

# Arbeitsgericht Zürich

1. Abteilung



---

Geschäfts-Nr.: AN100077-L / U1

Mitwirkend: [REDACTED]

## Beschluss und Urteil vom 13. Dezember 2011

in Sachen

S.C., [REDACTED]  
[REDACTED]

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thierry Cagianut, Baldi & Caratsch, Zeltweg 44, Postfach, 8032 Zürich

gegen

L.L. AG, [REDACTED]

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.rer.publ. et lic.iur. Alfred Blesi, Blesi & Papa, Usteristr. 10, Postfach 3921, 8021 Zürich

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung von CHF 140'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. September 2009 zu bezahlen,
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger sein Bonus für das Jahr 2008 wie folgt auszuzahlen:
  - a) CHF 147'000.– als Saldo der Bar Komponente nebst Zinsen zu 5 % seit 21. Januar 2009
  - b) 3841 ISUs zum Fair Value von CHF 23.70 oder dessen Gegenwert bei deren Fälligkeit von CHF 247'499.10
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 427'500 als variabler Teil der Vergütung für 2009 zuzüglich Zins von 5 % seit 30. September 2009 zu bezahlen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

**Mit Eingabe der Replik ergänztes Rechtsbegehren:**

(act. 17 S. 2 f.)

1. unverändert.
2. unverändert.
3. unverändert.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein wahrheitsgetreues Arbeitszeugnis mit nachfolgendem Inhalt auszustellen:

**"Certificate of Employment"**

Mr. [REDACTED]

From [REDACTED]

Date of entry: November 1, 2004

Date of Departure: September 30, 2009

Mr. [REDACTED] joined our bank on the above date as Head of Real Estate in the sector Capital Markets. Upon joining the company, Mr. [REDACTED] was appointed a member of senior management with the grade of Director, as confirmed by the Executive Board on January 1, 2005.

In his position as head of Real Estate, which he held until the Spring 2006, Mr. [REDACTED] was responsible for

- developing the real estate investment and marketing activities

- sourcing, structuring and financing investment transactions in the real estate sector of USD 200 Millions dollars generating fees for the bank of over USD 4 Million.

- directing a team of dedicated real estate specialists in Hongkong, London, Zurich and Geneva.

Mr. ■■■ maintained this activity when his team was merged with ■■■ Advisory Partners which jointly was established as S.P. within ■■■ Private Banking.

From the Spring of 2006 until May 2008 Mr. ■■■ was responsible for the Coverage sector activities in the Geneva office of S.P., reporting directly to the Head of Coverage Europe, and from May 2008 until his departure to Mr. ■■■ Head of the Geneva office of S.P..

In this position Mr. ■■■ was responsible for marketing and distributing investment products to UHNWI and institutional clients of the bank. Mr. ■■■ successfully led the capital raising of USD 900 millions generating significant fees for the bank.

We have found Mr. ■■■ to a highly committed employee who demonstrated a rapid grasp of new concepts and good client focus. Taking due account of the objectives set, which he met thanks to his selling skills and his professional aptitude, he consistently produced good results, especially during the challenging market 2007-2008 in terms of both quality and quantity, meeting our requirements and expectations to our fullest satisfaction.

A particularly dynamic and flexible employee, Mr. ■■■ has shown himself to have a very open and pleasant manner at all times. His conduct toward clients, superiors, and colleagues was very pleasant and courteous at all times.

Mr. ■■■ is leaving us as it is unfortunately no longer possible to offer him a suitable function in view of the changes in his areas of activity. However, we can highly recommend Mr. ■■■ to any company looking for a highly competent, knowledgeable and result oriented investment banker. We wish him the best of success for his professional and personal future.

■■■

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

## 1. Prozessgeschichte

a) Mit Eingabe vom 28. Januar 2010 (Datum Poststempel) machte der Kläger seine Klage mit dem eingangs erwähntem Rechtsbegehren anhängig (act. 1 S. 2). Am 10. Februar 2010 wurde mit Präsidialverfügung für die Klageantwort das schriftliche Verfahren angeordnet (act. 4). Die Frist zur Klageantwort wurde der Beklagten vorletztmals am 23. Februar 2010 und letztmals am 22. März 2010 auf den 23. April 2010 erstreckt (act. 7 und 9). Gleichentags ging die Klageantwort beim Gericht ein (act. 10). Auch für die weiteren Parteivorträge wurde mit Präsidialverfügung vom 11. Mai 2010 das schriftliche Verfahren angeordnet (act. 13). Die Frist für die Replik wurde dem Kläger vorletztmals am 8. Juni 2010 und letztmals

am 29. Juni 2010 auf den 30. August 2010 erstreckt (act. 15 und 16). Am 30. August 2010 ging die Replik beim Gericht ein (act. 17). Mit Präsidialverfügung vom 15. September 2010 wurde Frist für die Duplik gesetzt, welche vorletztmals am 6. Oktober 2010 und letztmals am 27. Oktober 2010 auf den 22. November 2010 erstreckt wurde (act. 20, 22 und 23). Die Eingabe der Duplik erfolgte am 22. November 2010 (act. 24).

b) Der Prozess erweist sich somit als spruchreif.

## 2. Sachverhalt

Der Kläger arbeitete vom 1. November 2004 bis 30. September 2009 bei der Beklagten als Privatbanker und war Mitglied des Senior Managements (act. 1 S. 3; 10 S. 4; 17 S. 2; act. 3/1; 12/5). Jährlich erhielt der Kläger einen fixen Lohn von Fr. 280'000.–, zudem wurde ihm jährlich ein Bonus ausbezahlt (act. 3/1 S. 1). Der Bonus betrug im Jahr 2005 Fr. 560'000.–, im Jahr 2006 Fr. 600'000.– und im Jahr 2007 Fr. 550'000.– (act. 1 Rz. 8; act. 3/2-4). Ausbezahlt wurde der Bonus jeweils zum Teil in Geld und zum Teil in Incentive Share Units (ISU; act. 1 Rz. 9). Am 19. Januar 2009 hatte die Beklagte mit dem Kläger ein Gespräch, anlässlich welchem der Kläger die Schreiben "Exemption from Duties" sowie "Professional Reorientation-Transfer Agreement" unterschrieb. Ab dem 20. Januar 2009 war der Kläger daraufhin freigestellt (act. 1 Rz. 15 und 17; act. 3/6 und 3/7). Die Beklagte ging in der Folge von einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. August 2009 aus, wogegen der Kläger protestierte, was dazu führte, dass die Beklagte dem Kläger am 9. Juni 2009 auf den 30. September 2009 kündigte (act. 1 Rz. 28; act. 3/12 - 3/14). Nun verlangt der Kläger Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a OR und unzulässiger Freistellung gemäss Art. 328 Abs. 1 OR in der Höhe von Fr. 140'000.– sowie für das Jahr 2008 weiteren Bonus - zum bereits ausbezahlten - von Fr. 147'000.– und 3841 ISU zum Fair Value von Fr. 23.70. Daneben fordert er Fr. 427'500.– als Bonus für das Jahr 2009 (act. 1 S. 1).

