

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA170002-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Dr. D. Scherrer und Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. C. Faoro

## **Beschluss vom 8. März 2018**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom  
12. Dezember 2016 (AN130057-L)**

### **Berufungsanträge**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 97 S. 2):

- "1. Es seien die Ziffern 1, 5 und 6 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 12. Dezember 2016 (Geschäfts-Nr. AN130057) aufzuheben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 487'333.35 (brutto; variabler Lohnbestandteil) zuzüglich Zins von 5% seit dem 22. Januar 2013 auf CHF 344'000 und ab dem 1. Juni 2013 auf CHF 487'333.35 zu bezahlen.
3. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes und Neuentscheidung zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 106 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) stand vom tt.mm.2007 bis tt.mm.2013 als Geschäftsführer (CEO) in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte), einer vorwiegend im Bereich des Private Banking tätigen Privatbank mit Sitz in C. \_\_\_\_\_ (Urk. 1 S. 7; Urk. 6/3; Urk. 22 S. 4 ff.).

Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom tt.mm.2012 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mündlich per tt.mm.2013, was ihm von der Beklagten mit Einschreiben vom tt.mm.2012 bestätigt wurde. Der Kläger wurde per tt.mm.2012 freigestellt (Urk. 1 S. 7; Urk. 6/4).

2. Am 12. November 2013 (Datum Poststempel) erhob der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich Klage (Urk. 1). Replicando modifizierte er das Rechtsbegehren teilweise (Urk. 40 S. 2 ff.). Der weitere Verfahrenslauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 98 S. 5 ff.).

3. Der das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Entscheid der Vorinstanz datiert vom 12. Dezember 2016 (Urk. 98). Mit Eingabe vom 27. Januar 2017, hier am 30. Januar 2017 eingegangen, erhob der Kläger rechtzeitig Berufung gegen das Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 97). Mit Verfügung vom 31. Januar 2017 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 20'500.– zu leisten (Urk. 101). Dieser Vorschuss ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 102 f.). Mit Verfügung vom 27. Februar 2017 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 105). Die Berufungsantwort vom 5. April 2017 ging innert Frist am 6. April 2017 ein (Urk. 106). Da die Beklagte in ihrer Berufungsantwort prozessuale Anträge gestellt hatte, wurde dem Kläger mit Verfügung vom 20. April 2017 Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 109). Dieser liess mit Eingabe vom 28. April 2017 mitteilen, auf eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen zu verzichten (Urk. 110). Mit Verfügung vom 3. Juli 2017 wurde den Parteien ein Referentenwechsel mitgeteilt (Urk. 112). Am 18. Januar 2018 erging der Beschluss über die prozessualen Anträge der Beklagten (Urk. 113). Weitere Stellungnahmen der Parteien erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Klägers richtet sich gemäss dem zweitinstanzlichen Rechtsbegehren gegen die Dispositivziffern 1, 5 und 6 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 97 S. 2). Was die Dispositivziffer 1 angeht, ergibt sich aus der Berufungsbegründung indes, dass der Kläger diese nur

teilweise anfecht. Einerseits wendet er sich nicht gegen Absatz 1, mit dem ein Teil seiner Forderung zugesprochen wurde, andererseits akzeptiert er Absatz 2 teilweise, nämlich soweit nicht die Abweisung seiner Forderung auf Fr. 487'333.35 brutto nebst Zins zu 5 % seit 22. Januar 2013 auf Fr. 344'000.– und seit 1. Juni 2013 auf Fr. 487'333.35 betroffen ist (Urk. 97 S. 2 f.). Der Kläger hat somit gegen die Dispositivziffern 1 teilweise (Abs. 1: Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger Fr. 3'125.85 [Fr. 3'333.35 brutto abzgl. 6.225% AHV/IV/EO/ALV] zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Juni 2013 zu bezahlen; Abs. 2: soweit nicht die Abweisung der klägerischen Forderung auf Fr. 487'333.35 brutto nebst Zins zu 5 % seit 22. Januar 2013 auf Fr. 344'000.– und seit 1. Juni 2013 auf Fr. 487'333.35 betreffend), 2 und 3 keine Berufung erhoben, weshalb diese Dispositivziffern mit Ablauf der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort und Anschlussberufung am 6. April 2017 in Rechtskraft erwachsen sind. Dasselbe gilt für die beiden Beschlüsse der Vorinstanz, welche gleichzeitig mit dem Urteil ergingen (Urk. 98 S. 97). Dies ist vorzumerken. Nicht angefochten wurde ferner die Dispositivziffer 4 (Entscheidungsbühe). Da die Sache jedoch, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, kann diesbezüglich nicht vom Eintritt der Rechtskraft ausgegangen werden.

## II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht

die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3).

2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

### III.

1.1. Der Kläger hatte vor Vorinstanz nach einer replicando erfolgten Modifikation seines Rechtsbegehrens in dessen Ziffer 1 verlangt, es sei die Beklagte zu ver-

pflichten, ihm den Betrag von Fr. 487'333.35 (brutto; variabler Lohnbestandteil für das Jahr 2012 und die Monate mm. bis mm.2013) zuzüglich Zins zu 5% seit 22. Januar 2013 auf Fr. 344'000.– und seit 1. Juni 2013 auf Fr. 487'333.35 zu bezahlen (Urk. 1 S. 2; mit der Replik modifiziert: Urk. 40 S. 2). Diese Forderung wurde von der Beklagten bestritten (Urk. 22 S. 2 und S. 7 ff.). Die Vorinstanz wies die Klage in diesem Umfang ab (Urk. 98 S. 97, Dispositivziffer 1 Abs. 2).

1.2. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, der Freiwilligkeitsvorbehalt in Ziffer 11 des Arbeitsvertrages des Klägers vom 26. Mai 2010 sei klar. Ebenso verhalte es sich mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt im Schreiben der Beklagten vom Mai 2012 betreffend Bonuszuteilung für das Jahr 2011, das der Kläger zudem unterschrieben bestätigt habe. Auf dieser Basis sei der Kläger nicht zur Annahme berechtigt gewesen, die Beklagte habe sich zur Zahlung eines Bonus von mindestens Fr. 350'000.– brutto bzw. einer bestimmten Gesamtvergütung verpflichtet. Dass die Beklagte für den Bonus des Jahres 2010 einmalig keinen besonderen Freiwilligkeitsvorbehalt angebracht habe, sei nicht entscheidend. Ebenfalls unerheblich seien Bonuszahlungen in früheren Jahren, zumal der Arbeitsvertrag des Klägers vom 26. Mai 2010 den Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 gemäss dessen Ziffer 16 ausdrücklich ersetzt habe und in Ziffer 18 statuiert worden sei, dass alle früheren Vereinbarungen zwischen den Parteien aufgehoben und ersetzt würden (Urk. 98 S. 17 f.).

1.3.1. Sodann sei vom Kläger nicht rechtsgenügend substantiiert worden, dass eine von den schriftlich getroffenen Regelungen bzw. schriftlich zum Ausdruck gekommenen Willensäusserungen abweichende mündliche Vereinbarung zwischen den Parteien bestanden habe.

