

ZH_OBERGERICHT LA180014 vom 28. Februar 2019

ZH Obergericht, 2019-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA180014

FR: ZH_OBERGERICHT LA180014 du 28 février 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LA180014 del 28 febbraio 2019

Erwägungen

E. 1

Am 25. August 2017 reichte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 27. April 2017 sowie die Klageschrift ein (Urk. 1 und 3). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 28 S. 2 = Urk. 31 S. 2). Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 15. März 2018 (Urk. 31).

E. 1.1

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

E. 1.2

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

E. 2

Mit Eingabe vom 16. Mai 2018 erhob der Kläger fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 30). Mit Verfügung vom 17. Mai 2018 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 8'300.– zu leisten (Urk. 35). Dieser Vorschuss ging innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 36). Mit Verfügung vom 2. Juli 2018 wurde der Beklagten und Berufungsbe- klagten (nachfolgend: Beklagte) Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 37). Die rechtzeitig erstattete Berufungsantwort datiert vom 4. September 2018 (Urk. 38). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2018 wurde die Berufungsant- wort dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 39). Weitere Eingaben er- folgten nicht.

E. 2.1

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

E. 2.2

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

E. 2.3

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

E. 3

Das Verfahren ist spruchreif.

- 4 - II. Prozessuales 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Klägers richtet sich gegen die Dispositivziffern 1, 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 30 S. 2). Er hat somit gegen Dispositivziffer 2, womit die Vorinstanz ihre Entscheidgebühr festsetzte, keine Berufung erhoben. Hinsichtlich der Kostenfolgen des erstinstanz- lichen Verfahrens erfolgt indessen keine Vormerknahme der (Teil-)Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). 2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Fest- stellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Beru- fungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streit- sache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, ein- schliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbe- gründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstin- stanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetz- lichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest, solange ein Man-

gel nicht geradezu offensichtlich ist (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3).

E. 3.1

Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Be- streitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsver-

- 5 - fahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen aus- nahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsa- chen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Be- rufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfah- rens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu be- weisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zu- sätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Be- weismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

E. 3.2

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

E. 4

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung. Sie argumentiert im Wesentlichen, die von ihr ausgerichtete Abgangsentschädigung stelle eine mass- gebliche Einkunft dar und müsse entsprechend für die Frage der Schutzwürdigkeit eines Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Die Vorinstanz habe die Abgangs- entschädigung zu Recht mitberücksichtigt. Für die Beurteilung der Schutzwürdig- keit seien alle Einkünfte, die ein Arbeitnehmer während einer bestimmten Periode vom Arbeitgeber beziehe, unabhängig vom Rechtsgrund, Titel oder Zweck, zu be- rücksichtigen. Die Vorinstanz habe folgerichtig entschieden, dass die durch- schnittlichen Einkünfte des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis mit ihr über dem fünffachen Medianlohn gelegen seien und das Gericht nicht korrigierend in die gültige Parteiabrede einzugreifen habe. Bei der klägerischen Rüge, dass die Vor- instanz in Willkür

verfallen sei, weil sie die Zeitperiode für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit auf die Jahre 2010 bis 2013 festgelegt habe, werde die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts ignoriert. Danach lasse sich die Frage, ob ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag ein sehr hohes Einkommen erziele, in der Regel mit Blick auf ein Jahr beantworten. Um die Aussagekraft der