### 3. Die Abänderung des Arbeitszeugnisses

a) Anlässlich der Replik macht der Kläger einen Anspruch auf Änderung des Arbeitszeugnisses in englischer Sprache geltend (act. 17 S. 2 f.; Rz. 28 ff.). Da das Arbeitszeugnis von der Beklagten auf Englisch verfasst worden und der Kläger in einem internationalen beruflichen Umfeld tätig sei, rechtfertige es sich, die Ergänzungen auch auf Englisch zu verfassen (act. 17 Rz. 31). Inhaltlich macht der Kläger geltend, dass das ihm zugeordnete Aufgabengebiet im Arbeitszeugnis in keiner Weise seinen tatsächlichen Aktivitäten in der Zeit seiner Anstellung entspreche (act. 17 Rz. 36).

b) Der Kläger hat grundsätzlich gemäss herrschender Lehre nur einen Anspruch auf ein Arbeitszeugnis in der vorherrschenden Sprache am Arbeitsort, ausser der betreffende Arbeitnehmer gehöre einer Berufsgruppe mit klar überwiegender Berufssprache an oder das Arbeitsverhältnis sei stark international geprägt (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich, 2006, Art. 330a N 3). Wenn das Arbeitsverhältnis international ist, ist diejenige Sprache zu wählen, die für den Arbeitnehmer und dessen berufliches Fortkommen geeignet ist (Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Bern 1996, S. 67).

Nur allein aufgrund des englischen Arbeitsvertrages und des englischen Arbeitszeugnisses sowie der internationalen Verflechtung der Beklagten an sich, kann nicht auf ein stark geprägtes internationales Arbeitsverhältnis des Klägers selber geschlossen werden, weshalb auf den Arbeitsort abzustellen ist. Der Kläger geht diesbezüglich in Übereinstimmung mit der Beklagten davon aus, dass er ab 2007 in Genf tätig gewesen war (act. 1 Rz. 6; act. 10 Rz. 37). Der Arbeitsort des Klägers befand sich somit in Genf, wo die Landessprache französisch ist und er somit einen Anspruch auf ein Arbeitszeugnis in französisch hätte.

Auch wenn man annehmen würde, es läge ein internationales Arbeitsverhältnis vor, wäre der Antrag aufgrund von § 130 Abs. 1 GVG/ZH erfolglos. Die Beklagte hält nämlich zutreffend fest, dass sich die Parteien gemäss § 130 Abs. 1

GVG/ZH der deutschen Sprache zu bedienen haben, ausser das Gericht gestatte eine Ausnahme (act. 24 Rz. 35). Eine Ausnahme könnte darin erblickt werden, dass die Beklagte selber das Zeugnis in englischer Sprache verfasste und somit Änderungen ebenfalls Englisch sein müssten. Im Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. März 2007 wurde jedoch festgehalten, dass - obwohl das vom Arbeitgeber ausgestellte Zeugnis in französischer Sprache abgefasst worden war -, der Arbeitnehmer zu Recht die Änderung des Zeugnisses in deutscher Sprache verlangt habe (Urteil vom 13. März 2007 des Arbeitsgerichts Zürich, Prozess Nr. AN070039, S. 11).

Auf den Antrag des Klägers auf Zeugnisänderung in englischer Sprache ist daher nicht einzutreten.

#### 4. Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung und unzulässiger Freistellung

##### 4.1 Parteistandpunkte

a) Am 19. Januar 2009 habe es gemäss Kläger zwischen ihm und der Beklagten - seinem Vorgesetzten Herr E.N. sowie einer Vertreterin des HR Departements - ein Gespräch gegeben, in welchem ihm mitgeteilt worden sei, dass sich die Beklagte aufgrund der Finanzkrise reorganisieren müsse und darum auch bei Division S.P. 10 % bis 15 % des Personals abgesetzt werden müsse. Überraschelt von dieser Situation habe der Kläger daraufhin die beiden Schreiben "Exemption from Duties" und "Professional Reorientation-Transfer Agreement" unterschrieben (act. 1 Rz. 15).

Der Kläger macht zum einen eine Entschädigung wegen rechtsmissbräuchlichem Verhalten seitens der Beklagten gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB geltend. Die Tatsachen, dass der Kläger als einziger in seinem Team im Jahr 2008 Einnahmen erzeugt habe sowie der Umstand, dass die von der Beklagten vorgeschobene Reorganisation des Personals zu keinem späteren Zeitpunkt erfolgt sei, würden aufzeigen, dass es der Beklagten lediglich darum gegangen sei, den Kläger um seinen Bonus zu prellen (act. 1 Rz. 35 ff.). Der Kläger führt weiter aus, dass er zu keinem Zeitpunkt - trotz wiederholter Nachfrage - eine Begründung für die Kündi-

gung erhalten habe (act. 1 Rz. 21 und 31). Daneben habe die Beklagte dem Kläger zudem am Freistellungsgespräch versichert, dass sie sich bemühen werde, eine neue Stelle für den Kläger im Senior Management zu finden. Darauf habe sich der Kläger verlassen und somit wertvolle Zeit verloren, um eine neue Stelle ausserhalb der Bank zu finden (act. 1 Rz. 53).

Auf der anderen Seite habe die Freistellung seinem Ruf sowie seiner persönlichen Ehre geschadet, was zu einem schweren Eingriff in die Persönlichkeit des Klägers gemäss Art. 328 Abs. 1 OR geführt habe (act. 1 Rz. 52). Sein Handy sowie sein Blackberry seien sofort nach der Freistellung abgestellt worden und er sei zudem angewiesen worden, sein Büro innerhalb von 24 Stunden zu verlassen (act. 1 Rz. 17). Auch habe die Beklagte die Entlassung des Klägers nach aussen nicht kommentiert. All dies habe den Anschein erweckt, als wäre er fristlos entlassen worden (act. 1 Rz. 18).

