Bonus

Entwicklung der Rechtsprechung im Schweizer Arbeitsrecht

Irène Suter-Sieber

November 2025

walderwyss rechtsanwälte

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Inhaltsverzeichnis

- **Einleitung**
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Problemkreise

Beliebte Irrtümer rund um den Bonus

Irrtum	Zutreffend
«Bei regelmässiger Zahlung eines Bonus entsteht ein Lohnanspruch.»	Die echte Gratifikation wird nur zu einer unechten Gratifikation; zu Lohn nur dann, wenn der Bonus in absoluten (z.B. CHF 10‘000) oder relativen Zahlen (z.B. 1 Monatslohn) jeweils identisch war.
«Bei besonders hohen Löhnen (ab fünffachem Medianlohn) handelt es sich immer um eine Gratifikation.»	Die Akzessorietätsrechtsprechung mag dazu führen, dass eine Gratifikation (teilweise) zu Lohn mutiert, nicht aber umgekehrt.
«Die Zusicherung eines in die Zukunft gerichteten Bonus (Retentionsbonus) ist kein Problem und die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses ist durchsetzbar.»	Risiko, dass die Gerichte zum Voraus betragsmässig vereinbarte Retentionsboni als Lohnbestandteile qualifizieren → Bedingungen nicht durchsetzbar
«Die Akzessorietätsrechtsprechung greift nur bei echten Gratifikationen.»	Die Akzessorietätsrechtsprechung muss für echte wie unechte Gratifikationen greifen. Irrtum gründet wohl auf fehlerhafter Rezeption von BGer 4A_714/2016.
«Die Akzessorietätsrechtsprechung greift nur, wenn der Bonus gleich hoch oder höher als der Lohn ist (d.h. >100% des Lohnes).»	Das Bundesgericht setzt die Hürde bei mittleren Einkommen schon wesentlich tiefer an. Schon ein Bonus in Höhe von 40% des Fixums von CHF 100k kann genügen (BGer 4A_216/2013, E. 5.3).

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- **Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz**
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

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.

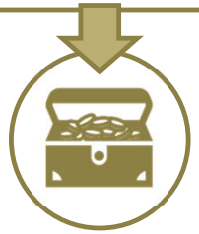
Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.»

Lohn vs. unechte Gratifikation vs. echte Gratifikation

Bonus
(Cash, Aktien, Phantoms, Optionen etc.)

Arbeitgeberin hat kein Ermessen
(= **Lohn**)

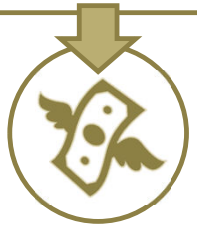
Beispiel: Bonus, der auf Basis der Geschäftszahlen (z.B. Umsatz, EBIT) oder einer anderen Formel berechnet wird



Arbeitgeberin hat Ermessen
(= **Gratifikation**)

Ermessen nur bezüglich Höhe
(= **unechte** Gratifikation)

Beispiel: Bonus ist nicht (nur) vom Erreichen bestimmter Geschäfts-ergebnisse abhängig, sondern auch von der Beurteilung der persönlichen Leistungen durch Arbeitgeberin



Ermessen bezüglich «ob» und Höhe
(= **echte** Gratifikation)

Beispiel: Es gibt keinerlei Bonusabsprache/ Vertragsregelung

Fallbeispiel 1 – Sachverhalt

Ist die Bonuskürzung bei Krankheit und Mutterschaft zulässig?

Die Arbeitgeberin B stellte die Arbeitnehmerin A 2017 als Manager Government Affairs and Compliance an. Die Parteien vereinbarten einen leistungsabhängigen Bonus:

«*Yearly bonus level is up to 25% of annual gross salary of employee, basis year performance of employee and appraisal by employer*.»

Aufgrund von Mutterschaftsurlaub, Ferien und Krankheit erschien A vom 12. Juli 2018 bis 7. Januar 2019 nicht zur Arbeit.

Im Mai 2019 kündigte A das Arbeitsverhältnis per Ende Juli 2019.

Sie fordert den Bonus für das Jahr 2018. Kann sie diesen durchsetzen?

Relevanz der Unterscheidung

	Lohn	Unechte Grati	Echte Grati
Klagbarkeit		Höhe nach billigem, willkürfreiem Ermessen	Aber: Gleichbehandlungsgrundsatz (absolut: Art. 3 GlG beschränkt: Art. 328 OR)
Kürzungsgründe/Bedingungen: Arbeitsleistung, Verhalten, Freistellung, Krankheit, freiwillige Mutterschaft, Bedingung ungekündigtes/bestehendes Arbeitsverhältnis, Vesting, Forfeiture, Bad Leaver-Klauseln und wohl auch Clawback	bedingungs-feindlich		Wie unechte Gratifikation, allerdings irrelevant, da kein Anspruch
Pro rata-Anspruch		Nur, wenn vereinbart (Art. 322d Abs. 2 OR)	
Berücksichtigung bei: - Krankenlohn - Überstundenentschädigung - Ferienentschädigung - Strafzahlung bei missbräuchlicher oder (un)gerechtfertigt fristloser Kündigung			

Fallbeispiel 1 – Lösung

Ist die Bonuskürzung bei Krankheit und Mutterschaft zulässig?

