



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2020.51
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	19.12.2022
<b>Entscheiddatum:</b>	27.05.2022

### **Entscheid Kantonsgericht, 27.05.2022**

**Art. 322, Art. 322d OR (SR 220): Qualifikation einer im Arbeitsvertrag vereinbarten variablen Vergütung als Gratifikation oder als Teil des Lohnes (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. Mai 2022, BO.2020.51)**

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Kläger war bis Ende 2016 für die Zweigniederlassung der Gesellschaft E.\_\_\_\_ tätig, die durch eine andere Gesellschaft (C.-Ltd.) übernommen wurde. Der Kläger trat in diesem Zusammenhang per 1. Januar 2017 zur C.-GmbH (Beklagte) über, einer weiteren Gesellschaft aus der Gruppe der Käuferin. Die Parteien schlossen am 6./7. März 2017 einen neuen Arbeitsvertrag, in welchem sich u.a. folgende Klausel findet:

Variable component: The target incentive level will be set at 25% of Annual Base salary (Payment in March of the following year, based on achievement of the agreed business and individual objectives)

Die Beklagte teilte Ende 2017 und Anfangs 2018 mit, dass der Bonus für das Jahr 2017 nicht ausbezahlt werde, weil die Finanzergebnisse des Unternehmens deutlich unter der ursprünglichen Prognose für das Jahr lägen. Dem Kläger wurde aber in seiner Mitarbeiterbeurteilung für das Jahr 2017 eine hervorragende Leistung bescheinigt. Er



machte in der Folge teilklageweise eine Forderung von Fr. 30'000.00 geltend, und stellte sich auf den Standpunkt, bei der hiervor zitierten Vertragsklausel handle es sich um einen festen Lohnbestandteil. Die Vorinstanz schützte die Klage.

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

2. In der Sache dreht sich der Streit zunächst um die Frage, ob die im Arbeitsvertrag vom 6./7. März 2017 vereinbarte variable Komponente ("Variable component") als Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR oder als Teil des Lohnes i.S.v. Art. 322 OR zu qualifizieren ist. Während sich die Beklagte auch in ihrer Berufung auf den Standpunkt stellt, es handle sich dabei um eine gänzlich freiwillige Leistung, eine sog. echte Gratifikation, erblickt der Kläger darin nach wie vor einen festen variablen Lohnbestandteil. Hingegen ist zu Recht unbestritten, dass die variable Komponente – sollte sie als (echte) Gratifikation zu qualifizieren sein – gegenüber dem Jahres-/ Monatsgehalt ("Annual/monthly Salary") akzessorischen Charakter aufweist (vgl. dazu BGE 142 III 381 E. 2.2.1 f.; BGE 141 III 407 E. 4.3.1 und 5; BGer 4A\_155/2019 E. 4.1 f.), weshalb auf diese Thematik nicht weiter einzugehen ist.

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss zwischen folgenden drei Situationen unterschieden werden: (1) dem – variablen – Lohn, (2) der (unechten)



Gratifikation, auf welche der Arbeitnehmer Anspruch hat, und (3) der (echten) Gratifikation, auf welche er keinen Anspruch hat (BGer 4A\_169/2021 E. 3.1; BGer 4A\_155/2019 E. 3; BGer 4A\_78/2018 E. 4.2; je m.w.H.). Um zu ermitteln, welche Situation einschlägig ist, muss in einem ersten Schritt durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien bei Vertragsschluss und ihres späteren Verhaltens während des Arbeitsverhältnisses (Einigung durch konkludentes Handeln) der Vertragsinhalt bestimmt werden (s. lit. d hernach), um dann in einem zweiten Schritt die Vergütung rechtlich zu qualifizieren (BGer 4A\_280/2020 E. 3; vgl. zur Formfreiheit beim Vertragsschluss: Art. 320 Abs. 1 OR; zur Formfreiheit von Änderungen: Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Art. 320 N 4 S. 135).

