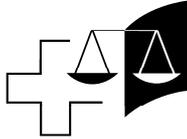


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



4A\_155/2019

**Urteil vom 18. Dezember 2019**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Klett, Hohl, Niquille, May Canellas,  
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte  
Bank A. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Alfred Blesi  
und Dr. René Hirsiger,

Beschwerdeführerin,

*gegen*

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Kurt Meier  
und Marc Schmid,

Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Arbeitsvertrag; Bonus,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 28. Februar 2019 (LA180014-O/U).

**Sachverhalt:**

A.  
B. \_\_\_\_\_ (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) nahm 1991 als Lehrling seine Tätigkeit bei der Bank A. \_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) resp. deren Rechtsvorgängerin auf; ab 1. März 2006 bekleidete er das Amt eines "Director".

Aufgrund interner Restrukturierungen wurde er in einen sog. "Coach-Prozess" überführt und mit Schreiben vom 27. November 2012 mit sofortiger Wirkung freigestellt. Gekündigt wurde ihm im darauffolgenden Januar per Ende Juli 2013, wobei sich das Arbeitsverhältnis wegen einer Krankheit bis Ende August 2013 verlängerte. Seine Entlohnung bestand aus einem fixen Jahreslohn von zuletzt Fr. 180'000.-- und einem jährlichen Bonus (bar und aus früher zugeteilten Aktien im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms). Zusätzlich zum unter dem Titel Bonus zugesprochenen Betrag wurden dem Kläger für die Jahre 2009 und 2010 unter dem sog. X-Plan Werte über Fr. 228'000.-- (für das Jahr 2009, wobei die Anwartschaft per 26. Februar 2010 entstand und der Betrag aufgrund der Sperrfrist erst später im Lohnausweis aufschien) und Fr. 138'000.-- (für 2010; Entstehung der Anwartschaft per 28. Februar 2011) zugeteilt (nachfolgend: X-Awards). Im Jahr 2013 erhielt er zudem eine Abgangsentschädigung von Fr. 174'600.--. Für die Jahre 2011, 2012 und 2013 erhielt er keinen Bonus.

## **B.**

**B.a.** Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren reichte der Kläger am 25. August 2017 beim Arbeitsgericht des Kantons Zürich Klage ein und beantragte, die Beklagte sei kostenfällig zu verpflichten, ihm Fr. 88'784.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 1. September 2013 zu bezahlen. Der eingeklagte Betrag ergebe sich aus der Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn für das Jahr 2012, den er auf Fr. 367'725.-- bezifferte, und den ihm im Jahr 2012 ausbezahlten Fr. 278'941.-- (Fr. 180'000.-- Fixlohn und Fr. 98'941.-- aus Übertragung der Verfügungsgewalt über früher zugeteilte Mitarbeiteraktien). Mit Urteil vom 15. März 2018 wies das Arbeitsgericht die Klage ab.

**B.b.** Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die vom Kläger gegen diesen Entscheid erhobene Berufung mit Urteil vom 28. Februar 2019 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 88'139.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2013 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab.