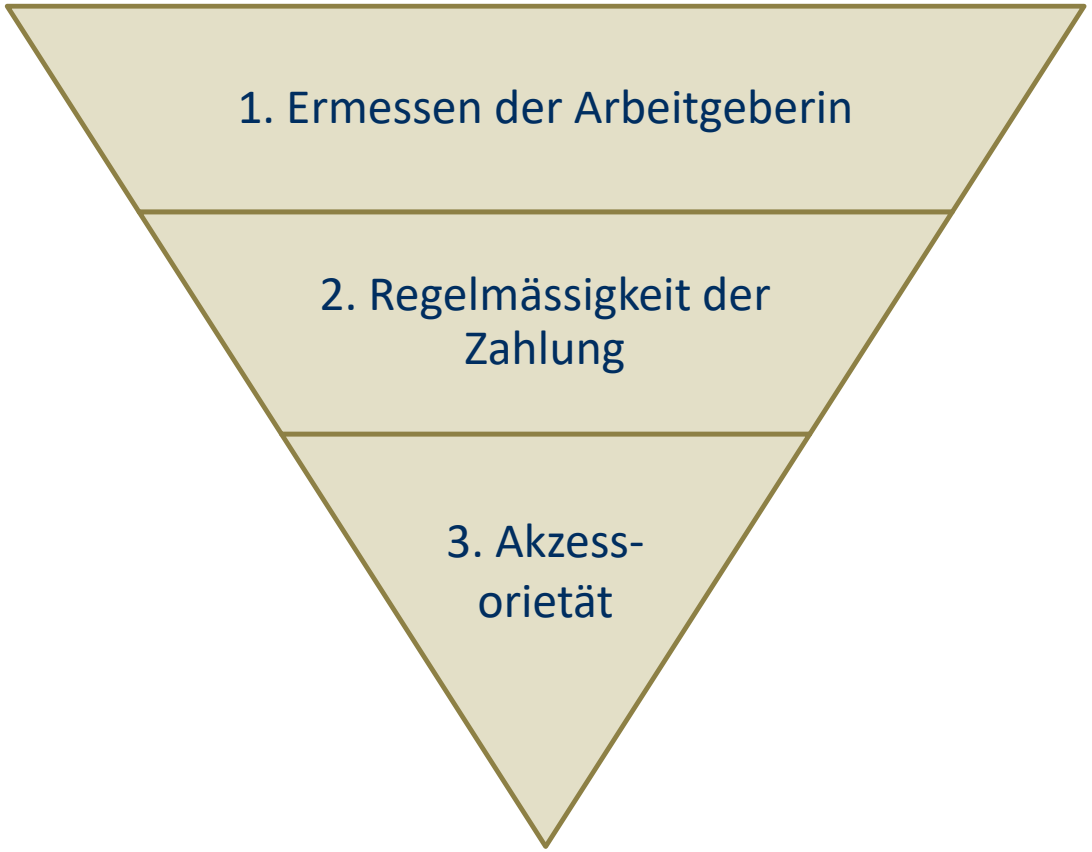
BGer 4A_597/2023 vom 15. Mai 2024 E. 3.2.1:

- Es handle sich um eine unechte Gratifikation.
- Die Kürzung während des Arbeitsverbots **innert der ersten acht Wochen nach der Niederkunft** sei diskriminierend (Art. 3 GlG) und daher **unzulässig**.
- **Zulässig** sei hingegen die Kürzung zufolge **Abwesenheit während der 9. bis 16. Woche des Mutterschaftsurlaubs** und **Krankheit während Schwangerschaft**:
  - «Aus dem Wortlaut [der vertraglichen] Vereinbarung ergebe sich, dass [die Arbeitgeberin] die Leistung der [Arbeitnehmerin] über das ganze Jahr beurteilen und darin **auch längere Abwesenheiten miteinbeziehen dürfe**.»
  - **9. bis 16. Woche des Mutterschaftsurlaubs**: «Auch aus dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 3 GlG könne die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten. Während der […] Zeit von der 9. bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubs hätte sie von Gesetzes wegen arbeiten dürfen. Der Bezug dieses Teils des Mutterschaftsurlaubs sei mithin freiwillig.» 🤔 …
  - … «Damit rechtfertige es sich aber – im Vergleich zu **anderen unverschuldeten Abwesenheiten** von Arbeitnehmenden, die bei der Bemessung der Gratifikation **ebenfalls als Kürzungsgrund berücksichtigt werden könnten –** nicht, diese freiwillige Abwesenheit an anrechenbare Beschäftigungszeit zu privilegieren. Die Kürzung der Gratifikation während der freiwilligen Abwesenheit der Beschwerdeführerin von der 9. bis zur 16. Woche nach der Niederkunft sei daher **nicht diskriminierend**.»
  - **Krankheit**: «Schliesslich dürfe die **länger dauernde Abwesenheit aufgrund einer (auch schwangerschaftsbedingten) Krankheit** ebenso wie die Krankheit eines männlichen Arbeitnehmers bei der Bemessung der Gratifikation als **Kürzungsgrund** berücksichtigt werden. Diesbezüglich würden mithin die Geschlechter gleich behandelt.»

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- **Kriterien und Prüfungsreihenfolge**
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Lohn oder Gratifikation: Kriterien und Prüfungsreihenfolge



Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - **Kriterium Nr. 1: Ermessen**
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Fallbeispiel 2 – Sachverhalt

Hat sich die Arbeitgeberin Ermessen vorbehalten oder nicht?

Rechtsanwalt B war bei der Anwaltskanzlei A als Salary Partner angestellt.

Im Arbeitsvertrag steht:

- «Zwischen A und Ihnen besteht ein unbefristeter Arbeitsvertrag mit einem Fixlohn und einem variablen Bonus (LOB), der Ihren finanziellen Erfolg – Ihrer Kaderfunktion entsprechend – unmittelbar vom wirtschaftlichen Erfolg Ihrer Tätigkeit für A abhängig macht, ohne dass Sie die Finanzierungslast und die Betriebsrisiken des Betriebs der A Gruppe mittragen müssen und ohne im rechtlichen Sinne selbständig zu sein.»
- «A lässt Sie am guten Gang des Geschäftes bei ebenfalls guten persönlichen Leistungen teilhaben und hat zu diesem Zweck ein Bonusmodell für leistungsabhängige Entlöhnung [«LOB»] geschaffen. Die Grundsätze dieses Modells sind in […] Anhang 2 beschrieben.»

Anhang 2 regelt zur Berechnung der LOB:

- **Schritt 1** – Minimalerfordernis: Erreichen von 1020 Stunden.
- **Schritt 2**: Bei Erreichen von 1020 Stunden wird ein Bonus ("Minimalbonus") von CHF 14'000 angerechnet, pro 100 weitere Stunden werden weitere CHF 14'000 hinzugerechnet. Schritt 1 und 2 ergeben den "Basis-Bonus".
- **Schritt 3** – Multiplier/Malus: Anpassung des Basis-Bonus durch subjektive, individuelle Beurteilung der Salary Partner durch die Gesellschafter u.a. aufgrund der Grundwerte Professionalität und Sozialkompetenz.
- **Schritt 4** – Berechnung der LOB: "LOB = Basis-Bonus mal Multiplier". Bei Austritt besteht kein LOB-Anspruch.
- Beispiele: 1120 anrechenbare Stunden ergeben Basis-Bonus von CHF 28'000
  - Multiplier 1.6: LOB = CHF 28'000 x 1.6 = CHF 44'800
  - Multiplier 0.8: LOB = CHF 28'000 x 0.8 = CHF 22'400

Nach Kündigung des Arbeitsvertrags klagt B die LOB ein. Er stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich um Lohn. Zu Recht?