Aus diesen Gründen fordert der Kläger sechs Monatslöhne, was einem Betrag von Fr. 140'000.– entspricht (act. 1 Rz. 54).

b) Die Beklagte gibt in ihrer Klageantwort an, der Kläger habe vor dem Ende seines Arbeitsverhältnisses nie Einsprache wegen behaupteter missbräuchlicher Kündigung im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR erhoben. Der Kläger habe sich erst am 25. November 2009 wieder gemeldet, nachdem sein Arbeitsverhältnis (am 30. September 2009) bereits beendet war (act. 10 Rz. 58). Das Schreiben des Klägers vom 9. Juli 2009 reiche den bundesrechtlichen Anforderungen an die Einsprache nicht. Es sei wiederholt entschieden worden, dass die blosser Erklärung des Arbeitnehmers, er akzeptiere die Begründung der Kündigung nicht und behalte sich rechtliche Schritte vor, keine gültige Einsprache im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR darstelle (act. 10 Rz. 90). Ansprüche aus missbräuchlicher Kündigung würden somit schon wegen der mangelnden Einsprache nicht bestehen (act. 10 Rz. 93).

Betreffend der Begründung der missbräuchlichen Kündigung liess die Beklagte ausführen, dass das vom Kläger mitbetreute Immobiliengeschäft von S.P. im Jahr 2008 praktisch zum Erliegen gekommen sei. Zudem sei der Kläger kein Leistungsträger gewesen (act. 10 Rz. 32). S.P. habe bis im Jahr 2008 an den Standorten Zürich, Genf, London und Hong Kong je einen Immobilienspezialisten beschäftigt. Das Immobiliengeschäft innerhalb von S.P. sei aber zu keinem Zeitpunkt so bedeutend gewesen, dass die vier Mitarbeiter allein mit diesen Geschäften hätten ausgelastet werden können (act. 10 Rz. 33 ff.). Angesichts der dramatischen Entwicklungen habe sich die Beklagte entschlossen, die Stellen im Immobilienbereich abzubauen. In einem ersten Schritt sei der Immobiliensprecher in London, [REDACTED], nach dessen Abgang im Verlauf des Jahres 2008 nicht mehr ersetzt worden. Gegen Ende des Jahres 2008 habe S.P. zudem beschlossen, die Stellen der Immobilienspezialisten in Genf (der Kläger) und in Hong Kong (Herr [REDACTED]) aufzugeben (act. 10 Rz. 37). Einzig Herr [REDACTED] sei am Hauptsitz in Zürich weiter beschäftigt worden (act. 10 Rz. 38). Bezüglich des Vorwurfes, man habe dem Kläger keine Unterstützung bei der Stellensuche zukommen lassen, führt die Beklagte aus, dass man dem Kläger einerseits ein Merkblatt mit einem detaillierten Massnahmenkatalog für die berufliche Neuorientierung abgegeben habe und dass man ihm andererseits die Unterstützung einer internen Fachperson aus dem Human Resources (Frau [REDACTED]) angeboten habe. Man habe dann in der Folge auch mehrere Emails mit Bezug auf Daten und Adressen für mögliche Bewerbungsgespräche in Südostasien hin und her geschrieben (act. 10 Rz. 42 und 43; act. 12/10-17). Am 18. Februar 2009 habe der Kläger Frau [REDACTED] mitgeteilt, dass er aus familiären Gründen vorerst von Bewerbungen in Asien absehe (act. 10 Rz. 50). Ausserdem habe der Kläger zu jeder Zeit Zugang zum Intranet der Beklagten gehabt, wo verschiedene vakante Stellen vorgestellt worden seien (act. 10 Rz. 52).

Bezüglich der Freistellung führt die Beklagte aus, dass gemäss Rechtsprechung eine solche nur dann persönlichkeitsverletzend sei, wenn sie in einer Art und Weise ausgesprochen werde, aus welcher das berufliche oder persönliche Umfeld des Betroffenen oder gar die Öffentlichkeit schliessen müssen, der Arbeit-

nehmer werde einer Straftat verdächtigt oder habe sich sonst schwere Verfehlungen gegenüber der Arbeitgeberin vorwerfen zu lassen. Die Freistellung des Klägers könne demgemäss nicht als unzulässig betrachtet werden, da der Kläger im Dezember 2008 zunächst über die Aufhebung seiner Stelle mündlich informiert, Ende Januar 2009 alsdann zur beruflichen Neuorientierung im ungekündigten Verhältnis freigesetzt und erst im Juni 2009 gekündigt worden sei. Bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses am 30. September 2009 habe der Kläger ungehinderter Zugang zu seinem Email-Account und zum Intranet der Beklagten gehabt und habe weiterhin das geschäftliche Mobiltelefon nutzen können. Dies, sowie die Tatsache, dass der Kläger auf dem internen Stellenmarkt gewesen sei, habe offensichtlich keinen Anlass gegeben, zu vermuten, der Kläger sei fristlos entlassen worden oder hätte eine schwere Pflichtverletzung begangen. Auch wenn man eine Persönlichkeitsverletzung annehmen würde, wäre die vom Kläger geforderte Entschädigung von CHF 140'000.– gemäss der Beklagten masslos überhöht (act. 10 Rz. 103 ff.).

c) Zum Vorwurf der Beklagten in der Klageantwort, es sei innert Frist keine Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336b Abs. 1 OR erhoben worden, lässt der Kläger anlässlich der Replik ausführen, dass das Schreiben vom 15. Mai 2009 belege, dass der klägerische Rechtsvertreter rechtzeitig Einsprache erhoben habe (act. 17 Rz. 58; act. 3/13).

Der Kläger sei in den ersten Januarwochen des Jahres 2009 mit der Lancierung des Platinum Fonds und der Selektion eines Managers beschäftigt gewesen. Daher habe sich der Kläger auch am 14. Januar 2009 mit dem CEO von S.P., [REDACTED], getroffen, nicht um über seine mögliche Entlassung zu sprechen, sondern um in einer langen Unterredung die für 2009 zu verwirklichenden Ziele zu besprechen (act. 17 Rz. 44). Daher sei die sofortige Freistellung vom 19. Januar 2009 überraschend gekommen (act. 17 Rz. 45). Sein Handy und Blackberry seien erst wieder eingestellt worden, nachdem er sich beschwert habe (act. 17 Rz. 46). Zu den von der Beklagten behaupteten Entlassungen der übrigen Immobilienspezialisten führt der Kläger an, dass [REDACTED] bereits im Jahr

2007 und [REDACTED] erst am 31. Dezember 2009 die Beklagte verlassen hätten. Beide Abgänge hätten somit nichts mit einer Restrukturierung zu tun (act. 17 Rz. 52 f.).

d) In der Duplik weist die Beklagte darauf hin, dass für die Einsprache gemäss Art. 336b Abs. 1 OR begriffsnotwendig eine Kündigung vorliegen müsse, gegen welche überhaupt erst Einsprache erhoben werden könne. Das Schreiben vom 23. April 2009 (act. 3/12) stelle keine Kündigung dar, sondern die Offerte zum Abschluss einer Auflösungsvereinbarung. Zum gültigen Zustandekommen dieser Aufhebungsvereinbarung wäre das Einverständnis des Klägers erforderlich gewesen. In der vom Kläger eingereichten Vertragsofferte (act. 3/13) fehle aber eine Unterschrift des Klägers, weshalb eine Aufhebungsvereinbarung nie zustande gekommen sei. Somit sei am 15. Mai 2009 noch keine Kündigung ausgesprochen worden, weshalb auch noch keine Einsprache habe erfolgen können. Die eigentliche Kündigung sei erst mit Schreiben vom 9. Juni 2009 erfolgt (act. 24 Rz. 79 ff.).