Es erwog, die Klage beziehe sich auf den Bonus für das Jahr 2011, der im Jahr 2012 auszubehalten gewesen wäre. Der Kläger mache geltend, in allen Jahren zwischen 2000 und 2011 habe er neben dem Fixlohn einen Bonus in der Höhe von durchschnittlich 122 % des Fixlohns erhalten, sodass die Beschwerdeführerin ihm im Jahr 2012 eigentlich eine Gesamtvergütung von Fr. 399'600.-- geschuldet hätte, da sein Fixlohn Fr. 180'000.-- betragen habe und dieser zufolge des Bonus um 122 % zu erhöhen gewesen wäre. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine Gratifikation Ermessenssache sei, sobald sie den Betrag des fünffachen Medianlohns, der sich für das Jahr 2012 auf Fr. 367'725.-- belaufe, übersteige, klage er aber nur die Differenz bis zu diesem Betrag ein. Weiter erwog das Obergericht, die zwischen den Parteien bestehenden schriftlichen Vereinbarungen liessen den Bonus als echte Gratifikation (auf die kein Anspruch bestehe) erscheinen. Massgeblich sei somit, ob in diese Vereinbarung angesichts der Höhe der bezahlten Boni korrigierend einzugreifen sei. Das Arbeitsgericht habe dies verneint, weil massgeblich nicht ein einziges Jahr (2012) sein könne, sondern als Berechnungsgrundlage auch die Jahre 2010, 2011 und 2013 einzubeziehen seien und der Kläger in diesen vier Jahren eine durchschnittliche Entschädigung von jährlich Fr. 385'366.-- erhalten habe (inkl. Abgangsentschädigung). Entgegen dem Arbeitsgericht sei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber grundsätzlich auf das vom Arbeitnehmer während eines Jahres erzielte Einkommen abzustellen. Somit sei einzig das Jahr 2012 massgeblich; damit könne auch offenbleiben, ob die Abgangsentschädigung, die der Kläger im Jahr 2013 erhalten habe, bei der Berechnung, ob sein Einkommen den fünffachen Medianlohn übersteige, zu berücksichtigen wäre. Im Jahr

2012 habe der Kläger Fr. 278'941.-- brutto erhalten und damit Fr. 88'139.-- (statt Fr. 88'784.-- wie vom Kläger aufgrund des mit Fr. 367'725.-- nicht korrekt bezifferten Medianlohns eingeklagt) weniger als der fünffache Medianlohn des Jahres 2012 von Fr. 367'080.--. Habe der Kläger somit kein Einkommen über dem fünffachen Medianlohn bezogen, sei zu prüfen, ob die Boni nur akzessorisch zum Fixlohn gewesen seien. Seit 2005 habe der Kläger nur gerade zwei Mal, nämlich in den Jahren 2008 und 2009 einen Bonus erhalten, der den Grundlohn nicht überstieg. Der durchschnittliche Grundlohn habe in den Jahren zwischen 2005 und 2012 Fr. 151'190.-- betragen, der Bonusdurchschnitt inkl. den X-Awards (Beteiligungsrechten) jedoch Fr. 197'286.--. Der Bonus sei somit Lohnbestandteil. Der eingeklagte Betrag, der (lediglich) 45 % des Bonusdurchschnitts der vorangegangenen Jahre betrage, sei somit als Lohn geschuldet.

### C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 4. April 2019 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage abzuweisen. Eventualiter sei das Verfahren an das Obergericht zur Neuurteilung zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner verlangt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien habe unaufgefordert repliziert und dupliziert.

### Erwägungen:

#### 1.

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ([BGE 140 III 86](#) E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

#### 2.

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, 264 E. 2.3 S. 266). 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 16](#) E. 1.3.1 S. 18, 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

#### 3.

Das Bundesgericht hat in verschiedenen neueren Entscheiden seine Rechtsprechung zum Bonus zusammengefasst (Urteile 4A\_714/2016 vom 29. August 2017 E. 3; 4A\_290/2017 vom 12. März 2018 E. 4; 4A\_463/2017 vom 4. Mai 2017 E. 3; 4A\_513/2017 und 4A\_519/2017 vom 5. September 2018 E. 5; 4A\_78/2018 vom 10. Oktober 2018 E. 4; 4A\_230/2019 vom 20. September 2019 E. 3). Daraus folgt, dass drei Situationen zu

unterscheiden sind; ein Bonus kann sein: (1) der - variable - Lohn, (2) Gratifikation, auf welche der Arbeitnehmer Anspruch hat und (3) Gratifikation, auf die er keinen Anspruch hat (zit. Urteil 4A\_78/2018 E. 4.2).

**3.1.** Um variablen Lohn - Situation (1) - handelt es sich, wenn ein vereinbarter Bonus bestimmt ist oder aufgrund objektiver Kriterien wie dem Gewinn, dem Umsatz etc. bestimmbar ist ([BGE 136 III 313](#) E. 2 S. 317; [129 III 276](#) E. 2 S. 278; zit. Urteil 4A\_78/2018 E. 4.3.1).