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

Fallbeispiel 2 – Lösung

Hat sich die Arbeitgeberin Ermessen vorbehalten oder nicht?

BGer 4A_364/2024, 4A_366/2024 vom 26. Februar 2025:

– E. 4.1.2: «Freiwilligkeit ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches **Ermessen ist zu bejahen**, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der **subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung** durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird.»

– E. 4.4.3: «Die LOB-Vergütung war nach Vertrag **weder bestimmt noch bestimmbar**. Sie kann nicht allein anhand der anrechenbaren Stunden berechnet werden. Es bleibt offen, welcher Multiplier zur Anwendung kommt. Dieser hängt von der individuellen Beurteilung der Salary Partner durch die Gesellschafter ab und damit auch von der **subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung** durch den Arbeitgeber. Das **spricht klar für eine Gratifikation**. […] Davon, dass der Multiplier zwingend 1 oder grösser ist, konnte der Kläger nach Treu und Glauben nicht ausgehen, weil das zweite Beispiel mit dem Multiplier 0.8 klarstellt, dass auch ein Multiplier kleiner als 1 zur Anwendung gelangen kann.»

– E. 4.4.5: «Das bedeutet allerdings nicht, dass der Multiplier beliebig festgesetzt werden kann. Würde er nämlich auf 0 gesetzt […], hinge der finanzielle Erfolg nicht mehr unmittelbar vom wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit ab. Entsprechend hielt bereits das Arbeitsgericht es für **treuwidrig, den Bonus gänzlich entfallen zu lassen**. Solches kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil im Anhang der Bonus bei Erreichen von 1020 anrechenbaren Stunden auf **Fr. 14'000.-- festgesetzt und als "Minimalbonus" bezeichnet** wird. Dieser Betrag darf, soweit Anspruch auf Gratifikation besteht, nicht durch Absenkung des Multipliers unterschritten werden, ansonsten wäre die Bezeichnung "Minimalbonus" überflüssig und irreführend. **Der Minimalbonus könnte allenfalls als Lohnbestandteil betrachtet werden**, da er allein von der Stundenanzahl abhängt. Dem könnte aber nur Bedeutung zukommen, falls die Irrtumsanfechtung der Beklagten zu berücksichtigen wäre, denn der Kläger hat beim ursprünglich zur Anwendung gebrachten Multiplier von 0.6 mehr erhalten als den Minimalbonus.»

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - **Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit**
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Fallbeispiel 3 – Sachverhalt

Gratifikation oder Lohn infolge Regelmässigkeit?

M war seit 1. Januar 2013 bei der Gesellschaft G angestellt.

Der Arbeitsvertrag enthält folgende Klausel: «*Der Arbeitnehmer kann jährlich einen Bonus erhalten. Die Auszahlung erfolgt freiwillig und ohne Rechtsanspruch.*»

Der Grundlohn von M stieg über die Jahre an. Für die Jahre 2013 bis und mit 2023 (11 Jahre) erhielt M immer einen Bonus in der Höhe von 20% des jeweiligen Grundlohnes. G brachte bei Zahlung jeweils keinen Freiwilligkeitsvorbehalt mehr an.

Anfang 2025 kündigt M. G verweigert ihm den Bonus für 2024. G klagt diesen ein. Kann er ihn durchsetzen?

Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit

2016 2017 2018 2019 2020 20XX

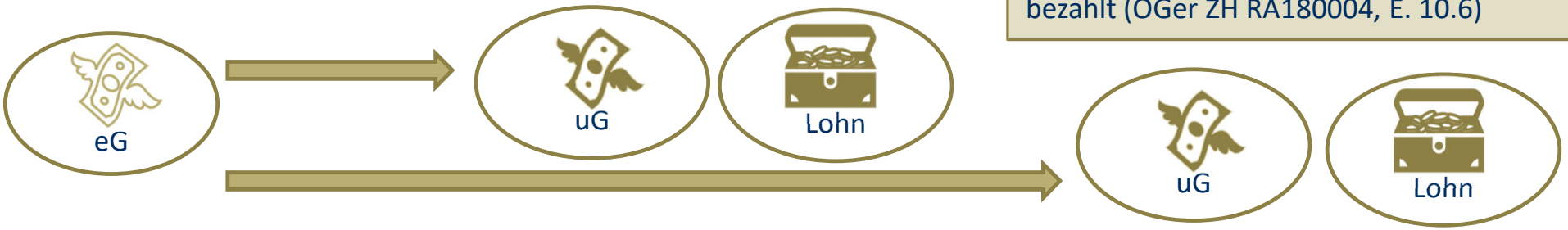
Ein- bis dreimalige Zahlung mit **Freiwilligkeitsvorbehalt** (z.B.: «The Company at its discretion **may** pay a bonus in addition to the annual salary. However, there is no entitlement to a bonus, irrespective of whether such payments were made in previous years.»
(BGer 4A_721/2012, E. 2)

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 gleichbleibender Höhe (hier ein Monatslohn; 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)



Fallbeispiel 3 – Lösung

Gratifikation oder Lohn infolge Regelmässigkeit?

- Spielt es eine Rolle, dass die Gesellschaft G den **Freiwilligkeitsvorbehalt** nicht jedes Jahr wiederholt hat?
  → Gemäss h.L. **nein**; es reicht ein ausdrücklicher Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 4, SHK-Arbeitsvertrag-BORTOLANI/SCHERER, Art. 322d N 53 ff.) – so grundsätzlich auch das Bundesgericht in BGer 4A_280/2020, E. 5.3
- Sind 11 Jahre schon «jahrzehntelang»?
  - 18 Jahre genügen (OGer ZH RA180004 vom 6. August 2018)
  - 9 Jahre genügen nicht (BGer 4A_714/2016, E. 5.2)
  - 9 Jahre genügen nicht, aber **10 Jahre genügen**: «En effet, il faut alors que la gratification ait été versée durant au moins dix ans» (BGer 4A_26/2012, E. 5.2)
  - **12 Jahre genügen wohl** (BGE 129 III 276 E. 2.3)
- M erhielt den Bonus in gleichbleibender Höhe (20% des jeweils geltenden Grundlohnes)
  → Gratifikation mutiert grundsätzlich **zu Lohn**
- Wird es G zum Verhängnis, dass sie den **Freiwilligkeitsvorbehalt trotz objektiver Gründe nie in Anspruch genommen** hat?
  → Hier unklar. M trägt die Beweislast für das Vorliegen objektiver Gründe.
- **Fazit**: M kann seinen Anspruch wohl durchsetzen, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass G zumindest einmal einen objektiven Grund gehabt hätte, auf die Ausrichtung des Bonus zu verzichten. → in der Praxis scheitern viele Fälle an dieser Substantiierungs- und Beweislast.

