

# Bonus

Eine rechtliche Einordnung ins Schweizer Arbeitsrecht samt Prüfungsschema  
Januar 2024

Irène Suter-Sieber



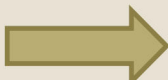
---

walderwyss rechtsanwälte

# Einleitung



# Beliebte Irrtümer rund um den Bonus

Irrtum	Zutreffend ist:
<p>Bei regelmässiger Zahlung eines Bonus entsteht ein Lohnanspruch.</p> 	<p>Die echte Gratifikation wird höchstens zur unechten Gratifikation (Lohn nur bei Zahlung in gleicher Höhe)</p>
<p>Bei besonders hohen Löhnen (ab fünffachem Medianlohn) handelt es sich immer um eine Gratifikation.</p> 	<p>Die Akzessorietätsrechtsprechung mag dazu führen, dass eine Gratifikation (teilweise) zu Lohn mutiert, nicht aber umgekehrt.</p>
<p>Die Zusicherung eines in die Zukunft gerichteten Bonus (Retentionsbonus) ist kein Problem und die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses ist durchsetzbar.</p> 	<p>Grosses Risiko, dass die Gerichte zum Voraus betragsmässig festgesetzte Retentionsboni als Lohnbestandteile qualifizieren → Bedingungen nicht durchsetzbar</p>

# Die gesetzliche Regelung

## Lohn (Art. 322-322c OR)

«Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.»

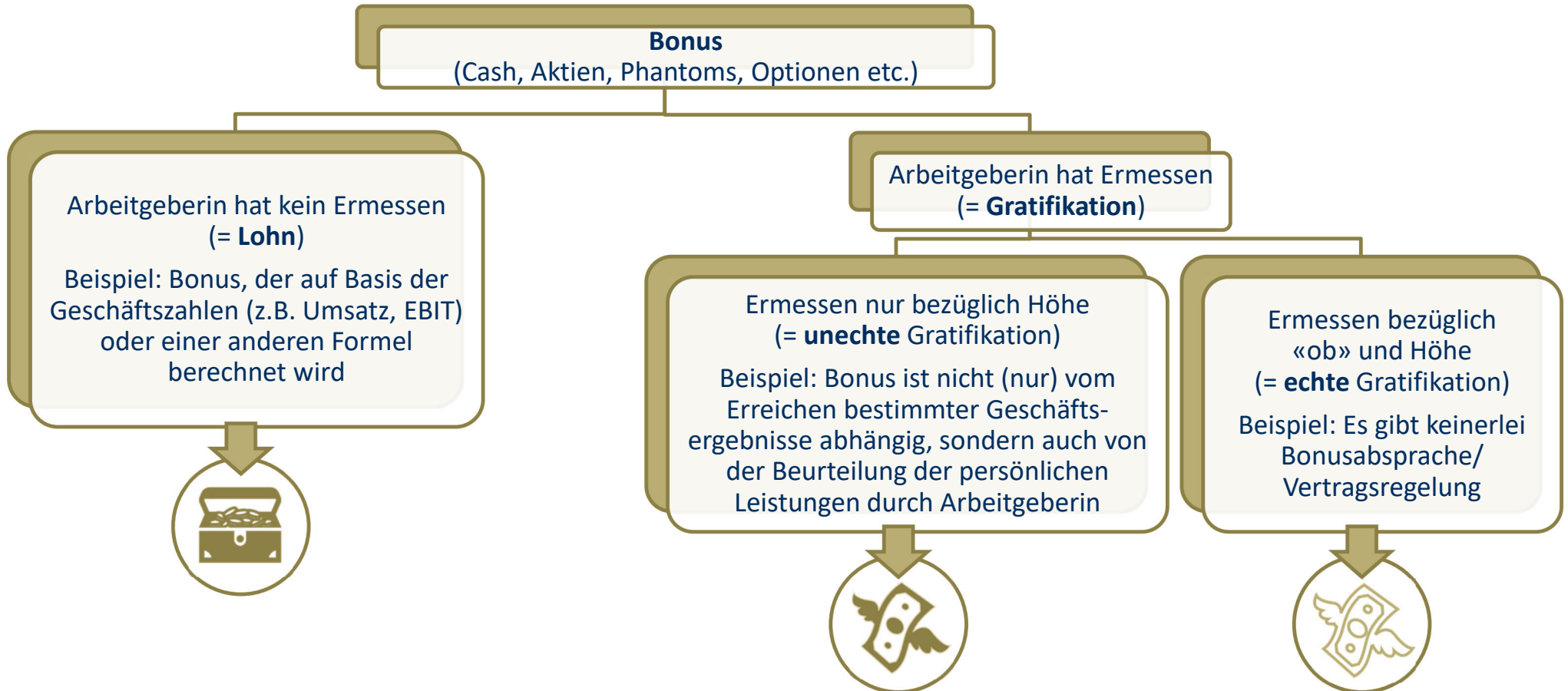
- Geldlohn oder Naturallohn
- Anteil am Geschäftsergebnis
- Provision

## Gratifikation (Art. 322d OR)




«Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.

Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.»









