



Fall-Nr.: BO.2020.54
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum: 19.12.2022
Entscheiddatum: 25.05.2022

Entscheid Kantonsgericht, 25.05.2022

Art. 322, Art. 322d OR (SR 220): Qualifikation einer im Arbeitsvertrag vereinbarten variablen Vergütung als Gratifikation oder als Teil des Lohnes (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 25. Mai 2022, BO.2020.54)

Sachverhalt (Zusammenfassung):

A.____ (Klägerin) war vom 1. Februar 2014 bis Ende 2016 für die E.____ tätig. Infolge Übernahme der E.____ durch die C.____-Ltd. trat die Klägerin per 1. Januar 2017 zur C.-GmbH (Beklagte) über, wofür die Parteien am 20./22. Dezember 2016 einen neuen Arbeitsvertrag schlossen. Im schriftlichen Arbeitsvertrag findet sich direkt unter dem Jahresgehalt folgende Klausel:

Variable component: The target incentive level will be set at 10% 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. Der Klägerin wurde in ihrer



Mitarbeiterbeurteilung für das Jahr 2017 eine hervorragende Leistung bescheinigt. Sie machte in der Folge klageweise eine Forderung von Fr. 14'712.42 geltend, und stellte sich auf den Standpunkt, bei der hiavor zitierten Vertragsklausel handle es sich um einen festen Lohnbestandteil. Die Vorinstanz schützte die Klage teilweise.

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

2. In der Sache dreht sich der Streit zunächst um die Frage, ob die im Arbeitsvertrag vom 20./22. Dezember 2016 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 die Klägerin 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 der Klägerin – nicht entscheidungswesentlich, 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 der Klägerin 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 Vergütung 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 10% 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 Vergütung ein Ermessen zukommen sollte, ob überhaupt nicht (Standpunkt der Klägerin), ob in der Höhe (Eventualstandpunkt der Klägerin) 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 und Verhalten vor Vertragsschluss

Die E.____, bei welcher die Klägerin ab 1. Februar 2014 tätig war, wurde von der C.____-Ltd. übernommen. Im Hinblick darauf vereinbarten die E.____, die Beklagte und die Klägerin 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 der Klägerin und der Beklagten Bonusmöglichkeiten vorsehe, die in der Summe nicht ungünstiger seien als jene bei der E.____. Im Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der E.____ vom 2. Juli 2014 hatten die Parteien für Zahlungen aus der Teilnahme an einem Bonus-/Anreizprogramm ausdrücklich auch im Grundsatz Freiwilligkeit vorbehalten (nachfolgend: E.____-Arbeitsvertrag, S. 2 Ziff. 3.2: "Participation in any Bonus/Incentive Programme by the Employee remains in the discretion of E.____ 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"). Die Beklagte war aus der tripartiten Vereinbarung mithin nicht verpflichtet, der Klägerin im neuen Arbeitsvertrag einen zusätzlichen variablen Lohnbestandteil oder einen festen Anspruch auf eine Gratifikation einzuräumen. Gleichwohl verzichteten die Klägerin und die Beklagte beim Abschluss des entsprechenden neuen Arbeitsvertrags vom 20./22. Dezember 2016



darauf, gleiche oder ähnliche Freiwilligkeitsvorbehalte, wie sie sich im E.____ - Arbeitsvertrag finden, in den Vertragstext aufzunehmen. Übernommen wurden lediglich bestimmte Begrifflichkeiten sowie das bisherige Bonusziel bzw. Zielprämienniveau der Klägerin von 10% des Jahresgrundgehalts. Dies ist – (auch) in tatsächlicher Hinsicht – ein Indiz dafür, dass nach dem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien und damit auch jenem der Beklagten ein Anspruch auf die fragliche variable Komponente bestehen sollte (variabler Lohnbestandteil oder unechte Gratifikation).

bb) 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. Dies ist – im Hinblick auf die rechtliche Qualifikation – ein Indiz (in tatsächlicher Hinsicht) für einen variablen Lohnbestandteil und/oder eine unechte Gratifikation, wobei der Umstand, dass die entsprechenden Ziele im Arbeitsvertrag nicht vordefiniert wurden, nicht zwingend gegen eine Qualifikation als variabler Lohnbestandteil spricht, 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" (variable Komponente) deutet zusammen mit der Positionierung direkt nach dem Jahres-/Monatsgehalt ("Annual/monthly Salary") sogar eher auf einen solchen, gewollt ermessensunabhängigen, variablen Lohnbestandteil hin.