b) Lohn – Situation 1 – liegt ungeachtet der konkreten Bezeichnung (Bonus, Gratifikation usw.) vor, wenn ein bestimmter oder ein aufgrund objektiver Kriterien wie dem Gewinn, dem Umsatz etc. bestimmbarer Betrag vertraglich zugesagt wurde (BGer 4A\_169/2021 E. 3.1.1; BGer 4A\_155/2019 E. 3.1; BGer 4A\_78/2018 E. 4.3.1; BGE 136 III 313 E. 2; BGE 129 III 276 E. 2).

c) Demgegenüber ist eine Gratifikation eine Sondervergütung, welche der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahrs, ausrichtet (Art. 322d Abs. 1 OR). Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt, also ganz oder mindestens teilweise freiwillig ausgerichtet wird. Freiwilligkeit ist dabei dann anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe der Vergütung ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe der Vergütung nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (BGE 142 III 381 E. 2.1; BGE 141 III 407 E. 4.1 und 4.2 = Pra 2016 Nr. 38; BGE 139 III 155 E. 3.1).



aa) Ein Anspruch auf eine (unechte) Gratifikation – Situation 2 – besteht, wenn zwar grundsätzlich die Zahlung einer Sondervergütung vereinbart wurde, dem Arbeitgeber jedoch bei der Bestimmung der Höhe ein gewisses Ermessen verbleibt. Die grundsätzliche Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung einer entsprechenden Vergütung während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren (BGE 136 III 313 E. 2; BGE 131 III 615 E. 5.2; BGE 129 III 276 E. 2; BGer 4A\_169/2021 E. 3.1.2.1; BGer 4A\_78/2018 E. 4.3.2.1; BGer 4A\_513/2017 E. 5.3.1).

bb) Kein Anspruch auf eine Gratifikation besteht – Situation 3 –, wenn gemäss Vertrag sowohl im Grundsatz wie in der Höhe Freiwilligkeit vorbehalten wurde. Freiwillig bleibt der Bonus auch, wenn er Jahr für Jahr ausgeschüttet wird mit dem Hinweis auf seine Freiwilligkeit. Findet sich ein solcher Vorbehalt allerdings bereits ausdrücklich im Vertrag, braucht er bei der Ausrichtung nicht ständig erneuert zu werden (vgl. BGer 4A\_280/2020 E. 5.3). Immerhin ist der Vorbehalt (ob im Vertrag oder bei der Ausrichtung) dann unbehilflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird und der Arbeitgeber durch sein ganzes Verhalten zeigt, dass er sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Darauf kann geschlossen werden, wenn der Arbeitgeber während längerer Zeit ("jahrzehntelang") nie vom Vorbehalt Gebrauch machte, obwohl er gute Gründe gehabt hätte, sich darauf zu berufen, wie etwa einen schlechten Geschäftsgang oder schlechte Leistungen einzelner Mitarbeiter. Unter diesen Voraussetzungen kann sich aus der wiederholten Zahlung trotz Freiwilligkeitsvorbehalts ausnahmsweise eine stillschweigende Verpflichtung (im Grundsatz und/oder in der Höhe) ergeben (BGE 129 III 276 E. 2.3; zum Ganzen: BGer 4A\_169/2021 E. 3.1.2.2; BGer 4A\_280/2020 E. 3.3; BGer 4A\_155/2019 E. 3.2.2; BGer 4A\_78/2018 E. 4.3.2.2).



d) Grundlage für die rechtliche Qualifikation einer Vertragsbestimmung bildet deren Inhalt (BGE 144 III 43 E. 3.3). Er bestimmt sich vorab nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bei der Ermittlung des tatsächlichen Willens ist dabei nicht allein auf den Wortlaut der Erklärungen abzustellen, sondern auf alle Indizien, welche (Rück-)Schlüsse auf den wirklichen Willen der Parteien erlauben, wie etwa die Umstände des Vertragsschlusses (z.B. allfällige im Vorfeld abgegebene Erklärungen) oder das nachträgliche Parteiverhalten. Erst wenn ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie der jeweilige Erklärungsempfänger nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip setzt somit voraus, dass sich der tatsächliche Wille der Parteien entweder nicht mehr feststellen lässt oder dass eine Partei den von der anderen Partei erklärten Willen nicht richtig verstanden hat, wobei beides aus der Beweiswürdigung folgen muss und sich nicht schon aus der blossen Tatsache ergibt, dass die Parteien im Prozess Unterschiedliches behaupteten (zum Ganzen: BGE 144 III 93 E. 5.2.1 ff. = Pra 2019 Nr. 40; BGE 144 III 43 E. 3.3; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 80; BGer 4A\_535/2019 E. 4.2.2).