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - **Kriterium Nr. 3: Akzessorietät**
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Fallbeispiel 4 – Sachverhalt

Ist der Arbeitnehmer schutzbedürftig?

Das Arbeitsverhältnis begann am 1. Januar 2015 und endete am 31. Dezember 2020. Die Parteien vereinbarten eine unechte Gratifikation. Der Arbeitnehmer erhielt folgende Vergütungen:

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Fixlohn	320’000	340’000	340’000	360’000	360’000	370’000
Im Laufe des Jahres bezahlter Bonus (Zufluss) für Vorjahr	0	300’000	500’000	420’000	450’000	450’000

Die Arbeitgeberin hat ***für*** das Jahr 2020 keinen Bonus mehr bezahlt. Der Arbeitnehmer klagt. Kann er seinen Bonus 2020 durchsetzen?

Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Grundsatz

- BGE 129 III 276, E. 2.1: «Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. […]. 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.»

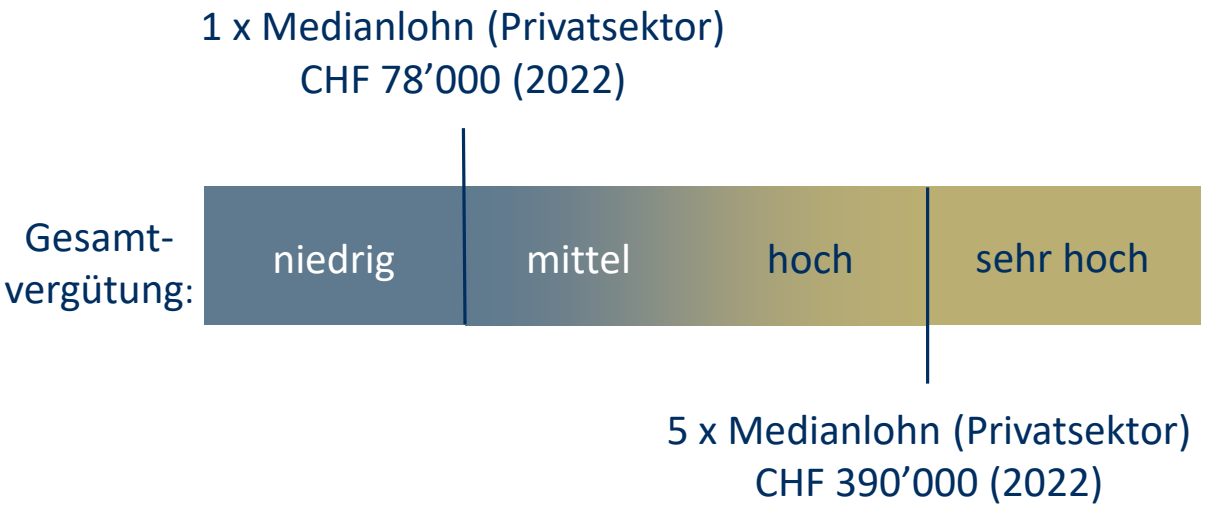
➔ Bonus kann zu Lohn werden, wenn er nicht mehr bloss eine Nebenleistung ist, d.h. **nicht bloss akzessorisch** i.S.v. geringfügig im Vergleich zum Fixlohn

- 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 – sie entfällt ab einer Gesamtvergütung in Höhe des **fünffachen Medianlohns**.

Prüfungsschema:

1. Schutzbedürftigkeit klären (nach Zuflussprinzip)
2. Sofern Arbeitnehmer schutzbedürftig ist → Prüfung Verletzung der Akzessorietät (nach Zuteilungsprinzip)

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
2022	CHF 78’120	CHF 390’600
2024	*[bald publik]*	

Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Schutzbedürftigkeit

- Schutzbedürftigkeit hängt 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)
- **Beleg**: Lohnausweis
- **Gegenstand**: Nur Entschädigungen für Arbeitsleistung (Lohn, Boni, Prämien) – nicht jedoch z.B. Abgangsentschädigungen (BGer 4A_155/2019, E. 5.5)
- **Beispiel**:
  - 2023 verdiente der Arbeitnehmer ein Fixum von CHF 140k und einen Bonus von CHF 230k (für 2022).
  - Die Gesamtvergütung im Jahr 2023 beträgt CHF 370k → Schutzbedürftigkeit gegeben
- Referenzperiode: Gesamtvergütung, auf welche abgestellt wird, muss **repräsentativ** sein:
  - Nicht fünf Monate (2012 – CHF 125k), sondern siebzehn Monate (2011 und 2012 – CHF 765k), d.h. Gesamtvergütung von CHF 628k p.a.
    → keine Schutzbedürftigkeit
    (BGE 142 III 456, E. 3.3)
  - Gesamtvergütung im streitgegenständlichen Jahr (CHF 279k) ist vor dem Hintergrund der durchschnittlichen Gesamtvergütungen der fünf Jahre seit der letzten Beförderung (Ø CHF 315k) repräsentativ
    → Schutzbedürftigkeit gegeben
    (BGer 4A_155/2019, E. 5.4)

Fallbeispiel 4 – Lösung

Ist der Arbeitnehmer schutzbedürftig?

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Fixlohn	320’000	340’000	340’000	360’000	360’000	370’000
Im Laufe des Jahres bezahlter Bonus (Zufluss) für Vorjahr	0	300’000	500’000	420’000	450’000	450’000
Gesamtvergütung (Zufluss)	**320’000**	**640’000**	**840’000**	**780’000**	**810’000**	**810’000**

Die (repräsentative) Gesamtvergütung im Jahr 2020 (CHF 810’000) ist höher als der fünffache Medianlohn (CHF 381’660).

→ keine Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers

→ keine Anwendung des Akzessorietätskriteriums

→ kein Bonusanspruch für das Jahr 2020

Fallbeispiel 5 – Sachverhalt

Ist die Akzessorietät verletzt?