**3.2.** 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. 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 ([BGE 142 III 381](#) E. 2.1 S. 383; [141 III 407](#) E. 4.1 und 4.2 S. 408; [139 III 155](#) E. 3.1 S.156; je mit Hinweisen).

**3.2.1.** Es besteht ein Anspruch - Situation (2) -, wenn zwar grundsätzlich ein Bonus vereinbart wurde, jedoch dem Arbeitgeber bei der Bestimmung der Höhe ein gewisses Ermessen verbleibt ([BGE 136 III 313](#) E. 2 S. 317; [131 III 615](#) E. 5.2 S. 620; zit. Urteil 4A\_78/2018 E. 4.3.2.1). Die grundsätzliche Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages ([BGE 136 III 313](#) E. 2 S. 317; [129 III 276](#) E. 2 S. 278; zit. Urteil 4A\_78/2018 E. 4.3.2.1; Urteil 4A\_172/2012 vom 22. August 2012 E. 8.2).

**3.2.2.** Es besteht kein Anspruch - Situation (3) -, wenn gemäss Vertrag sowohl im Grundsatz wie in der Höhe Freiwilligkeit vorbehalten wurde. Freiwillig bleibt der Bonus auch, wenn er Jahr für Jahr ausgeschüttet wird mit dem Hinweis auf seine Freiwilligkeit. Immerhin ist der Vorbehalt der Freiwilligkeit dann unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt ([BGE 129 III 276](#) E. 2.3 S. 280 f.; zit. Urteil 4A\_78/2018 E. 4.3.2.2 mit Hinweisen).

**3.3.** Die Vorinstanz ging wie erwähnt davon aus, gemäss den Vertragsgrundlagen hätten die Parteien eine echte Gratifikation vereinbart, auf die kein Anspruch bestehe. Sie ging also von der Konstellation (3) aus.

**3.3.1.** Der Beschwerdegegner bestreitet die Freiwilligkeit. Der Bonus sei nicht völlig freiwillig, sondern von klar definierten Faktoren abhängig gewesen, wie z.B. dem Konzernergebnis und der Arbeitsleistung des einzelnen Mitarbeiters. Wäre er freiwillig gewesen, hätte statt der gewählten komplizierten Umschreibung ein einziger Satz im Arbeitsvertrag genügt. Es sei immer klar gewesen, dass er Anspruch auf einen Bonus habe. Die Höhe des Bonus habe sich über Jahre hinweg so eingespielt, dass der Bonus seit dem Jahr 2000 dem jeweiligen Fixlohn des Beschwerdegegners entsprochen bzw. diesen übertroffen habe.

**3.3.2.** Die Vorinstanz verwies auf die Begründung des Arbeitsgerichts, wonach sich aus dem Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 1998, den Reglementen und den Bonus Schreiben ("Compensation Statements") der Beschwerdeführerin die Freiwilligkeit ergebe, und stellte dann fest, diese Einschätzung der Vorinstanz werde zu Recht von keiner Partei in Frage gestellt. Der Beschwerdegegner behauptet nicht, dass diese Feststellung zum Prozesssachverhalt (vgl. E. 2 hiavor) nicht zutrefte und er im Berufungsverfahren entsprechende Einwände vorgebracht hätte; er verweist nur auf seine Replik vor dem Arbeitsgericht. Entscheidet die letzte kantonale Instanz - wie hier - entsprechend dem Grundsatz von Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG als Rechtsmittelinstanz, so ist die Ausschöpfung des Instanzenzugs unerlässliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht. Letztinstanzlichkeit bedeutet, dass für eine Rüge, zu der nicht erst der letztinstanzliche Entscheid Anlass gibt, der kantonale Instanzenzug nicht nur formell durchlaufen, sondern auch materiell erschöpft werden soll ([BGE 143 III 290](#) E. 1.1 S. 292 f.; Urteile 5A\_373/2018 vom 8. April 2019 E. 4.3.1; 4A\_32/2018 vom 11. Juli 2018 E. 5.2.1; je mit Hinweisen). Dies ist hier somit nicht der Fall, weshalb auf die Rüge nicht einzutreten ist. Entsprechend ist auch nachfolgend davon auszugehen, dass der Bonus als freiwillige Zahlung vereinbart wurde.

