

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA180014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiberin MLaw K. Peterhans

Urteil vom 28. Februar 2019

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder
Rechtsanwalt MLaw X2._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. rer. publ. et lic. iur. Y1._____ und / oder
Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
15. März 2018 (AN170055-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 88'784.00 nebst Zins zu 5% seit dem 1. September 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 15. März 2018:

(Urk. 28 S. 18 = Urk. 31 S. 18)

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 8'300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 14'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Berufung: Frist 30 Tage]"

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 30 S. 2):

- "1. Es seien die Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 15. März 2018 (Geschäfts-Nr. AN170055L/U) aufzuheben.
2. Es sei die Beklagte / Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Kläger / Berufungskläger den Betrag von CHF 88'784.00 nebst Zins zu 5% seit dem 1. September 2013 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten / Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 38 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers (zuzüglich 7.7% MWST)."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 25. August 2017 reichte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 27. April 2017 sowie die Klageschrift ein (Urk. 1 und 3). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 28 S. 2 = Urk. 31 S. 2). Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 15. März 2018 (Urk. 31).
2. Mit Eingabe vom 16. Mai 2018 erhob der Kläger fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 30). Mit Verfügung vom 17. Mai 2018 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 8'300.– zu leisten (Urk. 35). Dieser Vorschuss ging innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 36). Mit Verfügung vom 2. Juli 2018 wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 37). Die rechtzeitig erstattete Berufungsantwort datiert vom 4. September 2018 (Urk. 38). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2018 wurde die Berufungsantwort dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 39). Weitere Eingaben erfolgten nicht.
3. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Klägers richtet sich gegen die Dispositivziffern 1, 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 30 S. 2). Er hat somit gegen Dispositivziffer 2, womit die Vorinstanz ihre Entscheidgebühr festsetzte, keine Berufung erhoben. Hinsichtlich der Kostenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgt indessen keine Vormerknahme der (Teil-)Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3).

3.1. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. 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). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsver-

fahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, 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. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

3.2. Die Beklagte moniert, dass der Kläger in der Berufungsschrift eventualiter verlangt habe, der repräsentative Zeitraum für die Beurteilung, ob sein Einkommen den fünffachen Medianlohn überstiegen habe, sei auf die Jahre 2006 bis 2013 zu beschränken, was er damit begründet habe, dass sich die beruflichen Anforderungen seit 2006 nicht mehr geändert hätten, ohne darzutun, weshalb diese neue Tatsachenbehauptung von der Rechtsmittelinstanz zugelassen werden solle (Urk. 38 Rz. 17). Ob dies zutrifft, kann offen bleiben, weil, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, auf die entsprechenden Ausführungen des Klägers nicht abzustellen ist.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-29). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

III. Materielles

1.1. Der Kläger absolvierte beim B1._____ von 1991 bis 1994 eine Lehre als Kaufmännischer Angestellter (Urk. 5/3). Nach Beendigung seiner Lehre arbeitete er im Bereich Wertschriftenhandel Obligationen. Das Arbeitsverhältnis ging 1998 auf die Beklagte über (Urk. 1 Rz. 7; Urk. 16 Rz. 5; Urk. 18/1). Ab dem 1. Juli 1999 war der Kläger bei der Beklagten als "Associate Director" angestellt (Urk. 1 Rz. 7). Per 1. März 2006 wurde er zum "Director" befördert (Urk. 1 Rz. 7; Urk. 16 Rz. 8; Urk. 18/3). Die Beklagte stellte den Kläger mit Schreiben vom 27. November 2012 frei und kündigte ihm mit Schreiben vom 14. Januar 2013 mit Wirkung per 31. Juli 2013. Aufgrund einer Krankheit des Klägers verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 31. August 2013 (Urk. 1 Rz. 8; Urk. 5/6-8).

1.2. Gemäss vom Kläger bestätigter (Urk. 30 Rz. 6 f.) und von der Beklagten anerkannter (Urk. 38 Rz. 5) Sachverhaltserstellung der Vorinstanz erhielt der Kläger im Jahr 2004 einen Fixlohn von Fr. 100'000.– und ab März 2005 einen solchen von Fr. 115'000.–. Nach seiner Beförderung zum "Director" per März 2006 erhielt er einen Fixlohn in der Höhe von Fr. 130'000.–. In den Folgejahren erhöhte sich der Fixlohn jeweils ab März auf Fr. 140'000.– bzw. Fr. 155'000.– bzw. Fr. 170'000.– und belief sich ab dem Jahr 2010 auf Fr. 180'000.–. Für das Austrittsjahr 2013 betrug der anteilmässige Fixlohn bis zum 31. August 2013 Fr. 120'000.–. Neben dem Fixlohn wurden dem Kläger variable Vergütungen ausgeschüttet. Von 2009 bis 2010 wurden dem Kläger zusätzlich sogenannte aktienbasierte "EOP Awards" zugeteilt. Weiter erhielt der Kläger als "Bonus" betitelte Bar-Leistungen, wobei der Bonus für das Jahr 2004 auf Fr. 180'000.– festgesetzt wurde, der Bonus 2005 sich auf Fr. 190'000.– belief und der Bonus 2006 Fr. 175'000.– betrug. Der Bonus 2007 belief sich auf Fr. 75'000.–, während der Bonus 2008 Fr. 11'000.– ausmachte. Der Bonus 2009 belief sich auf Fr. 222'000.– und der Bonus 2010 auf Fr. 162'000.–. Im Austrittsjahr 2013 erhielt der Kläger zusätzlich zum anteilmässigen Fixlohn von Fr. 120'000.– eine Abgangsschädigung. Daneben erhielt er weitere Zahlungen aus Beteiligungen. Er erhielt jedoch, wie schon für die beiden Vorjahre (2011 und 2012), keinen Bonus (Urk. 31 S. 3).