[...]

5.a) Vorweg ist anzumerken, dass das Gericht nicht an eine übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien gebunden ist (BGE 144 III 394 E. 4.1.4; BSK ZPO-Gehri, 3. Aufl., Art. 57 N 5; Glasl, Dike-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 57 N 5; anders [grundsätzlich] bei einer übereinstimmenden Sachdarstellung [Art. 153 Abs. 2 ZPO; zum hier anwendbaren beschränkten Untersuchungsgrundsatz ferner Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., N 4.35]). Das Gericht wendet das Recht vielmehr von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Es ist daher – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht entscheidwesentlich, ob die Beklagte, die für diese und die übrigen schweizerischen Konzerngesellschaften handelnden Personen sowie die Mitarbeiter



der mit einem Rechtsgutachten betrauten schweizerischen Anwaltskanzlei (bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) angeblich alle die Rechtsauffassung vertreten (hätten), dass die in der fraglichen Vertragsklausel erwähnte Vergütung als variabler Lohnbestandteil zu qualifizieren sei. Auf die Abnahme der dafür zahlreich angebotenen Beweismittel ist mangels Rechtserheblichkeit zu verzichten (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Beigefügt sei ferner, dass es, wie hiavor ausgeführt, bei der Auslegung nicht darum geht, ob die Parteien einen festen Lohnbestandteil oder eine Gratifikation vereinbarten; der Entscheid darüber ist vielmehr ein solcher der rechtlichen Qualifikation des durch die Auslegung ermittelten Vertragsinhalts.

b) Die Kritik der Beklagten an der Auslegung der Vorinstanz ist insofern berechtigt, als die Vorinstanz einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen allein mit Blick auf die Rechtsschriften ausschloss, ohne die in den Akten liegenden Beweise zu würdigen. Sie schritt mithin direkt zur Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Zudem berücksichtigte sie dabei auch das nachträgliche Parteiverhalten (u.a. Bonusabrechnungen 2016 und 2018 sowie Pensionskassenausweise des Klägers per 1. April 2017 und 1. April 2018), was nicht zulässig ist (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; BGE 133 III 61 E. 2.2.1), und gelangte letztlich zu einem – aus Sicht einer unbeteiligten Drittperson – allenfalls plausiblen, aber von keiner Partei so vertretenen Vertragsverständnis (vgl. BGer 4A\_441/2019 E. 2.6.1; BGer 4A\_577/2018 E. 4.2; BGer 4A\_311/2017 E. 7; BGer 4A\_187/2015 E. 4.1, nicht publ. in BGE 141 III 489, wonach die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht zu einem normativen Konsens führen könne, der so von keiner der Parteien gewollt ist).

c) Die Parteien sind sich darin einig, dass eine allfällige variable Komponente vereinbarungsgemäss nach der Formel "Eligible Annual Base Salary" (anrechenbares Jahresgrundgehalt [EBS]) x "Bonus Target" (Bonusziel [BT]) x "Business Performance Factor" (Geschäftsleistungs- bzw. Geschäftserfolgswertfaktor [BPF]) x "individual Performance Factor" (individueller Leistungsfaktor [IPF]) zu berechnen ist und damit je nach Bewertung der letzten beiden Faktoren mehr oder weniger als 25% des Jahresgrundgehalts, ja theoretisch sogar null Franken betragen könne. Davon ist



auszugehen. Uneinig sind sich die Parteien in der Frage, ob und inwieweit der Beklagten bei der so zu berechnenden variablen Komponente ein Ermessen zukommen sollte, ob überhaupt nicht (Standpunkt des Klägers), ob in der Höhe (Eventualstandpunkt des Klägers) oder ob im Grundsatz und in der Höhe (Standpunkt der Beklagten), was je nachdem zur Qualifikation als variabler Lohnbestandteil, unechte Gratifikation oder echte Gratifikation führen würde. Beide Parteien behaupten je für sich einen ihrem Prozessstandpunkt entsprechenden übereinstimmenden wirklichen Willen, was es nachfolgend anhand der Indizien, wie etwa dem Wortlaut des Vertrags, den Erklärungen vor Vertragsschluss und dem nachträglichen Parteiverhalten zu prüfen gilt (BGE 144 III 93 E. 5.2.2).