Das Arbeitsverhältnis begann 2005 und endete 2012. Die Parteien vereinbarten eine Gratifikation. Der Arbeitnehmer erhielt folgende Vergütungen, wobei die Gesamtvergütung seit der letzten Beförderung durchschnittlich CHF 314’559 betrug:

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Fixlohn	112’500	127’500	138’333	152’500	167’500	180’000	180’000	180’000
Im Laufe des Jahres bezahlter Bonus (Zufluss) für Vorjahr	--	--	--	--	--	--	--	--
Gesamtvergütung (Zufluss)	**--**	**--**	**--**	Ø 314’599				278’941
Bonus *für* das Jahr (Zuteilung)	292’500	317’500	313’333	227’500	178’500	630’000	480’000	**strittig**

Die Arbeitgeberin hat für das Jahr 2012 keinen Bonus mehr bezahlt. Der Arbeitnehmer klagt. Hat er Anspruch auf einen Bonus für das Jahr 2012?

Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Verletzung Akzessorietät

1 x Medianlohn (Privatsektor)
CHF 78’000 (2022)

5 x Medianlohn (Privatsektor)
CHF 390’000 (2022)

niedrig | mittel | hoch | sehr hoch

Bereits ein verhältnismässig geringerer Bonus (< 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).

Berechnungsgrundlage: Zuteilungsprinzip (OGer ZH LA180014 vom 28. Februar 2019 E. 5.7.4)

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 → Umstände im Einzelfall (BGer 4A_155/2019, E. 6.1.). Bei mittleren Einkommen: Bonus von CHF 40k bei gemessen an Funktion/Verantwortung bescheidenem 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 Privatsek-tor 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).

Fallbeispiel 5 – Lösung (BGer 4A 155/2019)

Ist die Akzessorietät verletzt?

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Fixlohn	112’500	127’500	138’333	152’500	167’500	180’000	180’000	180’000
Im Laufe des Jahres bezahlter Bonus (Zufluss) für Vorjahr	--	--	--	--	--	--	--	--
Gesamtvergütung (Zufluss)	**--**	**--**	**--**	Ø 314’599				278’941
Bonus *für* das Jahr (Zuteilung)	180’000	190’000	175’000	75’000	11’000	450’000	300’000	**strittig**
Verhältnis Bonus zu Fixlohn *für* das betreffende Jahr (Zuteilung)	160%	149%	127%	49%	7%	250%	167%	

- **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: hohe Gesamtvergütung
- **Verletzung der Akzessorietät?** Arbeitnehmer hat – mit Ausnahme der 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.

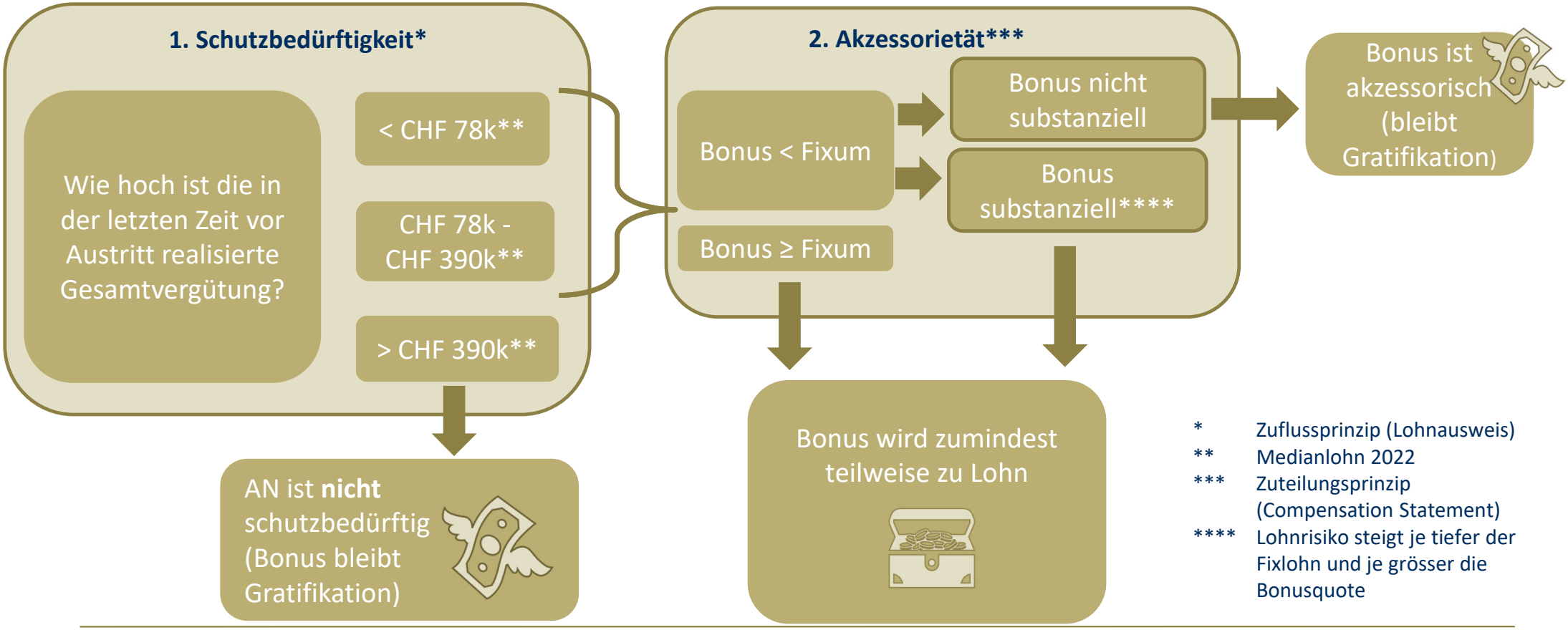
  → Akzessorietät ist **verletzt** und der **Bonus wird (zumindest teilweise) zu Lohn**

  → aber was heisst das konkret?

Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Berechnung des Lohnanteils

- Welcher Anteil des Bonus wird zu Lohn?
- OGer ZH: **(Ø Fixlohn + Ø Bonus) : 2 ./. Ø Fixlohn** (LA040012, E. 3.6; LA100002, E. 3.6; LA120002, E. 3e)
  - Kritikpunkt 1: Wenn Ø Fixlohn = Ø 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**, […].» (BGer 4A_155/2019, E. 7 [Beschwerde gegen OGer ZH LA180014])

Kriterium Nr. 3: Akzessorietät – Zusammenfassung

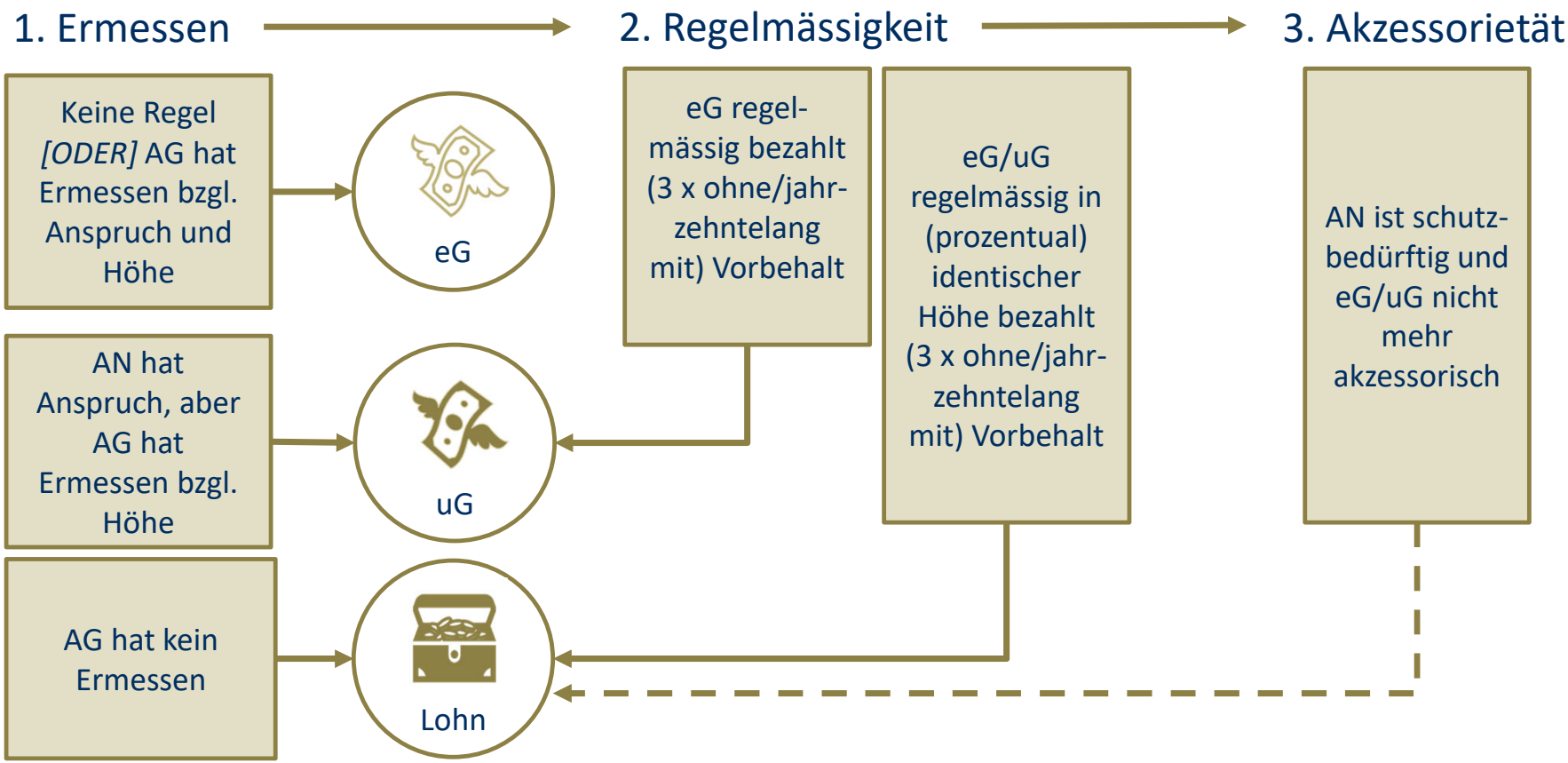


* Zuflussprinzip (Lohnausweis)
** Medianlohn 2022
*** Zuteilungsprinzip (Compensation Statement)
**** Lohnrisiko steigt je tiefer der Fixlohn und je grösser die Bonusquote

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - **Zusammenfassung**
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Lohn oder Gratifikation: Zusammenfassung



Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- **Spezialfall Retentionsbonus**
- Spezialfall Zielbonus
- Take-Aways

Fallbeispiel 6 – Sachverhalt

Ist der Retentionsbonus bei vorzeitiger Kündigung geschuldet?

- 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?

Entwicklung Rechtsprechung zum Retentionsbonus (1/7)

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**

Entwicklung Rechtsprechung zum Retentionsbonus (2/7)

BGer 4A 158/2019 vom 26. Februar 2020 (Clawback Commissions)

- 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 nie aus.
- Arbeitnehmer Z. kündigt auf Ende Juni 2014 und verlangt nach Austritt Zahlung der «Commissions». Arbeitgeberin beruft sich auf Bedingung der Betriebstreue.

Entwicklung Rechtsprechung zum Retentionsbonus (3/7)

BGer 4A 158/2019 vom 26. Februar 2020 (Clawback Commissions)

- 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**.»

Entwicklung Rechtsprechung zum Retentionsbonus (4/7)

BGer 4A 158/2019 vom 26. Februar 2020 (Clawback Commissions)

Rekapitulation:

- Ob die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses nach Art. 341 Abs. 1 und Art. 20 OR zulässig sei oder nicht, hänge davon ab, ob die Vergütung als Lohn oder Gratifikation qualifiziere.
- Wenn die Arbeitgeberin über keinen Ermessensspielraum verfüge → Lohn
- Allein der Umstand, dass die "Provisionen" an die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses geknüpft seien, führe nicht zum Gratifikationscharakter
- Sobald die Vergütung als Lohn oder Gratifikation qualifiziere, könne – in einem zweiten Schritt – daraus abgeleitet werden, ob die Bedingung rechtmässig sei oder nicht. Im vorliegenden Fall:
  - 1. Schritt: Lohn
  - 2. Schritt: Weil Lohn → Bedingung nicht durchsetzbar
- *Obiter*: Der Anspruch des Arbeitnehmers bestehe pro rata bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Einen darüber hinausgendenden Anspruch könnte der Arbeitnehmer nur als Schadenersatz bei (un)gerechtfertigt fristloser Kündigung durchsetzen (Art. 337b Abs. 1 OR)

Entwicklung Rechtsprechung zum Retentionsbonus (5/7)

BGer 4A 506/2023 vom 19. Februar 2025 (Kompensation für RSUs bei ex-Arbeitgeberin)

- Arbeitsvertrag sah neben dem Bruttojahresgehalt (CHF 448’800) und einem diskretionären Bonus (20%) einen weiteren Bonus in der Höhe von CHF 700’000 vor.
- Dieser Bonus sollte in drei Tranchen über zwei Jahre ausbezahlt werden und bezweckte den Arbeitnehmer für den Verlust von «Restricted Stock Units» bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin zu entschädigen, sofern er zu den drei festgelegten Auszahlungszeitpunkten jeweils noch bei der neuen Arbeitgeberin beschäftigt war.
- Aufgrund eines Massenentlassungsverfahren kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis zum 31. August 2020 und zahlte die beiden noch ausstehenden Bonustranchen nicht mehr aus. Deren Fälligkeit lag nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger klagte die beiden ausstehenden Bonustranchen (CHF 466’667) ein.

