Gestützt auf die bundesgerichtliche Praxis sei ein Fälligkeitsaufschub ebenso wie dessen einseitige Einführung zulässig. Der Erlass des Reglements durch die Beklagte und die Anwendung auf den Kläger für das Geschäftsjahr 2011/12 sei damit nicht zu beanstanden. Der Arbeitsvertrag habe in Ziff. 7 ausdrücklich festgehalten, dass ein Bonus nur ausbezahlt werde, sofern das Arbeitsverhältnis noch bestehe. Dem Kläger sei klar gewesen, dass er zum Auszahlungszeitpunkt der beiden weiteren Tranchen im gekündigten Arbeitsverhältnis stehen würde. Es sei kaum nachvollziehbar, dass er die Frage der Ausrichtung des Restbonus für das

Jahr 2011/2012 anlässlich der Regelung der Beendigungsmodalitäten am 22. März 2013, mit der auch das Austrittsdatum vom 31. Juli 2013 auf den 31. März 2013 vorverlegt worden sei, nicht aufgeworfen habe. Eine Kündigung des Arbeitgebers vor dem Stichtag könne zwar treuwidrig sein, doch habe im vorliegenden Fall nicht die Beklagte, sondern zweifelsfrei der Kläger gekündigt (Urk. 26 S. 16 f.).

b) Der Kläger macht im Berufungsverfahren zusammengefasst geltend, beim Restbetrag des Bonus für das Jahr 2011/2012 handle es sich um einen Lohnbestandteil und nicht um eine Gratifikation. Dieser Betrag sei aufgrund der in drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichteten nicht akzessorischen Boni als Lohnbestandteil zu qualifizieren. Aufgrund dieser Qualifikation sei die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf den Restbetrag unzulässig. Weiter beharrt der Kläger darauf, dass das Arbeitsverhältnis mittels Aufhebungsvereinbarung und nicht durch Kündigung seinerseits beendet worden sei. Das FINMA-Rundschreiben könne keine rechtlichen Wirkungen für das Arbeitsverhältnis der Parteien zeitigen, weil ihm der Charakter eines Rechtserlasses fehle. Mit dem „Retention Award Scheme“ sei dieses Rundschreiben aber auch nicht umgesetzt worden. Ersteres sei nie Bestandteil des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geworden, da der Kläger den Inhalt des „Retention Award Scheme“ nicht gekannt habe, keine konkludente Zustimmung zur Einführung gegeben und sich dagegen auch bei der Beklagten beschwert habe (Urk.25 S. 9 ff.).

c) Nach dem zuvor Ausgeführten bewirkt das Erfordernis der Akzessorietät nicht, dass der gesamte Bonus als Lohnbestandteil zu qualifizieren wäre, sondern nur bis zu einer Gesamtlohnsumme in der Höhe des fünffachen Medianlohns. Wenn die Beklagte dem Kläger für das Geschäftsjahr 2011/2012 einen Grundlohn von Fr. 239'220.– und Boni von Fr. 244'480.– ausrichtete, überschritt dies den fünffachen Medianlohn bei weitem. Es war daher zulässig, dass die Beklagte einen weiteren Bonusanteil von Fr. 52'500.– ohne Zustimmung des Klägers an die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses knüpfte (Urk. 13/13 S. 4 f. Ziff. 5 und 6); diese Zusatzzahlungen lagen im freien Ermessen der Beklagten.

Ob es sich beim „Retention Award Scheme“ um ein Reglement im Sinne des FINMA-Rundschreibens handelt, ist daher irrelevant.

d) Am 31. Januar 2013 schrieb der Kläger an die Beklagte bzw. C._____, gemäss Handelsregisterauszug Generaldirektor der Beklagten, folgendes (Urk. 13/2):

„Lieber C._____,

es gibt wohl nie den ‚richtigen‘ Zeitpunkt für ein solches Anliegen, da ich mit diesem formellen Schreiben meine Kündigung einreiche.

Ich habe die Zusammenarbeit mit Dir immer sehr geschätzt und war stolz die Familie B._____, die ich bei den zahlreichen Treffen immer besser persönlich kennen gelernt habe, zu repräsentieren.

Von dem aus geht die Reise weiter und ich freue mich auf die zukünftige Zusammenarbeit mit Dir und dem Hause B._____.