- 13 - Einkünfte sicherzustellen, sei ausnahmsweise auf die während der gesamten strittigen Periode erzielten Einkünfte abzustellen. Das Bundesgericht lege der Beurteilung der Schutzwürdigkeit also eine repräsentative, aussagekräftige Zeitperiode zugrunde, die im Einzelfall zwischen 6 und 17 Monate betragen habe. Vorliegend habe die Vorinstanz die repräsentative Zeitperiode auf die Jahre 2010 bis 2013 und somit auf 44 Monate festgelegt, weil der Fixlohn des Klägers im Jahr 2010 letztmals erhöht worden sei. In der Folge seien das Vergütungsmodell des Klägers im Allgemeinen und der Fixlohn im Speziellen unverändert geblieben. Die Vorinstanz habe damit ein sachgerechtes Kriterium für den Beginn der repräsentativen Zeitspanne festgelegt und sei demzufolge nicht in Willkür verfallen. Für den Fall, dass die Rüge des Klägers im Grundsatz zu hören wäre, dann, so die Beklagte weiter, mit einer anderen Folge: Da das Bundesgericht die relevante Zeitperiode im Einzelfall jeweils um einzelne Monate, nicht jedoch um Jahre oder, wie vom Kläger gefordert, um mehr als ein Jahrzehnt erweitert resp. beschränkt habe, wäre eventualiter die Zeitspanne auf Anfang 2012 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses im August 2013 festzulegen. Dadurch würde die strittige Periode im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um wenige Monate erweitert, um eine (ebenfalls) repräsentative Zeitspanne zu erhalten. Der Kläger habe in dieser Zeitspanne den fünffachen Medianlohn jedoch ebenfalls deutlich übertroffen. Dieser habe für die fraglichen 20 Monate Fr. 613'513.33 (Fr. 367'080.– + [Fr. 369'650.– / 12 x 8]) betragen, während der Kläger in dieser Zeitspanne ein Einkommen von Fr. 710'152.– (Fr. 278'941.– im Jahr 2012, Fr. 431'211.– im Jahr 2013) erzielt habe, weshalb er die massgebliche Schwelle um knapp Fr. 100'000.– übertroffen habe. Der Kläger seinerseits habe seine Ansicht, die repräsentative Zeitspanne müsse von 1998 bis 2013 reichen und somit mehr als 15 Jahre umfassen, nicht begründet. Ein derart langer Zeitraum würde auch den verschiedensten Änderungen seiner Tätigkeiten und Verantwortlichkeiten nicht gerecht (Urk. 38 Rz. 5 ff.). 5.1. Der Begriff des Bonus wird im Obligationenrecht nicht definiert. Es kann sich dabei um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder um einen Bestandteil des Lohns im Sinne von Art. 322 OR handeln. Ob es sich um das eine oder das andere handelt, ist im Einzelfall zu prüfen (BGE 142 III 381 E. 2 f. m.w.H.; BGE

- 14 - 141 III 407 E. 4). Die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Abgrenzung einer Gratifikation von Lohn (vgl. Urk. 31 S. 8 ff.) sind zutreffend: Bei einer Gratifikation handelt es sich um eine Sondervergütung, die neben dem Lohn an bestimmten Anlässen ausgerichtet wird und deren Ausrichtung zumindest teilweise vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Dies ist dann anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber jedenfalls bei der Festsetzung der Höhe ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein. Ob eine ins Ermessen des Arbeitgebers gestellte freiwillige Vergütung eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstellt, hängt nach der Rechtsprechung weiter von der Höhe des Gesamteinkommens aus Arbeitsvertrag und

allenfalls vom Verhältnis der freiwilligen Vergütung zum vereinbarten Lohn ab. Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, muss eine Gratifikation gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben und darf im Rahmen der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen, denn dem Arbeitgeber soll es verwehrt sein, die eigentliche Vergütung des Arbeitnehmers in Form einer (freiwilligen) Gratifikation auszurichten. Daher kann es sich auch bei einem Bonus, dessen Ausrichtung nach der Vereinbarung der Parteien ins Ermessen des Arbeitgebers gestellt ist, um einen (variablen) Lohnbestandteil handeln. Dies kann der Fall sein, wenn sich die entsprechende Vergütung nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist und regelmässig bezahlt wird. Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und dem freiwilligen Bonus liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGE 142 III 381 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Erzielt der Arbeitnehmer ein sehr hohes Gesamteinkommen, das seine wirtschaftliche Existenz bei Weitem gewährleistet bzw. die Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann das Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation aber kein entscheidendes Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. In diesem Fall entfällt die Akzessorietätsprüfung und ist eine ins Ermessen des Arbeitgebers gestellte freiwillige Vergütung in

