

Quand il s'agit de déterminer le montant de la rémunération d'un travailleur pour savoir s'il entre dans la catégorie des très hauts revenus, il faut comptabiliser les versements **au moment où ils sont effectués, et non pas relativement à quelle période ils l'ont été.**

En l'espèce, il n'existe aucune raison de douter du caractère pertinent des bonus versés chaque année en février. Par conséquent, la rémunération discrétionnaire versée en février 2008 relative au travail effectué en 2007 étant deux fois plus élevée que cinq fois le salaire médian, le travailleur ne peut prétendre à sa requalification en rémunération obligatoire pour défaut d'accessoriété.

#### Besetzung

Bundesrichterin Klett, präsidierendes Mitglied,  
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Niquille,  
Gerichtsschreiber Lüthi.

#### Verfahrensbeteiligte

A. AG,  
vertreten durch Rechtsanwälte  
Dr. Alfred Blesi und Dr. René Hirsiger,  
Beschwerdeführerin,

#### *gegen*

B.B.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Gresch,  
Beschwerdegegnerin.

#### Gegenstand

Arbeitsvertrag; Bonus,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des  
Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 15. Dezember 2015.

#### Sachverhalt:

##### A.

C.B. sel. (Arbeitnehmer) war vom 1. Juli 1999 bis 31. August 2008 bei der Bank A. AG (Arbeitgeberin, Beschwerdeführerin) angestellt, seit 1. Januar 2007 als "Subdepartment Head". Seine Entlohnung bestand aus einem fixen Jahreslohn von zuletzt Fr. 210'000.--, einem jährlichen Barbonus sowie der Teilnahme am Mitarbeiterbeteiligungsprogramm. Das Fixgehalt zahlte die Arbeitgeberin bis Ende August 2008 aus; einen pro-rata-Barbonus verweigerte sie jedoch und zudem annullierte sie alle "Awards" aus dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm, soweit diese noch nicht "gevestet" worden waren.

B.

B.a. Nach fruchtlosem Schlichtungsverfahren reichte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein, mit der er von der Arbeitgeberin die Zahlung von Fr. 1'020'402.-- nebst Zins verlangte, sich zusammensetzend aus einem pro-rata-Barbonus von Fr. 510'000.-- und einem Anspruch aus dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm von Fr. 510'402.--. Die Arbeitgeberin machte verrechnungs- und widerklageweise eine Schadenersatzforderung von Fr. 280'850.45 nebst Zins geltend. Mit Urteil vom 15. Dezember 2014 wies das Arbeitsgericht die Klage (nach Verrechnung gegenseitiger Ansprüche von je Fr. 60'000.--) ab. Die Widerklage hiess es teilweise gut, nämlich im Umfang von Fr. 80'425.20 nebst Zins, und wies sie soweit weitergehend ab.

B.b. In seiner Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich beantragte der Arbeitnehmer nuremehr die Bezahlung von Fr. 784'292.60 nebst Zins; die Arbeitgeberin hielt in der Anschlussberufung an ihrer ursprünglichen Widerklageforderung fest. Im Laufe des obergerichtlichen Verfahrens verstarb der Arbeitnehmer, woraufhin seine Erbin, B.B. (Beschwerdegegnerin), an seiner Stelle in den Prozess eintrat. Mit Urteil vom 15. Dezember 2015 hiess das Obergericht die Klage im Betrag von Fr. 91'240.-- nebst Zins gut und wies sie soweit weitergehend ab; die Widerklage wies es vollumfänglich ab (Disp.-Ziff. 1). Weiter bestätigte es die erstinstanzlichen Gerichtskosten (Disp.-Ziff. 2), verteilte diese (Disp.-Ziff. 3) und bestimmte die erstinstanzliche Parteientschädigung (Disp.-Ziff. 4). Dieselben Punkte regelte es auch bezüglich des Berufungsverfahrens (Disp.-Ziff. 5-7).

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Arbeitgeberin dem Bundesgericht, die Ziffern 1, 3, 4, 6 und 7 des Urteils des Obergerichts seien aufzuheben und die Klage sei kostenfällig abzuweisen. Eventuell sei das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin trägt auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde an, wohingegen die Vorinstanz auf eine Stellungnahme verzichtet hat. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert bzw. dupliziert.