# Lohn vs. unechte Gratifikation vs. echte Gratifikation



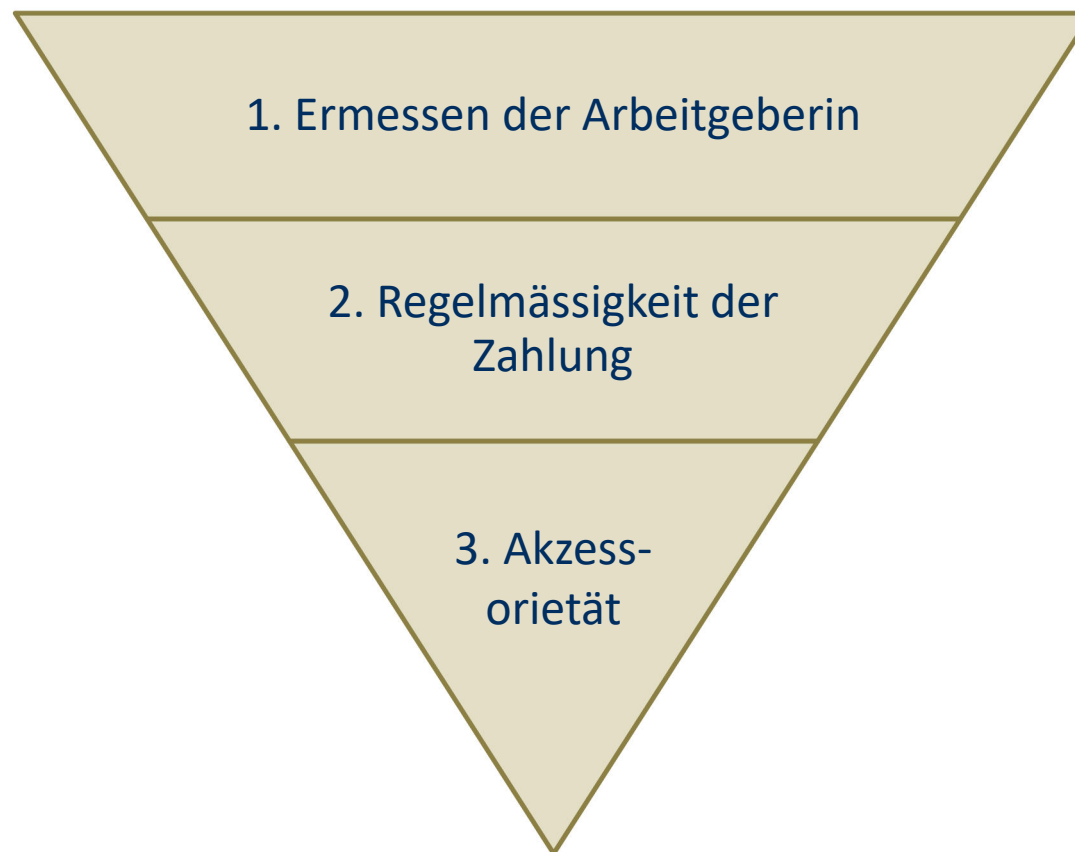
# Relevanz der Unterscheidung

	Lohn 	Unechte Gratifikation 	Echte Gratifikation 
<b>Klagbarkeit</b>		 Höhe nach billigem, willkürfreiem Ermessen	 Aber: Gleichbehandlungsgrundsatz (absolut: Art. 3 GIG; beschränkt: Art. 328 OR)
<b>Durchsetzbarkeit von Bedingungen</b>	 bedingungsfeindlich	 Arbeitsleistung und Verhalten, ungekündigtes/bestehendes Arbeitsverhältnis, Vesting, Forfeiture, Bad Leaver (Clawback strittig)	 [wie unechte Gratifikation, allerdings irrelevant, da kein Anspruch]
	 Erreichen berechenbarer Ziele (z.B. Geschäftsergebnis, Verkaufszahlen, Art. 322a/b OR)		

# Relevanz der Unterscheidung

	Lohn 	Unechte Gratifikation 	Echte Gratifikation 
<b>Pro rata-Anspruch</b>		Nur, wenn vereinbart (Art. 322d Abs. 2 OR)	
<b>Berücksichtigung bei:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Krankenlohn</li> <li>• Überstundenentschädigung</li> <li>• Ferienentschädigung</li> <li>• Strafzahlung bei missbräuchlicher oder (un)gerechtfertigt fristloser Kündigung</li> </ul>			

# Lohn oder Gratifikation: Kriterien und Prüfungsreihenfolge





# Kriterium Nr. 1: Ermessen der Arbeitgeberin (1/2)

«Die Parteien haben ein Jahresgehalt von CHF 130'000 vereinbart, wovon CHF 22'000 jährlich als «Gratifikation».»  
(BGE 109 II 447, E. 5c)

«Bonus in der Höhe von CHF 10'000 für jedes volle, den budgetierten Wert übersteigende Prozent des EBITDA.»  
(BGE 129 III 276, E. 2)

**Reglement:** «Gewinnbeitragsbonus von 25% des erzielten Nettoertrages nach Abzug einer Pauschale von CHF 500'000 und nach Abzug von allfällig bezahlten Retrozessionen und Finders Fees.»

**Arbeitsvertrag:** «Bonus gilt nicht als Lohnbestandteil und aus einer Zahlung erwächst kein Rechtsanspruch für die folgenden Jahre. Die Ausrichtung der Höhe der Bonuszahlung liegt gemäss den Arbeitsverträgen dann im freien Ermessen der Bank, wenn die Zahlung die Bank aus betriebswirtschaftlicher Sicht substanziell schwächen würde.»  
(OGer ZH LA150037, E. 3d)

Bonusanspruch und Bonushöhe sind im Voraus vertraglich festgelegt

Bonus ist exakt berechenbar



# Kriterium Nr. 1: Ermessen der Arbeitgeberin (2/2)

«You **will** be eligible to participate in the Company's discretionary bonus award programme; awards are based on Company performance and individual merit.»  
(OGer ZH NP120018, E. 2d)

Bonus ist im Grundsatz geschuldet; Höhe hängt aber von subjektiven Kriterien ab



Employment Agreement: «The remainder of Employee's target compensation will be comprised of **eligible** payments under the B. Incentive Plan (BIP).»  
Incentive Plan: «The Plan and the monetary awards under it (Bonus) are **discretionary** so that B. decides **whether** to fund the Plan, **how** to fund it, **who** is eligible to participate in the Plan and the **amount** of any Bonus granted to a participant in the Plan [...]. B. then determines in its sole discretion whether to award a participant in the Plan a Bonus and, if so, in what amount.»  
(BGer 4A\_280/2020, E. 5)

Ob und in welcher Höhe ein Bonus ausgerichtet wird, liegt im Ermessen der Arbeitgeberin