- 15 - jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren. Als sehr hohe Entschädigung wird ein Einkommen aus Arbeitsvertrag angesehen, das den fünffachen Medianlohn übersteigt (BGE 142 III 381 E. 2.2 ff. m.w.H.). 5.2. Wie bereits von der Vorinstanz angesprochen wurde (Urk. 31 S. 13 und S. 15) hat das Bundesgericht mit Urteil 4A_714/2016 vom 29. August 2017, E. 3.3.3., seine Rechtsprechung weiter konkretisiert. Nach diesem Urteil ist bei Löhnen, die zwischen dem einfachen und dem fünffachen Medianlohn liegen, von mittleren und höheren Einkommen im Sinne der Rechtsprechung auszugehen, bei denen das Akzessorietätskriterium – jedenfalls in der Regel – nicht erfüllt ist, wenn der Bonus mindestens die Höhe des Grundlohns erreicht (vgl. BGE 142 III 456 E. 3.1; BGE 142 III 381 E. 2.2.1; BGE 141 III 407 E. 4.3). 5.3. Dem Kläger ist beizupflichten, dass sich entgegen E. III./2.5. des angefochtenen Urteils jedenfalls aus den Rz. 14, 17, 28, 46 und 48 der Replik (Urk. 24 S. 3 ff.) klar ergibt, dass sich seine Klage auf den Bonus für das Jahr 2011, der im Jahr 2012 auszubezahlen gewesen wäre, bezieht (vgl. die entsprechende Rüge des Klägers in Urk. 30 Rz. 17). Auf Seite 4 des angefochtenen Urteils gab die Vorinstanz die entsprechenden Parteibehauptungen des Klägers denn auch in diesem Sinne wieder. 5.4. Die Einschätzung der Vorinstanz, die schriftlich zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen liessen den Bonus zunächst als echte Gratifikation erscheinen (Urk. 31 S. 14), wurde zu Recht von keiner der Parteien in Frage gestellt. Die Vorinstanz prüfte daher folgerichtig, ob der Kläger dennoch Anspruch auf einen Bonus für das Jahr 2011 habe, verneinte dies aber, weil sie ihn als Top-Verdiener qualifizierte, weshalb sie nicht korrigierend in die gültig vereinbarten Parteiabreden einzugreifen habe (Urk. 31 S. 17). Der Ansicht der Vorinstanz, es seien für die Prüfung der Frage, ob der Kläger ein sehr hohes Einkommen erzielt habe und demzufolge nicht schutzbedürftig sei, neben dem Jahr 2012 auch die Jahre 2010, 2011 und 2013 einzubeziehen, kann indes nicht gefolgt werden. Im von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang zitierten BGE 142 III 456 (= BGer 4A_557/2015 vom 22. Juni 2016), führte das Bundesgericht in E. 3.2 aus, grundsätzlich betrachte man das tatsächlich vom Arbeitnehmer während des Jahres er-