Daneben werde - gemäss Beklagter - gerade aus dem Schreiben vom 15. Mai 2009 ersichtlich, dass der Kläger informell über die bevorstehende Auflösung des Arbeitsverhältnisses orientiert gewesen und ihm auch mitgeteilt worden sei, dass er nach einer neuen Arbeitsstelle Ausschau halten solle. Schon alleine aus diesem Grund habe der Kläger nicht überrascht sein können, als ihm am 19. Januar 2009 die Freistellung eröffnet worden sei (act. 24 Rz. 60; act. 1/13).

Weiter erklärt die Beklagte in der Duplik, dass das Reorganisationsprogramm in Hong Kong erst später als in der Schweiz habe durchgeführt werden können, weshalb Herr [REDACTED] erst im Jahre 2009 gekündigt worden sei. Daraus könne der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten (act. 24 Rz. 77).

## 4.2 Die missbräuchliche Kündigung als Verstoss gegen Art. 2 Abs. 2 OR

### 4.2.1 Formelle Voraussetzungen

Zwar geht die Beklagte korrekterweise davon aus, dass das Schreiben vom 23. April 2009 lediglich eine Offerte für eine Auflösungsvereinbarung darstellt. Da der Kläger mit Schreiben vom 15. Mai 2009 letztere ablehnte, kam eine Einigung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht zustande und es erfolgte somit zu jenem Zeitpunkt keine Kündigung im formellen Sinn. Erst am 9. Juni 2009 wurde seitens der Beklagten tatsächlich gekündigt. Man kann sich daher auf den Standpunkt stellen, dass die Einsprache des Klägers im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR zu früh erfolgte, da am 15. Mai 2009 noch gar nicht gekündigt war. Der Kläger hatte aber bereits Anfang Jahr die Schreiben "Exemption from Duties" und "Professional Reorientation - Transfer Agreement" erhalten und war somit auch darüber informiert, dass die Beklagte ihm in seiner alten Position keine Arbeit mehr offerieren konnte. Daher war eine bevorstehende Kündigung für den Kläger erkennbar sowie von der Beklagten geplant, weshalb nicht auf eine formaljuristische Auslegung einer Kündigung und deren Einsprache bestanden werden muss.

Der von der Beklagten zitierte Entscheid des Bundesgerichts 4C.39/2004 greift im vorliegenden Fall nicht, da der Kläger in jenem Fall die Kündigungsbeurteilung bereits hatte, sich in seinem Einspracheschreiben gegen die Begründung wehrte, die rechtlichen Schritte aber dennoch nur vorbehielt, so dass das Gericht annahm, der Kläger habe gegen die Begründung an sich opponiert und nicht gegen die Kündigung. Die Begründung der Beklagten im Schreiben vom 9. Juni 2009 allerdings ist wohl als zu wenig konkret zu erachten, so dass das Vorgehen des Klägers im Sinne einer erneuten Forderung nach substantiierter Begründung und des Vorbehalts einer Klage, falls man mit der Begründung nicht einverstanden wäre, als korrekt zu betrachten ist. Zudem nahm der Kläger eindeutig Bezug auf Art. 336 OR, weshalb das Schreiben vom 9. Juli 2009 den Anforderungen der Einsprache gemäss Art. 336b Abs. 1 OR genügen muss.

#### 4.2.2 Materielle Voraussetzungen

Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Der Missbrauch kann sich entsprechend dem aus Art. 2 ZGB fliessenden Gebot der schonenden Rechtsausübung aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. So kann ein krass vertragswidriges Verhalten namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, diese trotz fehlender Kausalität als missbräuchlich erscheinen lassen (Streiff/von Kaenel, Arbeitsrecht, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 4 zu Art. 336 OR). Das Bundesgericht hielt im Entscheid BGE 125 III 70 fest, dass selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten müsse. Sie dürfe insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspreche.

Davon kann vorliegend keine Rede sein. Zum einen spielt es keine Rolle, ob eine Reorganisation des Arbeitsbereiches des Klägers tatsächlich stattfand oder nicht oder ob seine Leistungen gut oder schlecht waren, da im schweizerischen Recht gemäss Art. 335 Abs. 1 OR die Kündigungsfreiheit gilt (Streiff/von Kaenel, Arbeitsrecht, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 2 zu Art. 335 OR). Der Kläger kann zwar eine Begründung der Kündigung verlangen, nur deshalb allerdings, weil diese mangelhaft erfolgte, ist die Kündigung nicht missbräuchlich. Der Gesetzgeber hat an Ausbleiben, Verspätung, Unwahrheiten oder Unvollständigkeiten der Begründung keine direkten Sanktionen z.B. in Form der Ungültigkeit oder Missbräuchlichkeit der Kündigung geknüpft (Streiff/von Kaenel, Arbeitsrecht, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 14 zu Art. 335 Abs. 2 OR).

Es kann nicht als treuwidriges Verhalten und damit nicht als missbräuchlich angesehen werden, dass der Kläger am 14. Januar 2009 im Gespräch mit Herrn [REDACTED] die Ziele für das Jahr 2009 besprochen haben will und ihm dennoch am 19. Januar 2009 gekündigt wurde. Der Kläger gibt selber zu, bereits am 19. Dezember 2008 von Herrn E.N. informiert worden zu sein, dass seine Position gestrichen werden könnte (act. 17 Rz. 44). Auch die Bonusverteilung vom

21. Januar 2009 hätte ein weiteres Indiz für den Kläger sein müssen, dass er nicht mehr mit einer weiteren Beschäftigung rechnen konnte. Die Bonusverteilung basierte nämlich auf dem Jahresbericht 2008 (act. 3/20 S. 181), gemäss welchem aktienbasierte Vergütungen nur abgegeben werden, um die Mitarbeiter ans Unternehmen zu binden.