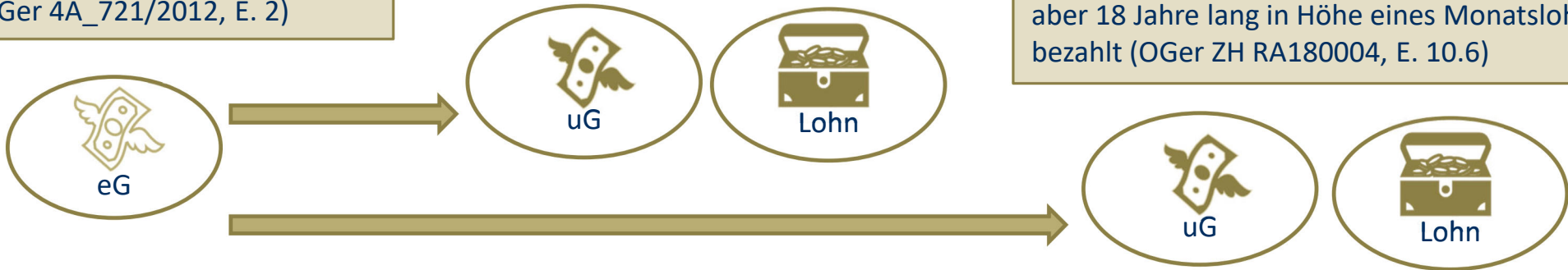
# Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit



Ein- bis dreimalige Zahlung mit **Freiwilligkeitsvorbehalt** (z.B.: «The Company at its discretion **may** pay a bonus in addition to the annual salary. However, there is no entitlement to a bonus, irrespective of whether such payments were made in previous years.»)  
(BGer 4A\_721/2012, E. 2)

Bei **vorbehaltloser Zahlung** während **mindestens drei aufeinander folgenden** Jahren → Gratifikation gilt nach dem Vertrauensprinzip als **vereinbart** (BGE 129 III 276, E. 2)  
  
Gratifikation wird **sogar zu Lohn**, wenn stets in identischer Höhe (BGer 4A\_434/2014, E. 5.3)

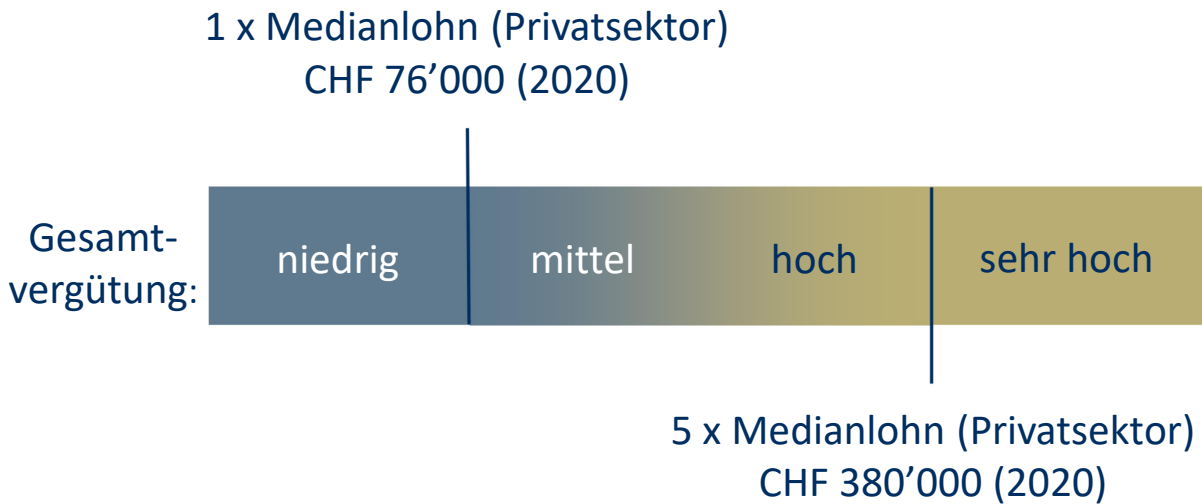
Bonus wird **jahrzehntelang** mit dem Vermerk der **Freiwilligkeit** ausbezahlt, dieser Vorbehalt wird aber zur **leeren Floskel**, weil nie in Anspruch genommen, obwohl Anlass bestanden hätte (z.B. schlechter Geschäftsgang, schlechte Leistungen einzelner Mitarbeiter) → Gratifikation gilt als **vereinbart** (BGE 129 III 276, E. 2.3)  
  
Bonus wird zu Lohn, wenn zwar mit Vorbehalt, aber 18 Jahre lang in Höhe eines Monatslohns bezahlt (OGer ZH RA180004, E. 10.6)



## Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Grundsatz

- «Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. Die Arbeitgeberin muss sich somit zu einem Entgelt verpflichtet haben. **Eine bloss freiwillige Entschädigung genügt nicht.** [...]. Die Lehre folgert richtig, dass es auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird [...]. Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit **und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn** im Rechtssinn.» (BGE 129 III 276, E. 2.1)
- M.a.W.: Bonus kann zu Lohn werden, wenn er nicht mehr bloss eine Nebenleistung ist, d.h. akzessorisch i.S.v. geringfügig im Vergleich zum Fixlohn
- Herleitung: Arbeitnehmer soll davor **geschützt** werden, dass wesentliche Teile seines Arbeitsentgelts einseitig von der Arbeitgeberin gestrichen oder gekürzt werden können – Schutzbedürftigkeit ist allerdings nicht unbeschränkt und hängt von der Höhe der Gesamtvergütung ab

# Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Medianlohn



Medianlohn im Privatsektor (BFS)		
	1 x Medianlohn	5 x Medianlohn
2008	CHF 69'372	CHF 346'860
2010	CHF 71'748	CHF 358'740
2012	CHF 73'416	CHF 367'080
2014	CHF 74'268	CHF 371'340
2016	CHF 74'820	CHF 374'100
2018	CHF 74'976	CHF 374'880
2020	CHF 76'332	CHF 381'660

## Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Schutzbedürftigkeit

- Schutzbedürftigkeit hängt aber von der Höhe der **Gesamtvergütung** ab
- Zuflussprinzip: «Für die Höhe des Lohnes [recte der Gesamtvergütung] [...] sind allein die tatsächlichen Einkünfte im **Zeitpunkt ihrer Realisierung** massgebend. Es ist daher zur Feststellung der Bezüge aus Arbeitsvertrag während der massgebenden Zeitspanne **rein tatsächlich** zu ermitteln, **welche Einnahmen** dem Arbeitnehmer **während dieser Zeit aus Arbeitsvertrag zugeflossen** sind.» (BGE 142 III 381, E. 2.2.2)
- Gegenstand: Nur Entschädigungen für Arbeitsleistung – nicht jedoch z.B. Abgangsentschädigungen (BGer 4A\_155/2019, E. 5.5)
- Beispiel: Im 2023 flossen dem AN ein Fixlohn von CHF 140'000 und ein Bonus von CHF 230'000 (für 2022) zu. Nach Zuflussprinzip beträgt die Gesamtvergütung im Jahr 2023 CHF 370'000.
- Referenzperiode: Gesamtvergütung, auf welche abgestellt wird, muss **repräsentativ** sein:
  - Nicht fünf, sondern siebzehn Monate (BGE 142 III 456, E. 3.3)
  - Gesamtvergütung im streitgegenständlichen Jahr (CHF 278'941) ist vor dem Hintergrund der durchschnittlichen Gesamtvergütungen der fünf Jahre seit der letzten Beförderung (Ø CHF 314'559) repräsentativ (BGer 4A\_155/2019, E. 5.4)

# Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Verletzung Akzessorietät

1 x Medianlohn (Privatsektor)  
CHF 76'000 (2020)

5 x Medianlohn (Privatsektor)  
CHF 380'000 (2020)

niedrig

mittel

hoch

sehr hoch

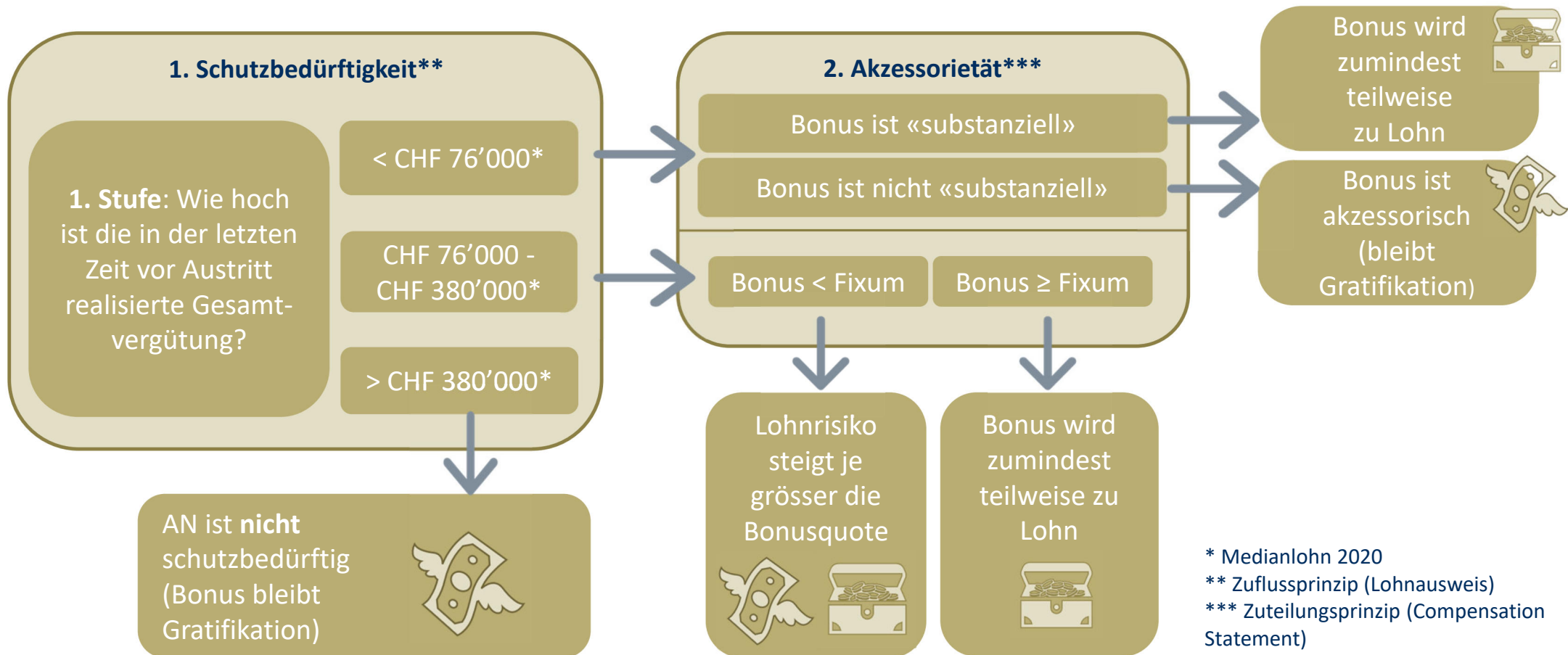
**Bereits ein verhältnismässig geringerer Bonus** (d.h. < 100% des Fixlohns) kann die Züge eines variablen Lohnbestandteils aufweisen.  
(BGE 129 III 276, E. 2.1; BGE 141 III 407, E. 4.3.1)

Ist der **Bonus regelmässig gleich hoch oder höher als der Fixlohn**, wird er (zumindest teilweise) zu einem variablen Lohnbestandteil. (BGer 4A\_155/2019, E. 4.1; BGE 142 III 381, E. 2.2.1)

Ist der Bonus tiefer als der Fixlohn, kommt es auf die Umstände im Einzelfall an (BGer 4A\_155/2019, E. 6.1.). Jedenfalls ist Bonus von CHF 40k bei Fixlohn von CHF 100k (d.h. 40%) nicht mehr akzessorisch (BGer 4A\_216/2013, E. 5.3).