- 16 - haltene Einkommen. Ausnahmsweise werde der repräsentative Charakter besser gewährleistet, wenn man die während der streitigen Zeitspanne tatsächlich erhaltene Entschädigung in Betracht ziehe. Die Berücksichtigung dieser Zeitspanne werde insbesondere dann geeignet sein, wenn der Arbeitnehmende seine berufliche Tätigkeit im zweiten streitigen Jahr lediglich während einiger Monate ausgeübt habe. In der Folge stellte das Bundesgericht im von ihm zu beurteilenden Fall auf das Jahr 2011 und die 5 Monate des Jahres 2012, in denen das Arbeitsverhältnis noch angedauert hatte, insgesamt mithin auf 17 Monate ab (a.a.O., E. 3.3), wobei der Bonus des Jahres 2011, der im Jahr 2012 auszuzahlen gewesen wäre, strittig war und es sich somit bei diesen 17 Monaten um die streitige Periode handelte. In BGE 144 III 452 E. 2.3.3 erwog das Bundesgericht Folgendes: "In BGE 143 III 254 E. 3.2 hat das Bundesgericht ausgeführt, ob der Kläger bei teilbarem Leistungsbegehren mit dem behaupteten Lebenssachverhalt aus objektiver Sicht mehrere Streitgegenstände zur Beurteilung stelle, beurteile sich "auch mit Rücksicht auf das materielle Recht". Abgesehen von diesem Grundsatz lassen sich der Rechtsprechung allerdings keine allgemeingültigen Kriterien zur Abgrenzung von einheitlichen Lebenssachverhalten entnehmen, wie im Schrifttum denn auch in verschiedener Hinsicht bemängelt wurde: Einerseits wurde in einer Urteilsanmerkung zu BGE 142 III 683 als fraglich bezeichnet, "ob der Ablauf eines Kalenderjahres für sich allein genommen einen neuen Lebenssachverhalt" schaffe (MARGHITOLA, Die Eintretensfrage bei der Teilklage, ius.focus 6/2017). Dieser Entscheid ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das Bundesgericht im Hinblick auf die Frage, ob Boni als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren sind, auf die tatsächlichen Bezüge in einer bestimmten Zeitperiode abstellt, in der Regel einer Jahresperiode. Diese tatsächlichen Einkünfte werden dann dem Medianlohn in diesem Jahr gegenübergestellt (siehe im Einzelnen BGE 142 III 456 E. 3, 381 E. 2; 141 III 407 E. 4-6). Insofern werden rein tatsächlich (vgl. BGE 142 III 456 E. 3.2 S. 460: "approche factuelle") unterschiedliche Perioden innerhalb des gleichen Arbeitsverhältnisses unterschieden, die aber zu unterschiedlichen materiellen Ansprüchen führen. (...)" Damit ist klar, dass das Bundesgericht in BGE 142 III 456 E. 3.2 nicht etwa von seiner Haltung, dass grundsätzlich auf das vom Arbeitnehmer während eines Jahres erzielte Einkommen abzustellen ist, abrücken wollte und es insbesondere nicht darum geht, ob der Arbeitnehmer im Durchschnitt verschiedener Jahre mindestens den fünffachen Medianlohn als Einkommen erzielte. Darauf aber läuft die Interpretation der Vorinstanz im Ergebnis hinaus. Auch in den nach BGE 142 III 456 ergangenen BGer 4A_13/2018, 4A_17/2018 vom 23. Oktober 2018, E. 5.3.2.1., BGer 4A_463/2017 vom 4. Mai 2018, E. 3.1.4.2. und BGer 4A_485/2016 - 17 - und 4A_491/2016 vom 28. April 2017, E. 4.3., wird im Übrigen von der dargelegten Bestimmung der massgeblichen Zeitspanne ausgegangen. 5.5. Die streitige Zeitspanne betrifft im vorliegenden Fall einzig die Jahre 2011 und 2012, weil die Beklagte nach Darstellung des Klägers im Jahr 2012 einen Bonus für das Jahr 2011 hätte ausbezahlen müssen. Da der Kläger während des ganzen Jahres 2012 bei der Beklagten angestellt war, liegt indes kein Fall einer bloss noch wenige Monate andauernden und insoweit nicht repräsentativen Zeitdauer vor. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, aus dem vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatz abzuweichen wäre. Vor dem Hintergrund der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit für die Frage, ob eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien gerechtfertigt ist, was jedenfalls zu verneinen wäre, wenn der Kläger ein sehr hohes, den fünffachen Medianlohn übersteigendes Einkommen erzielte, einzig auf das Jahr 2012 abzustellen. Damit kann nicht nur offen bleiben, ob die

Abgangsentschädigung, die der Kläger im Jahr 2013 erhielt, bei der Berechnung, ob sein Einkommen den fünffachen Medianlohn überstieg, zu berücksichtigen ist (so die Beklagte: Urk. 16 Rz. 21 ff.; Urk. 38 Rz. 5 ff.; Prot. I S. 8) oder nicht (so der Kläger: Urk. 1 Rz. 18; Urk. 24 Rz. 68; Urk. 30 Rz. 16), sondern auch, ob die Frage, ob im Jahr 2012 ein Bonus für das Jahr 2011 geschuldet war, von Leistungen der Beklagten im Jahr 2013 abhängig sein kann, wenn der Bonusanspruch für das Jahr 2011 im darauffolgenden Jahr, 2012, fällig wurde, wie dies vorliegend gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung des Klägers der Fall war (vgl. Urk. 24 Rz. 14, 17, 28, 46, 48 und 50). 5.6. Im Jahr 2012 erhielt der Kläger gemäss übereinstimmender Parteidarstellung Fr. 278'941.– brutto ausbezahlt, weshalb sein Einkommen um Fr. 88'139.– unter dem fünffachen Medianlohn des Jahres 2012 in Höhe von Fr. 367'080.– (Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung, monatlicher Bruttolohn nach Wirtschaftszweigen, Kompetenzniveau und Geschlecht - privater Sektor, Tabelle TA1, abrufbar im Internet unter www.bfs.admin.ch) lag. Somit war die Vergütung, die der Kläger für seine Arbeitstätigkeit bei der Beklagten unter Ausklammerung des verlangten Bonus im Jahr 2012 tatsächlich erhielt, nicht sehr hoch im Sinne der dargelegten bundesgerichtlichen Praxis, sondern lag im Be-

