

ZH_OBERGERICHT LA140001 vom 7. Oktober 2014

ZH Obergericht, 2014-10-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA140001

FR: ZH_OBERGERICHT LA140001 du 7 octobre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LA140001 del 7 ottobre 2014

Erwägungen

E. 1

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war ab 1. Januar 2004 bei der A'._____ AG und ab 1. Januar 2006 bei der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte), die den Arbeitsvertrag vom 12./17. Juni 2003 übernommen hatte, als Portfolio Manager im Range eines stellvertretenden Direktors angestellt (Urk. 5/3, Urk. 5/4 und Urk. 5/13). Gemäss Arbeitsvertrag wurde der Klä-

- 4 - ger mit einem fixen Lohnanteil und einem variablen Lohnanteil (variable salary) entschädigt. Das variable Salär bestand darin, dass 20% von den mit institutionellen Kunden erwirtschafteten Erträgen auf alle Teammitglieder aufzuteilen waren (Urk. 5/3). In einem Zusatz zum Arbeitsvertrag vom 14./26. Mai 2009 definierten die Parteien rückwirkend per 1. Januar 2009 die jährliche variable Entlohnung (remuneration) des Klägers als Teil der jährlichen variablen Gesamtvergütung (compensation) des Teams der institutionellen Vermögensverwalter in Zürich. Die jährliche variable Gesamtvergütung wurde als Prozentsatz (7.5% bzw. 20%) der in einem Jahr erzielten Erträge (revenues) bzw. Performance Fees auf den vom Team in Zürich verwalteten "accounts" festgelegt. Hinsichtlich der Verteilung unter die einzelnen Teammitglieder hielten die Parteien Folgendes fest (Urk. 16/1): "The annual total variable revenue part of the institutional team in Zurich will be split equally between the team members being the institutional asset managers (3 persons as of today), according to a decision reviewed each year by A._____, based on a proposition made by the Zurich institutional team leader. The payment will occur at the latest in February of each year, based on calculations made on December 31st of the previous year."

E. 1.1

Erst- und zweitinstanzliches Verfahren richten sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Art. 404 f. ZPO).

E. 1.2

Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung einzutreten. 2. Die Beklagte beanstandet mit ihrer Berufung "verschiedene Rechtsverletzungen der Vorinstanz, die sich teilweise auch in unrichtigen bzw. unvollständigen Sachverhaltsfeststellungen niedergeschlagen" hätten (Urk. 27 S. 4). Sie hebt hervor, dass der Entscheid über die individuelle Aufteilung der Gesamtbonussumme auf die einzelnen Teammitglieder in ihrem Ermessen gestanden habe (Urk. 27 S. 5). Die Vorinstanz betone in starkem Masse das Bemessungskriterium der individuellen Leistung und des Einsatzes des Arbeitnehmers, wodurch fälschlicherweise der Eindruck entstehe, es habe sich dabei um das einzige Kriterium für die Bemessung des Bonus gehandelt.

Infolgedessen habe die Vorinstanz weitere relevante Gesichtspunkte, die schon alleine eine substantielle Kürzung gerechtfertigt hätten, zu Unrecht ignoriert, so das illoyale Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Kündigung und den Umstand, dass der Zweck des Bonus als Ansporn für die zukünftige Tätigkeit des Klägers entfallen sei. Soweit die Vorinstanz ergänzende Bemessungskriterien erwähne, wie z.B. die Übung aus früheren Verteilrunden, gehe sie zudem von unzutreffenden Grundlagen aus. Selbst bei der Beurteilung der individuellen Leistung und des Einsatzes des Klägers im Jahre 2011 verzichte die Vorinstanz schliesslich zu Unrecht auf eine Abnahme

- 9 - von Beweisen und übergehe unbestritten gebliebene relevante Tatsachen mit Stillschweigen (Urk. 27 S. 6).

E. 2

Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis (Urk. 16/3). In ihrem Schreiben vom 14. Juli 2011 bestätigte die Beklagte dem Kläger die Auflösung des Arbeitsvertrags per 31. Dezember 2011, gab ihrem Erstaunen und Bedauern über sein Ausscheiden Ausdruck und ersuchte ihn, seine vertraglichen Pflichten bis zum 31. Dezember 2011 zu erfüllen. Der Jahresfixlohn des Klägers betrug in den Jahren 2010 und 2011 Fr. 203'500.- (14 x Fr. 13'635.70 brutto pro Monat zuzüglich Pauschalspesen von 12 x Fr. 1'050.- ; Urk. 5/3, Urk. 16/2 und Urk. 16/7).

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, gemäss der Zusatzvereinbarung vom 14./26. Mai 2009 erhalte das "Zurich Institutional Team" 7.5% der Erträge der von ihnen verwalteten Vermögenswerte. Diese Zusatzvergütung für das gesamte Team entspreche aufgrund ihrer objektiven Bestimmbarkeit und der vertraglich festgelegten Berechnungsgrundlage einem Bonus im Sinne eines variablen Lohnbestandteils. Die Beklagte sei also in jedem Fall dazu verpflichtet, dem Team die gesamte Bonussumme für das Jahr 2011 ausbezahlen. Ob sie dieser Pflicht nachgekommen sei, sei indes nicht belegt worden (Urk. 28 S. 6). Ursprünglich sei der variable Lohnanteil jeweils zu gleichen Teilen unter den Teammitgliedern aufgeteilt worden. Seit Abschluss der Zusatzvereinbarung stehe der Beklagten allerdings ein Ermessen zu, womit die Bonuszahlung an das einzelne Teammitglied Gratifikationscharakter aufweise. Allerdings unterliege ein solches Ermessen gewissen Schranken, wie beispielsweise der Übung aus früheren Verteilrunden oder dem Gleichbehandlungsgebot. Der Kläger habe somit im Sinne einer unechten Gratifikation grundsätzlich Anspruch auf eine Bonuszahlung (Urk. 28 S. 7).