Auch der Vorwurf, man habe dem Kläger Hilfe bei der Jobsuche angeboten, welcher die Beklagte nicht nachgekommen sei, muss als nicht belegt angesehen werden. Die Emails vom 22. und 29. Januar 2009 sowie Anfang Februar und 18. Februar 2009 zeigen vielmehr auf, dass durchaus eine Verständigung zwischen dem Kläger und der Beklagten bezüglich neuer Jobs stattfand (act. 12/12-13; act. 12/15-16). Des Weiteren hat der Kläger nicht bestritten, dass er Zugang zum Intranet hatte, wo jeweils diverse Jobs ausgeschrieben worden seien. Auch wenn man annehmen würde, die Beklagte hätte Hilfe in einem grösseren Umfang versprochen, kann allein in dieser Tatsache kein Tatbestand gesehen werden, welcher eine Entschädigung rechtfertigen würde.

#### 4.3 Die Freistellung als Verstoss gegen Art. 328 Abs. 1 OR

Nach Art. 328 Abs. 1 OR ist die Arbeitgeberin verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Der Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 Abs. 1 OR ist insbesondere als Schranke des Weisungsrechts von Bedeutung. Eine Freistellung als Weisung im weiteren Sinn hat daher die zahlreichen, durch Art. 328 Abs. 1 OR geschützten individuellen Rechtsgüter des Arbeitnehmers, zu respektieren. Die Ehre eines Arbeitnehmers kann durch eine Kündigung mit sofortiger Freistellung verletzt werden, wenn das berufliche oder persönliche Umfeld des Betroffenen aus den Umständen schliessen muss, der Arbeitnehmer werde einer Straftat verdächtigt oder habe sich sonst schwere Verfehlungen gegenüber der Arbeitgeberin vorwerfen zu lassen. Selbst wenn ein derartiger Verdacht vorliegen sollte, gebietet es der Anstand gegenüber jedem Arbeitnehmer, eine Freistellung möglichst schonend und unauffällig vorzunehmen (Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 2010, Rz. 150 und Rz. 152). Wo eine Freistellung nach Kündigung üblich

ist, wie beispielsweise bei Kaderangehörigen im Finanzdienstleistungssektor, kann eine Freistellung jedenfalls nicht den Eindruck erwecken, der Freigestellte habe schwere Fehler begangen. Dementsprechend kann eine sofortige Freistellung nicht zu Entschädigungsansprüchen wegen Persönlichkeitsverletzung führen (Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 2010, Rz. 157). Dies wurde auch im Urteil vom 20. Juni 2008 vom Bundesgericht ausgeführt und bereits im Jahr 1997 vom Arbeitsgericht Zürich so entschieden (Urteil vom 20. Juni 2008 des Bundesgerichts, Prozess Nr. 4A\_139/2008; Urteil vom 20. November 1997 des Arbeitsgerichts Zürich, Prozess Nr. AN960478). Die Tatsache, dass die Freistellung vorliegend nicht nach der Kündigung erfolgte, sondern davor, spielt weiter keine Rolle, da die Freistellung jenes Element ist, aus welchem das berufliche oder persönliche Umfeld schliesst, es sei eine fristlose Kündigung erfolgt, unabhängig davon, ob in diesem Zeitpunkt tatsächlich gekündigt ist oder nicht. Daneben ist zu beachten, dass die Beklagte dem Kläger - was unbestritten ist - drei Tage Zeit gewährte sein Büro zu räumen und dass er sein Handy und Blackberry während der Freistellungszeit gebrauchen konnte.

Die Chronik der Ereignisse zeigt auf, dass die Beklagte versuchte, den Kläger im Dezember 2008 schonend auf eine eventuelle Entlassung vorzubereiten und ihm mit der Freistellung Zeit zu geben, um sich beruflich neu zu orientieren. Zwar kann gesagt werden, dass die Beklagte den Kläger gerade mit diesem Vorgehen über einen gewissen Zeitraum im Ungewissen liess. Fakt ist aber, dass sich die Beklagte bemühte eine Auflösungsvereinbarung mit dem Kläger abzuschliessen und ihm vom ersten Tag der Freistellung an bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses - unbestrittenermassen - den vollen Lohn bezahlte.

Zusammenfassend hat der Kläger weder einen Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung noch auf eine solche wegen unzulässiger Freistellung.

## 5. Bonus für die Jahre 2008 und 2009

### 5.1 Parteistandpunkte

a) Der Kläger erhielt - wie bereits ausgeführt - für das Jahr 2005 Fr. 560'000.-, für das Jahr 2006 Fr. 600'000.- und für das Jahr 2007 Fr. 550'000.- an Bonus (act. 1 Rz. 13). Der Bonus habe somit - gemäss Vorbringen des Klägers - über drei Jahre hinweg ca. 200 % des Basissalärs betragen, weshalb der Bonus gemäss Rechtsprechung zum Lohnbestandteil geworden und somit auch für die Jahre 2008 und 2009 geschuldet sei (act. 1 Rz. 66).

Im Jahr 2008 sei beim Bonuspool der S.P. lediglich eine Reduktion um 20-30 % der variablen Vergütung erfolgt und es sei grundsätzlich ein gutes Geschäftsjahr bei der S.P. gewesen, weshalb der Kläger keine Rechtfertigung der Reduktion seines Bonus um 66.73 % - wie von der Beklagten vorgenommen - sehe (act. 1 Rz. 94 ff.). Im Jahr 2008 seien zwei Transaktionen, die der Kläger initiiert habe, abgeschlossen worden. Eine [REDACTED] Transaktion, die der Bank einen Erlös von CHF 2'500'000.- eingebracht habe und eine Transaktion mit der [REDACTED], die der Bank Einnahmen zwischen CHF 1'200'000.- und CHF 1'500'000.- eingebracht habe (act. 1 Rz. 13). Der Kläger würde daher lediglich eine Reduktion um 25 % gegenüber dem Bonus 2007 von Fr. 550'000.- auf einen Betrag von Fr. 412'500.- akzeptieren (act. 1 Rz. 101). Dabei sei zu berücksichtigen, dass 80 % in bar auszubezahlen seien und 20 % in ISUs (act. 1 Rz. 104). Einen Anspruch auf Auszahlung von ISUs leitet der Kläger aus einem - gemäss seinen Angaben - ähnlichen Fall ab, in welchem das Bundesgericht eine vertragliche Pflicht einer Bank zur Zahlung des aktienbasierten Teils des Bonus bejahte, da der Mitarbeitende zur Teilnahme an dem Share Plan als "eligible" bezeichnet worden sei und dies während ein paar Jahren (act. 1 Rz. 77). Weiter sieht der Kläger einen Anspruch aus Vertrauensprinzip, da ebenfalls - gemäss Lehre des Bundesgerichtes - dann ein Bonus, und somit auch seine Komponenten, als vereinbart gelte, wenn er vorbehaltlos während mindestens dreier aufeinander folgenden Jahre ausgerichtet worden sei (act. 1 Rz. 78). Da in den ersten Jahren seiner Anstellung beträchtliche Teile des Bonus in ISUs ausbezahlt worden seien, nämlich 15.93 % für 2005, 18.49 % für 2006 und 23.27 % für 2007, habe der Klä-

ger auch im Jahr 2008 Anspruch darauf (act. 1 Rz. 79). Für das Jahr 2008 schulde die Beklagte dem Kläger - neben den bereits ausbezahlten Fr. 183'000.- - somit noch insgesamt Fr. 147'000.- in bar und 3'840 ISUs zum Fair Value von Fr. 23.70 (act. 1 Rz. 113).