Erwägungen:

1.

Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin betreffend Aufhebung von Disp.-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Urteils ist nach Treu und Glauben einschränkend dahingehend zu verstehen, dass sie die Aufhebung nur insoweit beantragt, als die Klage der Beschwerdegegnerin gutgeheissen wird. Soweit die Klage abgewiesen wird, hat sie kein Interesse an einer Aufhebung, und bezüglich Abweisung ihrer Widerklage ficht sie das vorinstanzliche Urteil ausdrücklich nicht an.

Im Übrigen sind die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt, weshalb auf die Beschwerde in Zivilsachen unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) einzutreten ist.

2.

2.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5 S. 401). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein

können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

2.2. Die Beschwerdeführerin gibt in ihrer Beschwerde unter dem Titel "Vorbemerkung" über mehrere Seiten den Sachverhalt und die zwischen den Parteien geführten Prozesse aus ihrer Sicht wieder. Soweit sie dabei von den vorinstanzlichen Feststellungen abweichen oder diese ergänzen sollte, ist weder ersichtlich noch dargetan, inwiefern dies für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnte. Die sachverhalts- und prozessbezogenen Ausführungen unter dem Titel "Vorbemerkung" genügen Art. 97 Abs. 1 BGG nicht und sind deshalb unbeachtlich.

3.

Strittig ist der pro-rata-Barbonus von Fr. 91'240.--, den die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin zusprach.

Bezüglich Bonuszahlungen fällt das Bundesgericht jüngst mehrere Leitentscheide (BGE 141 III 407; Urteile 4A\_565/2015 vom 14. April 2016; 4A\_557/2015 vom 22. Juni 2016; beide zur Publikation vorgesehen). An diesen ist festzuhalten, wobei sie im Übrigen auch von den Parteien nicht in Frage gestellt werden. Da die rechtserhebliche Ausgangslage vorliegend weitgehend deckungsgleich ist mit derjenigen, die dem zitierten Urteil 4A\_565/2015 zu Grunde lag, kann nachfolgend über weite Strecken auf die dortigen Erwägungen zurückgegriffen werden (siehe daher zu den gesamten nachfolgenden Ausführungen zit. Urteil 4A\_565/2015 E. 2).

4.

Der Begriff des Bonus wird im Obligationenrecht nicht definiert, weshalb im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Teil des Lohnes im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren ist.

4.1. Eine Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620; 129 III 276 E. 2 S. 278). 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. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 139 III 155 E. 3.1 S. 156 mit Hinweisen).

Dem angefochtenen Urteil ist zu entnehmen, dass die Parteien bezüglich des Barbonus einen Freiwilligkeitsvorbehalt vereinbarten und zudem dessen Höhe u.a. von der subjektiven Einschätzung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin abhing. Gleichwohl scheint die Beschwerdegegnerin in ihrer Duplik bestreiten zu wollen, dass damit grundsätzlich eine freiwillige Leistung abgemacht worden sei. Ihre Argumente gehen allerdings an der Sache vorbei, da sie die Frage betreffen, ob der Barbonus nach den massgeblichen Faktoren auf Fr. 0.-- herabgesetzt werden könnte, wenn er als variabler Lohnbestandteil zu qualifizieren wäre; die grundsätzlich vereinbarte Freiwilligkeit des Barbonus vermag durch diesbezügliche Überlegungen jedoch nicht in Frage gestellt zu werden.

4.2. Ob eine derart ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte Vergütung eine Gratifikation i.S. von Art. 322d OR darstellt, hängt nach der Rechtsprechung freilich weiter von der Höhe des Gesamteinkommens aus Arbeitsvertrag und allenfalls vom Verhältnis dieser Vergütung zum vereinbarten Lohn ab:

4.2.1. Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, muss eine Gratifikation gegenüber dem Lohn *akzessorisch* bleiben und darf im Rahmen der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen. Denn dem Arbeitgeber soll es verwehrt sein, die eigentliche Vergütung des Arbeitnehmers in Form einer (freiwilligen) Gratifikation auszurichten (BGE 139 III 155 E. 5.3 S. 158 f.). Daher kann es sich auch bei einem Bonus, dessen Ausrichtung nach der Vereinbarung der Parteien ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellt ist, um einen (variablen) Lohnbestandteil handeln, wenn sich die entsprechende Vergütung nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist.