E. 2.2

Die Vorinstanz wies weiter darauf hin, dass auch in den Jahren 2009 und 2010 eine Aufteilung nach Köpfen vorgenommen worden sei, obwohl in der

- 7 - Zusatzvereinbarung das Wort "equally" aus dem Text gestrichen und die Beklagte aufgrund des individuellen Leistungsvorbehalts die Möglichkeit gehabt hätte, auf Vorschlag des Teamleaders den Verteilungsschlüssel zu ändern. Die Beklagte habe nicht erläutert, weshalb sie trotz ihres Bedürfnisses, die individuelle Leistung der Teammitglieder zu berücksichtigen, die Bonussumme 2009 und 2010 zu gleichen Teilen ausbezahlt habe (Urk. 28 S. 7). Die C. _____ per Ende März 2011 ausbezahlte Summe von Fr. 25'000.- spreche nicht dafür, dass eine Differenzierung nach Leistung vorgenommen worden sei oder die Zusatzvergütung die Funktion eines monetären Anreizes erfüllt habe. Vielmehr

lasse sie darauf schliessen, dass damit eine Anerkennung für erbrachte Leistungen verbunden gewesen sei (Urk. 28 S. 7 f.).

E. 2.3

Die Vorinstanz hob weiter hervor, dass der Arbeitgeber eine unechte Gratifikation nach billigem Ermessen festzusetzen habe, widrigenfalls die Höhe aufgrund einer allfälligen betrieblichen Übung, subsidiär nach den Gepflogenheiten der Branche und notfalls nach Ermessen des Gerichts zu bestimmen sei. Die Parteien seien sich – so die Vorinstanz weiter – einig, dass die individuelle Leistung und der Arbeitseinsatz des einzelnen Teammitglieds der Massstab für die Höhe der Gratifikation gewesen sei. Ein anderer Vorbehalt (wie z.B. der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) sei von der Beklagten nicht angebracht worden. Der Beklagten sei es nicht gelungen, glaubwürdig darzulegen, dass die Arbeitsleistung des Klägers nach seiner Kündigung nachgelassen habe. Den Arbeitszeugnissen lasse sich nichts entnehmen, was auf eine schlechte Leistung hinweise; die Behauptung, der Kläger sei nach der Kündigung nur noch zehn Mal im Büro gewesen, sei widerlegt worden; Anzeichen einer Unzufriedenheit der Beklagten mit der Arbeitsleistung des Klägers für die Kündigungszeit seien nicht dokumentiert. Keine Partei habe den Vorschlag des damaligen Teamleaders mit dem Verteilungsschlüssel für das Jahr 2011 eingereicht. Daraus könne die Beklagte aber nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sofern alle Teammitglieder gleichermaßen den Anforderungen der Beklagten gerecht würden, werde die Gesamtbonussumme durch die Anzahl der Teammitglieder geteilt, so wie es in den Jahren 2009 und 2010 noch der Fall gewesen sei. Nach dem Austritt von C._____ seien zwei Teammitglieder und eine Bonussumme von Fr. 249'277.– im Topf verblieben, so dass auf

- 8 - den Kläger ein Anteil von Fr. 124'638.50 entfalle. Mangels sachlicher Gründe, insbesondere mangels Nachweises einer ungenügenden Arbeitsleistung des Klägers oder einer Verletzung seiner Treupflicht, sei die Herabsetzung der Vergütungssumme nicht nachvollziehbar. Die Beklagte sei daher zu verpflichten, dem Kläger den ausstehenden Anteil der ihm zustehenden Gratifikation in der Höhe von Fr. 59'638.50 brutto zu bezahlen (Urk. 28 S. 8 f.). III.

E. 3

Die variable Gesamtentschädigung des Teams wurde von 2005 bis 2010 nach Köpfen auf vier bzw. drei Teammitglieder aufgeteilt (Urk. 1 S. 4, Urk. 14 S. 5, S. 7; Urk. 5/10). Per 31. März 2011 verliess C._____ das Dreier-Team, wobei ihm für 2011 ein Anteil an der variablen Gesamtentschädigung von Fr. 25'000.– ausbezahlt wurde (Urk. 1 S. 4, Urk. 14 S. 8). Die variable Gesamtentschädigung des Teams belief sich im Jahre 2011 auf Fr. 274'277.– (Urk. 5/10). Im Januar 2012 wurde dem Kläger gemäss Lohnabrechnung per 25. Januar 2012 ei-

- 5 - ne "Gratifikation 2011" von Fr. 65'000.– gutgeschrieben (Urk. 16/2 3. Blatt). Mit Schreiben vom 16. Mai und 23. August 2012 erläuterte die Beklagte dem Kläger die Bemessung seiner variablen Vergütung (Urk. 16/6 und Urk. 16/7).

E. 3.1

Die Beklagte macht zunächst geltend, sie habe in der Klageantwort in der Tat die angemessene Berücksichtigung der individuellen Arbeitsleistung hervorgehoben. Mit ihrer Formulierung habe sie aber nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass es sich dabei um

das allein massgebliche Kriterium für die Ermessensausübung gehandelt habe. Dies mache auch die Anführung verschiedener weiterer relevanter Faktoren in der Klageantwort deutlich. Mangels näherer vertraglicher Konkretisierung habe es ihr frei gestanden, bei der Bemessung des Bonus nicht nur die individuelle Arbeitsleistung, sondern auch weitere, sachlich angemessene Gesichtspunkte zu berücksichtigen (Urk. 27 S. 6 f.).

E. 3.2

Die Vorinstanz führte aus, die Parteien seien sich einig, dass das Kriterium für die Höhe der Gratifikationssumme in der individuellen Leistung des einzelnen Teammitglieds gelegen habe (Urk. 28 S. 8). Dies ist insofern nicht korrekt, als die Beklagte vor Vorinstanz tatsächlich darauf hinwies, das äusserst illoyale Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Kündigung, sein nachlassender Einsatz und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als solche müssten als massgebliche Faktoren bei der Bemessung der variablen Vergütung in Rechnung gestellt werden (Urk. 14 S. 7 ff.). Insofern lag keine Übereinstimmung der prozessualen Vorbringen der Parteien vor.

E. 3.3

Der Kläger behauptete vor Vorinstanz, Anlass für die Streichung des Wortes "equally" seien die ungenügenden Leistungen eines Mitarbeiters gewesen (Urk. 1 S. 12). Die Beklagte pflichtete dieser Aussage insofern bei, als sie erklärte, der Kläger führe zu Recht aus, die Streichung habe bezweckt, neben dem geschäftlichen Erfolg des Teams auch den individuellen Leistungen der Teammitglieder angemessene Rechnung tragen zu können (Urk. 14 S. 6). In der Replik präzisierte der Kläger, der Grund für die Streichung habe einzig und allein darin gelegen, dass damals ein Mitarbeiter des Teams wegen krass ungenügender Leistung und einer Verfehlung fristlos habe entlassen werden müssen (Urk. 20 S. 6). Die Beklagte leitete daraus ab, der Kläger anerkenne damit, dass das Wort "equally" auch in seinem Einverständnis gestrichen worden sei, damit die individuelle Leistung in die Bonusverteilung habe einfließen können (Prot. I S. 8). Die Beklagte machte im vorinstanzlichen Verfahren nicht geltend, sie habe mit der Streichung weitere Zwecke verfolgt bzw. im Mai 2009 weitere Kriterien für die Ermessensausübung bei der Aufteilung der variablen Vergütung aufstellen wollen.

