



**Fall-Nr.:** BO.2020.55  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)  
**Publikationsdatum:** 19.12.2022  
**Entscheiddatum:** 31.05.2022

### **Entscheid Kantonsgericht, 31.05.2022**

**Art. 322, Art. 322d OR (SR 220): Qualifikation einer im Arbeitsvertrag vereinbarten variablen -Vergütung als Gratifikation oder als Teil des Lohnes (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 31. Mai 2022, BO.2020.55)**

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Arbeitsvertrag vom 17. Februar 2014 stellte die C.-GmbH (Beklagte) die A.\_\_\_\_ (Klägerin) per 1. Mai 2014 an. Im zusammen mit dem Arbeitsvertrag versandten Begleitschreiben schrieb die Beklagte betreffend die Vergütung zudem u.a. Folgendes:

Over the performance year 2014 and thereafter you will have the opportunity to earn an on-target bonus of 20% of your annual Base Salary, payable in March of the following calendar year. Superior performance may be rewarded above the 20% on-target level, subject to management discretion. If you performed work only during part of the year the bonus, if earned, shall be pro-rated, calculated and paid proportionally.

Der Klägerin wurde am 20. März 2018 von ihrem Vorgesetzten für das Jahr 2017 wiederum eine erfolgreiche Leistung bescheinigt. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ging am 31. Juli 2018 zu Ende. Bereits zuvor, nämlich Ende 2017 und Anfangs 2018 teilte die Beklagte mit, der Bonus für das Jahr 2017 werde nicht ausbezahlt, weil die Finanzergebnisse des Unternehmens deutlich unter der ursprünglichen Prognose



für das Jahr lägen. Die Klägerin machte ab Frühling 2019 klageweise eine Forderung von Fr. 26'372.28 brutto geltend. Die Vorinstanz schützte die Klage.

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

2. In der Sache dreht sich der Streit zunächst um die Frage, ob die im Begleitschreiben zum Arbeitsvertrag vom 17. Februar 2014 angesprochene Möglichkeit ("opportunity"), einen zielgerichteten Bonus von 20% des jährlichen Grundgehalts zu verdienen, 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 der Bonus – sollte er 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) Da der Begriff des Bonus im Obligationenrecht nicht definiert wird, ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR oder als Teil



des Lohns i.S.v. Art. 322 OR zu qualifizieren ist (BGE 142 III 381 E. 2; BGE 141 III 407 E. 4). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss dabei 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 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,



## St.Galler Gerichte

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 2014, 2015, 2016 und 2018 sowie Pensionskassenausweise des Klägers per 1. April 2017 und 1. Januar 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. Geschäftserfolgswert [BPF]) x "individual Performance Factor" (individueller Leistungsfaktor [IPF]) zu berechnen ist und damit je nach Bewertung der letzten beiden Faktoren mehr oder weniger als 20% des Jahresgrundgehalts, ja theoretisch sogar null Franken betragen könnte. 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 vor und bei Vertragsschluss

aaa) Die Beklagte sandte der Klägerin den Arbeitsvertrag mit Begleitschreiben vom 17. Februar 2014 zur Unterzeichnung zu (Einleitung Begleitschreiben: "Further to recent discussions and our offer letter, please find, attached your Employment Agreement with E.\_\_\_\_ [...]"). Der Arbeitsvertrag erwähnt als ausschliessliche Form der Vergütung das Grundgehalt (Arbeitsvertrag, S. 3 f.). Einzig im Begleitschreiben sprach die Beklagte zudem die *Möglichkeit* ("the opportunity") der Klägerin an, sich einen Zielbonus von 20% des Jahresgrundgehalts *zu verdienen* ("to earn an on-target bonus of 20% of your annual Base Salary"), ohne aber die Voraussetzungen dafür zu nennen. Aus dem Jobangebot vom 29. Januar 2014, dessen Erhalt die Klägerin nicht bestritten hatte, lässt sich bloss schliessen, dass das Erreichen der vereinbarten Ziele dabei eine Rolle spielen sollte ("Participation in the Company's Bonus scheme, subject to the achievement of agreed targets and at the sole discretion of the Company, payable with