Unter dem Blickwinkel der Akzessorietät kann bei *niedrigen Gesamteinkommen* bereits ein im Verhältnis zum Lohn geringerer Bonus den Charakter eines (variablen) Lohnbestandteils aufweisen, da bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung hat als bei einem hohen Einkommen.

Bei *mittleren und höheren Gesamteinkommen* kann ein im Verhältnis zum Lohn sehr hoher Bonus, ein gleich hoher oder ein den Lohn übersteigender Bonus, der regelmässig bezahlt wird, trotz vereinbarter Freiwilligkeit ausnahmsweise einen (variablen) Lohnbestandteil darstellen. Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und dem freiwilligen Bonus liegen; vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen: BGE 141 III 407 E. 4.3.1 S. 408 f.; 139 III 155 E. 3.2 S. 156 f.; 131 III 615 E. 5.2 S. 621; 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f.).

4.2.2. Wenn der Arbeitnehmer hingegen ein *sehr hohes Gesamteinkommen* erzielt, das seine wirtschaftliche Existenz bei Weitem gewährleistet bzw. die Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein entscheidendes Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (BGE 141 III 407 E. 4.3.2 S. 409 mit Hinweisen). Diesfalls entfällt die Akzessorietätsprüfung und eine ins Ermessen des Arbeitgebers gestellte freiwillige Vergütung ist *in je dem Fall als Gratifikation zu qualifizieren*, auf die kein Anspruch besteht, sofern der Arbeitnehmer auch ohne den umstrittenen Bonus ein sehr hohes Einkommen aus der gesamten Entschädigung für seine Arbeitstätigkeit erzielt. Als sehr hohe Entschädigung wird ein Einkommen aus Arbeitsvertrag angesehen, das den fünffachen Medianlohn übersteigt (BGE 141 III 407 E. 5.4 S. 415).

Um die tatsächliche Entschädigung festzustellen, die ein Arbeitnehmer insgesamt aus Arbeitsvertrag bezieht, stellt das Bundesgericht nicht darauf ab, wofür die Zahlungen erfolgen. Es kommt nicht darauf an, ob die tatsächlich erzielten Einkünfte regelmässige oder einmalige Lohnzahlungen sind, ob es sich um Zahlungen für besondere Projekte oder Anstrengungen, (andere) Gratifikationen, Prämien zu irgendwelchen Anlässen oder anderes handelt; es ist nicht entscheidend, unter welchem Titel oder unter welcher Bezeichnung diese Beträge bezahlt werden. Es kommt daher auch nicht darauf an, für welche Zeitperiode sie erfolgen bzw. für welches Geschäftsjahr sie nach der Parteivereinbarung bestimmt sind. Für die Höhe des Einkommens im vorliegenden Zusammenhang 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 141 III 407 E. 6 S. 416 f.).

Ob ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag ein sehr hohes Einkommen erzielt, bestimmt sich in der Regel nach einem Jahreslohn (BGE 141 III 407 E. 5.3.1 S. 412; zit. Urteile 4A\_565/2015 E. 2.4; 4A\_557/2015 E. 3.2). Um die Aussagekraft der Einkünfte sicherzustellen, ist ausnahmsweise auf die während der gesamten strittigen Periode erzielten Einkünfte abzustellen. Das ist insbesondere

angezeigt, wenn ein Arbeitnehmer im zweiten strittigen Jahr nur noch während einiger Monate bei der fraglichen Arbeitgeberin tätig war (zit. Urteil 4A\_557/2015 E. 3.2).