E. 3.4

Der Vertragszweck ist (ergänzendes, aber unentbehrliches) Mittel zur Auslegung eines Vertrags. Anhand des Zweckes ist insbesondere zu prüfen, ob der Wortlaut des Vertrags (hier: "will be split between the team members [...] according to a decision reviewed each year by A._____, based on proposition made by the Zurich institutional leader") zu einer angemessenen Lösung der Streitfrage führt oder ob er einengend oder ausdehnend auszulegen ist (Gauch/ Schlep/Schmid, OR/AT, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz 1216; ZK-Jäggi/Gauch, N 384 zu Art. 18 OR). Die Beklagte rügt nicht, die Vorinstanz habe weitere relevante Auslegungsmittel unberücksichtigt gelassen. Den Kürzungsgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses will sie naturgemäss berücksichtigt wissen (Urk. 14 S. 8). Insofern kann der Vorinstanz kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie dem von den Parteien bei Abschluss der Zusatzvereinbarung verfolgten Zweck bei der Bemessung der variablen Vergütung eine überragende Bedeutung beimass und erwog, die Parteien hätten individuelle Leistung und Arbeitseinsatz als massgebendes Kriterium für die Höhe der auszurichtenden Gratifikation festgelegt (Urk. 28 S. 9). Ob die Performance des einzelnen Arbeitnehmers einziges Kriterium ist bzw. ob der mit der Streichung des Wortes "equally"

verfolgte Zweck die Berücksichtigung weiterer Kriterien geradezu ausschliesst, kann vorliegend offengelassen werden, da – wie zu zeigen sein wird – die weiteren von der Beklagten ins Feld geführten Umstände eine Reduzierung der variablen Vergütung nicht zu rechtfertigen vermögen.

E. 4

September 2013 die Hauptverhandlung mit den weiteren Parteivorträgen statt (Prot. I S. 5 ff.). Am 2. Dezember 2013 fällt die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 25 = Urk. 28).

E. 4.1

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe das treuwidrige Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit seiner Kündigung mit keinem Wort erwähnt und sei auch nicht zur Abnahme der offerierten Beweismittel geschritten. Damit habe sie sachliche Kriterien für die Kürzung des klägerischen Bonus ausser Acht gelassen (Urk. 27 S. 7 f.).

- 11 -

E. 4.2

Die Beklagte brachte im vorinstanzlichen Verfahren vor, der Kläger habe bis kurz vor seiner Kündigung immer wieder betont, längerfristig für die Beklagte tätig sein zu wollen. Aufgrund seiner mündlichen Zusicherungen habe die Beklagte Dispositionen zur Anpassung der Struktur der institutionellen Vermögensverwaltung und zur Erweiterung der Kompetenzen des vom Kläger geleiteten Teams getroffen, um den Vorstellungen des Klägers gerecht zu werden, was grössere Investitionen erfordert habe. Aufgrund der Kündigung des Klägers habe die Beklagte erneut erhebliche Ressourcen für die Neuorganisation der institutionellen Vermögensverwaltung aufwenden und zudem ohne Vorankündigung und unter Zeitdruck einen Nachfolger rekrutieren müssen. Zum Nachweis ihrer Behauptungen berief sie sich auf E.____ (Urk. 14 S. 9), der im Frühling 2011 im Zusammenhang mit den personellen Änderungen sehr intensiv mit dem Kläger über seine Zukunftspläne gesprochen habe (Prot. I S. 10). In der Berufung hält die Beklagte daran fest, der Kläger habe mündliche Zusicherungen nicht eingehalten. Die Vorinstanz hat dazu lediglich festgehalten, eine Verletzung der Treuepflicht sei von der Beklagten nicht nachgewiesen worden (Urk. 28 S. 9).

E. 4.3

Liegt die Bemessung der Gratifikationshöhe im Ermessen des Arbeitgebers, kann nebst unterdurchschnittlicher oder ungenügender Leistung auch treuepflichtwidriges Verhalten im Betrieb zur Verkürzung des Anspruchs führen (BK-Rehbinder/Stöckli, N 16 zu Art. 322d OR). Indes sind die Vorbringen der Beklagten allesamt unsubstantiiert und nicht geeignet, ein illoyales oder treuwidrige Verhalten des Klägers zu belegen. Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Der Arbeitnehmer muss insbesondere alles unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte (vgl. die Beispiele in BSK OR I-Portmann, N 3 ff. zu Art. 321a OR). Die Treuepflicht findet ihre Grenze in den eigenen überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers. Die Beklagte schweigt sich darüber aus, welche genauen mündlichen Erklärungen der Kläger abgegeben hat, die sie als (verbindliche) Zusicherung werten durfte. In der Duplik war denn auch von einer Zusicherung keine Rede mehr. Vielmehr gab die Beklagte zu Protokoll, der Kläger habe immer signalisiert, dass er sich

vorstellen könne, länger bei der Beklagten zu arbeiten (Prot. I S. 10; Hervorhebung durch das Gericht). Mehr als eine (unver-

- 12 - bindliche) Absichtserklärung kann darin nicht gesehen werden. Eine Beschränkung oder Modifikation des Kündigungsrechts war damit nicht verbunden. Die Ausübung des Kündigungsrechts durch den Arbeitnehmer kann per se nicht pflichtwidrig sein. Die Beklagte legte auch nicht dar, welche Investitionen und Umstellungen sie genau vorgenommen hat, inwiefern diese durch das Ausscheiden des Klägers nutzlos geworden sind und welche finanziellen Konsequenzen damit verbunden waren. In der Duplik räumte die Beklagte zudem ein, dass der Kläger nicht Teamchef war (Prot. I S. 7). Bei dieser Sach- und Rechtslage kann eine Beweisabnahme (Befragung von E._____) unterbleiben. Die Vorinstanz hat zu Recht davon abgesehen, in die Ermessungsüberprüfung und Leistungsbestimmung illoyales Verhalten des Klägers einfließen zu lassen.