Erreicht die Gesamtvergütung ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet, ist er nicht mehr schutzbedürftig. D.h. bei einer **Gesamtvergütung ab Höhe des fünffachen Medianlohnes** im Privatsektor kann auf die Akzessorietätsprüfung gänzlich verzichtet werden. Ein **freiwilliger Bonus bleibt stets Gratifikation**.  
(BGE 139 III 155, E. 5.3; BGE 141 III 407, E. 5.4)

# Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Zusammenfassung





# Beispiel Akzessorietät – Sehr hohes Einkommen

	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Fixlohn	320'000	340'000	340'000	360'000	360'000	370'000	0
<i>Im Laufe des Jahres bezahlter Bonus (Zufluss) für Vorjahr</i>	0	300'000	500'000	420'000	450'000	450'000	<b>strittig</b>
<b>Gesamtvergütung (Zufluss)</b>	<b>320'000</b>	<b>640'000</b>	<b>840'000</b>	<b>780'000</b>	<b>810'000</b>	<b>810'000</b>	

- Das Arbeitsverhältnis begann am 1. Januar 2015 und endete am 31. Dezember 2020.
- Die Arbeitgeberin hat für das Jahr 2020 keinen Bonus mehr bezahlt.
- Der Arbeitnehmer klagt.
- Ergebnis: Die (wohl repräsentative) Gesamtvergütung im Jahr 2020 > 5 x Medianlohn [CHF 380'000]
  - keine Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers und damit keine Anwendung des Akzessorietätskriteriums
  - **kein Bonusanspruch** für das Jahr 2020

# Beispiel Akzessorietät – Mittleres bis hohes Einkommen

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Fixlohn	130'000	140'000	140'000	160'000	175'000	175'000
<i>Im</i> Laufe des Jahres bezahlter Bonus (Zufluss) für Vorjahr	0	160'000	250'000	140'000	200'000	200'000
<b>Gesamtvergütung (Zufluss)</b>	<b>130'000</b>	<b>300'000</b>	<b>390'000</b>	<b>300'000</b>	<b>375'000</b>	<b>375'000</b>
Bonus <i>für</i> das Jahr (Zuteilung)	160'000	250'000	140'000	200'000	200'000	<b>strittig</b>
Verhältnis Bonus zu Fixlohn <i>für</i> das betreffende Jahr (Zuteilung)	123%	179%	100%	125%	114%	

- Arbeitsverhältnis vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2020. Arbeitgeberin verweigert Bonus für 2020. Arbeitnehmer klagt.
- **Prüfung Schutzbedürftigkeit:** Die (wohl repräsentative) Gesamtvergütung im Jahr 2020 < 5 x Medianlohn [CHF 380'000] → Arbeitnehmer ist schutzbedürftig
- **Prüfung Akzessorietät:** Bonus regelmässig > Fixlohn → Akzessorietät verletzt
- **Ergebnis: Bonus wird (zumindest teilweise) zu Lohn**

## Beispiel Akzessorietät BGer 4A\_155/2019 (1/3)

	Grundlohn (brutto)	Bonus (BRUTTO)	X-Awards	Total (brutto)
2005	112'500.--	180'000.--	---	292'500.--
2006	127'500.--	190'000.--	---	317'500.--
2007	138'333.--	175'000.--	---	313'333.--
2008	152'500.--	75'000.--	---	227'500.--
2009	167'500.--	11'000.--	---	178'500.--
2010	180'000.--	222'000.--	228'000.--*	630'000.--
2011	180'000.--	162'000.--	138'000.--**	480'000.--
2012	180'000.--	umstritten	---	

\* Entstehung der Anwartschaft per 26. Februar 2010

\*\* Entstehung der Anwartschaft per 28. Februar 2011

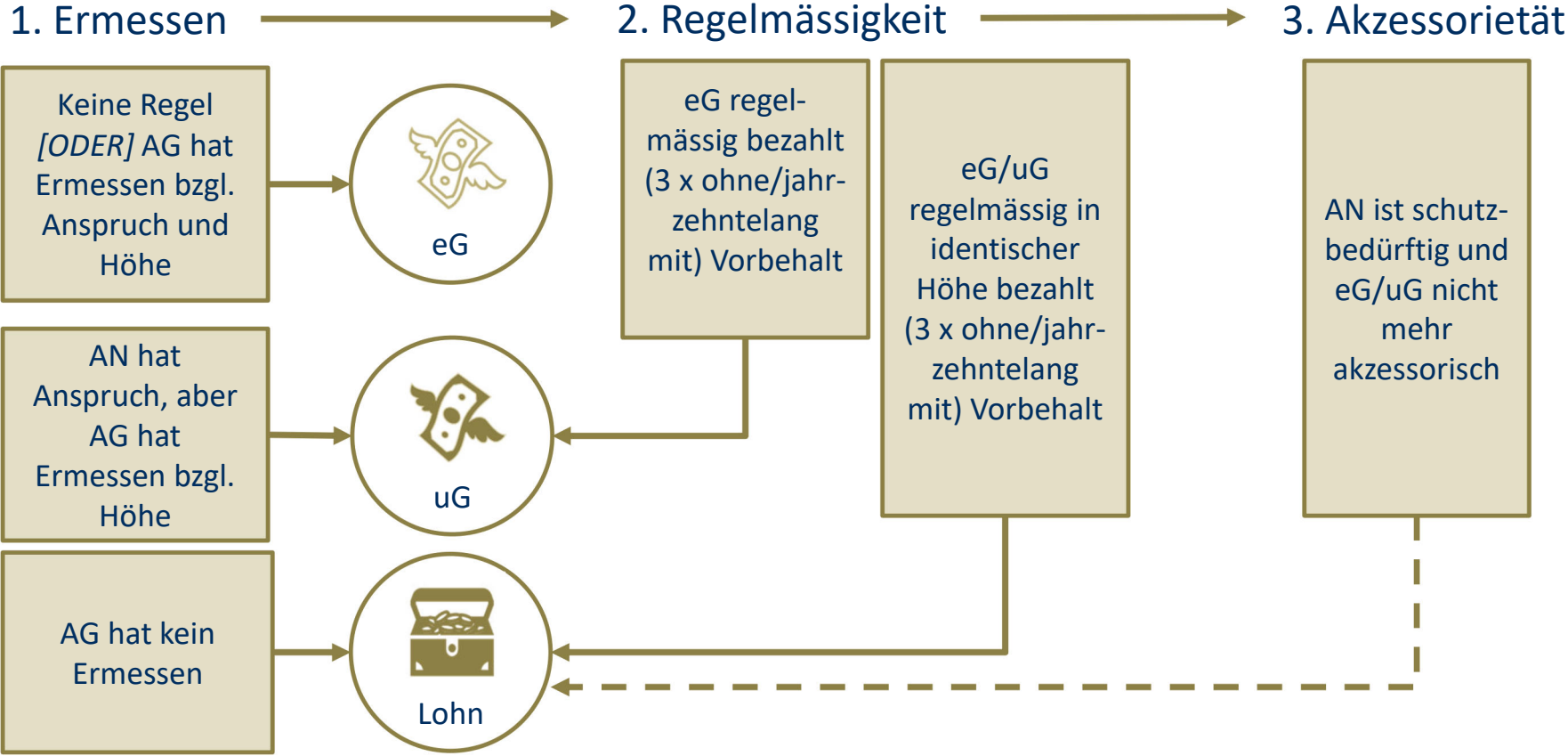
## Beispiel Akzessorietät BGer 4A\_155/2019 (2/3)