1.3.2. Der Kläger habe in der Klagebegründung zunächst ausgeführt, ihm sei vom Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, sowie vom Verwaltungsrat E.\_\_\_\_\_ zugesichert worden, dass er einen Bonus von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr erhalten sollte. Ein Ermessen bei der Festsetzung des "Bonus" sei von der Beklagten demnach nicht bzw. nur ab dem Betrag von über Fr. 350'000.– ausgeübt worden. In der Replik habe der Kläger ausgeführt, es habe sich für die Geschäftsjahre 2007 bis 2009 gesamthaft ein Bonus von Fr. 990'000.– ergeben,

woraus ein jährlicher variabler Lohn von Fr. 330'000.– resultiert habe. Damit habe man sich der ihm ursprünglich in Aussicht gestellten Zusatzvergütung von Fr. 350'000.– angenähert. Weil sich gezeigt habe, dass die Gewinnbeteiligung, wie in seinem Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 vorgesehen, nicht zur angestrebten jährlichen Gesamtvergütung geführt habe, hätten die Parteien zudem beschlossen, sein fixes Gehalt von bisher Fr. 280'000.– auf zukünftig Fr. 320'000.– anzuheben. Bei der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2010 bzw. der entsprechenden Gratifikationsklausel sei klar gewesen, dass ihm auch in Zukunft ein variabler Lohn mindestens in der bisher ausgerichteten Grössenordnung zustehe. So sei es auch gehandhabt worden; er habe für das Geschäftsjahr 2010 einen Bonus in der Höhe von Fr. 380'000.– und für das Geschäftsjahr 2011 einen solchen in der Höhe von Fr. 350'000.– erhalten. In der Stellungnahme zu den Noven vom 10. Dezember 2015 habe der Kläger schliesslich ausgeführt, er habe trotz des steten massiven Gewinnanstiegs der Beklagten in den Jahren 2007 bis 2009 nicht mehr gewollt als die ihm von Anfang an zugesicherten Fr. 630'000.–. Ihm sei anlässlich der Vertragsänderung vom 26. Mai 2010 von D.\_\_\_\_\_ im Beisein von E.\_\_\_\_\_ klar zugesichert worden, dass er mit Fr. 650'000.– rechnen könne. Die Anpassung des Arbeitsvertrags sei ihm gegenüber von F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ als reine Formalie bezeichnet worden. Es sei zwischen den Parteien vereinbart worden, dass die jährliche Entschädigung wie bis anhin bei Fr. 630'000.– liege, was die HR-Verantwortliche G.\_\_\_\_\_ bezeugen könne.

1.3.3. Eine klare Aussage zur Höhe der nach den Vorbringen des Klägers von der Beklagten zugesicherten festen Bonussumme bzw. Gesamtvergütung könne, so die Vorinstanz, aus diesen Parteibehauptungen nicht abgeleitet werden. Zwar würden die einzelnen Vorbringen des Klägers den Substantiierungsanforderungen durchaus genügen. Sie seien aber in ihrer Gesamtheit nicht kohärent, sodass sie ohne Widersprüche nicht zum Beweis verstellt werden könnten: Die klägerische Behauptung zur Zusicherung eines Mindestbonus bzw. eines "Bonus als Lohnbestandteil" von Fr. 350'000.– anlässlich der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2010 hätte unter Berücksichtigung der dazumal von Fr. 280'000.– auf Fr. 320'000.– erhöhten Grundlohnsumme zu einer zugesicherten (Mindest-)

Gesamtvergütung von Fr. 670'000.– geführt. Die Argumentation, dass der neue Arbeitsvertrag vom 26. Mai 2010 abgeschlossen worden sei, weil die Gewinnbeteiligung im Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 nicht zur "angestrebten jährlichen Gesamtvergütung" des Klägers geführt habe, sei demzufolge nicht haltbar. Die behauptete Zusicherung eines Mindestbonus von Fr. 350'000.– hätte unter Berücksichtigung der Erhöhung der Grundlohnsumme in der Substanz zu einer Erhöhung der Gesamtvergütung um Fr. 40'000.– geführt. Inkompatibel seien sodann die Behauptungen zu Mindestbonus und zugesicherter Gesamtlohnsumme mit den Ausführungen des Klägers in der Stellungnahme zu den Noven vom 10. Dezember 2015. Er habe darin die in dieser Form nicht stimmige Behauptung einer angestrebten Kontinuität der Vergütungen in den Jahren 2007 und 2009 und ab dem Jahr 2010 wiederholt. So habe er behauptet, ihm sei von D.\_\_\_\_\_ im Beisein von E.\_\_\_\_\_ eine Gesamtvergütung von Fr. 650'000.– zugesichert worden, was in Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen betreffend eine (Mindest-)Gesamtvergütung von Fr. 670'000.– stehe. Des Weiteren habe er die Behauptung zur Kontinuität einer Entschädigung von Fr. 630'000.– – was im Wesentlichen einer Gesamtvergütung analog der Grundlohnsumme gemäss Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 zuzüglich eines Bonus von Fr. 350'000.– entspreche – wiederholt und hierfür die Zeugenbefragung der HR-Verantwortlichen G.\_\_\_\_\_ offeriert. Letztlich bleibe völlig unklar, ob der Kläger selbst von einer Lohnsumme von Fr. 630'000.–, Fr. 650'000.– oder Fr. 670'000.– ausgehe. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, Klarheit in die Behauptungsstruktur zu bringen. Die Zusprechung eines Lohnbetrags entsprechend dem vom Kläger geforderten Durchschnitt der Jahre 2007-2011 von Fr. 344'000.– ergäbe unter Berücksichtigung der Grundlohnsumme von Fr. 320'000.– eine geforderte Lohnsumme von Fr. 664'000.–. Auch dieser Betrag sei mit den klägerischen Behauptungen in keiner Weise vereinbar. Die Zusprechung eines beliebigen Lohns "in der beschriebenen Grössenordnung" sei vor dem Hintergrund der geltenden Dispositionsmaxime nicht zulässig. Die Klage sei somit in diesem Punkt bereits mangels Substantiierung abzuweisen (Urk. 98 S. 18 ff.).

1.4. Die Vorinstanz ging ferner davon aus, dass die Klage hiervon unabhängig mit Bezug auf die vom Kläger behauptete mündliche bzw. informelle Zusicherung