March salary. You will have the opportunity to earn an on-target bonus of 20% of Base Salary"). Dass die Klägerin den Arbeitsvertrag gleichwohl unterzeichnete, kann in beweiswürdiger Hinsicht nur dahin gewürdigt werden, dass auch sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich damit einverstanden war, dass der Beklagten betreffend allfällige Bonuszahlungen zumindest ein gewisser Ermessens- bzw. Gestaltungsspielraum verbleiben sollte. Ansonsten hätte die Klägerin mit Sicherheit (auch eine gegenteilige Aussage im Rahmen einer Parteibefragung liesse daran nicht zweifeln) darauf bestanden, den jährlichen Bonus sowie dessen Berechnungsgrundlagen im Arbeitsvertrag zu regeln.

bbb) Entgegen der Würdigung der Beklagten legt aber gerade die Einleitung des Begleitschreibens ("Further to recent discussions and our offer letter") nahe, dass die beidseitige Willensbildung zwar auf Grundlage des Jobangebots erfolgte, die darin noch vorgesehene gänzliche Freiwilligkeit ("at the sole discretion of the Company") später aber nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien auf den über 20% hinausgehenden Teil beschränkt bzw. konkretisiert wurde ("Over the performance year 2014 and thereafter you will have the opportunity to earn an on-target bonus of 20% of your annual Base Salary, payable in March of the following calendar year. Superior performance may be rewarded above the 20% on-target level, subject to management discretion" [Begleitschreiben]). Die Beklagte verzichtete nämlich für die Umschreibung der Möglichkeit der Klägerin, sich einen Zielbonus von 20% des Jahresgrundgehalts zu verdienen, auf eine ähnlich unverbindliche Umschreibung wie etwa in Bezug auf die Aktienoptionen ("you *might* be eligible to participate in the C.\_\_\_\_ Long Term Incentive Scheme [Options/Restricted Share Units], in accordance with the Scheme rules and *at the sole discretion of C.\_\_\_\_*. The granting of stock options for one year or more *does not imply an obligation* for C.\_\_\_\_ to grant stock options for the following years" [Hervorhebung hinzugefügt]). Dies ist ein Indiz für einen übereinstimmenden Parteiwillen dahin, dass sich die Beklagte verpflichtete, der Klägerin einen Bonus bis zu 20% des Jahresgrundgehalts zu bezahlen, sofern und soweit die Klägerin sich diesen mit ihren Leistungen verdiene, und überragende Leistungen abhängig vom Willen der Beklagten auch mit einem höheren Bonus belohnt werden könnten. Dass es sich bei den im Begleitschreiben angesprochenen Entschädigungen durchaus auch um



eigentliche Ansprüche der Arbeitnehmerin handeln konnte, zeigt sich ferner auch am "sign on bonus", welcher im Arbeitsvertrag ebenfalls unerwähnt bleibt.