- Schriftliche Vereinbarung lässt Bonus zunächst als **Gratifikation** erscheinen
- **Schutzbedürftigkeit?** Die repräsentative Gesamtvergütung (CHF 278'941 im relevanten Jahr 2012, durchschnittlich CHF 314'559 seit letzter Beförderung) ist *unter* dem fünffachen Medianlohn [2012: CHF 367'080]
  - Arbeitnehmer ist schutzbedürftig
  - Kategorie: mittlere bis hohe Gesamtvergütung
- **Verletzung der Akzessorietät?** Arbeitnehmer hat – mit Ausnahme der beiden Jahre 2008 und 2009 – immer einen *höheren* Bonus als seinen Fixlohn erhalten. Die Regelmässigkeit kann also bejaht werden und der Bonus ist nicht mehr akzessorisch zum Fixlohn
  - Akzessorietät ist verletzt
  - Bonus wird (zumindest teilweise) zu Lohn → aber was heisst das?

# Beispiel Akzessorietät BGer 4A\_155/2019 (3/3)

- Welcher Anteil des Bonus wird zu Lohn?
- OGer ZH: ( $\emptyset$  Fixlohn +  $\emptyset$  Bonus) : 2 ./..  $\emptyset$  Fixlohn (LA040012, E. 3.6; LA100002, E. 3.6; LA120002, E. 3e)
  - Kritikpunkt 1: Wenn  $\emptyset$  Fixlohn =  $\emptyset$  Bonus → nichts geschuldet [Bsp.: (CHF 100k + CHF 100k) : 2 ./.. CHF 100k = **CHF 0 Bonus**]
  - Kritikpunkt 2: Bei sehr hohen Boni → Lohn > 5 x Medianlohn [Bsp.: (CHF 100k + CHF 900k) : 2 ./.. CHF 100k = **CHF 400k Bonus**]
- BGer: Ging nicht auf die Formel des OGer ZH ein und konnte die Frage offen lassen. **Obiter wohl aber Deckelung bei max. 5 x Medianlohn** (BGer 4A\_721/2012 [Beschwerde gegen OGer ZH LA120002])
- OGer ZH: Arbeitnehmer verlangte das **Auffüllen bis zum fünffachen Medianlohn**, was das OGer ihm auch zusprach. OGer scheint seine Formel verworfen zu haben, die zu einem tieferen Anspruch geführt hätte. (LA180014, E. 5.6 und 6.1)
- BGer: «Es bleibt somit bei dem von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag, ohne dass auf das Verhältnis zwischen Fixlohn und zulässiger Gratifikation weiter eingegangen werden muss sowie auf die Frage, ob ein schlechter Geschäftsgang überhaupt einen Verzicht auf den Bonus hätte rechtfertigen können.» (BGer 4A\_155/2019, E. 7 [Beschwerde gegen OGer ZH LA180014])

# Lohn oder Gratifikation: Zusammenfassung



# Problemfall Retentionsbonus

- Beispiel Arbeitsvertrag: «Der Arbeitnehmer erhält einen einmaligen Retentionsbonus (Treueprämie) in Höhe von CHF 20'000, zahlbar am 31.12.2030, sofern das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt ungekündigt und ununterbrochen besteht.»
- Zweck: Belohnung für Treue bzw. Anreiz zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses
- Wenn das Arbeitsverhältnis vorzeitig gekündigt wird, ist der Retentionsbonus:
  - nicht geschuldet?
  - pro rata bis zum Austritt geschuldet?
  - voll geschuldet?

# Literatur zum Retentionsbonus

- **Massgebend muss der Parteiwille sein**, der Treue und nicht Arbeit belohnen will. Konsequenterweise müssten dann auch Dienstaltersgeschenke als Lohn gelten und pro rata temporis ausgerichtet werden. (Reinert, AJP 2009, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 8).
- Der Retentionsbonus qualifiziert als «bedingter Zeitlohn». Im Gegensatz zum Leistungslohn stellt beim bedingten Lohn die vereinbarte Leistung **nicht die Bemessungsgrundlage für die Höhe** der Vergütung dar, **sondern ist Voraussetzung für die Entstehung** eines vorgängig definierten Lohnanspruchs. Der Anspruch entsteht mit dem Erreichen der Leistung oder eben nicht. Auch eine Reduktion pro rata temporis ist zu verneinen. (Hirsiger, Ausgewählte Einzelfragen, ArbR 2011, S. 97 f. und S. 102)
- **Dass Lohn nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden kann, ist dogmatisch schwer begründbar**, zumal Lohn keine unabdingbare Vorschrift i.S.v. Art. 341 Abs. 1 bzw. Art. 361 und Art. 362 OR ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentare Arbeitsvertrag 2012, Art. 322d N 9).
- «D’ailleurs, le montant de la prime de fidélité est souvent déterminé par l’employeur en fonction du travail déjà accompli, par exemple durant l’année précédente. Or, dans la mesure où le bonus rétribue le travail effectué, il s’agit d’un **salaire, qui est dû inconditionnellement.**» (Aubert, Festschrift für Wolfgang Portmann, 2022, S. 55 f.)