eines höheren Lohnes bzw. einer festen höheren Gesamtvergütung auch in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen wäre. Gegen die Vereinbarung einer festen Gesamtvergütung sprächen bereits die nach der Neuverhandlung des Arbeitsvertrags per 26. Mai 2010 ausgerichteten Zahlungen an den Kläger. Dieser bringe selbst vor, dass er für das Jahr 2010 einen Brutto-Bonus von Fr. 380'000.– (bzw. eine Gesamtvergütung von Fr. 700'000.–) und für das Jahr 2011 einen Brutto-Bonus von Fr. 350'000.– (bzw. eine Gesamtvergütung von Fr. 670'000.–) erhalten habe. Von einer Entschädigung in fester Höhe könne demgemäss nicht die Rede sein. Die Beklagte habe im Rahmen der Bonusmitteilung für das Jahr 2011 sodann explizit einen Freiwilligkeitsvorbehalt angebracht. Gegen diesen Vorbehalt habe der Kläger, soweit aus den Parteibehauptungen ersichtlich, nie remonstriert, sondern die Bonusmitteilung vom Mai 2012 vielmehr unterschriftlich quittiert. Gegen eine mündliche Vereinbarung abweichend von der in Ziffer 11 des Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2010 getroffenen Regelung spreche schliesslich die profunde Erfahrung sämtlicher laut klägerischen Vorbringen an der mündlichen Abrede Beteiligten. Unter diesen Umständen wäre der Beweis für eine solche abweichende mündliche Vereinbarung selbst mit Aussagen der genannten Personen durchwegs zugunsten des Klägers nicht zu erbringen. Es verblieben Restzweifel, die nicht als bloss theoretische Unsicherheit gewertet werden dürften. Alle weiteren als Zeugen benannten Personen (H.\_\_\_\_, I.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_) seien selbst nach klägerischer Darlegung nicht an den Absprachen beteiligt gewesen und könnten lediglich vom Hörensagen berichten. Auf ihre Aussagen wäre nicht abzustellen. Nicht für den klägerischen Standpunkt sprächen die weiteren genannten Beweismittel. Aus der Aussage von J.\_\_\_\_ vom 6. Mai 2013 lasse sich zugunsten des klägerischen Standpunkts nichts ableiten. Die Ausführung "Die Entlohnung von A.\_\_\_\_ war sowohl in der Höhe als auch betreffend der Grundlagen (anfängliche Gewinnbeteiligung und später[e] ersetzt durch eine spezielle Regelung betreffend Bonus/Gratifikation) gänzlich unterschiedlich zu der Entlohnung der anderen Geschäftsleitungsmitglieder. A.\_\_\_\_ wurde jährlich gesamthaft mit rund Fr. 700'000.– entlohnt" sage zugunsten der Vereinbarung einer bestimmten Lohnsumme in Abweichung zum Arbeitsvertrag nichts aus. Was die "spezielle Regelung betreffend Bonus/Gratifikation" gewesen sein solle, erschliesse sich

nicht. Die effektiven Zahlungen an den Kläger seien ohnehin im Bereich von rund Fr. 700'000.– gelegen. Schliesslich verhalte sich die klägerische Behauptung, wonach ihm im Februar 2012 per E-Mail ein Mindestbonus von Fr. 350'000.– zugesichert worden sei, widersprüchlich zu seinen Behauptungen zur Zusicherung anlässlich des Abschlusses des Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2010. Eine doppelte Zusicherung eines Mindestbonus ergebe keinen Sinn. Die Beklagte habe die Existenz einer entsprechenden E-Mail-Korrespondenz bestritten, unter Hinweis auf die schriftliche Bestätigung eines Mindestbonus zuhanden von J.\_\_\_\_\_ in Urk. 24/29. Die klägerische Beweisführung sei von vornherein als gescheitert zu betrachten (Urk. 98 S. 20 ff.).

1.5. Sodann liege vorliegend kein Fall einer jahrzehntelangen Ausrichtung eines Bonus vor, die zur Folge habe, dass der von der Beklagten angebrachte Freiwilligkeitsvorbehalt als reine Floskel qualifiziert werden müsse. Die Parteien hätten mit Datum vom 26. Mai 2010 einen vornehmlich punkto Bonus bzw. mit Bezug auf die Ziffer 11 abgeänderten Arbeitsvertrag abgeschlossen, welcher den Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 ausdrücklich ersetzt und alle früheren Vereinbarungen aufgehoben habe. Der Arbeitsvertrag vom 26. Mai 2010 enthalte mit Bezug auf den Bonus erstmals einen Freiwilligkeitsvorbehalt, während der Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 in Ziffer 11 einen nicht als freiwillig betitelten und konkret berechenbaren Gewinnbeteiligungsanspruch statuiert habe. Für eine Qualifikation des Freiwilligkeitsvorbehalts als Floskel fehlten damit von vornherein unter dem Gesichtspunkt des vertraglichen Vertrauensschutzes relevante Anknüpfungspunkte (Urk. 98 S. 22).

1.6. Dasselbe gelte mit Bezug auf die mehrjährige Auszahlung möglicherweise übermässiger, d.h. im Verhältnis zum Lohn nicht mehr akzessorischer Beträge. Das Bundesgericht setze in seiner Rechtsprechung konstant eine Regelmässigkeit der Zahlungen, mindestens jedenfalls eine dreimalige Ausrichtung hoher Beträge voraus. Diese Regelmässigkeit werde zufolge Abschluss des sämtliche vorbestehenden Vereinbarungen aufhebenden Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2010 durchbrochen. Die Zahlungen für die Jahre 2010 und 2011 genügten den Anforderungen an die Regelmässigkeit nicht. Die Handhabung der variablen Vergütung

des Klägers in den Vorjahren (bzw. vom tt.mm.2007 bis zum 26. April 2010) sei irrelevant. Neben der Regelmässigkeit der Ausrichtung stehe vorliegend auch die Akzessorietät der Bezüge im Verhältnis zum Grundlohn von Fr. 320'000.– nicht in Frage. Zwar erreiche der Grundlohn des Klägers den vom Bundesgericht festgesetzten (angesichts der Lohnentwicklung kalkulatorisch möglicherweise zu korrigierenden) Grenzwert von Fr. 354'000.– noch nicht. Dass die zusätzlichen Bezüge des Klägers für die Jahre 2010 (Fr. 380'000.–) und 2011 (Fr. 350'000.–) im Verhältnis zum Grundlohn von Fr. 320'000.– aber in offensichtlichem Missverhältnis stünden, könne so nicht gesagt werden. Die Rechtsprechung toleriere bei derartigen Einkommensverhältnissen ohne Weiteres regelmässige Zahlungen freiwilliger Vergütungen im Umfang von 100% (oder gar prozentual leicht mehr) des Grundlohnes. Anlass, entgegen der Vertragsfreiheit korrigierend in das Lohngefüge einzugreifen, bestehe nicht (Urk. 98 S. 22 f.).

1.7. Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Bonusfrage werfe die Frage auf, ob bei nicht gegebener Akzessorietät entgegen der bisherigen Handhabung keine Korrektur der Grundlohnsomme vorzunehmen sei, sondern eine Abrede über einen (variablen) Lohnbestandteil (mithin eine Art "Gratifikation mit Lohncharakter") bestehe. Demgemäss wären die Leistungen des Klägers in der relevanten Zeitperiode 2012/2013 zu beurteilen. Weil einerseits die Voraussetzungen für die Anwendung der Akzessorietäts-Rechtsprechung nicht gegeben und andererseits die Vergütungen des Klägers noch als akzessorisch zu qualifizieren seien, entfielen entsprechende Erwägungen unabhängig vom vertretenen Rechtsstandpunkt. Auf die Parteivorbringen zu den Leistungen des Klägers brauche demzufolge – jedenfalls unter dem Titel "Bonus" – nicht eingegangen zu werden (Urk. 98 S. 23).

2.1. Der Begriff des Bonus ist 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.; 141 III 407, E. 4).

2.2. Die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Abgrenzung einer Gratifikation von Lohn sind grundsätzlich 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 vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein.