### aa) Erklärungen vor Vertragsschluss

Die E.\_\_\_\_, bei welcher der Kläger ab 1. Januar 2012 tätig war, wurde von der C.\_\_\_\_-Ltd. übernommen. Im Hinblick darauf vereinbarten die E.\_\_\_\_, die Beklagte und der Kläger mit "Amendment to the employment contract" vom 25./26. und 29. August 2016 u.a., dass der spätestens bis 31. Dezember 2016 abzuschliessende neue Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten Bonusmöglichkeiten vorsehe, die in der Summe nicht ungünstiger seien als jene bei der E.\_\_\_\_. Im Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der E.\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2011 hatten die Parteien für Zahlungen aus der Teilnahme an einem Bonus-/Anreizprogramm ausdrücklich auch im Grundsatz Freiwilligkeit vorbehalten (E.\_\_\_\_-Arbeitsvertrag, S. 2 Ziff. 3.2: "Participation in any Bonus/Incentive Programme by the Employee remains in the discretion of Actavis and so do any payments made under such Bonus/Incentive Programme. Previous or continuous payments under such Bonus/Incentive Programme do not constitute legal entitlement to any future payment"; vgl. ferner den Vorbehalt auf der Lohnabrechnung März 2016 für den Bonus 2015 sowie BGer 4A\_280/2020 E. 5.3). Die Beklagte war aus der tripartiten Vereinbarung mithin nicht verpflichtet, dem Kläger im neuen Arbeitsvertrag einen zusätzlichen variablen Lohnbestandteil oder einen festen Anspruch auf eine Gratifikation einzuräumen.



### bb) Erklärungen bei Vertragsschluss und Vertragswortlaut

Im Vertragswortlaut finden sich kein Freiwilligkeitsvorbehalt und auch kein sonstiger indizieller Anhaltspunkt dafür, dass die Grundsatzentscheidung über die Ausrichtung einer variablen Vergütung nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen im Ermessen der Beklagten verbleiben sollte. Vielmehr deutet die Klammerbemerkung ("Payment in March of the following year, based on achievement of the agreed business and individual objectives") darauf hin, dass nach dem Willen der Parteien jeweils im März des Folgejahres eine Zahlung erfolgen und diese lediglich in der Höhe vom Erreichen der vereinbarten geschäftlichen und individuellen Ziele abhängen sollte, was – im Hinblick auf die rechtliche Qualifikation – ein Indiz für einen variablen Lohnbestandteil und/oder eine unechte Gratifikation sein könnte. Dass die entsprechenden Ziele im Arbeitsvertrag nicht vordefiniert wurden, spricht dabei nicht zwingend gegen eine Qualifikation als variabler Lohnbestandteil, zumal hierfür die objektive Bestimmbarkeit der Berechnungskriterien genügt und es bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrag schlichtweg nicht möglich ist, die Jahresziele in geschäftlicher und individueller Hinsicht bereits zu Beginn für alle Zukunft festzulegen. Die für den Titel der fraglichen Vertragsbestimmung gewählte Formulierung "Variable component", worunter man variable Lohnkomponente verstehen könnte, deutet sogar eher auf einen solchen, gewollt ermessensunabhängigen, variablen Lohnbestandteil hin.