cc) nachträgliches Parteiverhalten

Ein Indiz, das sich (in tatsächlicher Hinsicht) weder mit dem Prozessstandpunkt der Beklagten (echte Gratifikation) noch mit dem Hauptstandpunkt der Klägerin (variabler Lohnbestandteil) in Einklang bringen lässt, ist darin zu erblicken, dass die Parteien den gemeinsamen Behauptungen zufolge und wie sich aus dem Pay Letter 2016 ergibt, für die Bemessung der fraglichen variablen Vergütung die eingangs beschriebene (Grund-)Formel festlegten. Legt die Arbeitgeberin bzw. legen die Parteien des Arbeitsvertrags gemeinsam eine Formel fest, in welcher bestimmt wird, inwiefern der Geschäftsgang und die Beurteilung der individuellen Leistungen des Arbeitnehmers in die Bemessung der variablen Komponente einfließen, spricht dies einerseits dagegen, dass der Arbeitgeberin auch noch ein Ermessen zustehen sollte, bei unbefriedigendem Geschäftsgang unbesehen der Formel auf eine Ausrichtung zu verzichten. Andererseits ergibt sich aus dem konkreten Inhalt der vereinbarten Formel, dass sich die Höhe der variablen Vergütung entgegen der Auffassung der Klägerin nicht allein aus im Arbeitsvertrag vorbestimmten und/oder objektiv bestimmbar Berechnungsgrundlagen ergibt, sondern mitunter auch vom IPF, also von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistungen durch die Arbeitgeberin, die Beklagte, abhängt. Dabei mag, wie der "2017 Performance Review for A.____" zeigt, anhand von vorformulierten Aufgaben, Zieldetails, und Erfolgsmessungsfaktoren – deren Bestimmung aber wohl ebenfalls weitgehend im Ermessen der Beklagten lag – zwar jeweils eine gewisse Objektivität angestrebt worden sein, doch verblieb der Beklagten jedenfalls bei der Einordnung der Leistungen der Arbeitnehmerin unter die vorgegebenen Definitionen "Outstanding Performance", "Successful Performance" oder "Needs Improvement" sowie bei der Festlegung des exakten Zielerfüllungsgrads ein relativ weites Ermessensspielraum. Selbst die Klägerin gesteht denn auch zu, dass diesbezüglich "allenfalls ein beschränktes Ermessen" bestanden haben möge. Damit liegt in rechtlicher Hinsicht aber kein fester Lohnbestandteil i.S.v. Art. 322 OR vor, und zwar unbesehen darum, ob die Beklagte diesen Ermessensspielraum für das Jahr 2017 allenfalls bereits ausübte (vgl. BGer 4A_280/2020 E. 4.4, wo eine ähnliche



Argumentation [kein Ermessen nach Ausübung des Ermessens] als "relève de la tautologie" bezeichnet wird). Offenbleiben kann bei diesem Ergebnis sodann, ob und inwieweit auch der Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum der Beklagten bei der Festlegung und Gewichtung der Ziele Anfang Jahr als qualifikationsrelevantes Ermessen zu beurteilen gewesen wäre (vgl. BGer 4C.395/2005 E. 5.4).

Kein Hinweis für ein gewolltes, auch in der Grundsatzfrage bezüglich der Ausrichtung bestehendes freies Ermessen der Beklagten, ergibt sich entgegen deren Auffassung aus der am Ende der an alle Mitarbeiter der C.___-Gruppe bzw. des C.___-Konzerns versandten E-Mail von J.___, Group EVP, Chief Human Resources Officer, vom 5. April 2017 enthaltenen Fussnote "Eligibility for an annual bonus is subject to company policy and management discretion" (die Berechtigung zum Bezug eines Jahresbonus unterliege der Unternehmensrichtlinie und dem Ermessen des Managements). Betrachtet man nämlich den Satz, dem dieser Hinweis beigefügt ist, "The KPI results are also used to calculate the annual bonus payout" (die KPI-Ergebnisse werden auch zur Berechnung der jährlichen Bonusauszahlung verwendet), wird deutlich, dass damit nicht der Anspruch auf einen Bonus, sondern die Berechtigung ("Eligibility") zur Teilnahme am C.___-Bonusprogramm gemeint ist, die der Klägerin bekanntlich bereits im Arbeitsvertrag durch Festlegung der Zielgrösse von 10% des Jahresgrundgehalts zugesichert worden war.