2.3. 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 der Arbeitgeberin gestellt ist, um einen (variablen) Lohnbestandteil handeln. Dies ist der Fall, wenn sich die entsprechende Vergütung nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist. 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. Diesfalls entfällt die Akzessorietätsprüfung und ist eine ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige Vergütung in jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren. Als sehr hohe Entschädigung wird ein Einkommen aus Arbeitsvertrag angesehen, das den fünffachen Medianlohn übersteigt (BGE 142 III 381 E. 2.2 ff. m.w.H.).

3. Die Feststellung der Vorinstanz, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt in Ziffer 11 des Arbeitsvertrages des Klägers vom 26. Mai 2010 klar sei (Urk. 98 S. 17), wird vom Kläger nicht in Frage gestellt. Ebenso wenig macht er geltend, die Beurteilung der Vorinstanz, gleich verhalte es sich mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt im Schreiben der Beklagten vom Mai 2012 betreffend Bonuszuteilung für das Jahr 2011, welches er zudem unterschrieben habe (Urk. 98 S. 17 f.), sei falsch. Auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, auf dieser Basis sei er nicht zur Annahme berechtigt gewesen, dass die Beklagte sich zur Zahlung eines Bonus von mindestens Fr. 350'000.– brutto verpflichtet habe (Urk. 98 S. 18), wird von ihm nicht bemängelt.

4.1.1. Hingegen rügt der Kläger, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine klare Aussage zur Höhe der nach seinen Vorbringen von der Beklagten zugesicherten festen Bonussumme bzw. Gesamtvergütung aus seinen Parteibehauptungen nicht abgeleitet werden könne (Urk. 97 S. 4 f. unter Verweis auf Urk. 98 S. 19).

4.1.2. Nach dem in Art. 55 Abs. 1 ZPO statuierten Verhandlungsgrundsatz ist es Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel dafür anzugeben. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind in diesem Fall nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Dabei bestimmt sich nach den einschlägigen bundesrechtlichen Normen, welche Tatsachen für einen schlüssigen Vortrag zu behaupten sind, und genügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den bundesrechtlichen Anforderungen an die Substantiierung nicht.

Eine ausreichende Substantiierung ist Voraussetzung für den Beweisführungsanspruch (BGer 4A\_252/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 2.2 m.w.H.).

4.1.3. Der Kläger erklärte in der Klagebegründung, er stütze seinen Anspruch auf eine mündliche Vereinbarung mit der Beklagten: In Abweichung von der schriftlichen Vertragsbestimmung gemäss Ziffer 11 des Arbeitsvertrages des Jahres 2010, wonach es dem Verwaltungsrat frei gestanden sei, eine Gratifikation abhängig vom Geschäftsverlauf sowie der Leistung des Arbeitnehmers auszus zahlen, hätten D.\_\_\_\_\_, Verwaltungsratspräsident der Beklagten, und E.\_\_\_\_\_, Verwaltungsrat der Beklagten, mit ihm im Rahmen von zahlreichen Gesprächen, die seit Juli 2009 bis zur Vertragsunterzeichnung im März oder April 2010 geführt worden seien, mündlich vereinbart, dass er einen "Bonus" als Lohnbestandteil von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr erhalten sollte. Diesen Umstand habe D.\_\_\_\_\_ anlässlich einer E-Mail von Ende Februar 2012 an ihn bestätigt, indem er ihm geschrieben habe, dass er sich um seinen ihm zugesicherten Lohnbestandteil von (zusätzlichen) Fr. 350'000.– keine Sorgen machen müsse (Urk. 1 S. 8 f.; vgl. auch Urk. 1 S. 26). Ein Ermessen bei der Festsetzung des "Bonus" sei durch die Beklagte demnach nicht bzw. nur ab einem Betrag von über Fr. 350'000.– ausgeübt worden (Urk. 1 S. 10 und S. 26). Dieser Lohnbestandteil sei nicht nur bis zu seiner Kündigung am tt.mm.2012 geschuldet, sondern – für die Monate mm. bis mm.2013 pro rata temporis – bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per tt.mm.2013 (Urk. 1 S. 11).

4.1.4. Im Rahmen der Replik führte der Kläger aus, für die Vertragsparteien sei schon zu Beginn der Anstellung klar gewesen, dass ihm zusätzlich zum im Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 festgehaltenen Bruttojahresgehalt von Fr. 280'000.– mindestens ein variabler Lohn in der Höhe von Fr. 350'000.– zustehe, was durch die in jenem Vertrag vereinbarte Gewinnbeteiligungsregel angestrebt worden sei (Urk. 40 S. 8 unter lit. b und lit. c, erster Satz, sowie S. 11, 1. Absatz), resp. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses sei ihm eine jährliche variable Zusatzvergütung in der Grössenordnung von Fr. 350'000.– zugesichert worden (Urk. 40 S. 9 f. unter lit. b). Im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag vom 26. Mai 2010 wurde ferner behauptet, für beide Parteien sei trotz Zif-

fer 11 im Arbeitsvertrag vom 26. Mai 2010 klar gewesen, dass ihm auch in Zukunft ein variabler Lohn mindestens in der bisher ausgerichteten Grössenordnung zustehen würde, und so sei es schliesslich auch gehandhabt worden (Urk. 40 S. 10 unter lit. c), indem er für das Geschäftsjahr 2010 einen Bonus in der Höhe von Fr. 380'000.– und für das Geschäftsjahr 2011 einen solchen in der Höhe von Fr. 350'000.– erhalten habe (wobei mit "bisher ausgerichteten Grössenordnung" offensichtlich die zusätzlich zum Grundlohn erbrachten Leistungen für die Jahre 2007 bis 2009 in Höhe von durchschnittlich Fr. 330'000.– gemeint waren: vgl. Urk. 40 S. 10 oben unter lit. b). Damit habe er – losgelöst von der jeweiligen Klausel im Arbeitsvertrag (Ziffer 11) – seit Beginn seines Arbeitsverhältnisses jeweils einen variablen Lohn pro Jahr zwischen Fr. 330'000.– und Fr. 380'000.– erhalten, womit die jeweiligen Ziffern 11 im alten und im neuen Arbeitsvertrag als "leere Floskeln" zu verstehen seien (Urk. 40 S. 10 unter lit. c; vgl. auch S. 16 f.).

4.1.5. Die angeführten Behauptungen in der Replik stehen entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht in Widerspruch zu denjenigen in der Klagebegründung, wonach es vor dem Abschluss des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010 zu einer Vereinbarung über einen variablen Lohnbestandteil von mindestens Fr. 350'000.– pro Jahr kam. Zum einen beziehen sich die aus lit. b zitierten Behauptungen auf S. 8 ff. auf die Verhandlungen im Zusammenhang mit dem ersten Arbeitsvertrag, weshalb sie für den Bonus für die Jahre 2012 und 2013 grundsätzlich irrelevant sind. Zum andern ist im Zusammenhang mit den Behauptungen auf S. 10 ff. unter lit. c die Frage, was den Parteien *klar war*, von der Frage, was im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010 *vereinbart wurde*, zu unterscheiden, handelt es sich doch bei ersterem einzig um einen inneren Vorgang. Dass der Kläger replicando an seinen dargelegten Behauptungen in der Klagebegründung festhalten wollte, ergibt sich denn auch aus seinem Verweis auf S. 16 der Replik (Urk. 40 S. 16 Rz. 20). Da die Beklagte in ihrer Duplik festhielt, der Kläger vertrete seine ursprüngliche Behauptung, wonach es im Vorfeld des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010 eine mündliche Vereinbarung mit D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ über einen "Bonus" als Lohnbestandteil von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr gegeben habe, in der Replik nur noch halbherzig (Urk. 49 S. 3), ging im Übrigen auch sie in ihrer zweiten Rechtschrift im erstin-

stanzlichen Verfahren nach wie vor davon aus, dass der Kläger diesen Standpunkt nicht aufgegeben hatte. Dass sie in der Folge bestritt, dass beiden Parteien klar gewesen sei, dass dem Kläger auch in Zukunft ein variabler Lohn mindestens in der bisher ausgerichteten Grössenordnung zustehe (Urk. 49 S. 26), ändert daran nichts.