Da die Beklagte im Jahr 2009 sehr erfolgreich gewesen sei, der kumulierte Reingewinn der Beklagten für die ersten neun Monate des Jahres, der Zeit also in welcher der Kläger im Arbeitsverhältnis mit der Beklagten gestanden habe, CHF 2,4 Milliarden betragen habe, beantragt der Kläger für 2009 einen Bonus, der mindestens dem Durchschnitt der in den Jahren 2005-2007 ausbezahlten Boni, nämlich Fr. 570'000.-, entspreche. Pro rata temporis ergebe dies einen Anspruch von Fr. 427'500.-. Da der Kläger im jetzigen Zeitpunkt nicht mehr im Anstellungsverhältnis mit der Beklagten stehe, verzichte der Kläger auf seinen Anspruch auf eine Teilauszahlung seines Bonus in ISUs (act. 1 Rz. 114 ff.; act. 3/24-28).

b) Die Beklagte bezieht sich bezüglich des Bonus auf das Reglement "Regulations for Members of Senior Management" sowie auf die Bonusschreiben der Jahre 2006, 2007, 2008 und 2009 (act. 12/2; act. 3/2-4 und 3/10). Zum einen sei im Reglement ersichtlich, dass mit dem Kläger zu keinem Zeitpunkt eine bestimmte Bonushöhe vereinbart gewesen sei (act. 10 Rz. 113; act. 12/2 Ziff. 4). Auf der anderen Seite zitiert die Beklagte die Bonusschreiben, in welchen jeweils festgehalten gewesen sei, dass die Boni freiwillig erfolgt seien (act. 10 Rz. 61, 66, 69, 77, 83 und 128). Der Freiwilligkeitsvorbehalt stelle gemäss Beklagter auch keine leere Floskel dar, da das vertragliche Ermessen gerade im Jahr 2008 - nachdem die Beklagte in den Boomjahren 2005 bis 2007 einen hohen Bonus ausbezahlt habe - in Anspruch genommen worden sei. Aus diesen Gründen sei der Bonus als Gratifikation zu qualifizieren (act. 10 Rz. 130 f.). Bei der Bestimmung der Höhe des Cash-Bonus 2008 habe die Beklagte ihr Ermessen ausgeübt, das sie mit dem Kläger für die Bonusbemessung vereinbart habe. Tatsache sei, dass im Jahr 2008 die Ertragsentwicklung der Beklagten sehr schlecht gewesen sei, die Abteilung des Klägers praktisch zum Erliegen gekommen sei und auch der persönliche Beitrag des Klägers im Jahr 2008 zum gegenwärtigen und künftigen Erfolg der

Beklagten nicht überzeugt habe (act. 10 Rz. 114). Die vom Kläger behaupteten [REDACTED] - Transaktionen seien zudem nicht vom Kläger initiiert worden, sondern vom Immobilienspezialisten von S.P. in Hong Kong, [REDACTED]. Bei der zweiten [REDACTED] - Transaktion sei der Kläger lediglich in der Distribution tätig gewesen (act. 10 Rz. 155).

Für das Jahr 2009 würden dieselben vertraglichen Grundlagen gelten wie für das Jahr 2008. Zusätzlich sei in Ziffer 4 der "Regulations for Members of Senior Management" vereinbart, dass kein Bonus ausbezahlt werde, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung gekündigt sei (act. 10 Rz. 124). Darauf habe sich die Beklagte beim Entscheid, dem Kläger im Jahr 2009 keinen Bonus auszubezahlen, gestützt (act. 10 Rz. 125; act. 12/2 Ziff. 4).

Bezüglich der Zuteilung von ISUs gibt die Beklagte an, dass nach Ansicht des Bundesgerichts solange von einer Gratifikation auszugehen sei, als der Wert der Zuteilungen im Vergleich zur Gesamtvergütung von untergeordneter Bedeutung sei. Im vorliegenden Fall sei der wertmässige Anteil der ISU-Zuteilungen an der Gesamtvergütung kleiner als die vom Bundesgericht im Sachverhalt beurteilte Vergütung, welche das Bundesgericht als Gratifikation qualifizierte. Damit entfalle eine Qualifizierung als Lohn im vorliegenden Fall von vornherein (act. 10 Rz. 140 f.). Der Kläger sei in der Broschüre "L.L. Master Share Plan - Incentive Share Units 2007 - Das Wichtigste in Kürze" wie auch in den Award-Zertifikaten, welche der Kläger erhalten habe, auf die Freiwilligkeit der ISUs hingewiesen worden (act. 10 Rz. 73, 79 ff., 139; act. 12/21; act. 12/23-24). Daher habe die Beklagte frei entscheiden können, ob sie dem Kläger ISUs zuteile. Auch hierfür sei das Reglement "Regulations for Members of Senior Management" massgebend gewesen. Nach Massgabe dieser Kriterien sei die Beklagte frei gewesen, dem Kläger für das Geschäftsjahr 2008 keine ISUs auszubezahlen (act. 10 Rz. 143).

c) Der Kläger weist in seiner Replik darauf hin, dass Herr [REDACTED] ihm in Gesprächen einen Grundlohn von Fr. 280'000.– sowie einen Bonus, der ein Mehrfa-

ches des Basissalärs betragen würde, offeriert habe (act. 17 Rz. 9). Weiter führt er aus, dass es sich bei der aktienbasierten Komponente um eine Komponente des Bonus handle und diese nicht ein selbständiger Bonus darstelle. Der Bonus sei lediglich aufgeteilt in eine Barkomponente und in eine aktienbasierte Komponente. Es handle sich somit nur um einen Bonus und nicht um zwei (act. 17 Rz. 66).