# Rechtsprechung zum Retentionsbonus (1/4)

## BGer 2016/2020 (zivilrechtliche Abt.):

- «Ein **im Voraus festgesetzter** und **fest vereinbarter Betrag** kann keine Gratifikation sein, sondern stellt **Lohn** dar.» (statt vieler BGE 142 III 381, E. 2.1)
- «Eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR kann von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet oder in ungekündigter Stellung ist [...]. Eine solche Bedingung ist **bezüglich des Lohnes unzulässig**.» (statt vieler BGer 4A\_158/2019, E. 4.)

## BGer 2018 (sozialrechtliche Abt.):

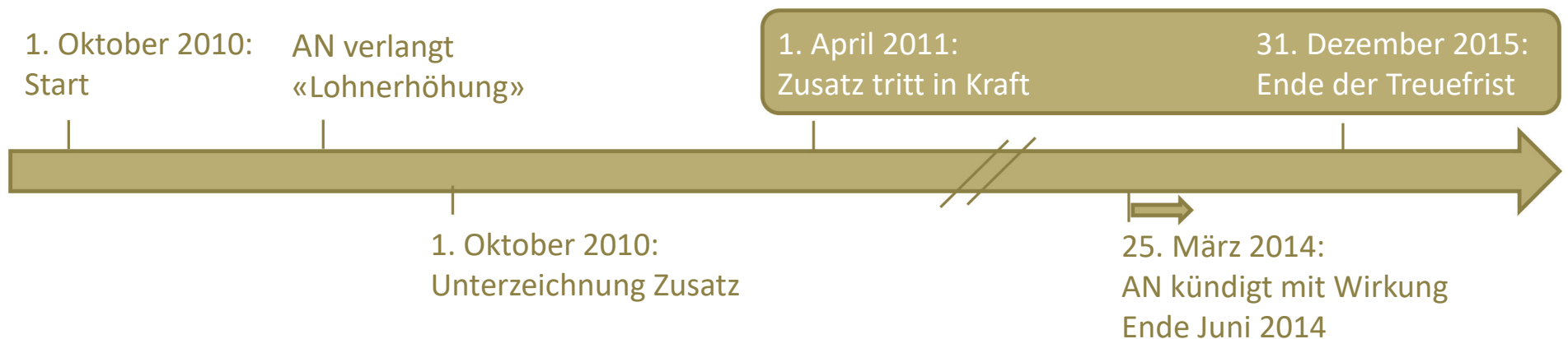
- «Dienstaltersgeschenke und Treueprämien würden überdies nicht pro rata temporis ausbezahlt, wenn eine arbeitnehmende Person bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die nötige Anzahl Dienstjahre noch nicht erreicht habe.» (BGE 144 V 195, E. 3.2)

## OGer Zürich (2018):

- Sachverhalt: Arbeitsvertrag regelte Capital Payments: Prämie von 0.5% des vom Arbeitnehmer eingebrachten/verwalteten Vermögens, sofern 0.8% Rendite. Capital Payments sind vom Arbeitnehmer zurückzubezahlen, wenn er die Arbeitgeberin innerhalb von drei Jahren nach Ausrichtung verlässt (Clawback). Nach der Kündigung forderte Arbeitgeberin die Capital Payments zurück.
- OGer ZH LA180033, E. 2:
  - Da Capital Payments gemäss Arbeitsvertrag klar berechenbar → Lohn bzw. Provision
  - Lohn ist bedingungsfeindlich → Auszahlung des Lohns darf nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Fälligkeitszeitpunkt abhängig gemacht werden
  - Ergebnis: **Clawback ist nicht durchsetzbar**

## Rechtsprechung zum Retentionsbonus (2/4)

- Arbeitnehmer Z. verlangte eine «Lohnerhöhung». Die Parteien vereinbarten deshalb einen Zusatz zum Arbeitsvertrag: «En complément du salaire, Z. percevra les commissions suivantes: Commissions de: Frs 100'000.- par an, payables comme suit: Frs 25'000 au 1.1; Frs 25'000 au 1.4; Frs 25'000 au 1.7; Frs 25'000 au 1.10; La première fois : Frs 25'000.- au 1er avril 2011. La somme cumulée des commissions perçues sera remboursée dans son intégralité par Z. s'il devait mettre un terme avant son échéance au 31 décembre 2015.»
- Arbeitgeberin zahlte die «Commissions» aber nicht. Z. verlangt nach Austritt Zahlung der «Commissions». Arbeitgeberin beruft sich auf Bedingung der Betriebstreue.