2.1. Der Kläger verlangte vor Vorinstanz, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 88'784.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. September 2013 zu bezahlen (Urk. 1 S. 2), nämlich die Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn für das Jahr 2012 in Höhe von Fr. 367'725.– und den ihm im Jahr 2012 ausbezahlten Fr. 278'941.– (Fr. 180'000.– Fixlohn und Fr. 98'941.– aus Übertragung der Verfügungsgewalt über früher zugeteilte Mitarbeiteraktien), nebst Zins (Urk. 1 Rz. 16 und Rz. 38). Diese Forderung wurde von der Beklagten bestritten (Urk. 16 S. 2 und Rz. 16 ff.; Urk. 27 S. 2 und Rz. 7 ff.; Prot. I S. 6 ff.). Die Vorinstanz wies die Klage vollumfänglich ab (Urk. 31 S. 18, Dispositivziffer 1).

2.2. Zur Begründung der Abweisung der Klage führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, im Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 1998 sei hinsichtlich der Bonuszahlungen folgende Vereinbarung getroffen worden: "Der Spezialbonus hängt primär von der Höhe der im vergangenen Jahr erarbeiteten Resultate ab und wird vor allem nach Massgabe des persönlichen Leistungsbeitrages zu deren Erreichen zugesprochen. Er ist nach oben und unten variabel. Der Spezialbonus stellt eine freiwillige Leistung der Bank dar; ein Anspruch auf Ausrichtung eines Spezialbonus besteht nicht." Aus den Reglementen und den Bonusschreiben ("Compensation Statements") gehe sinngemäss ebenfalls hervor, dass der Beklagten sowohl beim Entscheid über die Auszahlung eines Bonus als auch bei der Bemessung einer solchen volles Ermessen zustehe. So werde in Art. 38 des Personalreglements zum Bonus Folgendes vermerkt: "Auch wenn über mehrere aufeinander folgende Jahre ein Bonus ausgerichtet worden ist, kann dadurch kein Anspruch auf künftige Zahlungen oder eine bestimmte betragliche Höhe des Bonus abgeleitet werden". In den Bonusschreiben und den "Arbeitsvertragsreglementen Direktion" fänden sich Klauseln mit identischem Wortlaut. Die schriftlich getroffenen Vereinbarungen liessen den Bonus somit zunächst als echte Gratifikation erscheinen. Ob eine derart ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige Vergütung tatsächlich eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstelle, hänge nach der Rechtsprechung unter anderem vom Verhältnis der freiwilligen Vergütung zum vereinbarten Lohn ab (Akzessorietät). Dies gelte aber nicht absolut. So habe das Bundesgericht unlängst festgehalten, dass bei sehr hohen Einkommen kein Anlass bestehe, mit den Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend in die Partei-

autonomie/Parteiabrede einzugreifen. In einem ersten Schritt sei daher zu ermitteln, ob das klägerische Einkommen als sehr hoch zu qualifizieren sei und sich eine weitere Prüfung erübrige. In diesem Fall sei eine – wie vorliegend – in das Ermessen des Arbeitgebers gestellte Vergütung in jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren. Gemäss dem Bundesgericht sei ab dem fünffachen Medianlohn von einem sehr hohen Einkommen auszugehen. Zur Beurteilung, ob eine solch hohe Vergütung vorliege, sei in der Regel auf den Jahreslohn im entsprechenden resp. in diesem bestimmten Jahr abzustellen.

Vorliegend sei das Einkommen des Klägers im Jahr 2012 zu betrachten. In diesem Jahr hätten sich dessen Gesamteinkünfte auf Fr. 278'941.– belaufen. Seine gesamthafte Vergütung sei somit unter der vom Bundesgericht statuierten Grenze für einen sehr hohen Lohn gelegen (Medianlohn im Jahr 2012: Fr. 73'416.– pro Jahr; fünffacher Medianlohn: Fr. 367'080.–). Die Beklagte habe in diesem Zusammenhang jedoch vorgebracht, der Kläger habe einzig im Jahr 2012 kurzzeitig ein Einkommen erzielt, das unter dem fünffachen Medianlohn gelegen habe. Gemäss der Beklagten mache das ihn noch nicht schutzwürdig, zumal er vorher und nachher sehr gut entschädigt worden sei, das Einkommen für das Jahr 2012 immer noch als hoch zu bezeichnen sei und er weitaus mehr verdient habe, als er für die Bestreitung seines Lebensunterhalts benötigt habe. Es rechtfertige sich gemäss der Beklagten nicht, in diesen Situationen isoliert nur die Verhältnisse während eines ausgewählten Jahres (i.c. 2012) zu betrachten. Vielmehr müssten gemäss der Beklagten aussagekräftige, repräsentative Zahlen verwendet werden. Im Fall des Klägers zeige sich gemäss der Beklagten schnell, dass er bei dieser Betrachtungsweise einen sehr hohen Lohn erzielt habe und damit jegliche Legitimation fehle, in eine klare und zulässige Parteiabrede einzugreifen.

Führe man sich – so die Vorinstanz – die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Erfordernis der Akzessorietät bei sehr hohen Löhnen vor Augen, so gehe es in erster Linie um die Frage, ob ein als Top-Verdiener einzustufender Arbeitnehmer noch schutzwürdig sei. Das Bundesgericht habe zwar festgehalten, dass auf die Einkünfte im entsprechenden Jahr abzustellen sei. Mit Urteil 4A_557/2015 habe es aber entschieden, dass es sich rechtfertige, auf eine andere resp. längere