E. 5

Gegen das ihr am 6. Dezember 2013 zugestellte Urteil führt die Beklagte mit Eingabe vom 21. Januar 2014, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 23. Januar 2014, Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 26/1, Urk. 27). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss leistete sie rechtzeitig (Urk. 29, Urk. 30). Die Berufungsantwort ging am 31. März 2014 ein (Urk. 32) und wurde am 8. April 2014 dem Kläger zugestellt (Urk. 33). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt.

E. 5.1

Die Beklagte moniert weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht ausser Acht gelassen, dass der Kläger die Beklagte im Zeitpunkt der Zusprechung des Bonus bereits verlassen gehabt habe. Der Bonus stelle stets auch einen Ansporn für die zukünftige Tätigkeit eines Mitarbeiters dar. Entsprechend werde in der Praxis eine Kürzung unechter Gratifikationen um 30 bis 50 Prozent als angemessen erachtet, wenn sich der Arbeitnehmer bei Zusprechung der Leistung in gekündigter Stellung befunden habe. Ein vertraglicher Vorbehalt sei nach der Rechtsprechung für eine solche Kürzung nicht erforderlich. Der dem Kläger zugesprochene Bonus bewege sich demnach innerhalb des Rahmens, den die Rechtsprechung schon nur aufgrund eines Austritts des Mitarbeiters als gerechtfertigt erachte. Die Feststellung der Vorinstanz, die C._____ zugesprochene Zusatzvergütung entspreche ungefähr der Summe, die pro rata temporis bei einer Aufteilung nach Köpfen resultiere, weshalb sie weder für eine Differenzierung nach Leistung noch für einen "Anspornanteil" spreche, gehe über die aufgestellten Parteibehauptungen hinaus. Es sei nicht ernsthaft bestritten worden, dass der Bonus auch die Funktion eines Ansporns für die zukünftige Tätigkeit eines Mitarbeiters habe. Die Vorinstanz ziehe ihre Schlüsse, ohne irgendwelche Feststellungen darüber getroffen zu haben, ob die Ausrichtung eines Bonus bei bevorstehendem Austritt eines Mitarbeiters bei der Beklagten üblich sei. Auch habe die Vorinstanz über keinerlei Anhaltspunkte zu den Umständen verfügt, die für die Festsetzung des Bonus von C._____ relevant gewesen seien. Dieser habe sich bis zuletzt einwandfrei und lo-

- 13 - yal verhalten und jederzeit offen kommuniziert. Eine Ermessensüberschreitung könne im Übrigen nicht bereits dann angenommen werden, wenn ein Arbeitgeber lediglich einzelne Mitarbeiter besser stelle als andere (Urk. 27 S. 8 f.).

E. 5.2

Es kann nicht gesagt werden, der Kläger habe anerkannt, dass "der Bonus" auch im Hinblick auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet wird. Der Kläger hat bekanntlich durchwegs den Standpunkt vertreten, bei der strittigen Zahlung handle es sich um einen variablen Lohnbestandteil (Urk. 1 S. 6, Urk. 20 S. 1, S. 7, S. 9). Ein variabler Lohnbestandteil bzw. eine Sondervergütung mit Lohncharakter wird als Abgeltung für die geleistete Arbeit ausgerichtet. Zudem hat der Kläger die Behauptung der Beklagten, "solche Zusatzvergütungen" würden naturgemäss stets auch als Ansporn für die zukünftige Mitarbeit dienen, bestritten (Urk. 20 S. 9 "Zu Ziff. 17.2", Urk. 14 S. 8). Der Beklagten kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie der Vorinstanz – im Zusammenhang mit der C._____ ausgerichteten Vergütung von Fr. 25'000.– – eine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorwirft. Die Beklagte selbst räumte ein, dass C._____ infolge seines Ausscheidens per 31. März 2011 einen gekürzten Bonusanteil von Fr. 25'000.– erhielt (Urk. 14 S. 8). Wenn die Vorinstanz daraus ableitete, die Höhe dieser (gekürzten) Zusatzvergütung entspreche zeitanteilig etwa einer Aufteilung der Gesamtbonussumme nach Köpfen, was wiederum gegen die Verfolgung eines monetären Anreizes für die Zukunft spreche, verfällt sie weder in Willkür, noch verletzt sie Prozessrecht. Eine Partei ist nämlich auch an ihre Vorbringen gebunden, soweit sie sich in einem anderen Zusammenhang ungünstig auf sie auswirken. Auch die Rüge, die Vorinstanz habe ihre Annahme ohne entsprechende Feststellungen und Anhaltspunkte getroffen (Urk. 27 S. 9), schießt letztlich am Ziel vorbei. Zwar verbietet es das Gleichbehandlungsgebot nicht, einzelne Arbeitnehmer oder gar einen einzigen Mitarbeiter gratifikationsmässig wesentlich besser zu stellen (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.). Die Beklagte selbst führte in der Klageantwort aber aus, das Ausscheiden C._____s per Ende März 2011 habe zu einer Kürzung des individuellen Bonusanteils dieses Mitarbeiters auf Fr. 25'000.– geführt (Urk. 14 S. 8: "führte dieser Umstand"). Weitere Kriterien, die in ihren Bonusentscheid einfließen, erwähnte sie damals nicht. Sie behauptete auch nicht, sie habe C._____ gegenüber anderen Mitarbeitern bewusst besser stellen wollen. Wenn sie schliesslich mit der Berufung vorträgt, der Bonus von Fr. 25'000.– habe trotz gekündigtem Arbeitsverhältnis dem einwandfreien, loyalen und transparenten Verhalten C._____s Rechnung getragen (Urk. 27 S. 10), anerkennt sie gleichsam, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei der Bemessung keine Rolle spielte und die variable Vergütung insofern kein "Anspornanteil" enthielt.