Entwicklung Rechtsprechung zum Retentionsbonus (6/7)

BGer 4A 506/2023 vom 19. Februar 2025 (Kompensation für RSUs bei ex-Arbeitgeberin)

- OGer GE verneinte den Anspruch des Arbeitnehmers auf die Auszahlung der zwei restlichen Tranchen des Bonus.
- Der Arbeitnehmer zog das Urteil vor Bundesgericht:
- E. 4.1.2: «L'employeur peut subordonner le paiement de la **gratification** à la réalisation de **conditions**, dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC […]. Ainsi est-il admissible d'exiger que le travailleur soit effectivement employé dans l'entreprise à l'échéance de la gratification, […]. En revanche, le **paiement du salaire ne saurait dépendre de la présence de l'employé** dans l'entreprise ou de la non-résiliation de son contrat; la fonction même du salaire s'y oppose. Une telle clause est illicite et frappée de **nullité** en tant qu'elle se rapporte à un élément du salaire […].»
- E. 4.3: «Le paiement du montant de 700'000 fr. a été convenu dans le contrat de travail. Le montant a été **déterminé d'avance** ainsi que les dates auxquelles chaque tranche devait être versée. **Le montant a été promis dans son principe à dates fixes et ne dépend pas du bon vouloir de l'employeur**. Les conditions remplies impliquent la **qualification de salaire** et excluent celle de gratification.

  Par conséquent, **la clause soumettant le paiement du salaire à la condition que le travailleur soit encore employé à une certaine date pour prétendre au paiement du salaire est illicite et frappée de nullité** (art. 20 al. 2 CO). Le travailleur a droit au **paiement d'une part** de ce montant **correspondant à la période travaillée**.»

Entwicklung Rechtsprechung zum Retentionsbonus (7/7)

BGer 4A 506/2023 vom 19. Februar 2025 (Kompensation für RSUs bei ex-Arbeitgeberin)

Rekapitulation:

- Da die Parteien den umstrittenen Bonus sowohl dem Grundsatz nach als auch in seiner Höhe im Voraus verbindlich vereinbart hatten, qualifizierte das Bundesgericht den strittigen Bonus als **Lohnbestandteil**.
- Die Arbeitgeberin könne die Zahlung eines **Lohnbestandteils** aber **nicht von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig** machen.
- Entsprechend sei die Klausel, welche die Bonuszahlung vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt abhängig macht, **unzulässig und nichtig**.
- Das Bundesgericht verpflichtete die Arbeitgeberin deshalb, dem Arbeitnehmer den pro rata per 31. August 2020 zustehenden Anteil der zweiten Bonustranche auszubezahlen.

Kritik in der Lehre (1/2)

- «Diese Argumentation überzeugt nicht, zumal das Bundesgericht ausdrücklich anmerkt, dass die Gratifikation „im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB von der Bedingung abhängig gemacht werden [kann], dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet oder in ungekündigter Stellung ist“. **Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Voraussetzung der ungekündigten Stellung das einzige Ermessenselement bezüglich einer Bonuszahlung darstellen**. Die **Argumentation des Bundesgerichts qualifiziert den Bonus anhand der bei Kündigungen durch die Arbeitgeberin wünschbaren Rechtsfolge**. Es verkennt, dass die verbreiteten Verfalls- oder Rückübertragungsklauseln in Branchen mit hoher Fluktuation und hoher Abhängigkeit von qualifizierten Arbeitnehmern mindestens für den Fall der Kündigung durch den Arbeitnehmer einem **schützenswerten Interesse der Arbeitgeberin** entsprechen. […].»
  (CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, 2007, Rz. 503).
- «**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).

Kritik in der Lehre (2/2)

– «**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).

– «Dass Lohn nicht unter Bedingungen gestellt werden kann, ist dogmatisch allerdings schwer begründbar, zumal der Lohn nach ganz herrschender Auffassung auch keine unabdingbare Vorschrift im Sinn von Art. 341 Abs. 1 i.V.m. Art. 361 f. OR darstellt. […] Unabhängig vom dazu eingenommenen Standpunkt ist im vorliegenden Kontext von Interesse, dass die **Begründung des Bundesgerichts** für die von ihm vertretene Bedingungsfeindlichkeit ausgesprochen **dünn und wenig greifbar** ausfällt. … … Dies auch vor dem Hintergrund, dass mit der bundesgerichtlichen Hypothese einer Bedingungsfeindlichkeit ein **Grundprinzip des allgemeinen Schuldrechts**, das vom Grundsatz der Bedingungsfreundlichkeit geprägt ist, durchbrochen wird.»
(RUDOLPH, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, 2021, Rz. 501).

– «Anstatt sich jedoch mit dieser berechtigten Kritik und den durch die Rechtsprechung in der Praxis resultierenden Konsequenzen sowie dem vorliegenden Fall vertieft auseinanderzusetzen, enttäuschte das Bundesgericht erneut die Erwartungen der Arbeitsmarktteilnehmer und der Lehre, indem es sich darauf beschränkte, gebetsmühlenartig altbekannte und bereits mehrfach verwendete Erwägungen zu wiederholen.»
(SUTER-SIEBER/HEINTZ, Walder Wyss EmploymentNews, 2025)

Kritik an der Rechtsprechung

- Jüngste Rechtsprechung führte bei im Voraus in der Höhe vereinbarten Retentionsboni/Treueprämien dazu, dass Bedingungen wie:
  - ungekündigtes/bestehendes Arbeitsverhältnis,
  - Bad Leaver-Klauseln,
  - Forfeiture/Clawback etc.