Zeitperiode abzustellen, sofern die Einkünfte in der strittigen Periode nicht repräsentativ seien. So habe es festgehalten, um die Aussagekraft der Einkünfte sicherzustellen, sei ausnahmsweise auf die während der gesamten strittigen Periode erzielten Einkünfte abzustellen. Das sei insbesondere angezeigt, wenn ein Arbeitnehmer im zweiten strittigen Jahr nur noch während einiger Monate bei der fraglichen Arbeitgeberin tätig gewesen sei (BGer 4A_557/2015 vom 22. Juni 2016 [= BGE 142 III 456], E. 3.2). Der Entscheid zeige, dass es sich im Einzelfall rechtfertige, nicht strikt von einem Jahreslohn auszugehen. Um eine aussagekräftige Beurteilung der Einkommenssituation im Einzelfall zu erhalten, solle eine breitere Betrachtung vorgenommen werden. Dass bezüglich Bonusforderungen eine gesamtheitliche Betrachtung erforderlich sei, ergebe sich auch aus anderen höchstrichterlichen Entscheiden. Mit Urteil 4A_714/2016 vom 29. August 2017 habe das oberste Gericht zudem seine Rechtsprechung zur Akzessorietät weiter verschärft. Das Akzessorietätserfordernis bei mittleren bis hohen Einkommen solle erst spielen, wenn der Bonus mindestens die Höhe des Grundlohns erreiche. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lasse sich zusammenfassend entnehmen, dass im Einzelfall eine Gesamtbetrachtung erfolgen solle, wobei dies insbesondere im Zusammenhang mit der Ermittlung der relevanten Einkünfte zu gelten habe. Es solle letztlich auf ein repräsentatives Einkommen abgestellt werden, wobei zudem die Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmer mit einem mittleren bis sehr hohen Lohn nicht leichtfertig angenommen werden solle. Der Kläger habe in den Jahren 2007 bis 2013 durchschnittlich eine Gesamtvergütung von gerundet Fr. 326'135.– brutto (Fr. 314'932.– + Fr. 232'985.– + Fr. 193'565.– + Fr. 398'799.– + Fr. 432'513.– + Fr. 278'941.– + Fr. 431'211.– : 7) erzielt. Bereits dabei handle es sich eindeutig um einen hohen Lohn. Betrachte man nur die letzten Jahre – die Jahre 2010 bis und mit 2013 – habe der Kläger durchschnittlich gar Fr. 385'366.– verdient (Fr. 398'799.– + Fr. 432'513.– + Fr. 278'941.– + Fr. 431'211.– : 4). Darauf sei abzustellen, zumal im Jahr 2010 der Fixlohn des Klägers (letztmals) auf Fr. 180'000.– erhöht worden sei. Der Kläger habe mithin ein durchschnittliches Einkommen erzielt, welches über dem fünffachen Medianlohn gelegen sei. Daran vermöge auch das sinngemässe klägerische Vorbringen nichts zu ändern, dass die im Jahr 2013 bezahlte Abgangsentschädigung nicht berücksichtigt werden

könne, da es sich um eine gemäss dem Sozialplan zwingend geschuldete und für die Zukunft gedachte finanzielle Reserve handle. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei einzig auf die tatsächlichen Einkünfte abzustellen. Es komme gemäss BGer 4A_69/2016 vom 17. August 2016 nicht darauf an, ob die tatsächlich erzielten Einkünfte regelmässige oder einmalige Lohnzahlungen seien, ob es sich um Zahlungen für besondere Projekte oder Anstrengungen, (andere) Gratifikationen, Prämien zu irgendwelchen Anlässen oder anderes handle. Dies habe entgegen der klägerischen Ansicht auch für die von der Beklagten freiwillig ausgerichtete Abgangsentschädigung zu gelten. Bei Einkünften, wie sie der Kläger erzielt habe, könne nicht von einer besonderen Schutzwürdigkeit ausgegangen werden. Insbesondere erscheine es auch nicht angezeigt, eine solche für das Jahr 2012 anzunehmen. Diese Einschätzung habe umso mehr zu gelten, als aufgrund der Rechtsschriften der Eindruck entstehe, der Kläger versuche (einzig) anhand des einmal tiefer ausgefallenen Gesamtlohns einen Bonusanspruch herzuleiten. So mache er nicht einmal eindeutig geltend, ob es sich nun um den Bonus 2012 oder den Bonus 2011, welcher im Jahr 2012 ausbezahlt worden wäre, handle. Für ihn sei in erster Linie entscheidend, dass er im Jahr 2012 für einmal nicht einen den fünffachen Medianlohn übersteigenden Lohn bzw. dass er nicht einen den vor- und nachgehenden Jahren entsprechenden Lohn erhalten habe. Vor diesem Hintergrund rechtfertige es sich, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und für den Entscheid auf das durchschnittliche Einkommen des Klägers von Fr. 385'366.– abzustellen. Der Kläger sei in Würdigung der gesamten Umstände ohne Weiteres in die Kategorie der Top-Verdiener einzureihen. Das Gericht habe vorliegend nicht korrigierend in die gültig vereinbarten Parteiabreden einzugreifen. Es handle sich demgemäss um eine Gratifikation, auf die kein Anspruch bestehe, weshalb die Klage abzuweisen sei (Urk. 31 S. 13 ff.).

3. Der Kläger macht in der Berufungsbegründung im Wesentlichen geltend, er habe in allen Jahren zwischen 2000 und 2011 neben dem Fixlohn einen Bonus in der Höhe von durchschnittlich 122 % des Fixlohns erhalten. Er sei der Auffassung, dass die Beklagte ihm im Jahr 2012 eine Gesamtvergütung von Fr. 399'600.– geschuldet hätte, da sein Fixlohn Fr. 180'000.– betragen habe und dieser um 122 % durch einen Bonus zu erhöhen gewesen wäre. Aufgrund der

neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei eine Gratifikation Ermessenssache, sobald sie den Betrag des fünffachen Medianlohns von Fr. 367'725.– für das Jahr 2012 übersteige. Dementsprechend habe er die Differenz der im Jahr 2012 ausgerichteten Vergütung von Fr. 278'941.– zum fünffachen Medianlohn für das Jahr 2012 eingeklagt, was Fr. 88'784.– zuzüglich Zinsen ergebe (Urk. 30 Rz. 11). Die Vorinstanz sei fälschlicherweise zum Schluss gekommen, dass er ein sehr hohes Einkommen erzielt habe und damit nicht schutzbedürftig sei. Sie hätte ihn als schutzbedürftig qualifizieren und weiter prüfen müssen, ob der Bonus als geschuldetes Entgelt für die Arbeit zu qualifizieren sei. Da in casu kein Ermessen bei der Auszahlung vorgelegen habe, der Bonus regelmässig ausgerichtet worden sei und er zudem nicht bloss akzessorisch gewesen sei, hätte die Klage gutgeheissen werden müssen. Mit Erw. 2.4. habe die Vorinstanz das Recht verletzt, weil es unzulässig sei, die Abgangsentschädigung mitzurechnen, wenn beurteilt werden müsse, ob ein Arbeitnehmer schutzwürdig sei (Urk. 30 Rz. 13 ff.). Sodann sei die Vorinstanz in Erw. 2.5. zu Unrecht davon ausgegangen, dass er nicht einmal eindeutig geltend gemacht habe, ob es sich nun um den Bonus 2012 oder den Bonus 2011, welcher im Jahr 2012 ausbezahlt worden wäre, handle. Aus seinen Rechtsschriften, namentlich aus Rz. 10 der Klage und Rz. 14, 17, 28, 36, 46, 48, 50 und 74 der Replik ergebe sich, dass es um den Bonus für das Jahr 2011 gehe, der im Jahr 2012 ausbezahlt worden wäre (Urk. 30 Rz. 17). Zudem hätte die Vorinstanz mindestens alle Jahre von 1998 bis 2013 berücksichtigen müssen, um das Durchschnittseinkommen ins Verhältnis zum fünffachen Medianlohn zu setzen. Seit 1998 habe er in der gleichen Tätigkeit bei der Beklagten gearbeitet (Urk. 30 Rz. 18). Eventualiter wäre der Zeitraum 2006 bis 2013 zu betrachten, weil er erst seit 2006 als Director gearbeitet habe und Mitglied der Direktion geworden sei. Dies sei der letzte Karriere-Meilenstein gewesen. Danach hätten sich die beruflichen Anforderungen nicht mehr geändert (Urk. 30 Rz. 19). Es sei völlig willkürlich, die für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit massgebliche Periode ab 2010 zu definieren. Dies sei die aus seiner Sicht schlechteste Periode, da die Vorinstanz damit die einkommensmässig schwachen Jahre 2007 bis 2009 einfach ausgeklammert habe. Für diese Einschränkung bestehe auch gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Rechtsgrundlage. Bei der Teilklage

über Fr. 30'000.–, mit der er 2014 einen Teil der Boni für die Jahre 2011, 2012 und 2013 gefordert habe, habe die Vorinstanz am 9. Februar 2015 entschieden, dass für das Jahr 2012 alleine mindestens noch eine offene Lohnforderung von Fr. 30'000.– bestanden habe. Entsprechend sei die Klage gutgeheissen worden. Überdies habe die Vorinstanz entschieden, dass die Vergütungen der Beklagten seine Lebenskosten nicht bei Weitem überstiegen hätten, und festgehalten, dass er dem Grundsatz nach zusätzlich zum Fixlohn Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus habe. Das Obergericht habe diesen Entscheid bestätigt und festgehalten, die für die Jahre 2009 und 2010 ausgerichteten variablen Vergütungen hätten das fixe Salär bei Weitem überstiegen und insofern die beiden "mageren" Jahre zuvor kompensiert; die Vorinstanz sei angesichts dieser Entwicklung zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Beklagten regelmässig ausbezahlten Boni nicht mehr akzessorisch erschienen. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen erscheine es besonders willkürlich, dass die Vorinstanz für die Berechnung der Schutzwürdigkeit nur die Jahre ab 2010 betrachte und die Jahre 2007 und 2008 ausser Acht gelassen habe (Urk. 30 Rz. 20 ff.).

4. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung. Sie argumentiert im Wesentlichen, die von ihr ausgerichtete Abgangsentschädigung stelle eine massgebliche Einkunft dar und müsse entsprechend für die Frage der Schutzwürdigkeit eines Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Die Vorinstanz habe die Abgangsentschädigung zu Recht mitberücksichtigt. Für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit seien alle Einkünfte, die ein Arbeitnehmer während einer bestimmten Periode vom Arbeitgeber beziehe, unabhängig vom Rechtsgrund, Titel oder Zweck, zu berücksichtigen. Die Vorinstanz habe folgerichtig entschieden, dass die durchschnittlichen Einkünfte des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis mit ihr über dem fünffachen Medianlohn gelegen seien und das Gericht nicht korrigierend in die gültige Parteiabrede einzugreifen habe. Bei der klägerischen Rüge, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen sei, weil sie die Zeitperiode für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit auf die Jahre 2010 bis 2013 festgelegt habe, werde die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts ignoriert. Danach lasse sich die Frage, ob ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag ein sehr hohes Einkommen erziele, in der Regel mit Blick auf ein Jahr beantworten. Um die Aussagekraft der

Einkünfte sicherzustellen, sei ausnahmsweise auf die während der gesamten strittigen Periode erzielten Einkünfte abzustellen. Das Bundesgericht lege der Beurteilung der Schutzwürdigkeit also eine repräsentative, aussagekräftige Zeitperiode zugrunde, die im Einzelfall zwischen 6 und 17 Monate betragen habe. Vorliegend habe die Vorinstanz die repräsentative Zeitperiode auf die Jahre 2010 bis 2013 und somit auf 44 Monate festgelegt, weil der Fixlohn des Klägers im Jahr 2010 letztmals erhöht worden sei. In der Folge seien das Vergütungsmodell des Klägers im Allgemeinen und der Fixlohn im Speziellen unverändert geblieben. Die Vorinstanz habe damit ein sachgerechtes Kriterium für den Beginn der repräsentativen Zeitspanne festgelegt und sei demzufolge nicht in Willkür verfallen. Für den Fall, dass die Rüge des Klägers im Grundsatz zu hören wäre, dann, so die Beklagte weiter, mit einer anderen Folge: Da das Bundesgericht die relevante Zeitperiode im Einzelfall jeweils um einzelne Monate, nicht jedoch um Jahre oder, wie vom Kläger gefordert, um mehr als ein Jahrzehnt erweitert resp. beschränkt habe, wäre eventualiter die Zeitspanne auf Anfang 2012 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses im August 2013 festzulegen. Dadurch würde die strittige Periode im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um wenige Monate erweitert, um eine (ebenfalls) repräsentative Zeitspanne zu erhalten. Der Kläger habe in dieser Zeitspanne den fünffachen Medianlohn jedoch ebenfalls deutlich übertroffen. Dieser habe für die fraglichen 20 Monate Fr. 613'513.33 (Fr. 367'080.– + [Fr. 369'650.– / 12 x 8]) betragen, während der Kläger in dieser Zeitspanne ein Einkommen von Fr. 710'152.– (Fr. 278'941.– im Jahr 2012, Fr. 431'211.– im Jahr 2013) erzielt habe, weshalb er die massgebliche Schwelle um knapp Fr. 100'000.– übertroffen habe. Der Kläger seinerseits habe seine Ansicht, die repräsentative Zeitspanne müsse von 1998 bis 2013 reichen und somit mehr als 15 Jahre umfassen, nicht begründet. Ein derart langer Zeitraum würde auch den verschiedensten Änderungen seiner Tätigkeiten und Verantwortlichkeiten nicht gerecht (Urk. 38 Rz. 5 ff.).