E. 5.3

Es trifft zu, dass eine unechte Gratifikation nach billigem Ermessen festzusetzen ist und eine Kürzung aufgrund gekündigter Stellung des Arbeitnehmers auch ohne vertraglichen Vorbehalt zulässig ist (BSK OR I-Portmann, N 14 zu Art. 322d OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 14 zu Art. 322d OR; Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, Rz 595 ff.). Es ist auch richtig, dass die Aufteilung der variablen Entlohnung des Teams von einem jährlich zu treffenden Entscheid der Beklagten abhängig gemacht wurde, was die Vorinstanz veranlasste, von einem Bonus mit Gratifikationscharakter bzw. von einer unechten Gratifikation zu sprechen (Urk. 27 S. 7). Es darf aber nicht übergangen werden, dass die variable Vergütung der Teammitglieder zunächst einmal eine Gewinnbeteiligung darstellt, die direkt von einem messbaren Erfolg abhängt und sich auf 7.5% der erwirtschafteten Erträge bzw. auf 20% der erwirtschafteten Performance Fees beläuft (vgl. zu solchen Mischformen: Cramer, a.a.O., Rz 33 und Rz 169 ff.). Dies ist auch der Vorinstanz nicht entgangen, qualifizierte sie die Zusatzvergütung für das gesamte Team doch als variablen

Lohnbestandteil (Urk. 27 S. 6). Primär stellt die variable Vergütung daher ein ermessensfeindliches zusätzliches Entgelt (des gesamten Teams) in Form eines Anteils am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR) dar. Erst in zweiter Linie ist der (gemeinsam erarbeitete) Teambonus gemäss Vorschlag des Teamleaders auf die einzelnen Mitarbeiter aufzuteilen. Die ermessensweise Auf- teilung auf die einzelnen Mitarbeiter ändert aber nichts daran, dass die Zusatz- vergütung die (nunmehr individuelle) Leistung der Arbeitnehmer abgelten soll. Demzufolge kann der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses kein taugliches Krite- rium für die Aufteilung des Teambonus auf die einzelnen Mitglieder des Teams sein. Dass der Entscheid der Beklagten aufgrund der Empfehlung des Teamlea- ders getroffen wird, deutet ebenfalls darauf hin, dass die Leistung des Arbeitneh-

- 15 - mers und nicht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in den Entscheid ein- fließen soll. Der Beklagten kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Qualifikation der Gesamtbonussumme als variabler Lohnbestandteil sei ohne Relevanz (Urk. 27 S. 10). Die Qualifikation der Teamvergütung als variabler Lohnbestandteil führt direkt dazu, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei der ermessensweisen Festsetzung der einzelnen Anteile der Arbeitnehmer keine Rolle spielen darf. Dem Arbeitnehmer dürfen ohne Vereinbarung Leistungs- oder Erfolgsboni nicht entzogen werden, die in keinem Zusammenhang mit der Betriebstreue und der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses stehen. Hat der Bonus nach den dem Arbeitnehmer bekannten Bemessungsgrundlagen der Arbeitgebe- rin nur eine Abgeltungsfunktion, so ist eine Kürzung infolge gekündigten Arbeits- verhältnisses nicht statthaft (Cramer, a.a.O., Rz 600; BSK OR I-Portmann, N 8 zu Art. 322d OR S. 1871). Die Bezeichnung als "Gratificaton" in den Lohnabrech- nungen (Urk. 16/2) ändert daran nichts.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 6.1

Den Hinweis der Vorinstanz, es sei nicht belegt worden, dass sie der Pflicht zur Ausschüttung der gesamten Bonussumme nachgekommen sei, taxiert die Beklagte als von rein "hypothetischer Natur". Der Umstand, dass selbstver- ständlich die ganze Bonussumme ausgeschüttet worden sei, habe ihrem Sach- vortrag stillschweigend zu Grunde gelegen und sei vom Kläger nie in Abrede ge- stellt worden. Bei Aufrechterhaltung des vorinstanzlichen Urteils (und des gericht- lichen Eingriffs in ihre Ermessensausübung) würde sie zu Leistungen verpflichtet, welche die Gesamtbonussumme des Teams für das Jahr 2011 übersteigen wür- den (Urk. 27 S. 10 f.).

E. 6.2

Es kann offen gelassen werden, wer die Beweislast dafür trägt, dass den drei Mitarbeitern des Teams die variable Gesamtentschädigung von Fr. 274'277.– ausgerichtet bzw. nicht ausgerichtet wurde. Jedenfalls brachte die Beklagte vor Vorinstanz auch nicht implizite zum Ausdruck, dass sie die gesamte Bonussum- me ausbezahlt haben will. Sie hat vor Vorinstanz weder ansatzweise behauptet noch belegt, dass die beim Kläger "eingesparten" Fr. 59'638.50 anderen Team- mitgliedern zugute kamen. Dass die Beklagte bei Gutheissung der Klage über die Gesamtentschädigung hinaus in Anspruch genommen würde, steht demnach

- 16 - ebenfalls nicht fest. Davon abgesehen stellt diese Behauptung ein verspätetes und damit unzulässiges Sachvorbringen dar (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Selbst wenn sie zuträfe, könnte die Beklagte mit diesem Argument einen berechtigten Anspruch des Klägers nicht abwehren. Und schliesslich hat die Beklagte auch in der Berufung nicht weiter substantiiert, dass sie die dem Kläger vorenthaltenen Fr. 59'638.50 den anderen Teammitgliedern (C._____ und/oder D._____) ausbezahlt hat und somit der Teambonus für die Teamleistung tatsächlich an das "Zurich institutional team" geflossen ist, wie es die Zusatzvereinbarung vom 14./26 Mai 2009 vorsieht. Von einem (teilweisen) Verfall der "variable remuneration" ist in der Zusatzvereinbarung nicht die Rede. 7.1 Die Beklagte hält dafür, der angefochtene Entscheid hebe zu Unrecht die frühere vertragliche Regelung und die darunter praktizierte Verteilung der Gesamtbonussumme nach Köpfen hervor. Entsprechend sei noch einmal zu betonen, dass die zuvor praktizierte Übung in den Vertragsverhandlungen im Jahre 2009 ausdrücklich thematisiert und bewusst davon abgewichen worden sei. Die Verhältnisse vor 2009 seien damit für die Beurteilung irrelevant (Urk. 27 S. 10). Hinsichtlich der von ihr erwähnten "Übung aus früheren Verteilrunden" lasse die Vorinstanz unberücksichtigt, dass eine massgebliche Übung nur angenommen werden dürfe, wenn diese während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren bestehe. Zwischen der Vertragsänderung im Jahre 2009 und den streitigen Verhältnissen im Jahre 2011 habe eine regelmässige und ununterbrochene Aufteilung der Gesamtbonussumme nach Köpfen während mehr als drei Jahren aber von vornherein noch nicht vorgelegen. Die vorinstanzliche Feststellung, die Beklagte habe nicht erläutert, weshalb sie in den Jahren 2009 und 2010 trotz der Vertragsänderung im Jahre 2009 eine Aufteilung nach Köpfen vorgenommen habe, sei zudem aktenwidrig. Sie habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich eine Abweichung von einer gleichmässigen Aufteilung nach Köpfen in den Jahren 2009 und 2010 nicht aufgedrängt habe, da sich im Team weder personelle Veränderungen noch relevante Unterschiede hinsichtlich Einsatz, Leistung und Verhalten der Mitarbeiter ergeben hätten. Sämtliche Teammitglieder hätten mit grossem Einsatz zur vollen Zufriedenheit der Beklagten gearbeitet (Urk. 27 S. 10 f.).