#### 4.

Ob eine derart ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige 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 der freiwilligen Vergütung zum vereinbarten Lohn ab:

**4.1.** 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 142 III 381](#) E. 2.2.1 S. 384; [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.; Urteile 4A\_159/2016 vom 1. Dezember 2016 E. 5.2.1; 4A\_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.5).

**4.2.** Wenn der Arbeitnehmer hingegen ein *sehr hohes Gesamteinkommenerziel*, 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 m.H.). Diesfalls entfällt die Akzessorietätsprüfung, und eine ins

Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige Vergütung ist *in jedem 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 142 III 381](#) E. 2.2.2 S. 384.; [141 III 407](#) E. 5 S. 409 ff.).

## 5.

Unbestritten erhielt der Beschwerdegegner in den letzten Jahren folgende tatsächliche Entschädigungen:

2007: Fr. 314'932.--

2008: Fr. 232'985.--

2009: Fr. 193'565.--

2010: Fr. 398'799.--

2011: Fr. 432'513.--

2012: Fr. 278'941.--

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Schwelle des fünffachen Medianlohns unterschritten wird, wie von der Vorinstanz angenommen. Sie bestreitet dabei nicht die von der Vorinstanz für das Jahr 2012 vorgenommene Berechnung. Vielmehr macht sie geltend, es könne nicht nur auf dieses eine Jahr als *Referenzperiode* abgestellt werden, denn dieses sei nicht repräsentativ.

Mit der Bestreitung der massgeblichen Referenzperiode wirft die Beschwerdeführerin entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners eine Rechtsfrage auf, die vom Bundesgericht frei zu prüfen ist:

**5.1.** Das Bundesgericht hat in dem für die Referenzperiode massgeblichen und auch von der Vorinstanz angeführten [BGE 142 III 456](#) folgendes festgehalten (Regeste): "Bei der Bestimmung des 'sehr hohen Einkommens' ist auf das tatsächliche Entgelt des Arbeitnehmers abzustellen, das für das Einkommen repräsentativ ist, das er regelmässig erzielt hat. Im Allgemeinen wird das während des Jahres erzielte Einkommen massgebend sein, ausnahmsweise das während der streitigen Zeitperiode (hier 17 Monate) erlangte". Übersteigt dieses tatsächliche Einkommen den fünffachen Medianlohn in diesem Zeitraum bleibt der Bonus freiwillig. Dieser Entscheid nahm seinerseits Bezug auf [BGE 141 III 407](#), mit dem erstmals die Schwelle des fünffachen Medianlohns festgelegt worden war. Die Umschreibung aus [BGE 142 III 456](#) wird in zahlreichen späteren Urteilen übernommen ([BGE 144 III 452](#) E. 2.3.3 S. 458; Urteile 4A\_13/2018 und 4A\_17/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 5.3.2.1; 4A\_463/2017 vom 4. Mai 2018 E. 3.1.4.2; 4A\_485/2016 und 4A\_491/2016 vom 28. April 2017 E. 4.3).

**5.2.** In der Lehre wird kritisiert, das Bundesgericht begrenze damit die Referenzperiode auf ein Jahr bzw. die im Streit liegende Zeitperiode. Die Frage der Referenzperiode sei zentral; diese müsste mehrere Jahre umfassen. Mit der Verlängerung könnte auch Massnahmen des Arbeitgebers entgegengewirkt werden, mit denen dieser im Hinblick auf die Vertragsauflösung versuche, die Entschädigung künstlich in den Bereich der (freiwilligen) Gratifikation fallen zu lassen (PHILIPPE EHRENSTRÖM, Bonus et très hauts revenus: une appréciation de la jurisprudence récente, in: Jusletter 10. Oktober 2016, Rz. 25 f. und 33; AURÉLIEN WITZIG, La détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil de très hauts revenus; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_565/2015 [[BGE 142 III 381](#)], in: Newsletter DroitDuTravail.ch, Juni 2016, S. 7 f.). Ähnlich auch RICHA/RAEDLER, wobei sie zutreffend betonen, dass dies im von ihnen besprochenen [BGE 141 III 407](#)