dd) Fazit

Die Erklärungen bzw. das Verhalten vor Vertragsschluss (lit. aa hiervoor), der Vertragswortlaut (lit. bb hiervoor) und die Art und Weise, wie die Parteien die fragliche Klausel nachträglich konkretisierten (lit. cc hiervoor), lassen mit dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung darauf schliessen, dass die Ausrichtung einer variablen Vergütung nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen im Grundsatz geschuldet sein und in der Höhe (teilweise) vom Ermessen der Beklagten abhängen



sollte. Bei diesem Beweisergebnis ist in antizipierender Beweiswürdigung auf die von der Beklagten beantragten Parteibefragungen zu verzichten, wobei ohnehin weder ersichtlich wäre noch erläutert wurde, inwiefern die von der Beklagten angerufenen Personen K.____ (Senior Vice President HR Europe) und L.____ (Associate General Counsel Europe) über den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Auskunft geben können sollten, wurde die Beklagte beim Abschluss des Arbeitsvertrags doch von zwei anderen Personen (G.____ [General Manager] und H.____ [HR Director]) vertreten. Selbst wenn aber die Beklagte, wie sie behauptet, einen anderen tatsächlichen Willen gehabt hätte, wovon nicht auszugehen ist, würde eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum gleichen Ergebnis führen, zumal die Beklagte und die Klägerin die Freiwilligkeitsvorbehalte aus dem E.____-Arbeitsvertrag gerade nicht in den fraglichen Arbeitsvertrag übernahmen und die Zahlung der variablen Vergütung im März basierend auf dem Erreichen der vereinbarten geschäftlichen und individuellen Ziele erfolgen sollte, was der unbestrittenen und daher als vereinbart zu betrachtenden Formel entsprechend u.a. eine Beurteilung der individuellen Leistungen der Arbeitnehmerin durch die Arbeitgeberin beinhaltet. Mit einer generellen Kürzungs- bzw. Streichungsmöglichkeit, wie sie Brühwiler (Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Art. 322d OR N 5) unter bestimmten Voraussetzungen als stillschweigend vereinbart ansehen will, brauchte die Klägerin deshalb nach Treu und Glauben nicht zu rechnen. Rechtlich gesehen liegt also eine unechte Gratifikation vor, die im Grundsatz geschuldet und lediglich, was die Festsetzung der Höhe betrifft, (teilweise) im Ermessen der Arbeitgeberin steht (vgl. die in E. 2.c/aa hiervor beschriebene Situation).

6. Die Beklagte hatte demnach nicht das Recht, die Auszahlung einer variablen Komponente für das Jahr 2017 mit Verweis auf das mutmasslich schlechte Geschäftsergebnis des C.____-Konzerns ganz grundsätzlich zu verweigern. Das Ausbleiben einer Sondervergütung für das Jahr 2017 wäre vielmehr nur dann zulässig, wenn auch die Anwendung der massgeblichen Berechnungsformel, wie die Beklagte vor Vorinstanz weiter behauptete, null Franken ergäbe. Die Beklagte darf ihre Pflicht zur Ausrichtung der Sondervergütung dabei aber nicht dadurch unterlaufen, dass sie die in diese Berechnung einflussenden Faktoren in Ausübung des ihr dabei zustehenden



Freiraums willkürlich tief ansetzt. Wurde eine Gratifikation vertraglich vereinbart, hat sie die Arbeitgeberin nach billigem Ermessen festzusetzen. Sie darf die Gratifikation insbesondere nicht gestützt auf Umstände kürzen, von denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation bzw. deren Umfang von Belang (BGE 136 III 313 E. 2 und 2.3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, 7. Aufl., Art. 322d N 13; BK-Rehbinder/Stöckli, 3. Aufl., Art. 322d OR N 17). Es stellt sich somit die Frage, wie die variable Komponente für das Jahr 2017 konkret zu berechnen ist.

7.a) [...]