  nicht durchsetzbar wären.
- Stossendes Ergebnis:
  - wenn die Bedingung einen wesentlichen Vertragsbestandteil darstellt und
  - weil Lohn nicht (teil)zwingend ist
  - Schweizer Weg sorgt im internationalen Arbeitsrecht für Konsternation
- Sinnvolle Differenzierung?
  - Arbeit oder Treue? (Problem: Was wenn beides?)
  - Abgrenzung von Dienstaltersgeschenken
- Risikominimierende Lösungswege bis zur bundesgerichtlichen Klärung:
  - Keine fixen oder berechenbaren Beträge in den Arbeitsvertrag (nur Maxima)
  - Ermessen einbauen
  - Plandokument und Grant Letter

Beispiel Retention Bonus Plan

Retention Bonus Plan

1. Teilnehmerkreis: Sämtliche Mitarbeitenden der Gesellschaft können im freien Ermessen des Verwaltungsrats der Gesellschaft unter diesem Plan für einen allfälligen Retention Bonus berücksichtigt werden.
2. Zuteilung: Der Retention Bonus wird für ausgewählte Mitarbeitenden nach freiem Ermessen des Verwaltungsrats der Gesellschaft individuell festgesetzt. Beabsichtigt der Verwaltungsrat einer/m Mitarbeitenden einen Retention Bonus unter diesem Plan zu gewähren, teilt die Gesellschaft ihr/m dies mittels Zuteilungsschreiben gemäss Annex A mit. Die Mitarbeitenden haben keinen Anspruch auf Zuteilung, weder im Grundsatz noch in einer bestimmten Höhe. Bei der Zuteilung und Auszahlung eines Retention Bonus handelt sich um eine einmalige freiwillige Leistung der Gesellschaft. Sie schafft keine Verpflichtung der Gesellschaft, in Zukunft ähnliche Leistungen anzubieten oder zu gewähren.
3. Bedingungen für die Auszahlung eines Retention Bonus: Der Teilnehmer steht zum [Datum] in einem ungekündigten und fortbestehenden Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft. [Bad Leaver Regelungen, etc.]
4. […]

Annex A (Zuteilungsschreiben)

«Wir freuen uns, Ihnen mitzuteilen, dass Sie am Retention Bonus Plan der [Gesellschaft] teilnehmen können. Unter dem Plan können Sie einen Betrag von CHF [Betrag] (brutto) erhalten. […].»

Fallbeispiel 6 – Lösung

Ist der Retentionsbonus bei vorzeitiger Kündigung geschuldet?

- *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?*

?

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- **Spezialfall Zielbonus**
- Take-Aways

Spezialfall Zielbonus: Fehlende Zielfestsetzung

100% Bonus geschuldet:

- Mangelnde Zielfestsetzung führt dazu, dass die Parteien stillschweigend vereinbart hatten, dass keine Ziele erreicht werden müssen und deshalb der **Höchstbonus** geschuldet ist (BGer 4A_23/2007 vom 8. Mai **2007**).
- Die Festlegung der Zielvereinbarung war eine Obliegenheit der Arbeitgeberin, weshalb mangels Zielfestsetzung und mangels unterdurchschnittlicher Leistung der volle **Höchstbonus** geschuldet ist (AGer ZH AN080366 vom 24. November **2009**).
- Der Höchstbonus ist geschuldet, da die Arbeitgeberin nicht geltend machen kann, die Ziele seien nicht erreicht worden, wenn sie zuvor überhaupt nicht vereinbart wurden (Cour de Justice des Kantons Genf, CAPH/79/2019 vom 2. Mai **2019**, JAR 2020, S. 542).
- Die bisherige betriebliche Praxis ergab, dass der **quantitative Bonus** in der Regel auf Basis objektiver Kriterien ermittelt und nur ausnahmsweise gekürzt wurde. Daher stand dem Kläger **der volle quantitative Bonusanteil** zu, unabhängig davon, dass die Zielfestlegung für 2019 unterblieben war (OGer ZH, RA200009 vom 2. November **2020**).

Kein Bonus geschuldet:

- Wenn die Arbeitgeberin die rechtzeitige Festlegung oder **Konkretisierung der Ziele unterlässt, bedeutet dies nicht automatisch, dass der volle Bonus geschuldet ist**. Insbesondere bei qualitativen, **„weichen“ Zielen** lasse sich die Zielerreichung nicht objektiv messen, sondern erfordere stets eine subjektive Wertung durch die Arbeitgeberin. Das entspreche deren Ermessensspielraum. Deshalb handle es sich beim Bonus um eine **Gratifikation**. Mangels klarer Vereinbarung über eine anteilige Auszahlung (pro rata) sei die **Klage abzuweisen** (OGer ZH, LA140020 vom 27. Januar **2015**).
- Der Bonus von CHF 10’000 hing von einer jährlichen Zielvereinbarung ab ("*Le versement de ce bonus est conditionné aux objectifs fixés chaque année*"). Das Bundesgericht qualifizierte den Bonus als **Gratifikation**. Die unterlassene Zielvorgabe stelle **keinen Verzicht auf die elementare Voraussetzung der guten und loyalen Aufgabenerfüllung dar**. Weil die Aufgabenerfüllung nicht vollständig befriedigend war, **verneinte das Bundesgericht einen Bonusanspruch** (BGer 4A_378/2017 vom 27. November **2017**).

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung
- Unterscheidung Lohn vs. Gratifikation sowie dessen Relevanz
- Kriterien und Prüfungsreihenfolge
  - Kriterium Nr. 1: Ermessen
  - Kriterium Nr. 2: Regelmässigkeit
  - Kriterium Nr. 3: Akzessorietät
  - Zusammenfassung
- Spezialfall Retentionsbonus
- Spezialfall Zielbonus
- **Take-Aways**

Take-Aways für Arbeitgeberinnen

Soll der freiwillige Charakter eines Bonus sowie daran geknüpfte Bedingungen durchsetzbar sein und bleiben, gilt:

- 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. befristetet Arbeitsverhältnisse nicht vergessen, «*default rule*» definieren)
- Bei Zielbonus klar regeln, was passiert, wenn keine Ziele vereinbart oder festgesetzt wurden
- Variation der jährlichen Bonushöhe
- Akzessorietät im Auge behalten
- Keine Versicherung des Bonus im überobligatorischen Bereich
- Bonus terminologisch konsequent vom Fixlohn unterscheiden

Dr. iur. Irène Suter-Sieber, Partnerin Walder Wyss AG

Fachanwältin SAV Arbeitsrecht
+41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com