- 17 - 7.2 Die Dreijahresregel besagt, ab wann ein Gratifikationsanspruch durch betriebliche Übung bzw. durch die Ausrichtung echter Gratifikationen ohne Freiwilligkeitsvorbehalt stillschweigend entstehen kann (BGE 131 III 616 E. 5.2 S. 620 f.; 129 III 276 E. 2 S. 278). Vorliegend ist unbestritten, dass dem Kläger im Grundsatz eine variable Zusatzvergütung zusteht. Ist die Höhe der Gratifikation strittig, muss mit Hilfe des Vertrauensprinzips ermittelt werden, was die Parteien unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv annehmen durften und mussten, wobei auf eine bestehende Betriebs-, Branchen- und Ortsübung abgestellt werden kann (ZK-Staehelin, N 14 zu Art. 322d OR). Es gibt keine generelle Regel, dass im Rahmen der Vertragsauslegung frühere Verteilrunden erst ab drei Jahren zu beachten sind. Das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss ist ein generell zulässiges Auslegungsmittel (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1214 f.). Die Vorinstanz hat auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, wonach die unechte Gratifikation vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen ist (BGE 136 III 313 E. 2.3 S. 319), wobei der Richter für die Festsetzung u.a. auch auf eine allfällige betriebliche Übung abstellen kann (ZK-Staehelin, N 14 zu Art. 322d OR). Die Vorinstanz hat aber nicht explizit der in den Jahren 2009 und 2010 praktizierten Aufteilung nach Köpfen den Status einer betrieblichen Übung zuerkannt und dem Kläger allein gestützt auf eine betriebliche Übung den von ihm eingeklagten Rechtsanspruch zuerkannt (vgl. BK-Rehbinder/Stöckli, N 9 der Einleitung zu den Art. 319-330b OR, S. 12 Ziff. 6). Sie hat

vielmehr konstatiert, dass vor 2009 der variable Lohnanteil jeweils zu gleichen Teilen unter den Teammitgliedern aufgeteilt wurde, was sich auch in den Jahren 2009 und 2010 nicht geändert habe, obwohl in der Zusatzvereinbarung dem Wunsch der Beklagten, die individuelle Leistung der Teammitglieder zu berücksichtigen, mit einem Leistungsvorbehalt Rechnung getragen worden sei (Urk. 27 S. 7). Diese Umstände durfte die Vorinstanz bei der Auslegung und Entscheidungsfindung berücksichtigen. Eine unkorrekte Feststellung des Sachverhalts oder eine unrichtige Rechtsanwendung ist nicht ersichtlich. Die Billigkeit erfordert eine auf die Einzelfallgerechtigkeit ausgerichtete Entscheidung, welche alle sachlich wesentlichen Umstände des Einzelfalles angemessen berücksichtigt. Dies wiederum bedingt eine individuelle Interessenabwägung, was bedeutet, dass der Arbeitgeber bei der

- 18 - Festsetzung einer "unechten" Gratifikation nicht nur die eigenen Interessen, sondern auch diejenigen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat (BK-Hrubesch-Millauer, N 71 und N 301 ff. zu Art. 4 ZGB; BSK ZGB I-Honsell, N 12 f. zu Art. 4 ZGB; Cramer, a.a.O., Rz 412 mit Verweis auf § 315 BGB; Staudinger/Rieble, BGB, 2009, Rz 305 zu § 315). 7.3 Bereits der Arbeitsvertrag vom 12./16. Juni 2003 definierte nicht, wie die vom Team erwirtschaftete variable Gesamtentschädigung auf die Teammitglieder zu verteilen war (Urk. 5/3: "shared between all team members"). In den Jahren 2005 bis 2008 wurde die variable Gesamtentschädigung gleichmässig nach Köpfen aufgeteilt. In der Zusatzvereinbarung wurde auf eine Festschreibung dieser Praxis explizit verzichtet, um Unterschieden in der individuellen Leistung Rechnung tragen zu können. Trotzdem wurde die variable Gesamtentschädigung in den Jahren 2009 und 2010 den Mitarbeitern wieder zu gleichen Teilen gutgeschrieben. Die Beklagte anerkennt, dass in diesen Jahren keine relevanten Unterschiede hinsichtlich Einsatz, Leistung und Verhalten der Mitarbeiter bestanden, weshalb sich eine Abweichung von einer gleichmässigen Aufteilung nach Köpfen nicht aufgedrängt habe (Urk. 27 S. 11). Kleinere Abweichungen bei (naturgemäss nicht genau gleicher) Arbeitsleistung und (nicht identischem) Einsatz wurden offenbar vernachlässigt. Damit räumt die Beklagte aber ein, dass auch unter dem Regime der Zusatzvereinbarung die Aufteilung nach Köpfen Ausgangspunkt der Bemessung blieb und davon nur im Falle erheblicher Unterschiede abzuweichen war. Nach Treu und Glauben durfte der Kläger daher davon ausgehen, er erhalte im Normalfall im Jahre 2011 einen nach dem bisherigen Modus berechneten Bonus. Dies ergibt sich aus der Berücksichtigung sämtlicher Umstände, wie sie von den Parteien in den Prozess eingeführt wurden. Es lag daher an der Beklagten zu behaupten und nachzuweisen, dass ein sachlicher Grund zur Abweichung von der gleichmässigen Aufteilung bzw. zur Kürzung einer nach Köpfen bemessenen variablen Vergütung bestand (vgl. BGE 136 III 313 E. 2.2 S. 318 f.; Cramer, a.a.O., Rz 414; siehe auch Erman/Hager, BGB, 14. Aufl., § 315 Rz 34 und Rz 23: "Der Bestimmungsberechtigte hat die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Bestimmung der Billigkeit entspricht."). Die Vorinstanz hat daher zu Recht geprüft, ob die Beklagte dem Kläger eine ungenügende bzw. unterdurchschnittliche Ar-