# Rechtsprechung zum Retentionsbonus (3/4)

- OGer VS sprach Z. die «Commissions» **pro rata bis zu seinem Austritt** zu, nicht jedoch die vollen «Commissions» bis zum Ende der Treuefrist. Die Arbeitgeberin zog das Urteil vor Bundesgericht.
- BGer 4A\_158/2019, E. 5:
  - «La question se pose en réalité en ces termes: **la condition précitée [Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses] est-elle licite ou non au regard des art. 341 al. 1 et 20 CO? Tout dépend de la qualification de la rémunération en cause: salaire ou gratification.** Cette qualification [...] découle cependant d'une constatation de fait, tenant à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'employeur: si ce dernier ne dispose d'aucune marge d'appréciation, que ce soit pour décider du principe du versement ou de la quotité de la rémunération dont il s'agit, la rémunération querellée s'apparente à un élément du **salaire.**»
  - «In casu, la recourante ne fait pas valoir qu'elle disposait d'un tel pouvoir d'appréciation; l'avenant n'exprime d'ailleurs rien de semblable. Elle souligne simplement que les "commissions" étaient soumises à une condition, dont la validité se trouve précisément au coeur du litige, et en infère que ces "commissions" représenteraient une gratification. **Cela étant, ce n'est pas l'existence de cette seule condition qui conduit à qualifier la rémunération querellée de salaire ou de gratification; une telle qualification se déduit en effet de l'ensemble des circonstances.**»
  - «**Une condition tenant à des rapports de travail non résiliés au moment de l'échéance n'est donc pas à elle seule déterminante, [...];** une fois la rémunération qualifiée de salaire ou de gratification, il est possible - dans une seconde étape - d'en déduire si la condition est licite ou non [...]. C'est bien de cette manière que la cour cantonale a procédé, **ce qui ne prête pas flanc à la critique.**»

# Rechtsprechung zum Retentionsbonus (4/4)

## Rekapitulation BGer 4A\_158/2019:

- Ob die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses nach Art. 341 Abs. 1 und Art. 20 OR zulässig ist oder nicht, hängt davon ab, ob die Vergütung als Lohn oder Gratifikation qualifiziert.
- Wenn die Arbeitgeberin über keinen Ermessensspielraum (Anspruch oder Höhe des Bonus) verfügt → Lohn
- Allein der Umstand, dass die "Provisionen" an die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses geknüpft sind, führt nicht zum Gratifikationscharakter
- Sobald die Vergütung als Lohn oder Gratifikation qualifiziert, kann – in einem zweiten Schritt – daraus abgeleitet werden, ob die Bedingung rechtmässig ist oder nicht. Im vorliegenden Fall:
  - 1. Schritt: Lohn
  - 2. Schritt: Weil Lohn → Bedingung nicht durchsetzbar
- *Obiter*: Der Anspruch des Arbeitnehmers besteht pro rata bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Einen darüber hinausgehenden Anspruch könnte der Arbeitnehmer nur als Schadenersatz bei (un)gerechtfertigt fristloser Kündigung durchsetzen (Art. 337b Abs. 1 OR)
- **Ergebnis**: «Commissions» sind pro rata geschuldet bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses

# Learnings zum Retentionsbonus

- OGer ZH LA180033 und BGer 4A\_158/2019 sind in den konkret beurteilten Fällen **wohl angemessen** (Lohnersatz; regelmässige Zahlungen/Vorschüsse vor dem Ende der Treueperiode)
- Diese Urteile dürfen aber nicht missverstanden werden: **Es kann nicht gemeint sein**, dass generell bei allen im Voraus festgesetzten Retentionsboni, Treueprämien und Dienstaltersprämien (!) Bedingungen (z.B. ungekündigtes/bestehendes Arbeitsverhältnis, Bad Leaver-Klauseln, Leistung und Verhalten) trotz gegenteiliger Willenserklärung der Parteien nicht durchsetzbar wären und der Arbeitnehmer immer einen unbedingten pro-rata Anspruch hätte
- Sinnvolle Differenzierung:
  - Arbeit (= Lohn) oder
  - Treue bis zu bestimmten Zeitpunkten (= Gratifikation), z.B. Sondervergütung für Treue bis zu einem IPO/Betriebsübergang/Erledigung Arbeiten bei Massenentlassung
  - Was, wenn beides?
- Lösungswege:
  - Sorgfältige Formulierung von Treueboni (Sondervergütungscharakter betonen)
  - Keine fixen oder berechenbaren Beträge in den Arbeitsvertrag – Ermessen einbauen
  - Plandokument und Grant Letter

# Problemfall Zielbonus: Fehlende Zielfestsetzung

2007: Fehlende Zielfestsetzung durch die Arbeitgeberin führt zur stillschweigenden Vertragsänderung, wonach keine Ziele zu erreichen sind. Entsprechend ist der kommunizierte **Höchstbonus geschuldet** – auch pro rata bei unterjährigem Austritt.  
(BGer 4A\_23/2007, E. 4.2)

2017: «*Le versement de ce bonus est conditionné aux objectifs fixés chaque année.*» Bonus stellt trotz unterlassener Zielvorgabe eine **Gratifikation** dar und ist zufolge unzureichender Leistungen der Arbeitnehmerin im betreffenden Jahr **nicht geschuldet**.

(BGer 4A\_378/2017, E. 3.3.3 und 3.4.2)

# Take-Aways für Arbeitgeberinnen

Damit die Freiwilligkeit eines Bonus und die daran geknüpften Bedingungen durchsetzbar sind und bleiben, sind folgende Punkte zu beachten:

- Berechenbarkeit des Bonus ausschliessen (keine Formel; Multiplikation statt Addition, wenn es quantitative und qualitative Faktoren gibt)
- Plandokument und Grant Letter statt Vereinbarung
- Freiwilligkeit des Bonus betonen im Arbeitsvertrag/Reglement/Plan
- Freiwilligkeit des Bonus bei jeder Auszahlung betonen
- Bedingungen (z.B. Bad Leaver) für Bonuszahlung/-höhe sorgfältig formulieren (z.B. befristet Arbeitsverhältnisse nicht vergessen, «*default rule*» definieren)
- Bei Zielbonus klar regeln, was passiert, wenn keine Ziele vereinbart oder festgesetzt wurden
- Sorgfalt bei der Formulierung und Implementierung von Retentionboni/Treueprämien
- Variation der jährlichen Bonushöhe
- Bonus akzessorisch halten
- Keine Versicherung des Bonus im überobligatorischen Bereich
- Bonus terminologisch konsequent vom Fixlohn unterscheiden

Dr. iur. Irène Suter-Sieber, Partner  
Attorney at Law  
Certified Specialist SBA Employment Law  
Direct line +41 58 658 56 60  
[irene.suter@walderwyss.com](mailto:irene.suter@walderwyss.com)

---

walderwyss **rechtsanwälte**