5.1. Der Begriff des Bonus wird im Obligationenrecht nicht definiert. Es kann sich dabei um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder um einen Bestandteil des Lohns im Sinne von Art. 322 OR handeln. Ob es sich um das eine oder das andere handelt, ist im Einzelfall zu prüfen (BGE 142 III 381 E. 2 f. m.w.H.; BGE

141 III 407 E. 4). Die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Abgrenzung einer Gratifikation von Lohn (vgl. Urk. 31 S. 8 ff.) sind zutreffend: Bei einer Gratifikation handelt es sich um eine Sondervergütung, die neben dem Lohn an bestimmten Anlässen ausgerichtet wird und deren Ausrichtung zumindest teilweise vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Dies ist dann anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber jedenfalls bei der Festsetzung der Höhe ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein. Ob eine ins Ermessen des Arbeitgebers gestellte freiwillige Vergütung eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstellt, hängt nach der Rechtsprechung weiter von der Höhe des Gesamteinkommens aus Arbeitsvertrag und allenfalls vom Verhältnis der freiwilligen Vergütung zum vereinbarten Lohn ab. Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, muss eine Gratifikation gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben und darf im Rahmen der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen, denn dem Arbeitgeber soll es verwehrt sein, die eigentliche Vergütung des Arbeitnehmers in Form einer (freiwilligen) Gratifikation auszurichten. Daher kann es sich auch bei einem Bonus, dessen Ausrichtung nach der Vereinbarung der Parteien ins Ermessen des Arbeitgebers gestellt ist, um einen (variablen) Lohnbestandteil handeln. Dies kann der Fall sein, wenn sich die entsprechende Vergütung nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist und regelmässig bezahlt wird. Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und dem freiwilligen Bonus liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGE 142 III 381 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Erzielt der Arbeitnehmer ein sehr hohes Gesamteinkommen, das seine wirtschaftliche Existenz bei Weitem gewährleistet bzw. die Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann das Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation aber kein entscheidendes Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. In diesem Fall entfällt die Akzessorietätsprüfung und ist eine ins Ermessen des Arbeitgebers gestellte freiwillige Vergütung in

jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren. Als sehr hohe Entschädigung wird ein Einkommen aus Arbeitsvertrag angesehen, das den fünffachen Medianlohn übersteigt (BGE 142 III 381 E. 2.2 ff. m.w.H.).

5.2. Wie bereits von der Vorinstanz angesprochen wurde (Urk. 31 S. 13 und S. 15) hat das Bundesgericht mit Urteil 4A_714/2016 vom 29. August 2017, E. 3.3.3., seine Rechtsprechung weiter konkretisiert. Nach diesem Urteil ist bei Löhnen, die zwischen dem einfachen und dem fünffachen Medianlohn liegen, von mittleren und höheren Einkommen im Sinne der Rechtsprechung auszugehen, bei denen das Akzessorietätskriterium – jedenfalls in der Regel – nicht erfüllt ist, wenn der Bonus mindestens die Höhe des Grundlohns erreicht (vgl. BGE 142 III 456 E. 3.1; BGE 142 III 381 E. 2.2.1; BGE 141 III 407 E. 4.3).

5.3. Dem Kläger ist beizupflichten, dass sich entgegen E. III./2.5. des angefochtenen Urteils jedenfalls aus den Rz. 14, 17, 28, 46 und 48 der Replik (Urk. 24 S. 3 ff.) klar ergibt, dass sich seine Klage auf den Bonus für das Jahr 2011, der im Jahr 2012 auszubezahlen gewesen wäre, bezieht (vgl. die entsprechende Rüge des Klägers in Urk. 30 Rz. 17). Auf Seite 4 des angefochtenen Urteils gab die Vorinstanz die entsprechenden Parteibehauptungen des Klägers denn auch in diesem Sinne wieder.

5.4. Die Einschätzung der Vorinstanz, die schriftlich zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen liessen den Bonus zunächst als echte Gratifikation erscheinen (Urk. 31 S. 14), wurde zu Recht von keiner der Parteien in Frage gestellt. Die Vorinstanz prüfte daher folgerichtig, ob der Kläger dennoch Anspruch auf einen Bonus für das Jahr 2011 habe, verneinte dies aber, weil sie ihn als Top-Verdiener qualifizierte, weshalb sie nicht korrigierend in die gültig vereinbarten Parteiabreden einzugreifen habe (Urk. 31 S. 17). Der Ansicht der Vorinstanz, es seien für die Prüfung der Frage, ob der Kläger ein sehr hohes Einkommen erzielt habe und demzufolge nicht schutzbedürftig sei, neben dem Jahr 2012 auch die Jahre 2010, 2011 und 2013 einzubeziehen, kann indes nicht gefolgt werden. Im von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang zitierten BGE 142 III 456 (= BGer 4A_557/2015 vom 22. Juni 2016), führte das Bundesgericht in E. 3.2 aus, grundsätzlich betrachte man das tatsächlich vom Arbeitnehmer *während des Jahres* er-

haltene Einkommen. Ausnahmsweise werde der repräsentative Charakter besser gewährleistet, wenn man die *während der streitigen Zeitspanne* tatsächlich erhaltene Entschädigung in Betracht ziehe. Die Berücksichtigung dieser Zeitspanne werde insbesondere dann geeignet sein, wenn der Arbeitnehmende seine berufliche Tätigkeit im zweiten streitigen Jahr lediglich während einiger Monate ausgeübt habe. In der Folge stellte das Bundesgericht im von ihm zu beurteilenden Fall auf das Jahr 2011 und die 5 Monate des Jahres 2012, in denen das Arbeitsverhältnis noch andauert hatte, insgesamt mithin auf 17 Monate ab (a.a.O., E. 3.3), wobei der Bonus des Jahres 2011, der im Jahr 2012 auszuzahlen gewesen wäre, strittig war und es sich somit bei diesen 17 Monaten um die streitige Periode handelte. In BGE 144 III 452 E. 2.3.3 erwog das Bundesgericht Folgendes:

"In **BGE 143 III 254** E. 3.2 hat das Bundesgericht ausgeführt, ob der Kläger bei teilbarem Leistungsbegehren mit dem behaupteten Lebenssachverhalt aus objektiver Sicht mehrere Streitgegenstände zur Beurteilung stelle, beurteile sich "auch mit Rücksicht auf das materielle Recht". Abgesehen von diesem Grundsatz lassen sich der Rechtsprechung allerdings keine allgemeingültigen Kriterien zur Abgrenzung von einheitlichen Lebenssachverhalten entnehmen, wie im Schrifttum denn auch in verschiedener Hinsicht bemängelt wurde:
Einerseits wurde in einer Urteilsanmerkung zu **BGE 142 III 683** als fraglich bezeichnet, "ob der Ablauf eines Kalenderjahres für sich allein genommen einen neuen Lebenssachverhalt" schaffe (MARGHITOLA, Die Eintretensfrage bei der Teilklage, ius.focus 6/2017). Dieser Entscheid ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das Bundesgericht im Hinblick auf die Frage, ob Boni als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren sind, auf die tatsächlichen Bezüge *in einer bestimmten Zeitperiode* abstellt, in der Regel einer Jahresperiode. Diese tatsächlichen Einkünfte werden dann dem Medianlohn in diesem Jahr gegenübergestellt (siehe im Einzelnen **BGE 142 III 456** E. 3, 381 E. 2; **141 III 407** E. 4-6). Insofern werden rein tatsächlich (vgl. **BGE 142 III 456** E. 3.2 S. 460: "approche factuelle") unterschiedliche Perioden innerhalb des gleichen Arbeitsverhältnisses unterschieden, die aber zu unterschiedlichen materiellen Ansprüchen führen. (...)"

Damit ist klar, dass das Bundesgericht in BGE 142 III 456 E. 3.2 nicht etwa von seiner Haltung, dass grundsätzlich auf das vom Arbeitnehmer während eines Jahres erzielte Einkommen abzustellen ist, abrücken wollte und es insbesondere nicht darum geht, ob der Arbeitnehmer im Durchschnitt verschiedener Jahre mindestens den fünffachen Medianlohn als Einkommen erzielte. Darauf aber läuft die Interpretation der Vorinstanz im Ergebnis hinaus. Auch in den nach BGE 142 III 456 ergangenen BGer 4A_13/2018, 4A_17/2018 vom 23. Oktober 2018, E. 5.3.2.1., BGer 4A_463/2017 vom 4. Mai 2018, E. 3.1.4.2. und BGer 4A_485/2016

und 4A_491/2016 vom 28. April 2017, E. 4.3., wird im Übrigen von der dargelegten Bestimmung der massgeblichen Zeitspanne ausgegangen.

5.5. Die *streitige Zeitspanne* betrifft im vorliegenden Fall einzig die Jahre 2011 und 2012, weil die Beklagte nach Darstellung des Klägers im Jahr 2012 einen Bonus für das Jahr 2011 hätte ausbezahlen müssen. Da der Kläger während des ganzen Jahres 2012 bei der Beklagten angestellt war, liegt indes kein Fall einer bloss noch wenige Monate andauernden und insoweit nicht repräsentativen Zeitdauer vor. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, aus dem vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatz abzuweichen wäre. Vor dem Hintergrund der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit für die Frage, ob eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien gerechtfertigt ist, was jedenfalls zu verneinen wäre, wenn der Kläger ein sehr hohes, den fünffachen Medianlohn übersteigendes Einkommen erzielte, einzig auf das Jahr 2012 abzustellen. Damit kann nicht nur offen bleiben, ob die Abgangsentschädigung, die der Kläger im Jahr 2013 erhielt, bei der Berechnung, ob sein Einkommen den fünffachen Medianlohn überstieg, zu berücksichtigen ist (so die Beklagte: Urk. 16 Rz. 21 ff.; Urk. 38 Rz. 5 ff.; Prot. I S. 8) oder nicht (so der Kläger: Urk. 1 Rz. 18; Urk. 24 Rz. 68; Urk. 30 Rz. 16), sondern auch, ob die Frage, ob im Jahr 2012 ein Bonus für das Jahr 2011 geschuldet war, von Leistungen der Beklagten im Jahr 2013 abhängig sein kann, wenn der Bonusanspruch für das Jahr 2011 im darauffolgenden Jahr, 2012, fällig wurde, wie dies vorliegend gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung des Klägers der Fall war (vgl. Urk. 24 Rz. 14, 17, 28, 46, 48 und 50).