- 19 - beitsleistung nachzuweisen vermochte. Gegen die betreffenden vorinstanzlichen Erwägungen richten sich die in Ziffer 3 der Berufungsschrift vorgetragene Rügen. Die Beklagte macht geltend, die Vorinstanz übergehe unbestrittene Tatsachen und habe im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung des Klägers im Jahre 2011 zu Unrecht von einer Beweisabnahme abgesehen. 8.1 So will die Beklagte im zweiten Halbjahr 2011 ein spürbares Nachlassen des Arbeitseinsatzes des Klägers festgestellt haben. Sie anerkennt

dabei, dass die vom Kläger eingereichten Arbeitsrapporte (Urk. 21/3) über das tatsächliche zeitliche Engagement des Klägers keinen Aufschluss geben können. Sie ist der Auffassung, die Vorinstanz hätte daher zur Abnahme weiterer Beweismittel schreiten müssen, bevor sie diesbezügliche Feststellungen treffe. Sie habe für das nachlassende Engagement des Klägers während der Kündigungsfrist E._____, F._____ und weitere (teilweise ehemalige) Mitarbeiter der Beklagten, die im Umfeld des Klägers tätig gewesen seien, als Zeugen bzw. zur Befragung angeboten (Urk. 27 S. 12). 8.2 In der Klageantwort führte die Beklagte – nebst der widerlegten bzw. widerrufenen Behauptung, der Kläger sei nur noch zehnmal zur Arbeit erschienen (Urk. 14 S. 8, Prot. I S. 9) – lediglich aus, der Einsatz des Klägers habe nach der Kündigung spürbar nachgelassen. Er sei seinen arbeitsrechtlichen Pflichten während der Kündigungsfrist nur noch mehr schlecht als recht nachgekommen (Urk. 14 S. 8). Sein Engagement sei sehr stark verringert gewesen (Urk. 14 S. 11). In der Duplik ergänzte die Beklagte, es sei auch plausibel, dass man sich nicht mehr dermassen für den alten Arbeitgeber engagiere, wenn man künftig für die Konkurrenz tätig sei (Prot. I S. 8). Es werde bestritten, dass der Kläger sich während der Kündigungszeit gleichermassen engagiert habe; eine Zeugenbefragung im Beweisverfahren werde darüber Aufschluss geben (Prot. I S. 10). Der Kläger verneinte, dass sein Engagement in der sechsmonatigen Kündigungsfrist nachliess (Urk. 20 S. 2). 8.3 Die Beklagte anerkennt, dass der Kläger ein sehr fähiger Fondsmanger ist und sie ihn ungern ziehen liess (Prot. I S. 6). Die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen der Beklagten lassen nicht erkennen, inwiefern der Arbeitseinsatz

- 20 - des Klägers nachliess bzw. unterdurchschnittlich war. Die Vorbringen der Beklagten sind nicht rechtsgenügend substantiiert. Die Vorinstanz hat zu Recht von einer Beweisabnahme abgesehen. Im Übrigen ist unbestritten, dass die vom Kläger verwalteten Anlagefonds auch in der zweiten Hälfte des Jahres 2011 eine überdurchschnittliche Performance aufwiesen (Urk. 20 S. 5, Prot. I S. 7). 9.1 Die Beklagte moniert, die Vorinstanz habe den unbestrittenen Umstand unberücksichtigt gelassen, dass sich der Kläger in gekündigter Stellung nicht mehr in der strategischen Planung und Repräsentation gegenüber Kunden engagiert habe. Zwar habe der Kläger in seinem Parteivortrag spontan in Abrede gestellt, dass die entsprechenden Tätigkeitsbereiche zu seinem Aufgabengebiet gehört hätten. Er selber habe die Behauptung der Beklagten aber sinngemäss anerkannt. Anlässlich der Hauptverhandlung habe er eingeräumt, dass es sich nun mal so verhalte, dass man mit einem gekündigten Fondsmanager nicht mehr auf "Roadshow" (Romain/Bader/Byrd, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, 5. Aufl., München 2000: "Lunch-Treffen der Hochfinanz") gehen könne, was aber nicht sein Fehler sei. Der Kläger erkenne also nicht nur, dass Repräsentationsaufgaben zu seinem Aufgabengebiet gehört hätten, sondern auch, dass er solche im zweiten Halbjahr nicht mehr wahrgenommen habe. Angesichts derartiger Einschränkungen seines Betätigungsfeldes habe der Kläger vor dem Hintergrund seines bevorstehenden Austritts nicht in guten Treuen einen unverändert hohen Bonus erwarten können (Urk. 27 S. 12 f.). 9.2 Der Kläger beharrt in der Berufungsantwort darauf, dass es nie seine Aufgabe gewesen sei, bei der strategischen Planung mitzuwirken und Repräsentationspflichten zu erfüllen. Aus seiner von der Beklagten erwähnten Aussage könne nicht abgeleitet werden, dass "Roadshows" zu seinem Aufgabengebiet gehört hätten. Es wäre zudem Sache der Beklagten gewesen, den Kläger zu "Roadshows" anzubieten, was diese während der Kündigungsfrist mit einer einzigen Ausnahme unterlassen habe. Die Vorinstanz habe zu Recht erwogen, dass die Beklagte nie behauptet habe, den Kläger für das angebliche Nachlassen verwarnt oder mündlich ihr

Missfallen zum Ausdruck gebracht zu haben (Urk. 32 S. 9 f.).