Die Vorinstanz stellte allerdings weiter auch fest, dass die Beklagte dem Kläger den Arbeitsvertrag zusammen mit dem Schreiben "Summary of C.\_\_\_\_ offer details" vom 6. März 2017 (nachfolgend Zusammenfassung) zur Unterschrift zustellte. Der Kläger kritisiert diese Sachverhaltsfeststellung – anders als andere Feststellungen der Vorinstanz – in seiner Berufungsantwort nicht, obwohl die Beklagte im Rahmen ihrer Berufung wesentlich auf die Zusammenfassung abstellt und obwohl auch der



Berufungsbeklagte, der vor erster Instanz obsiegte, gehalten ist, allfällige ihm nachteilige Sachverhaltsfeststellungen zu rügen (BGer 4A\_496/2016 E. 2.2.2; BGer 5A\_660/2014 E. 4.2; [...]). Der Empfang ist daher als gegeben zu betrachten. In der fraglichen Zusammenfassung hatte die Beklagte nun aber erklärt, dass die Teilnahme des Arbeitnehmers an einem Bonus-/Incentive-Programm ebenso wie alle Zahlungen aus einem solchen im Ermessen von C.\_\_\_\_ verbleibe ("Participation in any Bonus/Incentive Programme by the Employee remains in the discretion of C.\_\_\_\_ and so do any payments made under such Bonus/Incentive programme") und frühere oder fortlaufende Zahlungen im Rahmen eines solchen Bonus-/Anreizprogramms keinen Rechtsanspruch auf zukünftige Zahlungen begründeten ("Previous or continuous payments under such Bonus/Incentive Programme do not constitute legal entitlement to any future payment"). Damit bezog sie sich, wie sich dem ersten Satz entnehmen lässt ("The Bonus/Incentive target will be 25% of the basic gross salary"), unverkennbar auf die fragliche Vertragsklausel und wiederholte wörtlich die dem Kläger bereits aus dem E.\_\_\_\_-Arbeitsvertrag bekannten Ermessens- und Freiwilligkeitsvorbehalte. Entgegen der Vorinstanz spielt es keine Rolle, dass der Kläger die Zusammenfassung nicht unterzeichnete. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beklagte den Kläger damit über die Details ihres Vertragsangebots, mithin ihr Verständnis der im Arbeitsvertrag enthaltenen Punkte informierte, und aus dem Umstand, dass der Kläger den Arbeitsvertrag in der Folge am 7. März 2017 (vorbehaltlos) unterzeichnete – es ist nicht bekannt, dass über die Bonusberechtigung weitere Diskussionen stattfanden –, auf seinen tatsächlichen Willen zu schliessen ist, das durch die Zusammenfassung definierte Angebot der Beklagten anzunehmen. Selbst wenn er die entsprechende Zusammenfassung nicht besonders sorgfältig gelesen oder nicht richtig verstanden hätte, und sein tatsächlicher Wille ein anderer gewesen wäre, durfte die Beklagte unter den gegebenen Umständen das Verhalten des Klägers nach Treu und Glauben als Zustimmung dazu werten, dass die Teilnahme an einem Bonus-/Anreizprogramm sowie allfällige Zahlungen aus einem solchen Programm in ihrem (freien) Ermessen verbleibe.

cc) nachträgliches Parteiverhalten



Daraus, dass die Beklagte gemäss den insofern unangefochtenen Feststellungen der Vorinstanz nicht nur das Jahresgrundgehalt, sondern auch einen (Mindest-)Bonusanteil von weiteren 25% des Jahresgrundgehalts bei der Pensionskasse mitversichern liess, lässt sich entgegen der Auffassung des Klägers nicht auf einen anderen als den in der Angebotszusammenfassung zum Ausdruck gebrachten Willen der Beklagten schliessen. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass gemäss Ziff. 12.1 Abs. 1 des Vorsorgereglements als Jahreslohn der letztbekannte AHV-Lohn unter Berücksichtigung der für das laufende Jahr bereits vereinbarten Änderungen gelte. Der Begriff "Lohn" gemäss Art. 322 f. OR und der "mutmassliche AHV-Lohn" haben nicht die gleiche Bedeutung und die Tatsache, dass die Beklagte die variable Komponente bis zur Zielhöhe bei der Pensionskasse mitversichern liess, bedeutet nicht, dass sie dem Kläger einen festen Anspruch darauf einräumen wollte (vgl. BGer 4A\_327/2019 E. 3.5.8).

dd) Fazit

Es kann damit festgestellt werden, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einen tatsächlichen übereinstimmenden Willen dahin hatten, dass die variable Komponente sowohl im Grundsatz als auch in der Höhe im Ermessen der Beklagten verbleibe. Bei diesem Beweisergebnis ist in antizipierender Beweiswürdigung auf die vom Kläger zum Inhalt des Vertragsabschlusses beantragten Partei- und Zeugenbefragungen zu verzichten. Beigefügt sei, dass die Beklagte den Kläger, selbst wenn dem nicht so gewesen wäre, zumindest nach Treu und Glauben so verstehen durfte.