4.3. Die Vorinstanz stützte sich zur Bestimmung des Barbonus, den sie der Beschwerdegegnerin zusprach, vor allem auf BGE 141 III 407 und ging wie folgt vor: Im Jahr 2008 habe der fünffache Medianlohn Fr. 346'860.-- und der Fixlohn des Arbeitnehmers Fr. 210'000.-- ausgemacht. Die Differenz von Fr. 136'860.-- sei als variabler Lohnbestandteil zu qualifizieren und von der Arbeitgeberin zu entrichten; der darüber hinausgehende Barbonus sei hingegen eine Gratifikation, auf die der Arbeitnehmer keinen Anspruch habe. Pro rata, also für die acht Monate Arbeitstätigkeit bis Ende August 2008, mache dies einen von der Beschwerdeführerin geschuldeten Barbonus von Fr. 91'240.-- aus (2/3 von Fr. 136'860.--).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit diesem Vorgehen habe die Vorinstanz das bundesgerichtliche Präjudiz missverstanden, da sie nicht auf die Einkünfte abgestellt habe, die dem Arbeitnehmer im Jahr 2008 tatsächlich zugeflossen seien. In diesem Zusammenhang habe sie auch den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind stichhaltig. Zur Ermittlung, ob der Arbeitnehmer ein sehr hohes Gesamteinkommen erzielte, stellte die Vorinstanz nicht auf die tatsächlichen, aussagekräftigen Einkünfte ab, die er aus Arbeitsvertrag erhielt. Sie führt zwar aus, der Arbeitnehmer "erhielt in den Jahren 2005, 2006 und 2007 jeweils einen Barbonus von Fr. 503'232.--, Fr. 764'062.-- und Fr. 765'281.--, zusätzlich zum Fixgehalt von Fr. 180'000.-- bis Fr. 197'000.-- und zusätzlich zu den nachstehend (...) erwähnten Awards bzw. Aktienanwartschaften." **Entgegen ihrer Formulierung stellte sie damit jedoch nicht fest, wann der Arbeitnehmer diese Zahlungen mit Grundlage im Arbeitsvertrag erhielt, sondern vielmehr, "für" welche Zeiträume sie erfolgten bzw. gestützt auf die Geschäftszahlen welcher Jahre. Der tatsächliche Zeitpunkt der Zahlungen wird im angefochtenen Urteil nicht festgehalten.** Es kann jedoch davon abgesehen werden, die Sache zur Neuurteilung zurückzuweisen. Denn es ergibt sich ohne Weiteres aus den Akten, namentlich aus den vom Arbeitnehmer selber als Klagebeilagen eingereichten Gehaltsabrechnungen, dass der Barbonus für ein bestimmtes Jahr jeweils im Februar des Folgejahres ausbezahlt wurde. Der Barbonus für das Jahr 2007 wurde dem Arbeitnehmer mithin im Februar 2008 überwiesen. Die mit diesen Feststellungen übereinstimmenden Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde bestreitet die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort nicht, zumindest nicht substantiiert; stattdessen listet sie die Einkünfte der Jahre 2005 bis 2008 auf, meint damit aber - ebenso wie die Vorinstanz - die "für" diese Jahre ausgerichteten Zahlungen und nicht den Zahlungszeitpunkt.

**Allein schon der im Februar 2008 ausbezahlte Barbonus (für das Jahr 2007) ist mehr als doppelt so gross wie der fünffache Medianlohn des Jahres 2008. In Anbetracht der Barboni der früheren Jahre besteht auch kein Grund, an der Aussagekraft dieser Zahlung zu zweifeln. Der Arbeitnehmer erzielte damit - unabhängig vom umstrittenen Bonus - ein sehr hohes Gesamteinkommen (vgl. E. 4.2.2 hiervor). Infolgedessen ist kein Schutzbedürfnis seitens des Arbeitnehmers auszumachen, das es rechtfertigen würde, in die Vertragsfreiheit der Parteien einzugreifen und die von ihnen als freiwillig vereinbarte Leistung in einen variablen Lohnbestandteil umzuqualifizieren. Die Beschwerdegegnerin hat daher keinen Anspruch auf die Bezahlung des als freiwillige Leistung der Arbeitgeberin vereinbarten Barbonus - ihre Klage ist abzuweisen.** Es erübrigt sich deshalb, auf die weiteren Argumente der Beschwerdeführerin einzugehen, die diese gegen den der Beschwerdegegnerin von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag ins Feld führt.

5.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Sache ist zur Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Ziffern 1 (soweit die Klage der Beschwerdegegnerin gutheissend), 3, 4, 6 und 7 des Entscheids des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2015 werden aufgehoben. Die Klage der Beschwerdegegnerin wird abgewiesen.

2.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.-- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. August 2016

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Klett

Der Gerichtsschreiber: Lüthi