4.1.6. Die von der Vorinstanz angesprochene Passage in der Stellungnahme zu den Noven vom 10. Dezember 2015 (Urk. 78 S. 6) lautet dahingehend, dass dem Kläger von D.\_\_\_\_\_ im Beisein von E.\_\_\_\_\_ klar zugesichert worden sei, dass er mit Fr. 650'000.– rechnen könne, nicht, dass ihm von D.\_\_\_\_\_ im Beisein von E.\_\_\_\_\_ eine Gesamtvergütung von Fr. 650'000.– zugesichert worden sei, wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid fälschlicherweise festhält (vgl. Urk. 98 S. 20). Die in dieser Passage genannte Zahl beruht, wie der Kläger in der Berufungsschrift ausführte (Urk. 97 S. 5), offensichtlich auf einem Verschrieb. Zum einen bezieht sich diese Passage nur auf die Gratifikationsklausel und nicht auf die Gesamtentschädigung. Zum andern hat der Kläger ausser in dieser Passage in seinen Rechtschriften kein einziges Mal mit einem Betrag von Fr. 650'000.– argumentiert. Aus der Einleitung des Satzes mit "Wie bereits mehrmals ausgeführt, ..." lässt sich daher ohne Weiteres ableiten, dass versehentlich Fr. 650'000.– anstatt Fr. 350'000.– genannt wurden. Die vom Kläger gewollte Aussage steht damit in keinem Widerspruch zur in der Klagebegründung aufgestellten Behauptung. Abgesehen davon hätte es sich aber ohnehin um ein offensichtlich unzulässiges Novum gehandelt, welches die Vorinstanz nicht mehr hätte berücksichtigen dürfen, wären tatsächlich Fr. 650'000.– gemeint gewesen, war doch gemäss Art. 229 ZPO der Aktenschluss im Zeitpunkt der Erstattung der Stellungnahme zu den Noven bereits eingetreten (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.). Zwar hatte der Kläger von der Vorinstanz Frist zur Stellungnahme zur neuen Behauptung in der Duplik der Beklagten, E.\_\_\_\_\_ habe den Kläger auch darauf hingewiesen, dass er – E.\_\_\_\_\_ – eine solche Änderung nicht eingehen würde, wenn er an Stelle des Klägers wäre, der Kläger habe der Gratifikationsklausel aber dennoch zugestimmt, angesetzt erhalten (Urk. 72 S. 6 Dispositivziffer 2 b). Das hätte den Kläger aber ohne Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO nicht berechtigt, in diesem



Verfahrensstadium eine neue Höhe des von ihm behaupteten Lohnbestandteils geltend zu machen.

4.1.7. Die vom Kläger im Rahmen der Stellungnahme zu den Noven vom 10. Dezember 2015 vorgebrachte Argumentation, er habe trotz des steten massiven Gewinnanstiegs bei der Beklagten *in den Jahren 2007 bis 2009* nicht mehr gewollt als die ihm von Anfang an (d.h. 2006) zugesicherten Fr. 630'000.– (Urk. 78 S. 5), steht allerdings in der Tat nicht in Einklang mit den übrigen genannten Behauptungen, weil hier der Betrag als fester Betrag genannt wurde und nicht als Grössenordnung, und die Behauptung implizit beinhaltet, dass der Bonus von Anfang an auf (mindestens) Fr. 350'000.– festgelegt worden war, wie der Kläger auch in der Berufungsbegründung geltend macht (Urk. 97 S. 4). Später in der Stellungnahme zu den Noven kehrte der Kläger allerdings erstinstanzlich wieder zur Behauptung zurück, es sei ihm bei der Anstellung nebst dem fixen Jahresgehalt von (damals) Fr. 280'000.– eine zusätzliche Entschädigung *in der Grössenordnung von Fr. 350'000.–* zugesichert worden (Urk. 78 S. 7 und S. 10). Dieser Widerspruch spielt indes im Ergebnis schon deshalb keine Rolle, weil der Kläger sich für den von ihm geltend gemachten Anspruch für die Jahre 2012 und 2013 nicht auf die Vereinbarung vor Stellenantritt beruft, sondern auf eine spätere vor Abschluss des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010. Abgesehen davon handelt es sich auch hierbei um ein offensichtlich unzulässiges Novum, das die Vorinstanz nicht mehr hätte berücksichtigen dürfen (dazu vorne unter Erw. II./4.1.6.), so wie dies nunmehr auch der Berufungsinstanz mit Bezug auf die zitierte Stelle in der Berufungsbegründung verwehrt ist. Auch diese Passage geht nämlich über eine Stellungnahme zum Novum, die dem Kläger gewährt worden war, hinaus (vgl. Urk. 72 S. 6 Dispositivziffer 2 a). Immerhin ist aber festzuhalten, dass der Kläger zu Recht moniert (Urk. 97 S. 5), die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die eingangs zitierte Aussage sich auch auf die Entschädigungsforderungen des Klägers ab dem Jahr 2010 bezog und nicht bloss auf diejenigen für die Jahre 2007, 2008 und 2009. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Verweis des Klägers, auf den die Beklagte sich auf S. 11 ihrer Berufungsantwort bezieht (Urk. 106 S. 11 Rz. 38), die Regelung bei

der Anstellung betrifft (Urk. 78 S. 7) und damit keine Unverträglichkeit gegeben ist.

4.1.8. Ein klarer Widerspruch liegt allerdings, wie die Vorinstanz zutreffend anführte (Urk. 98 S. 20), in der Stellungnahme zu den Noven vom 10. Dezember 2015 insoweit vor, als der Kläger im Zusammenhang mit der Anpassung des Arbeitsvertrages im Jahre 2010 vorbrachte, zwischen den Parteien sei vereinbart worden, dass die jährliche Entschädigung wie bis anhin *bei Fr. 630'000.–* liege (Urk. 78 S. 7). Die dazu im Rahmen der Berufungsschrift vom Kläger abgegebene Erklärung, mit "bei" sei nur die Grössenordnung der Gesamtvergütung gemeint gewesen (Urk. 97 S. 5), entspricht nicht dem objektiven Verständnis.