- 18 - reich der mittleren bis höheren Einkommen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nämlich im Bereich zwischen dem einfachen und dem fünffachen Medianlohn. Zählt man indes die von ihm als Bonus eingeklagte Summe von Fr. 88'784.– hinzu, kommt man auf Fr. 367'725.– und somit auf einen Betrag, der den fünffachen Medianlohn um Fr. 645.– übersteigt. Dies war indes nicht die Absicht des Klägers. Er wollte eine Summe einklagen, die genau der Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn und den von der Beklagten geleisteten Zahlungen entspricht und somit gerade nicht eine den Medianlohn übersteigende Vergütung im Jahr 2012 beanspruchen. Dass er dies dennoch tat, liegt darin begründet, dass er beim fünffachen Medianlohn von einem falschen Betrag ausging, nämlich (gemäss Urk. 1 Rz. 36 gestützt auf BGE 142 III 381 E. 2.5, in welchem es allerdings nicht um das Jahr 2012, sondern um die Periode vom 1. April 2012 bis 31. März 2013 ging) von Fr. 367'725.– anstatt von Fr. 367'080.–. Da der Kläger klar zu verstehen gab, gerade keine den fünffachen Medianlohn übersteigende Vergütung für das Jahr 2012 zu beanspruchen (vgl. Urk. 1 Rz. 16 und Rz. 38; vgl. auch Urk. 30 Rz. 11), ist darauf abzustellen und demzufolge von einem Forderungsbetrag von Fr. 88'139.– nebst Zins zu 5% seit 1. September 2013 auszugehen. Dies hat allerdings zur Folge, dass die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz im Mehrumfang im Ergebnis gerechtfertigt war. Stellt man auf den Forderungsbetrag von Fr. 88'139.– ab, stellt sich die Frage der Akzessorietät, d.h. ob der als freiwillige Leistung vereinbarte Bonus aufgrund der Gestaltung und Handhabung der Entlohnung namentlich wegen dessen verhältnismässiger Höhe zum Grundlohn als Gratifikation oder aber als (variabler) Lohnbestandteil zu qualifizieren ist, denn damit verlangt der Kläger für das Jahr 2012 eine Vergütung genau in der Höhe des fünffachen Medianlohns. 5.7.1. Die Vorinstanz hat die Frage der Akzessorietät nicht geprüft. Dies kann indessen im Berufungsverfahren nachgeholt werden. Dabei ist von der vom Kläger bestätigten (Urk. 30 Rz. 6 f.) und von der Beklagten anerkannten (Urk. 38 Rz. 5) Sachverhaltserstellung der Vorinstanz (Urk. 31 S. 3) auszugehen (wiedergegeben vorne unter Erw. III./1.2.). Nach dieser erhielt der Kläger in den Jahren 2004 bis 2013 folgenden Grundlohn und für die Jahre 2004 bis 2013 folgende Bar-Boni:

- 19 - Grundlohn (brutto) Bar-Bonus (brutto) (im entsprechenden Jahr) (für das entsprechende Jahr) 2004 100'000.– 180'000.– 2005 112'500.– 190'000.– 2006 127'500.– 175'000.– 2007 138'333.– 75'000.– 2008 152'500.– 11'000.– 2009 167'500.– 222'000.– 2010 180'000.– 162'000.– 2011 180'000.– umstritten 2012 180'000.– --- 2013 (8 Monate) 120'000.– --- 5.7.2. Dazu erhielt der Kläger mit Bezug auf die Jahre 2009 und 2010 auch ak-
tienbasierte "EOP Awards" (Urk. 31 S. 3; Urk. 30 Rz. 6; Urk. 38 Rz. 5). 5.7.3. Somit hatte der Kläger in den Jahren zwischen 2005 und 2012 grundsätz-
lich folgende Ansprüche pro Jahr: Grundlohn Bar-Bonus EOP Awards Total (brutto) (brutto) (brutto) 2005 112'500.– 180'000.– --- 292'500.–

- 20 - 2006 127'500.– 190'000.– --- 317'500.– 2007 138'333.– 175'000.– --- 313'333.– 2008 152'500.– 75'000.– --- 227'500.– 2009 167'500.– 11'000.– --- 178'500.– 2010 180'000.– 222'000.– 228'000.–* 630'000.– 2011 180'000.– 162'000.– 138'000.–** 480'000.– 2012 180'000.– umstritten --- *: Urk. 24 Rz. 14; Entstehung der Anwartschaft per 26. Februar 2010 **: Urk. 24 Rz. 14; Entstehung der Anwartschaft per 28. Februar 2011 Dabei wurde das Total aufgrund von Aktienkäufen wegen der Diskontierung des Kaufpreises dafür in den Lohnausweisen jeweils nach unten korrigiert und wurden die EOP Awards erst ab dem Jahr 2011 fällig, weshalb sie zuvor nicht in den Lohnausweisen, sondern nur in deren Beilblättern erschienen. 5.7.4. Der Kläger ist der Auffassung, dass die EOP Awards dem Bonus zuzuord-
nen sind (Urk. 1 Rz. 10 ff. sinngemäss; Urk. 24 Rz. 36, Rz. 38 und Rz. 70), die Beklagte möchte sie dem Grundeinkommen zurechnen (Urk. 16 Rz. 35 ff., Rz. 55 und Rz. 70; Urk. 27 Rz. 19 f.; vgl. auch Prot. I S. 9 f.). Aufgrund des vom Kläger replicando zitierten Auszugs aus dem Geschäftsbericht 2009 der Beklagten (Urk. 24 Rz. 70), der von der Beklagten nicht bestritten wurde (vgl. Prot. I S. 12 zu Rz. 70 und Rz. 74), ist allerdings klar, dass seine Behauptung, er habe für das Jahr 2009 seinen Bonus gezwungenermassen teilweise in Aktien erhalten (Urk. 24 Rz. 70) zutrifft. Aus dem Auszug sowie einem weiteren, ebenfalls unbestritten geblie-
benen Zitat zum Jahr 2010 (Urk. 24 Rz. 70) ergibt sich, dass der Kläger einen Teil seiner Boni 2009 und 2010 in Form von EOP Awards erhielt, weshalb diese Bo-
nus-Bestandteile darstellen. Sie sind den Jahren, in denen die Anwartschaft ent-
stand, zuzurechnen, auch wenn sie aufgrund der Sperrfrist effektiv erst später in

- 21 - den Lohnausweisen aufschienen, und somit den Jahren 2010 (Fr. 228'000.–) und 2011 (Fr. 138'000.–). 5.7.5. Ausgehend von den dargelegten Zahlen wird klar, dass der Kläger in den Jahren ab 2005 bis zum umstrittenen Jahr 2012 nur gerade zwei Mal, nämlich in den Jahren 2008 und 2009, einen Bonus erhielt, der den Grundlohn nicht über-
stieg. Der durchschnittliche Grundlohn betrug in den fraglichen sieben Jahren Fr. 151'190.–, der Bonusdurchschnitt inkl. EOP Awards Fr. 197'286.– oder gut 130 % und überstieg damit sogar die vom Kläger (allerdings für eine längere Zeit-
spanne) genannten 122 %. Hinzu kommt, dass selbst für die beiden Jahre, in de-
nen das Geschäftsergebnis unbestrittenermassen sehr schlecht ausfiel und die Beklagte einen grossen Verlust erlitt (vgl. Urk. 1 Rz. 12), ein Bonus ausbezahlt wurde und die verhältnismässig kleinen Boni für diese beiden Jahre durch dieje-
nigen für die Folgejahre wettgemacht wurden. Unter diesen Umständen kann vor-
liegend nicht von einer Akzessorietät die Rede sein. Vielmehr muss der Bonus vor dem gegebenen Hintergrund als Lohnbestandteil betrachtet werden. 5.8. Das Argument der Beklagten, der Kläger habe gemäss dem "Arbeitsver-
tragsreglement Direktion" keinen Bonusanspruch gehabt, weil das Arbeitsverhält-
nis im Zeitpunkt der Auszahlung des Bonus gekündigt gewesen sei (Urk. 16 Rz. 46 ff. und Rz. 74), verfährt, wie