6. Somit bleibt noch zu prüfen, ob die Parteien nachträglich beispielweise durch konkludentes Verhalten einen Anspruch auf die variable Vergütung vereinbarten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann dann, wenn die Parteien sowohl den Grundsatz als auch die Höhe des Bonus vertraglich vorbehalten haben, nicht leichthin



auf eine nachträgliche stillschweigende Abänderung geschlossen werden. So muss der Arbeitgeber beispielsweise nicht weiterhin bei jeder Auszahlung einen Freiwilligkeitsvorbehalt anbringen (vgl. BGer 4A\_280/2020 E. 3.3 und 5.3). Insofern begründet die vorbehaltlose Bezahlung eines Bonus für das Jahr 2016 durch die Beklagte (Pay Letter 2016) noch keinen Anspruch des Klägers genauso wenig wie die Ausrichtung eines Bonus in den drei vorangehenden Jahren (für das Jahr 2015 allerdings mit Vorbehalt) durch die E.\_\_\_\_. Die entsprechend den gemeinsamen Behauptungen erfolgte Festlegung einer Formel, in welcher bestimmt wird, inwiefern der Geschäftsgang und die Beurteilung der individuellen Leistungen des Arbeitnehmers bei der Bemessung der Höhe der variablen Komponente einfließen, mag zwar grundsätzlich und losgelöst von der Vorgeschichte ein Indiz dafür darstellen, dass der Arbeitgeberin nicht auch noch ein Ermessen zustehen sollte, bei unbefriedigendem Geschäftsgang unbesehen der Formel ganz auf eine Ausrichtung zu verzichten. Angesichts des eindeutigen Vertragsverständnisses gemäss Zusammenfassung – danach sollte die variable Komponente nicht nur in der Höhe, sondern eben auch im Grundsatz im Ermessen der Beklagten verbleiben (s. E. 4.c/dd hiavor) – lässt diese Festlegung jedoch nicht mit hinreichender Beweiskraft auf eine nachträgliche konkludente Vertragsänderung im Sinne der Vereinbarung eines nur noch in der Höhe vom Ermessen abhängigen Bonus schliessen. Denn damit könnten die Parteien nachträglich auch bloss bestimmt haben, dass der Bonus, falls ausgerichtet, sich nach der in E. 5.c hiavor beschriebenen (Grund-)Formel bemesse (vgl. Pay Letter 2016).

7. Zusammenfassend ist die fragliche variable Komponente also im Grundsatz freiwillig und hängt auch in der Höhe mitunter vom IPF, also von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistungen durch die Arbeitgeberin, die Beklagte, ab. Selbst der Kläger räumt denn auch ein, dass bezüglich Letzterem "allenfalls ein beschränktes Ermessen" bestanden haben möge. Somit liegt in rechtlicher Hinsicht kein fester Lohnbestandteil i.S.v. Art. 322 OR, sondern eine echte Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR vor (vgl. die in E. 2.c/bb beschriebene Situation). Hat der Kläger keinen arbeitsvertraglichen Anspruch auf die variable Komponente, durfte die Beklagte für das Jahr 2017 auf die Ausrichtung verzichten, auch wenn sich aus der isolierten Anwendung der Bonusformel allenfalls ein null Franken übersteigender Betrag ergeben



hätte. Es ist ferner nicht ersichtlich, geschweige denn dargetan, dass die Beklagte dies geradezu aus rechtsmissbräuchlichen Beweggründen getan hätte. In Gutheissung der Berufung ist die Klage deshalb abzuweisen.

[...]