Auch hier gilt indes, dass es sich um ein offensichtlich unzulässiges Novum handelte, welches die Vorinstanz nicht mehr hätte berücksichtigen dürfen (dazu unter Erw. II./4.1.6.). Abgesehen davon stellt sich für den Fall, dass die Vorbringen einer Partei oder ihres Vertreters unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig sind, die Frage, ob nicht die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO greift (vgl. BSK ZPO-Gehri, Art. 56 N 2; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 56 N 15). Zwar hat diese bei anwaltlich vertretenen Parteien nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGer 4A\_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1). Zudem besteht kein Grund für ein Vorgehen des Gerichtes nach Art. 56 ZPO, wenn die Gegenpartei bereits auf die mangelnde Substantiierung hingewiesen hat und die beweisbelastete Partei ihr Unterlassen der eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat (BGer 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2014, E. 1.3.3). Vorliegend trat der Widerspruch indes erst in der Stellungnahme des Klägers zu den Noven vom 10. Dezember 2015 auf und erfolgte vorinstanzlich kein entsprechender Hinweis durch die Gegenpartei. Zudem mussten aufgrund der übrigen Behauptungen des Klägers erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob diese Formulierung so gewollt war, wie sie der Leser versteht. Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz, hätte kein unzulässiges Novum vorgelegen, im Sinne von Art. 56 ZPO nachfragen müssen, wie sich die diesbezügliche Behauptung des Klägers zu seinen übrigen Behauptungen verhielt. Dass der Kläger damit nicht von seinem Standpunkt abweichen wollte, dass in Abweichung von der schriftli-

chen Vertragsbestimmung gemäss Ziffer 11 des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010, wonach es dem Verwaltungsrat frei gestanden sei, eine Gratifikation abhängig vom Geschäftsverlauf sowie der Leistung des Arbeitnehmers auszuzahlen, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ mit ihm im Rahmen von zahlreichen Gesprächen, die seit Juli 2009 bis zur Vertragsunterzeichnung im März oder April 2010 geführt worden seien, mündlich vereinbart hätten, dass er einen "Bonus" als Lohnbestandteil von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr erhalten sollte und die Ziffer 11 im genannten Arbeitsvertrag als "leere Floskel" zu verstehen sei, hätte sich nun aber ohnehin im Berufungsverfahren ergeben.

4.1.9. Somit hätte die Vorinstanz von der Behauptung des Klägers ausgehen müssen, dass zwischen den Parteien ein dahingehender tatsächlicher Konsens erzielt wurde, dass in Abweichung von der schriftlichen Vertragsbestimmung gemäss Ziffer 11 des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010, wonach es dem Verwaltungsrat frei gestanden sei, eine Gratifikation abhängig vom Geschäftsverlauf sowie der Leistung des Arbeitnehmers auszuzahlen, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ mit ihm im Rahmen von zahlreichen Gesprächen, die seit Juli 2009 bis zur Vertragsunterzeichnung im März oder April 2010 geführt worden seien, mündlich vereinbart hätten, dass er einen "Bonus" als Lohnbestandteil von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr erhalten sollte und die Ziffer 11 im genannten Arbeitsvertrag als "leere Floskel" zu verstehen sei. Diese von der Beklagten bestrittenen Behauptungen des Klägers können ohne Weiteres zum Beweis gestellt werden. Eine andere Frage ist, wie gross die Chancen des Klägers sind, seine Behauptungen mit den von ihm genannten Beweismitteln beweisen zu können. Diese Frage ist aber nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens.

4.2.1. Der von der Vorinstanz im Sinne einer Eventualbegründung vorgenommenen antizipierten Beweismittelwürdigung kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Zwar kann ein Gericht Beweisanträge ablehnen, wenn diese nicht erhebliche Tatsachen betreffen, wenn das Gericht seine Überzeugung durch andere Beweismittel bereits gewonnen hat oder wenn es das offerierte Beweismittel zum vornherein für ungeeignet hält, die behauptete Tatsache zu beweisen (BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 21 mit Hinweisen). Die Argumentation der Vorinstanz, selbst mit Aussa-

gen von D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, welche durchwegs zugunsten des Klägers lauten würden, wäre der Beweis für eine von Ziffer 11 abweichende mündliche Regelung angesichts der profunden Erfahrung aller an der mündlichen Abrede Beteiligten nicht zu erbringen (Urk. 98 S. 21), ist aber, wie der Kläger zu Recht moniert (Urk. 97 S. 6 f.), nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist es eine allgemein bekannte Tatsache, dass schriftliche Verträge nicht immer dem tatsächlich Vereinbarten entsprechen, und zwar durchaus auch bei erfahrenen Vertragsparteien. Mit Art. 18 Abs. 1 OR findet sich denn auch eine Bestimmung dazu im Gesetz.

4.2.2. Auch die Argumentation der Vorinstanz, alle weiteren als Zeugen benannten Personen seien (selbst nach klägerischer Darlegung) nicht an den Absprachen beteiligt gewesen und könnten lediglich vom Hörensagen berichten, weshalb auf ihre Aussagen nicht abgestellt werden könne (Urk. 98 S. 21), greift zu kurz, weshalb der Kläger sich dagegen grundsätzlich zu Recht zur Wehr setzt (Urk. 97 S. 7). Wenn eine Person einer anderen Person über etwas berichtet, kann diese ihrerseits über ihre Wahrnehmung berichten und kann dieser Bericht ohne Weiteres als Indiz in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Ferner können derartige Aussagen auch als Hilfstatsachen dazu dienen, andere Aussagen zu würdigen (vgl. BSK ZPO-Hafner, Art. 168 N 7c; BSK ZPO-Guyan, Art. 169 N 1; BGer 5A\_51/2014 vom 14. Juli 2014, E. 5.1; 5P.161/2005 vom 6. Februar 2006, E. 6.3 m.w.H.). Selbst wenn die Personalverantwortliche G.\_\_\_\_\_ – entgegen der Behauptung des Klägers in der Berufungsschrift (Urk. 97 S. 7) – nicht als direkt Beteiligte über die Verhandlungen der Parteien betreffend variable Vergütung berichten könnte, wäre denkbar, dass sie zeitnah über allfällige von Ziffer 11 abweichende Vereinbarungen informiert worden wäre, und zwar nicht etwa einzig vom Kläger, sondern auch von D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und/oder F.\_\_\_\_\_. Es ist daher durchaus möglich, dass ihre Aussagen zur Klärung des umstrittenen Sachverhalts beitragen könnten, und zwar auch dann, wenn sie nur vom Hörensagen berichten könnte. Bei ihr kommt eine Befragung zum Thema Anpassung des Arbeitsvertrages jedoch nicht in Frage, weil sie dazu erstmals im Rahmen der Stellungnahme zu den Noven vom 10. Dezember 2015 als Zeugin offeriert wurde (Urk. 78 S. 7), und damit offensichtlich verspätet (vgl. vorne unter Erw. II./4.1.6.). Aber auch bei H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ des Klägers kann nicht von vornherein ausgeschlossen

werden, dass ihre Einvernahme nicht weiterführend wäre. Vielmehr ist denkbar, dass ihre Aussagen Indizien für die eine oder andere Version liefern. Dass diese beiden Personen dem Kläger nahe stehen, steht ihrer Einvernahme nicht entgegen, sondern ist, soweit sie sich nicht auf das Aussageverweigerungsrecht im Sinne von Art. 165 Abs. 1 lit. a und c ZPO berufen, bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Im Übrigen ist der Beklagten zu widersprechen, dass der Kläger sich nicht mit der Überlegung der Vorinstanz, dass auf ein Zeugnis lediglich "vom Hörensagen" nicht abzustellen wäre, auseinandergesetzt habe (Urk. 106 S. 13). Indem der Kläger in der Berufungsbegründung darauf besteht, dass G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ einvernommen werden und bemängelt, dass die Vorinstanz die offerierten Beweismittel nicht berücksichtigt und den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe (Urk. 97 S. 7), gibt er in rechtsgenügender Weise zu verstehen, dass er die fragliche Überlegung der Vorinstanz für unrichtig hält. Etwas anderes lässt sich im Übrigen auch nicht der von der Beklagten zitierten Literaturstelle in Brunner/Gasser/Schwander (vgl. Urk. 106 S. 13) entnehmen.