- 21 - 9.3 Welche strategischen Planungsaufgaben der Kläger versah und welche konkreten Pflichten er in diesem Bereich vernachlässigte, wurde von der Beklagten ebenfalls nicht näher dargelegt. Auch dieser Vorwurf scheitert an der ungenügender Substantiierung. 9.4 Selbst wenn davon ausgegangen wird, der Kläger habe zur Pflege der Kundenbeziehungen ein gewisses Mass an Repräsentationsaufgaben versehen – er bezog immerhin Pauschalspesen von Fr. 1'050.– pro Monat (Urk. 16/2) – herrscht über das Ausmass dieser Aufgaben und über das Ausmass seines Nachlassens nach der Kündigung keine Klarheit. Im vorinstanzlichen Verfahren führte die Beklagte einzig aus, sie habe in diesen Bereichen (strategische Planung und Repräsentation) einen deutlichen Rückgang des Engagements festgestellt (Prot. I S. 8). Sie behauptete nicht, andere Mitarbeiter, insbesondere D._____, hätten aufgrund der Kündigung des Klägers stärker belastet werden müssen, was eine andere Gewichtung zu deren Gunsten rechtfertigen könnte. Es ist sodann unbestritten, dass der Kläger mit E.____ noch am 2. September 2011 einen wichtigen Kunden in Genf besuchte und an einer "Performance-Präsentation" mitwirkte (Urk. 20 S. 4, Prot. I S. 7). Andere (unterbliebene) "Roadshows", die auf abnehmende Anstrengungen des Klägers zurückzuführen sind, sind nicht bekannt. Auch sind keine konkreten negativen finanziellen Auswirkungen aktenkundig. Aufgrund der rudimentären Angaben der Beklagten kann nicht gesagt werden, dass eine Kürzung des Bonus sachgerecht ist und der Billigkeit entspricht. Kommt hinzu, dass der Kläger bemüht war, seinen Nachfolger einzuarbeiten, was unwidersprochen blieb (Urk. 20 S. 12; Prot. I S. 10). 10.1 Per 15. Dezember 2011 wechselte ein Kunde der Beklagten zum neuen Arbeitgeber des Klägers, der G.____ AG (Urk. 16/5). Für die Beklagte unterstreicht der Verlust dieses für sie wichtigen Kunden erneut, dass der Kläger bei der Akquisition dieses Kunden ein Jahr zuvor noch stark engagiert war, während er sich während der Kündigungsfrist nicht mehr bedingungslos für seinen damaligen Arbeitgeber einsetzte, auch wenn die Beklagte ein aktives Zutun des Klägers nicht zu beweisen vermag (Urk. 27 S. 13, Prot. I S. 11).

- 22 - 10.2 Zu Recht wies der Kläger darauf hin, der Wechsel dieses Kunden belege, dass er über herausragende Qualitäten als Fondsverwalter verfüge (Urk. 20 S. 13). Der Kunde bedankte sich in seinem Schreiben vom 1. Dezember 2011 für die vorzügliche Zusammenarbeit im Rahmen der Investment Management-Vereinbarung vom 15. Dezember 2010 (Urk. 16/5). Dies lässt darauf schliessen, dass der Kläger bis zuletzt tadellose Arbeit für diesen Kunden der Beklagten geleistet hat, ansonsten er nicht dem Kläger gefolgt wäre. Mit dieser Begebenheit lässt sich somit keine mangelhafte oder unterdurchschnittliche Arbeitsleistung des Klägers dartun. Auch unbestrittene Aussagen des Klägers rechtfertigen somit keine Kürzung des Bonus. 11.1 Die Vorinstanz erwog, die Arbeitszeugnisse deuteten nicht auf eine schlechte Arbeitsleistung des Klägers hin. Ein Arbeitszeugnis sei geeignet, über die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers Aufschluss zu geben. Auch eine wohlwollende Formulierung desselben vermöge die tatsächliche Leistung eines Mitarbeiters nicht zu verschleiern (Urk. 28 S. 8). Im Zwischen- und Arbeitszeugnis waren dem Kläger u.a. eine überdurchschnittliche Performance der von ihm betreuten Fonds und Mandate, ein grosses Arbeitsvermögen und – neben einem loyalen Charakter – ein Arbeiten zur vollen bzw. vollsten Zufriedenheit der Beklagten bescheinigt worden (Urk. 5/13, Urk. 5/14). 11.2 Die Beklagte beanstandet mit gewissem Recht, dass sich das Arbeitszeugnis in einer Gesamtwürdigung über die gesamte Arbeitsdauer von acht Jahren auszusprechen habe, währenddem sich ihre Kritik, die sich

in der Kürzung des Bonus niedergeschlagen habe, auf die Umstände der Kündigung und auf die Arbeitsweise des Klägers im zweiten Halbjahr 2011 bezogen habe (Urk. 27 S. 13 f.). Selbst wenn die Beklagte plausibel darlegt, weshalb sie "das enttäuschende Verhalten des Klägers" in der "nicht überdurchschnittlichen" Gesamtbewertung (Arbeitszeugnis) "ausser vor" liess (Urk. 27 S. 14), ändert dies nichts daran, dass eine unterdurchschnittliche Arbeitsleistung, die erst zu einer Kürzung der Gratifikation im Ermessen des Arbeitsgebers berechtigt (BK-Rehbinder/Stöckli, N 16 zu Art. 322d OR), nicht ausgewiesen ist. Die Nichtberücksichtigung der Arbeitszeug-

- 23 - nisse vermag den Prozessstandpunkt der Beklagten nicht entscheidend zu verbessern. 12. Nach dem Gesagten vermag sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf sachliche Gründe, die zu einer Kürzung der variablen Vergütung auf Fr. 65'000.– berechnen, zu berufen. Sie macht entweder sachwidrige Gründe geltend oder vermag sachliche Gründe nicht zu substantiieren bzw. nachzuweisen. Mit anderen Worten erscheint die vorgenommene Herabsetzung als unbillig und damit korrekturbedürftig. Eine richtige Abwägung der beiderseitigen Interessen muss zum Ergebnis führen, dass – wie bisher – die verbleibenden Fr. 249'277.– nach Köpfen aufzuteilen sind. Dies ergibt eine "variable remuneration" für das Jahr 2011 von Fr. 124'638.50, wovon Fr. 65'000.– bereits bezahlt wurden. Die Berufung ist somit abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. IV. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 59'638.50 brutto (abzüglich der nachweisbar abgeführten Sozialbeiträge) nebst Zins zu 5 % seit dem 26. Oktober 2012 zu bezahlen. Weiter wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens, d.h. Fr. 520.–, zu ersetzen. 2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4) wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'300.–.

- 24 - 4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung (inkl. MwSt) von Fr. 4'000.– zu bezahlen.

E. 7

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 59'638.50. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Zürich, 7. Oktober 2014 Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. Ch. Büchi versandt am: mc