ccc) Auch die von der Beklagten erwähnten Ausschliesslichkeitsklauseln im Arbeitsvertrag vermögen an diesem Auslegungsergebnis nichts zu ändern. Betrachtet man den gesamten Inhalt der von der Beklagten bloss unvollständig zitierten Ziff. 5.3 des Arbeitsvertrags, fällt auf, dass es dabei um den Ausschluss eines Anspruchs auf zusätzliche Vergütung aus der Übernahme einer leitenden oder einer anderen als der vertraglich vereinbarten Funktion geht ("Notwithstanding anything to the contrary contained in the Articles of Association of the Company, the Employee shall not be entitled to any extra remuneration as an officer or any other capacity, representing or serving the company or any Associated Company in addition to that specified in the agreement. The amounts, as described above, received by the employee from an Associated Company - if any - will be deducted from the salary payable by the Company"). Solches steht vorliegend jedoch nicht zur Diskussion. Bezüglich Ziff. 16.2 ist angesichts des unspezifischen Inhalts offensichtlich, dass diese Vertragsbestimmung nicht individuell zwischen der Beklagten und der Klägerin ausgehandelt, sondern von der Beklagten wohl bereits für eine Vielzahl von Arbeitsverträgen verwendet wurde. Die Klägerin durfte darauf vertrauen, dass die im Begleitschreiben zum Arbeitsvertrag wiedergegebenen Individualabreden vorgingen. Dass insbesondere der letzte Satz von Ziff. 16.2 bloss eine leere Floskel darstellte ("The Employee acknowledges and warrants to the Company that he is not entering into the Agreement in reliance on any representation or warranty not expressly set out"), ergibt sich im Übrigen bereits daraus, dass die Beklagte ihrerseits der Klägerin als Anreiz für den Vertragsabschluss einen im Arbeitsvertrag nicht erwähnten "sign on bonus" von Fr. 16'000.00 brutto versprach (Begleitschreiben).

bb) 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 des fraglichen Bonus 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 Vergütung einfließen, spricht dies einerseits dagegen, dass der Arbeitgeberin auch noch ein Ermessen zustehen sollte, bei unbefriedigendem Geschäftsgang unbeschrieben der Formel auf eine Ausrichtung zu verzichten. Es liesse sich sogar fragen, ob durch die Bestimmung einer Formel seitens der Beklagten nicht nachträglich auch auf die Freiwilligkeit in Bezug auf den über 20% des Jahresgrundgehalts hinausgehenden Teil verzichtet wurde. Andererseits ergibt sich aus dem konkreten Inhalt der vereinbarten Formel, dass sich die Höhe des Bonus entgegen der Auffassung der Klägerin nicht allein aus dem Arbeitsvertrag oder im Begleitschreiben 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. Selbst die Klägerin räumt denn auch ein, 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 unbeschrieben 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 aus der am Ende der an alle



Mitarbeiter der C.\_\_\_\_-Gruppe versandten E-Mail von K.\_\_\_\_, 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 (vgl. BGer 4A\_169/2021 E. 3.3.4), die der Klägerin bekanntlich bereits im Begleitschreiben zum Arbeitsvertrag durch Festlegung der Zielgrösse von 20% des Jahresgrundgehalts zugesichert worden war (vgl. auch "Over the performance year 2014 and *thereafter* you will have the opportunity to earn [...] [Hervorhebung hinzugefügt]).

cc) Fazit

Die Erklärungen vor und bei Vertragsschluss (lit. aa hiavor) und die Art und Weise, wie die Parteien die fragliche Klausel nachträglich konkretisierten (lit. bb hiavor), 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. Davon zeugt auch die vorbehaltlose Auszahlung eines Bonus für das Jahr 2016. Lediglich die Entscheidung darüber, ob bei überragenden Leistungen allenfalls eine Extrabelohnung über das Zielniveau von 20% des Jahresgrundgehalts hinaus ausgerichtet werde, blieb (ursprünglich) auch im Grundsatz dem Ermessen der Beklagten vorbehalten. Insofern ist in antizipierender Beweiswürdigung auf die von der Beklagten beantragten Parteibefragungen zu verzichten. Im Übrigen ist auch weder ersichtlich noch erläutert, inwiefern die von der Beklagten angerufenen Personen L.\_\_\_\_, Senior Vice President HR Europe, und M.\_\_\_\_, Associate General Counsel Europe, über den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt



des Vertragsschlusses Auskunft geben können sollten, wurde die Beklagte beim Abschluss des Arbeitsvertrags und beim Verfassen des Begleitschreibens doch von anderen Personen (H.\_\_\_\_ [General Manager], N.\_\_\_\_ [Director] und O.\_\_\_\_ [HR Director]) vertreten. Selbst wenn aber die Beklagte, wie sie behauptet, einen anderen Willen gehabt hätte, wovon nicht auszugehen ist, würde eine Auslegung des Begleitschreibens nach dem Vertrauensprinzip zum gleichen Ergebnis führen, zumal sich das darin enthaltene "subject to management discretion", wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, nach dem allgemeinen Textverständnis auf den vorangehenden Abschnitt desselben Satzes ("Superior performance may be rewarded above the 20% on-target level, subject to [...]") und nicht etwa auf den vorangestellten Satz ("Over the performance year 2014 and thereafter you will have the opportunity to earn an on-target bonus of 20% of your annual Base Salary, payable in March of the following calendar year") oder auf den Bonus als Ganzes bezieht. 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 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.

6. Die Beklagte hatte demnach nicht das Recht, die Auszahlung eines Bonus 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 der Bonus 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 Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (zumindest implizit) der späteren Bestimmung durch die Parteien vorbehalten blieb (s. dazu E. 5.c/aa hiervor). 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 K.\_\_\_\_ vom 5. April 2017 mit dem Betreff "C.\_\_\_\_ 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 des Arbeitnehmers 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.

[...]

d) Die Beklagte bescheinigte der Klägerin für das Jahr 2017 eine "Successful Performance". In ihrer Klageantwort verwies sie auf Folie 51 des Jahresendrückblicks 2017, gemäss welchem dieses Prädikat bezogen auf den IPF einen Wert zwischen 90% und 110% ergebe, und gestand der Klägerin nur, aber immerhin einen IPF von 90% zu. Die Klägerin beharrte in ihrer Replik auf einem Wert von 100%, dem Mittelwert zwischen 90% und 100% [recte: 110%] (S. 22 und 25). Etwas unverständlich ist vor diesem Hintergrund, weshalb die Klägerin in ihrer Berufungsantwort davon spricht, die Beklagte habe ihr diesbezügliches Ermessen bereits im Sinne einer Zielerreichung von 130% ausgeübt, bewertete diese die Leistungen der Klägerin doch bisher vielmehr bloss mit 90%. Bei einer Beanstandung, wie die Arbeitgeberin die Leistung der Arbeitnehmerin evaluierte, ist es zudem nicht Sache des Gerichts, sich in das Verhalten des Unternehmens einzumischen und selbst eine Bewertung der Leistungen der Arbeitnehmerin vorzunehmen, die einen Bonus beansprucht. Die Bewertung ist der Arbeitgeberin vorbehalten, die sich dabei jedoch an die Regeln von Treu und Glauben halten muss, sich mithin nicht widersprüchlich verhalten oder gestützt auf sachfremde Motive eine negative Bewertung abgeben darf (BGer 4A\_705/2011 E. 5). Solches ist vorliegend indes nicht ersichtlich, liegt die Bewertung mit 90% doch innerhalb der kommunizierten (und nach gewöhnlicher Lebenserfahrung erwartbaren) Bandbreite für eine "Successful Performance" und erscheint aufgrund der Bemerkungen im



Performance Review 2017 jedenfalls nicht derart stossend, dass sie sich nur mit sachfremden Motiven erklären liesse. Somit ist von einem IPF von 90% auszugehen.

e) Da nunmehr alle Faktoren bekannt sind, lässt sich der Bonusanspruch der Klägerin für das Jahr 2017 berechnen. Er beträgt Fr. 23'079.40 brutto (Fr. 140'129.79 EBS x 20% BT x 91.5% BPF x 90% IPF).

8. In teilweiser Gutheissung der Berufung hat die Beklagte der Klägerin für das Jahr 2017 somit einen Bonus in Höhe von Fr. 23'079.40 brutto – anstatt der klageweise verlangten und erstinstanzlich zugesprochenen Fr. 26'372.28 brutto – zuzüglich 5% Zins seit 31. März 2018 zu bezahlen (die erstinstanzliche Zinsregelung wurde im Berufungsverfahren nicht beanstandet).

[...]