der Kläger zu Recht anmerkte (Urk. 24 Rz. 17), schon hinsichtlich der zeitlichen Gegebenheiten nicht. Wie unter E. III./5.3. aufgezeigt wurde, verlangt der Kläger einen Bonus für das Jahr 2011, der im Februar 2012 auszuzahlen gewesen wäre (Urk. 24 Rz. 28 und Rz. 48). Das Arbeitsverhältnis wurde aber unbestrittenermassen erst am 14. Januar 2013 gekündigt (Urk. 1 Rz. 8). 6.1. Der Kläger verlangt wie dargelegt für das Jahr 2011 einen Bonus in Höhe der Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn des Jahres 2012 und den in diesem Jahr bereits erhaltenen Fr. 278'941.–, somit von Fr. 88'139.–. Dass er in diesem Jahr keine dafür adäquaten Leistungen erbracht hätte, macht die Beklagte nicht geltend. Soweit sie sich auf den Standpunkt stellt, die Geschäftszahlen des Jahres 2012 seien schlecht gewesen, weshalb kein Bonus geschuldet sei (Urk. 16 Rz. 50 f. und Rz. 74), ist ihr entgegen zu halten, dass der Bonus zwar im Jahr

- 22 - 2012 auszuzahlen gewesen wäre, aber das Geschäftsjahr 2011 betroffen hätte, und dass die Geschäftszahlen in jenem Jahr schlecht waren, machte sie nicht geltend; sie liess es bei einer pauschalen Bestreitung der klägerischen Behauptung, dass 2011 ein erfolgreiches Geschäftsjahr gewesen sei, in dem auch die Geschäftsleitung und der CEO Boni erhalten hätten (Urk. 24 Rz. 45 und 50), bewenden (Prot. I S. 10). Weitere Gründe, weshalb dem Kläger für das Jahr 2011 kein Bonus in Höhe von (lediglich) rund 45% des Bonusdurchschnitts der vorangegangenen Jahre zu gewähren wäre, nannte die Beklagte nicht. Sie ist daher zu verpflichten, dem Kläger für das Jahr 2011 einen Bonus in Höhe von Fr. 88'139.– zu bezahlen. 6.2. Der Kläger verlangt auf dem fraglichen Betrag Verzugszins in Höhe von 5% seit 1. September 2013. Die Beklagte bestreitet weder die Zinshöhe, die sich aus Art. 104 Abs. 1 OR ergibt, noch den Zinsenlauf. Letzterer ist ausgewiesen, weil die Beklagte nicht bestritt, dass der Bonus 2011 per Februar 2012 auszuzahlen gewesen wäre (so der Kläger: Urk. 24 Rz. 28 und Rz. 48).

E. 7

Somit ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 88'139.– nebst Zins zu 5% seit 1. September 2013 zu bezahlen, und die Klage im Mehrumfang abzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtsgebühr wurde korrekt bemessen (Urk. 31 S. 17), weshalb Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils zu belassen ist. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind angesichts des nur geringfügigen Unterliegens des Klägers vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'300.– (Urk. 8) zu beziehen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 8'300.– zu ersetzen. Sodann hat die Beklagte dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die von der Vorinstanz errechnete Höhe (Urk. 31 - 23 - S. 17) wurde zu Recht von keiner Partei beanstandet, weshalb sie auf Fr. 14'700.– (inkl. Mehrwertsteuer: Urk. 1 S. 2) festzusetzen ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.