Bezüglich des Bonus für das Jahr 2008 habe Herr [REDACTED] in einem Schreiben bestätigt, dass die [REDACTED] - Transaktionen vom Kläger initiiert worden seien, und nicht von ihm, wie von der Beklagten behauptet (act. 17 Rz. 19; act. 19/4). Auch sei der Kläger bei der zweiten [REDACTED] - Transaktion nicht bloss in der Distribution tätig gewesen (act. 17 Rz. 20).

d) Die Beklagte bestreitet in der Duplik, dass dem Kläger ein Bonus, der ein Mehrfaches des Basissalärs betragen solle, offeriert worden sei (act. 24 Rz. 10). Daneben verweist die Beklagte bezüglich des Schreibens von Herrn [REDACTED] darauf, dass dieser ein Freund des Klägers sei und es sich dabei somit lediglich um eine Parteibehauptung handle (act. 24 Rz. 23).

## 5.2 Anspruch auf einen Bonus 2008 und 2009

### 5.2.1 Mündliches Versprechen

Der Kläger gibt an, Herr [REDACTED] habe ihm anlässlich diverser Gespräche einen Grundlohn von Fr. 280'000.- sowie einen Bonus, der ein Mehrfaches des Basissalärs betragen würde, offeriert (act. 17 Rz. 9). Auch wenn man davon ausgehen würde, Herr [REDACTED] hätte dies tatsächlich offeriert und damit wäre ein mündlicher Vertrag zustande gekommen, müsste festgehalten werden, dass sich die Bonusauszahlungen des Jahres 2008 aufgrund der Finanzkrise in einem anderen Licht präsentieren. Es würde somit eine *clausula rebus sic stantibus* vorliegen, dass heisst, es müsste eine Anpassung des mündlichen Vertrages - falls es einen solchen gegeben hat - an die veränderten Verhältnisse erfolgen. Verändert wären sie, weil sie nicht übereinstimmen mit der Wirklichkeit - der guten Finanz- und Wirtschaftslage -, wie sie zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden hat

(Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Band I, Zürich 2008, Rz. 1280 f.). Deshalb hätte der Kläger ohnehin für das Jahr 2008 nicht von einer Bonusauszahlung, die ein Mehrfaches des Basissalärs beträgt, ausgehen können.

Bezüglich des Jahres 2009 ist festzuhalten, dass sich die Beklagte auf ihr Reglement "Regulations for Members of Senior Management" stützen kann, in welchem statuiert ist, dass kein Bonus ausbezahlt werde, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung gekündigt sei. Somit würde eine mündliche Vereinbarung - hätte es dann eine gegeben - ohnehin nicht für jenes Jahr gelten, in welchem der Arbeitnehmer die Beklagte verlässt (vgl. dazu Ziff. 5.2.3).

#### 5.2.2 Freiwilligkeitsvorbehalt

Je nach konkreter vertraglicher Abmachung und Betriebsübung kann der Bonus verschiedene Erscheinungsformen haben (z.B. Provision, Anteil am Geschäftsergebnis, Beteiligung am Unternehmen, Gratifikation, Lohnbestandteil). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab, wobei jeweils aufgrund der konkreten Vereinbarung zwischen den Parteien zu entscheiden ist, ob es sich bei der fraglichen Leistung bzw. Bonuszahlung um einen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR oder um eine Gratifikation handelt. Ein in diesem Zusammenhang vertraglich statuerter Vorbehalt der Freiwilligkeit ist dann unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte Floskel angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Aus diesem Grund kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt wird, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird. Die Unverbindlichkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts rechtfertigt sich aber nur dann, wenn der Arbeitgeber in dieser Zeit wesentliche Gründe gehabt hätte, die Gratifikation z.B. wegen schlechten Ge-

schäftsgangs nicht auszurichten (BGE 129 III 276 ff.; ZK-STAEHLI, N. 10 zu Art. 322d).

In Ziffer 5 des Arbeitsvertrages (act. 3/1) wird in Bezug auf den Bonus vermerkt, dass sich der Anspruch nach dem "Regulations for Members of Senior Management" richte. Dieses Reglement wurde in Ziffer 11 des Vertrages zum integrierenden Bestandteil des Vertrages erklärt. In Ziffer 14 wird sodann statuiert, dass der Kläger mit seiner Unterschrift bestätige, unter anderem die "Regulations for Members of Senior Management" erhalten zu haben. Das Reglement (act. 12/2) vermerkt in Ziffer 4 zum Bonus folgendes:

"Das Unternehmen kann zum Jahresgehalt einen Bonus ausrichten. Auf einen Bonus besteht kein vertraglicher Anspruch, auch wenn bereits in früheren Jahren Zahlungen ausgerichtet worden sind. Ob ein Bonus ausbezahlt wird und, gegebenenfalls, wie hoch ein solcher ausfällt, richtet sich nach der Ertragsentwicklung der L.L., der betreffenden Abteilung und der persönlichen Leistung der betreffenden Person sowie deren Beitrag zum gegenwärtigen und künftigen Erfolg des Unternehmens.

Ein Bonus wird nur ausbezahlt, wenn weder das Mitglied des Senior Management noch das Unternehmen zum Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung das Arbeitsverhältnis gekündigt haben."

Zudem wird in den Bonusschreiben festgehalten, dass der Bonus für die Zukunft keinerlei Rechtsansprüche auf volle oder anteilmässige Ausschüttung begründet (act. 3/2-4 und 10).

Gemäss Ziffer 4 der "Regulations for Members of Senior Management" sind die persönliche Leistung und der Beitrag zum gegenwärtigen und künftigen Erfolg des Unternehmens zu berücksichtigen. Diese Regelung überlässt der Beklagten zwar nicht nur in Bezug auf die Entscheidungsgrundlage zur Bezahlung eines Bonus einen erheblichen Ermessensspielraum, sondern auch in Bezug auf die Bestimmung der Höhe. Trotzdem hat der Kläger - wie bereits ausgeführt - im Jahr 2005 einen Bonus von Fr. 560'000.-, im Jahr 2006 von Fr. 600'000.-, im Jahr 2007 von Fr. 550'000.- und im Jahr 2008 von Fr. 183'000.- erhalten. Dies zeigt, dass die Bonuszahlungen über drei Jahre hinweg beinahe gleich hoch waren.

Sogar im Jahr 2008, in dem die Beklagte - unbestrittenermassen - unter der Finanzkrise leidete, wurde ein Bonus, wenn auch ein tieferer, ausbezahlt. In diesem Jahr hätte die Beklagte durchaus einen Grund gehabt, einen Bonus zu verweigern, dennoch bezahlte sie einen. Ob der Freiwilligkeitsvorbehalt unter diesen Umständen als nicht ernst gemeinte, leere Floskel verstanden werden müsste oder ob die Überprüfung der anderen Komponenten zur Bestimmung des Bonus, neben dem Geschäftsergebnis, welches offensichtlich ein Ermessenskriterium für den Bonus war, zum Ergebnis führen würde, dass doch ein erheblicher Ermessenspielraum der Beklagten vorhanden war, kann dahingestellt bleiben. Der Freiwilligkeitsvorbehalt ist ohnehin aufgrund der fehlenden Akzessorietät als nicht beachtlich zu qualifizieren.