4.2.3. Nicht nachvollziehbar ist ferner die Argumentation der Vorinstanz, dass der Kläger selbst vorbringe, für das Jahr 2010 einen Brutto-Bonus von Fr. 380'000.– (bzw. eine Gesamtvergütung von Fr. 700'000.–) und für das Jahr 2011 einen Brutto-Bonus von Fr. 350'000.– (bzw. eine Gesamtvergütung von Fr. 670'000.–) erhalten zu haben, weshalb von einer Entschädigung in fester Höhe nicht die Rede sein könne (vgl. Urk. 98 S. 20 f.). Der Kläger macht ja, wie dargelegt, gerade nicht geltend, dass eine Entschädigung in fester Höhe vereinbart worden sei, sondern dass die Parteien in den ersten Monaten des Jahres 2010 neben dem Grundlohn einen variablen Lohnanteil in Höhe von *mindestens* Fr. 350'000.– vereinbart hätten. Auch die diesbezügliche Rüge des Klägers (Urk. 97 S. 6) ist daher begründet.

4.2.4. Dass die Beklagte im Rahmen der Bonusmitteilung für das Jahr 2011 vom Mai 2012 explizit einen Freiwilligkeitsvorbehalt anbrachte, und der Kläger dagegen unbestrittenermassen nie remonstrierte, sondern diese vielmehr unterschriftlich quittierte, mag zwar mit der Vorinstanz (Urk. 98 S. 21) ein Indiz für die Version der Beklagten darstellen. Allerdings ist im Gegenzug festzustellen, dass ein solcher Vorbehalt in der Bonusmitteilung für das Jahr 2010, welche zeitlich deutlich

näher bei den fraglichen Vertragsverhandlungen im Jahr 2010 lag, aber in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem der Arbeitsvertrag vom 26. Mai 2010 bereits Geltung hatte, gemäss der unbestritten gebliebenen Behauptung des Klägers (Urk. 1 S. 11; vgl. auch Urk. 1 S. 26) nicht erfolgte. War Ziffer 11, wie vom Kläger behauptet (Urk. 40 S. 10, vgl. auch S. 16 f.), für alle Beteiligten eine "leere Floskel", bestand darüber hinaus entgegen der Argumentation der Vorinstanz auch kein zwingender Anlass für den Kläger, bei der Bonusmitteilung für das Jahr 2011 gegen den Freiwilligkeitsvorbehalt zu remonstrieren.

4.2.5. Soweit die Vorinstanz argumentiert, die vom Kläger behauptete mündliche Vereinbarung sei seinen Angaben zufolge im Rahmen von zahlreichen Gesprächen, die seit Juli 2009 bis zur Vertragsunterzeichnung im März oder April 2010 geführt worden seien, getroffen worden, weshalb sie durch den Vertrag vom 26. Mai 2010 überholt worden sei (Urk. 98 S. 18; so die Beklagte in Urk. 22 S. 9 f.), hält dies einer genaueren Prüfung nicht stand. Zwar ist richtig, dass in Art. 18 Abs. 1 des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010 festgehalten wurde, dass durch diesen alle früheren Vereinbarungen zwischen den Parteien aufgehoben und ersetzt würden (Urk. 6/6 S. 6). Es ist aber dennoch möglich, dass von den Vertragsparteien – zusätzlich zum Grundlohn von Fr. 320'000.– – ein variabler Lohnanteil von mindestens Fr. 350'000.– pro Jahr zugesichert wurde und es dem Willen der Vertragsparteien entsprach, dass Ziffer 11 des Vertrages toter Buchstabe bleiben sollte (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 320 N 3 i.f.). Das Gleiche gilt für Ziffer 18 Abs. 2 des neuen Vertrages, in dem für Änderungen und Ergänzungen des Vertrages einschliesslich des Verzichts auf diesen Vorbehalt die Schriftform vorbehalten wurde. Dass der Kläger sich, wie die Beklagte behauptet (Urk. 106 S. 6), mit der diesbezüglichen Argumentation der Vorinstanz nicht auseinandergesetzt habe, ist im Übrigen nicht richtig. Er warf in der Berufungsbegründung die rhetorische Frage auf, weshalb eine Person keine mündliche Vereinbarung treffen können solle, die von einem schriftlich abgeschlossenen Vertrag abweiche, zumal sich die Parteien im Arbeitsrecht über gewillkürte Formvorschriften hinwegsetzen könnten (Urk. 97 S. 6).

4.2.6. Schliesslich ist auch die Argumentation der Vorinstanz, wonach sich die klägerische Behauptung, ihm sei im Februar 2012 per E-Mail ein Mindestbonus von Fr. 350'000.– zugesichert worden, zu dessen Ausführungen zur Zusicherung anlässlich des Abschlusses des Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2010, widersprüchlich verhalte (Urk. 98 S. 21 f.), nicht stichhaltig. Gemäss der Darstellung des Klägers erfolgte die fragliche Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2010 mündlich. Es hätte daher entgegen der Argumentation der Vorinstanz sehr wohl einen Sinn ergeben, wenn diese mündliche Zusicherung später auch noch schriftlich erfolgt wäre. Die diesbezügliche Rüge des Klägers (Urk. 97 S. 8) ist daher ebenfalls berechtigt. Dass die Beklagte die Existenz einer E-Mail dieses Inhalts bestritt, tut insoweit nichts zur Sache, sondern wird allenfalls im Rahmen des Beweisverfahrens relevant sein.

4.2.7. Kann der Kläger beweisen, dass die Vertragsparteien übereinstimmten, dass Ziffer 11 des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010 keine Geltung haben sollte, spielt der Umstand, dass die Beklagte im Mai 2012 bei der Ausbezahlung des Bonus für das Jahr 2011 erstmals einen Freiwilligkeitsvorbehalt machte, keine Rolle, denn allein dadurch wurde keine Vertragsänderung bewirkt, wurde doch von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht, dass sie eine solche habe bewirken wollen und der Kläger dieser zugestimmt hätte. Ihre diesbezügliche Argumentation in der Berufungsantwort (Urk. 106 S. 7 und S. 12) stellt ein Novum dar, das nach dem unter Erw. II./2. Ausgeführten offensichtlich verspätet geltend gemacht wird. Im Übrigen ist es nicht richtig, dass der Kläger, wie die Beklagte behauptet (Urk. 106 S. 7 und S. 11), auf die vorinstanzliche Feststellung, dass er den Freiwilligkeitsvorbehalt sogar unterschriftlich bestätigt habe, nicht eingegangen sei. Er macht geltend, dieser sei von keiner Relevanz gewesen, weil die Parteien sich daran – wegen der abweichenden mündlichen Vereinbarung (variabler Lohn von mindestens Fr. 350'000.–) – nicht gebunden gefühlt hätten und er deswegen auch nicht dagegen habe remonstrieren müssen (Urk. 97 S. 6). Daraus ergibt sich, dass diese Unterschrift seines Erachtens ebenfalls irrelevant war.