(Grussformel, Unterschrift)“

Im Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 22. März 2013 heisst es einleitend (Urk. 13/3):

„We herewith acknowledge receipt of your notice of resignation dated 31 January 2013. Accordingly, your employment contract (the ‚Employment Agreement‘) with B._____ Bank AG (hereinafter referred to as ‚B._____‘ or the ‚Company‘) would be terminated as of 31 July 2013. However, upon your personal request, but subject to your acceptance of the restrictive covenants stated hereafter, we agree to terminate the Employment Agreement already earlier by mutual consent on 31 March 2013.“

Am Schluss bestätigte der Kläger:

„Herewith I confirm to have received this confirmation of notice of resignation and agree to termination of my Employment Agreement with B._____ by mutual consent on March 31, 2013 under the conditions stated above:

(Ort, Datum, Unterschrift)“

Vor Vorinstanz äusserte sich der Kläger persönlich wie folgt (Prot. I S. 15 f.):

„Ich habe kaum gekündigt beziehungsweise das Schreiben eingereicht, als ... Dass ich angeblich das Schreiben zur Kündigung eingereicht habe, um mich selbständig zu machen, das ist nicht der Grund. Ich habe bei B._____ angefangen und ich war sehr glücklich. Es hat dann einige Änderungen gegeben. Deshalb auch die Hinweise auf den Geschäftsgang. Es wird mit dem Vertrauen von Kunden und Angestellten gearbeitet. Wenn

man sich dann nicht an die eigenen Regeln gegenüber den Mitarbeitern und Kunden hält und die Regeln den eigenen Mitarbeitern und den Kunden gegenüber ändert, führt dies dazu, dass sich die Kunden nicht wohl fühlen. Mir ist dadurch die Basis entzogen worden, um überhaupt in Zukunft zu arbeiten. Ich habe die Selbständigkeit nie gesucht. Dies war danach die Konsequenz, die sich nach der Prüfung von zahlreichen anderen Methoden ergeben hat.“

Aus dem Wortlaut des klägerischen Schreibens vom 31. Januar 2013 ergibt sich klar, dass der Kläger sein Arbeitsverhältnis kündigte, und das entsprach gemäss seinen Äusserungen vor Vorinstanz auch seinem Willen, auch wenn er das angebliche Motiv, sich selbständig zu machen, relativierte. Es kann sich daher nur die Frage stellen, ob die Parteien einen Aufhebungsvertrag schlossen, wobei die schon ausgesprochene Kündigung vertraglich zurückgenommen werden müsste (Müller, Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich 1991, S. 80). Dies kann dem Schreiben der Beklagten vom 22. März 2013 nicht entnommen werden. Diese nimmt nur Kenntnis vom Kündigungsschreiben des Klägers und hält danach die Bedingungen fest, unter welchen sie bereit ist, das Arbeitsverhältnis per Ende März 2013 aufzulösen. Es handelt sich lediglich um eine Vereinbarung über die Modalitäten der Vertragsbeendigung, welche nicht an die Stelle der Kündigung durch den Kläger trat (vgl. BGer. 4C.27/2002, E. 2, 19.04.2002). Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger das Arbeitsverhältnis gekündigt hat. Dass diesfalls die Wegbedingung eines freiwilligen Bonus zulässig war, blieb unangefochten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 4 S. 340, m.w.H.; vgl. BGer. 4C.340/2005, E. 2.4, 24.01.2006). Dies müsste aber selbst dann gelten, wenn an die Stelle der Kündigung durch den Kläger ein Aufhebungsvertrag getreten wäre, da der Kläger Anlass zu dessen Abschluss gegeben hat.

Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 2 ist daher abzuweisen.

V.

Der Streitwert beträgt Fr. 318'500.–. Dem entspricht eine ordentliche Gerichtsgebühr von Fr. 17'120.–. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist daher zu bestätigen. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung

(Fr. 19'770.–) blieb unangefochten. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist ebenfalls auf Fr. 17'120.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Die volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren beläuft sich auf Fr. 10'000.– (§ 13 Abs. 2 AnwGebV). Die Prozesskosten sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Kläger obsiegt zu rund zwei Fünftel und schuldet der Beklagten eine auf einen Fünftel reduzierte Parteientschädigung zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer. Die Beklagte hat dem Kläger die Betreuungskosten und die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von zwei Fünftel zu ersetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 128'505.– nebst 5 % Zins seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen. In diesem Umfang ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2013) aufgehoben.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die erst- und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf je Fr. 17'120.– festgesetzt.
3. Die erst- und die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Kläger zu $\frac{3}{5}$ und der Beklagten zu $\frac{2}{5}$ auferlegt. Die Gerichtskosten werden mit den Kostenvorschüssen des Klägers verrechnet, und die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Vorschüsse im Umfang von Fr. 13'696.– zu ersetzen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'430.– zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Betreuungskosten im Umfang von Fr. 84.– und die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von Fr. 380.– zu ersetzen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 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. 318'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. September 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. D. Oser

versandt am: js