### 5.2.3 Fehlende Akzessorietät

In BGE 129 III 276 ff. hielt das Bundesgericht fest, dass sich eine Gratifikation, welche sich wegen ihrer Höhe trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit erweise, welche somit nicht bloss akzessorisch sei, zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinne werde. Dies könne nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosser Zusatzvergütung zum Lohn sei, hänge überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Der blosser akzessorische Charakter erscheine kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreiche als der Lohn. In BGE 131 III 615 führte das Bundesgericht sodann aus: "Somit ist ein im Vergleich zum Lohn sehr hoher Betrag, ein gleich hoher oder ein den Lohn übersteigender Betrag, der regelmässig bezahlt wurde, als variabler Lohnbestandteil zu betrachten, selbst wenn der Arbeitgeber die Freiwilligkeit vermerkt hat. Dies betrifft die höheren Einkommen." Dies hätte zur Folge, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt nicht zu beachten wäre und ein solcher Bonus nach dreimaligem Ausrichten zum Lohnbestandteil würde.

Im Entscheid AN080738 begrenzte das Arbeitsgericht Zürich diese Rechtsprechung jedoch dahingehend, dass es nicht sein könne, dass Arbeitnehmende mit hohen, zum Teil exorbitant hohen Boni einen mindestens umfangmässig weit besseren Schutz des Gesetzes geniessen sollen als solche mit einem kleinen Bonus, vor allem wenn - wie vorliegend - der Fixlohn schon auf einem sehr hohen Level sei. Es sei zudem fraglich, ob Boni von mehreren hunderttausend oder Millionen Franken bei einem höheren Fixlohn überhaupt noch in voller Höhe als Entgelt für eine Arbeitsleistung bezeichnet werden können (wie das der Lohn im Rechtssinne ja eigentlich sei). Solche Vergütungen hätten mit Leistung oft nicht mehr viel zu tun, sondern seien eher Markt- und Gewinnmechanismen mit oft volatilem Charakter unterworfen (vgl. Urteil vom 18. Dezember 2009 des Arbeitsgerichts Zürich, Prozess Nr. AN080738); vgl. auch Obergericht mit Urteil vom 14. September 2011, Prozess LA100002).

Es darf daher angenommen werden, dass im Bereich des nochmaligen, schon hohen Fixlohnes ein eigentliches Leistungsentgelt vorliegt, somit im Bereich von Fr. 280'000.– brutto. Darüber hinaus ist jedoch bloss von einer Zusatzvergütung auszugehen, auf welche der Kläger für das Jahr 2008 keinen Anspruch hat. Es ist gerichtsnotorisch, dass sich die Finanz- und Wirtschaftslage, auch für die Beklagte, im Jahr 2008 dramatisch verschlechtert hat, weshalb es nicht angeht, lediglich von einer Reduktion von 25 % des Bonus vom Jahr 2007 auszugehen, wie das der Kläger macht.

Für den Bonus des Jahres 2009 gilt dasselbe. Die Beklagte kann sich beim Betrag von vorliegend über Fr. 280'000.– auf ihr Reglement stützen, welches nur einen Bonus ausbezahlt, wenn weder das Mitglied des Senior Management noch das Unternehmen zum Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung das Arbeitsverhältnis gekündigt haben. Für den Betrag unter Fr. 280'000.– gilt, dass eine Bedingung wie die ungekündigte Stellung im Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung ungültig ist, wenn der Bonus - wie vorliegend - als Lohnbestandteil angesehen wird (BGE 4C.426/2005 E. 5.2.1; BGE 4C.395/2005 E. 5.3). Für 2009 steht dem Kläger pro rata bis 30. September 2009 somit ein Bonus von Fr. 210'000. – brutto zu (Fr. 280'000.– ÷ 12 x 9).

Der Bonus wird vorliegend sowohl für das Jahr 2008 als auch für das Jahr 2009 in bar ausbezahlt und nicht in ISUs. Die Beklagte verfolgt mit der Auszahlung von ISUs das Ziel, Schlüsselmitarbeiter zu halten oder anzuwerben (act. 12/20 S. 1). Für das Jahr 2008 entschied sich die Beklagte in zulässiger Ausübung ihrer Privat- und Vertragsautonomie dafür, dem Kläger keine ISUs ausbezahlen, da bereits absehbar war, dass man den Kläger nicht weiter beschäftigen konnte. Der Kläger steht - wie er für das Jahr 2009 selber vorbrachte - nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten und somit besteht auch kein Interesse auf Auszahlung in ISUs für das Jahr 2008.

Es rechtfertigt sich daher vorliegend, dem Kläger für das Jahr 2008 einen Restbonus von Fr. 97'000.- brutto (= Fr. 280'000.- brutto abzüglich Fr. 183'000.- brutto) nebst 5 % Zins seit 21. Januar 2009 sowie einen Bonus von Fr. 210'000.- brutto für das Jahr 2009 nebst Zins zu 5 % seit 30. September 2009 zuzusprechen. In diesen Beträgen ist die Klage gutzuheissen, im Mehrbetrag abzuweisen.

#### 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind ausgangsgemäss zu regeln (§§ 64 und 68 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 973'665.-. Der Kläger obsiegt zu 31,5 % und unterliegt zu 68,5 %. Entsprechend sind die Gerichtskosten aufzuteilen. Der Kläger hat der Beklagten zudem eine reduzierte Prozessentschädigung zu entrichten.

Gemäss § 3 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV vom 21. Juni 2006) beträgt die Grundgebühr beim genannten Streitwert Fr. 31'033.-. Hinzu kommt gemäss § 6 AnwGebV ein Zuschlag für die schriftliche Duplik von 15 %. Die volle Entschädigung würde somit Fr. 35'688.- betragen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beklagte zu 68,5 % obsiegt, ergibt dies eine reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 13'205.-.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Abänderung des Arbeitszeugnisses wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachstehendem Urteil.
3. Gegen den Entscheid der Abschreibung des Verfahrens 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, Berufung erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die Anfechtung des Vergleichs, der Anerkennung oder des Klagerückzugs hat nicht mit Berufung, sondern mit Revision zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

**und erkennt sodann:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 97'000.– brutto nebst 5 % Zins seit 21. Januar 2009 sowie Fr. 210'000.– brutto nebst 5 % Zins seit 30. September 2009 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 30'241.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger zu 68,5 % und der Beklagten zu 31,5 % auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 13'205.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
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.

Zürich, 13. Dezember 2011

ARBEITSGERICHT ZÜRICH

██████████

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

██████████

██████████