4.2.8. Dass der Kläger anstatt des von ihm geltend gemachten Bonus von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr bei der Bezifferung seiner Forderung – nachdem er sich replicando im Sinne einer Eventualbegründung auch auf fehlende Akzessorietät berufen hatte (Urk. 40 S. 11) – von Fr. 344'000.– brutto pro Jahr ausging, schadet nicht. Es kann einem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, wenn er weniger verlangt als er gemäss seinen Angaben im Hauptstandpunkt an sich zugut hätte. Die diesbezüglichen Argumentationen der Vorinstanz (Urk. 98 S. 20) und der Beklagten (Urk. 106 S. 9 f.) gehen daher ins Leere. Abgesehen davon hat der Kläger nicht geltend gemacht, dass diese Fr. 344'000.– "fix" vereinbart gewesen seien, wie die Beklagte behauptet (Urk. 106 S. 9 f.), sondern handelt es sich dabei um einen Durchschnittsbetrag (Urk. 40 S. 11).

4.3. Die Beklagte macht geltend, die Ausbezahlung eines Bonus sei gemäss Ziffer 11 des Arbeitsvertrages vom 26. Mai 2010 (u.a.) an die Bedingung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses geknüpft gewesen (Urk. 22 S. 37 ff., S. 44, S. 46 und S. 71). Sollte der Kläger seine Behauptung, dass in Abweichung von der schriftlichen Vertragsbestimmung gemäss Ziffer 11 des Arbeitsvertrages des Jahres 2010, wonach es dem Verwaltungsrat frei gestanden sei, eine Gratifikation abhängig vom Geschäftsverlauf sowie der Leistung des Arbeitnehmers auszuzahlen, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ mit ihm im Rahmen von zahlreichen Gesprächen, die seit Juli 2009 bis zur Vertragsunterzeichnung im März oder April 2010 geführt worden seien, mündlich vereinbart hätten, dass er einen "Bonus" als Lohnbestandteil von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr erhalten sollte, beweisen können, wäre zugleich diese Behauptung der Beklagten widerlegt. Handelte es sich wie vom Kläger behauptet um einen Lohnbestandteil, hätte zudem Art. 322d Abs. 2 OR keine Geltung.

4.4. Die weitere Argumentation der Vorinstanz betreffend Akzessorietäts-Rechtsprechung (Urk. 98 S. 22 f.) und jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend "Gratifikation mit Lohncharakter" wurde von den Parteien nicht gerügt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Ebenso wenig bemängelten die Parteien die erstinstanzlichen Erwägungen zu den von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen (Urk. 98 S. 29; Urk. 98 S. 47 ff.). Wie die Vo-



rinstanz ferner zutreffend festhielt (Urk. 98 S. 11), zog der Kläger mit der Replik das eventualiter gestellte Begehren im Zusammenhang mit dem Prinzip der Gleichbehandlung der Geschäftsleitungsmitglieder der Beklagten zurück (vgl. Urk. 40 S. 12), weshalb sie aufgrund der Verhandlungsmaxime darauf zu Recht nicht mehr einging.

5.1. Nach dem Dargelegten ist vorliegend ein Beweisverfahren durchzuführen. Es wird zunächst eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO zu erlassen sein, wobei insbesondere davon auszugehen ist, dass dem Kläger der Hauptbeweis für seine Behauptung obliegt, dass in Abweichung von der schriftlichen Vertragsbestimmung gemäss Ziffer 11 des Arbeitsvertrages des Jahres 2010, wonach es dem Verwaltungsrat frei gestanden sei, eine Gratifikation abhängig vom Geschäftsverlauf sowie der Leistung des Arbeitnehmers auszuzahlen, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ mit ihm im Rahmen von zahlreichen Gesprächen, die seit Juli 2009 bis zur Vertragsunterzeichnung im März oder April 2010 geführt worden seien, mündlich vereinbart hätten, dass er einen "Bonus" als Lohnbestandteil von mindestens Fr. 350'000.– brutto pro Jahr erhalten sollte. Die klägerische Behauptung, es habe sich bei Ziffer 11 dieses Arbeitsvertrages um eine "leere Floskel" gehandelt, ist darin zwangsläufig enthalten.

5.2. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt in einem wesentlichen Teil unvollständig festgestellt, indem sie die von den Parteien form- und fristgerecht angebotenen Beweis- und Gegenbeweismittel nicht abgenommen hat. Es ist aber nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 35 m.w.H.). Vielmehr ist gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 12. Dezember 2016 hinsichtlich der Dispositivziffer 1 Abs. 2, soweit die Abweisung der klägerischen Forderung auf Zusprechung von Fr. 487'333.35 (brutto; variabler Lohnanteil) zuzüglich Zins von 5 % seit dem 22. Januar 2013 auf Fr. 344'000.– und ab dem 1. Juni 2013 auf Fr. 487'333.35 betreffend, aufzuheben, und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.3. Mit den vom Kläger im Rahmen der Berufungsbegründung angeführten weiteren Indizien, welche seines Erachtens seine Darstellung stützen (Urk. 97 S. 8 f.), wird die Vorinstanz sich, soweit es sich nicht um unzulässige Noven handelt, allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung auseinanderzusetzen haben.

#### IV.

1. Zufolge der Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Der Entscheid über deren Regelung ist daher dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

2. Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf den Streitwert von Fr. 487'333.35 in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebVO auf Fr. 20'500.– festzusetzen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 12. Dezember 2016 hinsichtlich der Dispositivziffern 1 teilweise (Abs. 1: Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger Fr. 3'125.85 [Fr. 3'333.35 brutto abzgl. 6.225% AHV/IV/EO/ALV] zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Juni 2013 zu bezahlen; Abs. 2: soweit nicht die Abweisung der klägerischen Forderung auf Fr. 487'333.35 brutto nebst Zins zu 5 % seit 22. Januar 2013 auf Fr. 344'000.– und seit 1. Juni 2013 auf Fr. 487'333.35 betreffend), 2 und 3 sowie die Beschlüsse des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 12. Dezember 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Im Übrigen, insbesondere hinsichtlich der Dispositivziffer 1 Abs. 2, soweit die Abweisung der klägerischen Forderung auf Zusprechung von Fr. 487'333.35 brutto nebst Zins zu 5 % seit 22. Januar 2013 auf Fr. 344'000.– und seit 1. Juni 2013 auf Fr. 487'333.35 betreffend, wird das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 12. Dezember 2016 aufgehoben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne

der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'500.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bleibt der Vorinstanz vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 20'500.– geleistet hat.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten unter Beilage der zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 487'333.35.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. März 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:  
mc