5.6. Im Jahr 2012 erhielt der Kläger gemäss übereinstimmender Parteidarstellung Fr. 278'941.– brutto ausbezahlt, weshalb sein Einkommen um Fr. 88'139.– unter dem fünffachen Medianlohn des Jahres 2012 in Höhe von Fr. 367'080.– (Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung, monatlicher Bruttolohn nach Wirtschaftszweigen, Kompetenzniveau und Geschlecht - privater Sektor, Tabelle TA1, abrufbar im Internet unter www.bfs.admin.ch) lag. Somit war die Vergütung, die der Kläger für seine Arbeitstätigkeit bei der Beklagten unter Ausklammerung des verlangten Bonus im Jahr 2012 tatsächlich erhielt, *nicht* sehr hoch im Sinne der dargelegten bundesgerichtlichen Praxis, sondern lag im Be-

reich der mittleren bis höheren Einkommen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nämlich im Bereich zwischen dem einfachen und dem fünffachen Medianlohn. Zählt man indes die von ihm als Bonus eingeklagte Summe von Fr. 88'784.– hinzu, kommt man auf Fr. 367'725.– und somit auf einen Betrag, der den fünffachen Medianlohn *um Fr. 645.– übersteigt*. Dies war indes nicht die Absicht des Klägers. Er wollte eine Summe einklagen, die genau der Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn und den von der Beklagten geleisteten Zahlungen entspricht und somit gerade nicht eine den Medianlohn übersteigende Vergütung im Jahr 2012 beanspruchen. Dass er dies dennoch tat, liegt darin begründet, dass er beim fünffachen Medianlohn von einem falschen Betrag ausging, nämlich (gemäss Urk. 1 Rz. 36 gestützt auf BGE 142 III 381 E. 2.5, in welchem es allerdings nicht um das Jahr 2012, sondern um die Periode vom 1. April 2012 bis 31. März 2013 ging) von Fr. 367'725.– anstatt von Fr. 367'080.–. Da der Kläger klar zu verstehen gab, gerade keine den fünffachen Medianlohn übersteigende Vergütung für das Jahr 2012 zu beanspruchen (vgl. Urk. 1 Rz. 16 und Rz. 38; vgl. auch Urk. 30 Rz. 11), ist darauf abzustellen und demzufolge von einem Forderungsbetrag von Fr. 88'139.– nebst Zins zu 5% seit 1. September 2013 auszugehen. Dies hat allerdings zur Folge, dass die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz im Mehrumfang im Ergebnis gerechtfertigt war. Stellt man auf den Forderungsbetrag von Fr. 88'139.– ab, stellt sich die Frage der Akzessorietät, d.h. ob der als freiwillige Leistung vereinbarte Bonus aufgrund der Gestaltung und Handhabung der Entlohnung namentlich wegen dessen verhältnismässiger Höhe zum Grundlohn als Gratifikation oder aber als (variabler) Lohnbestandteil zu qualifizieren ist, denn damit verlangt der Kläger für das Jahr 2012 eine Vergütung genau in der Höhe des fünffachen Medianlohns.

5.7.1. Die Vorinstanz hat die Frage der Akzessorietät nicht geprüft. Dies kann indessen im Berufungsverfahren nachgeholt werden. Dabei ist von der vom Kläger bestätigten (Urk. 30 Rz. 6 f.) und von der Beklagten anerkannten (Urk. 38 Rz. 5) Sachverhaltserstellung der Vorinstanz (Urk. 31 S. 3) auszugehen (wiedergegeben vorne unter Erw. III./1.2.). Nach dieser erhielt der Kläger in den Jahren 2004 bis 2013 folgenden Grundlohn und für die Jahre 2004 bis 2013 folgende Bar-Boni:

	Grundlohn (brutto) (im entsprechenden Jahr)	Bar-Bonus (brutto) (für das entsprechende Jahr)
2004	100'000.–	180'000.–
2005	112'500.–	190'000.–
2006	127'500.–	175'000.–
2007	138'333.–	75'000.–
2008	152'500.–	11'000.–
2009	167'500.–	222'000.–
2010	180'000.–	162'000.–
2011	180'000.–	umstritten
2012	180'000.–	---
2013 (8 Monate)	120'000.–	---

5.7.2. Dazu erhielt der Kläger mit Bezug auf die Jahre 2009 und 2010 auch aktienbasierte "EOP Awards" (Urk. 31 S. 3; Urk. 30 Rz. 6; Urk. 38 Rz. 5).

5.7.3. Somit hatte der Kläger in den Jahren zwischen 2005 und 2012 grundsätzlich folgende Ansprüche pro Jahr:

	Grundlohn (brutto)	Bar-Bonus (brutto)	EOP Awards	Total (brutto)
2005	112'500.–	180'000.–	---	292'500.–

2006	127'500.–	190'000.–	---	317'500.–
2007	138'333.–	175'000.–	---	313'333.–
2008	152'500.–	75'000.–	---	227'500.–
2009	167'500.–	11'000.–	---	178'500.–
2010	180'000.–	222'000.–	228'000.–*	630'000.–
2011	180'000.–	162'000.–	138'000.–**	480'000.–
2012	180'000.–	umstritten	---	

*: Urk. 24 Rz. 14; Entstehung der Anwartschaft per 26. Februar 2010

** : Urk. 24 Rz. 14; Entstehung der Anwartschaft per 28. Februar 2011

Dabei wurde das Total aufgrund von Aktienkäufen wegen der Diskontierung des Kaufpreises dafür in den Lohnausweisen jeweils nach unten korrigiert und wurden die EOP Awards erst ab dem Jahr 2011 fällig, weshalb sie zuvor nicht in den Lohnausweisen, sondern nur in deren Beilblättern erschienen.

5.7.4. Der Kläger ist der Auffassung, dass die EOP Awards dem Bonus zuzuordnen sind (Urk. 1 Rz. 10 ff. sinngemäss; Urk. 24 Rz. 36, Rz. 38 und Rz. 70), die Beklagte möchte sie dem Grundeinkommen zurechnen (Urk. 16 Rz. 35 ff., Rz. 55 und Rz. 70; Urk. 27 Rz. 19 f.; vgl. auch Prot. I S. 9 f.). Aufgrund des vom Kläger replicando zitierten Auszugs aus dem Geschäftsbericht 2009 der Beklagten (Urk. 24 Rz. 70), der von der Beklagten nicht bestritten wurde (vgl. Prot. I S. 12 zu Rz. 70 und Rz. 74), ist allerdings klar, dass seine Behauptung, er habe für das Jahr 2009 seinen Bonus gezwungenermassen teilweise in Aktien erhalten (Urk. 24 Rz. 70) zutrifft. Aus dem Auszug sowie einem weiteren, ebenfalls unbestritten gebliebenen Zitat zum Jahr 2010 (Urk. 24 Rz. 70) ergibt sich, dass der Kläger einen Teil seiner Boni 2009 und 2010 in Form von EOP Awards erhielt, weshalb diese Bonus-Bestandteile darstellen. Sie sind den Jahren, in denen die Anwartschaft entstand, zuzurechnen, auch wenn sie aufgrund der Sperrfrist effektiv erst später in

den Lohnausweisen aufschienen, und somit den Jahren 2010 (Fr. 228'000.–) und 2011 (Fr. 138'000.–).