Gemäss Art. 320 Abs. 1 OR bedarf der Einzelarbeitsvertrag – vorbehältlich hier nicht einschlägiger gesetzlicher Ausnahmen – zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form. Daraus folgt, dass auch die Änderung bestehender Arbeitsverträge formlos möglich ist, und zwar nach herrschender Lehre und Rechtsprechung selbst dann, wenn der schriftliche Arbeitsvertrag – wie hier – für Änderungen und Ergänzungen einen Schriftlichkeitsvorbehalt vorsieht (BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, 7. Aufl., Art. 16 N 10; BK-Müller, 2018, Art. 16 OR N 100 ff.; Koller, OR AT, 2017, N 12.163; BGE 125 III 263 E. 4.c; BGE 105 II 75 E. 1; BGer 4A_234/2017 E. 5.1 f.; BGer 4A_619/2016 E. 7.3.1.2). Das gilt umso mehr, wenn der betreffende Punkt im Arbeitsvertrag (zumindest implizit) der späteren Bestimmung durch die Parteien vorbehalten blieb. Selbst Vertragsverschlechterungen können mündlich oder stillschweigend wirksam werden, z.B., wenn sie dem Arbeitnehmer bekanntgegeben und hernach gehandhabt werden, ohne dass dieser protestiert (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 N 4 S. 136 m.w.H.). Mit der besagten E-Mail von J.____ vom 5. April 2017 mit dem Betreff "C.'s- Key Performance Indicators (KPIs) for 2017", welche unbestrittenermassen an alle Mitarbeiter der C.____-Gruppe versandt wurde, gab die Beklagte die "C.____ KPIs" für das laufende Jahr 2017 bekannt (S. 1 Aufzählung) und informierte darüber, dass sich der BPF für "overall employee" neu zu 40% aus den "C.____ KPIs" und zu 60% aus den "BU KPIs" zusammensetze (S. 2). Ein Widerspruch der Klägerin, bei welchem die



Beklagte die Änderung wohl tatsächlich nicht einseitig rückwirkend auf den 1. Januar 2017 ohne Einhaltung der Kündigungsfrist hätte wirksam einführen können, ist weder behauptet, geschweige denn dargetan. Die Änderung stellt auch keine nur mit Zurückhaltung anzunehmende stillschweigende Änderung zu Lasten der Arbeitnehmerin dar, hängen die konkreten Auswirkungen doch letztlich von der künftigen Entwicklung der Geschäftszahlen ab. Damit ist die Änderung mangels Protestes als wirksam zu betrachten. Man könnte sich auch fragen, ob es nicht allenfalls sogar gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verstiesse, sich gegen die mitgeteilte Umstellung der Gewichtung vorerst nicht zur Wehr zu setzen und sich nachträglich – nach Feststehen des Geschäftsergebnisses – auf die Unzulässigkeit der Änderung zu berufen, weil die frühere Gewichtung im fraglichen Jahr zu einem höheren Bonus führen würde.

[...]

Der Vorgesetzte der Klägerin, I. ___, bescheinigte ihr für das Jahr 2017 eine "Outstanding Performance" und brachte zum Ausdruck, dass er ihr, wenn er gekonnt hätte, dafür einen IPF von 130% gegeben hätte. Die Beklagte bestätigte in ihrer Klageantwort, dass eine "Outstanding Performance" praxisgemäss zu einem Wert zwischen 120% und 150% führe und dass der Vorgesetzte der Klägerin von einem IPF von 130% ausgegangen wäre. Sie erachtete Letzteres jedoch als unerheblich, weil angesichts des BPF von 0% ohnehin kein (zu bezahlender) Bonusbetrag resultiere. Wie gesehen ist dies indes nicht der Fall, weshalb auf die Beurteilung des Vorgesetzten der Klägerin von 130% abzustellen ist. Die Beklagte bezeichnete diese jedenfalls nicht als zu hoch und unterliess es auch, im Prozess eine andere Prozentzahl anzugeben (vgl. zur Mitwirkungsobliegenheit nach Art. 160 Abs. 1 ZPO; BGer 4A_169/2021 E. 5.3.2).

e) Da nunmehr alle Faktoren bekannt sind, lässt sich der Bonusanspruch der Klägerin für das Jahr 2017 berechnen. Er beträgt Fr. 13'922.40 (Fr. 117'044.04 EBS x



10% BT x 91.5% BPF x 130% IPF) und damit mehr als die vorinstanzlich zugesprochenen Fr. 12'250.55 brutto.

8. Die Beklagte ist daher in teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung und vollumfänglicher Abweisung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin Fr. 13'922.40 brutto zuzüglich 5% Zins seit 31. März 2018 zu bezahlen (die erstinstanzliche Zinsregelung wurde im Berufungsverfahren nicht beanstandet).

[...]