5.7.5. Ausgehend von den dargelegten Zahlen wird klar, dass der Kläger in den Jahren ab 2005 bis zum umstrittenen Jahr 2012 nur gerade zwei Mal, nämlich in den Jahren 2008 und 2009, einen Bonus erhielt, der den Grundlohn nicht überstieg. Der durchschnittliche Grundlohn betrug in den fraglichen sieben Jahren Fr. 151'190.–, der Bonusdurchschnitt inkl. EOP Awards Fr. 197'286.– oder gut 130 % und überstieg damit sogar die vom Kläger (allerdings für eine längere Zeitspanne) genannten 122 %. Hinzu kommt, dass selbst für die beiden Jahre, in denen das Geschäftsergebnis unbestrittenermassen sehr schlecht ausfiel und die Beklagte einen grossen Verlust erlitt (vgl. Urk. 1 Rz. 12), ein Bonus ausbezahlt wurde und die verhältnismässig kleinen Boni für diese beiden Jahre durch diejenigen für die Folgejahre wettgemacht wurden. Unter diesen Umständen kann vorliegend nicht von einer Akzessorietät die Rede sein. Vielmehr muss der Bonus vor dem gegebenen Hintergrund als Lohnbestandteil betrachtet werden.

5.8. Das Argument der Beklagten, der Kläger habe gemäss dem "Arbeitsvertragsreglement Direktion" keinen Bonusanspruch gehabt, weil das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Auszahlung des Bonus gekündigt gewesen sei (Urk. 16 Rz. 46 ff. und Rz. 74), verfängt, wie der Kläger zu Recht anmerkte (Urk. 24 Rz. 17), schon hinsichtlich der zeitlichen Gegebenheiten nicht. Wie unter E. III./5.3. aufgezeigt wurde, verlangt der Kläger einen Bonus für das Jahr 2011, der im Februar 2012 auszuzahlen gewesen wäre (Urk. 24 Rz. 28 und Rz. 48). Das Arbeitsverhältnis wurde aber unbestrittenermassen erst am 14. Januar 2013 gekündigt (Urk. 1 Rz. 8).

6.1. Der Kläger verlangt wie dargelegt für das Jahr 2011 einen Bonus in Höhe der Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn des Jahres 2012 und den in diesem Jahr bereits erhaltenen Fr. 278'941.–, somit von Fr. 88'139.–. Dass er in diesem Jahr keine dafür adäquaten Leistungen erbracht hätte, macht die Beklagte nicht geltend. Soweit sie sich auf den Standpunkt stellt, die Geschäftszahlen des Jahres 2012 seien schlecht gewesen, weshalb kein Bonus geschuldet sei (Urk. 16 Rz. 50 f. und Rz. 74), ist ihr entgegen zu halten, dass der Bonus zwar im Jahr

2012 auszuzahlen gewesen wäre, aber das Geschäftsjahr 2011 betroffen hätte, und dass die Geschäftszahlen in jenem Jahr schlecht waren, machte sie nicht geltend; sie liess es bei einer pauschalen Bestreitung der klägerischen Behauptung, dass 2011 ein erfolgreiches Geschäftsjahr gewesen sei, in dem auch die Geschäftsleitung und der CEO Boni erhalten hätten (Urk. 24 Rz. 45 und 50), bewenden (Prot. I S. 10). Weitere Gründe, weshalb dem Kläger für das Jahr 2011 kein Bonus in Höhe von (lediglich) rund 45% des Bonusdurchschnitts der vorangegangenen Jahre zu gewähren wäre, nannte die Beklagte nicht. Sie ist daher zu verpflichten, dem Kläger für das Jahr 2011 einen Bonus in Höhe von Fr. 88'139.– zu bezahlen.

6.2. Der Kläger verlangt auf dem fraglichen Betrag Verzugszins in Höhe von 5% seit 1. September 2013. Die Beklagte bestreitet weder die Zinshöhe, die sich aus Art. 104 Abs. 1 OR ergibt, noch den Zinsenlauf. Letzterer ist ausgewiesen, weil die Beklagte nicht bestritt, dass der Bonus 2011 per Februar 2012 auszuzahlen gewesen wäre (so der Kläger: Urk. 24 Rz. 28 und Rz. 48).

7. Somit ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 88'139.– nebst Zins zu 5% seit 1. September 2013 zu bezahlen, und die Klage im Mehrumfang abzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtsgebühr wurde korrekt bemessen (Urk. 31 S. 17), weshalb Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils zu belassen ist. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind angesichts des nur geringfügigen Unterliegens des Klägers vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'300.– (Urk. 8) zu beziehen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 8'300.– zu ersetzen. Sodann hat die Beklagte dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die von der Vorinstanz errechnete Höhe (Urk. 31

S. 17) wurde zu Recht von keiner Partei beanstandet, weshalb sie auf Fr. 14'700.– (inkl. Mehrwertsteuer: Urk. 1 S. 2) festzusetzen ist.

2.1. Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 88'784.–.

2.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 8'300.– festzusetzen und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss (Urk. 36) zu verrechnen. Da die Beklagte praktisch vollumfänglich unterliegt, ist sie ihr aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO); entsprechend ist sie zu verpflichten, dem Kläger den geleisteten Vorschuss zu ersetzen.

2.3. Ausgangsgemäss hat die Beklagte den Kläger für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die von der Beklagten an den Kläger zu leistende Parteientschädigung ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 7'350.– (inkl. Mehrwertsteuer: Urk. 38 S. 2) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 88'139.– nebst Zins zu 5% seit 1. September 2013 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr (Dispositivziffer 2) wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 8'300.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 14'700.– zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'300.– festgesetzt.

6. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 8'300.– zu ersetzen.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'350.– zu bezahlen.
8. 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.

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 88'784.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Februar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

MLaw K. Peterhans

versandt am:

sf