unproblematisch war, da der Arbeitnehmer regelmässig eine Entschädigung über der Schwelle des "sehr hohen" Einkommens erhalten hatte. Diese Autoren befürworten eine Periode von fünf Jahren als Referenzperiode, entsprechend der (heute noch geltenden) Verjährungsfrist (Art. 128 Ziff. 3 OR) für arbeitsrechtliche Forderungen (ALEXANDRE RICHA/DAVID RAEDLER, La qualification du bonus pour les très hauts revenus - suite et fin?, in: GesKR 2015, S. 561 ff., 566 f.). Allgemein wird gesagt, es müsse auf eine aussagekräftige Periode (période pertinente) abgestellt werden; das sei allerdings nicht ohne weiteres der im Streit liegende Zeitraum, wie in [BGE 142 III 456](#) angenommen (PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, Bonus et très haut revenu: du nouveau?; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_557/2015, in: Newsletter DroitDuTravail.ch, August 2016, S. 4).

**5.3.** Mangels Repräsentativität wurde in [BGE 142 III 456](#) nicht auf die letzten fünf Monate abgestellt, sondern auf eine Periode von sieben Monaten. Gleichzeitig gab es keine Anhaltspunkte, dass in früheren Jahren unregelmässige und unter dem fünffachen Medianlohn liegende Entschädigungen bezahlt wurden; aufgrund des eingeklagten Betrages von beinahe Fr. 2 Mio. für die Jahre 2011 und (pro rata) 2012 konnte das ausgeschlossen werden. Relevant hinsichtlich der Referenzperiode war einzig, ob lediglich das Jahr 2012 berücksichtigt wird oder 2011 und 2012 (sieben Monate). Im ersten Fall wäre das tatsächliche Entgelt unter der massgeblichen Schwelle (pro rata) geblieben, im zweiten Fall nicht (zutreffend: PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, a.a.O., S. 4). Auch im kurz zuvor entschiedenen [BGE 142 III 381](#) E. 2.4 wurde vorerst festgehalten, gemäss [BGE 141 III 407](#) E. 5.3.1 S. 412 sei der massgebliche Zeitraum zur Beurteilung, ob ein Arbeitnehmer ein sehr hohes Einkommen erziele, in der Regel ein Jahreslohn. Dann wurde aber präzisiert: Die in [BGE 141 III 407](#) dem Arbeitnehmer bis Ende Juni (2013) zugeflossenen Einkünfte hätten die Grenze des sehr hohen Einkommens überschritten, während der Arbeitnehmer in diesem Fall früher noch höhere Einkünfte erzielt habe; es sei daher nicht in Frage gestanden, dass auch die Einkünfte der letzten sechs Monate vor Ende des Arbeitsvertrages aussagekräftig gewesen seien (vgl. auch die in E. 5.2 erwähnte Analyse von RICHA/ RAEDLER). Entsprechend wurde auch in [BGE 142 III 381](#) ohne weiteres auf das letzte Jahr abgestellt, denn es bestehe "kein Grund, an der Aussagekraft dieser Einkünfte zu zweifeln" (E. 2.4). In einem kürzlich entschiedenen Fall (zit. Urteil 4A\_13/2018 und 4A\_17/2018 E. 5.3.2.2) wurde zwar wieder auf die Bezüge im letzten Jahr bzw. den letzten dreizehn Monaten (Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2014) abgestellt. Auch hier war aber entscheidend, dass die Entschädigung in diesem Zeitraum (über Fr. 1 Mio.) repräsentativ war, während es die Entschädigung im ersten Jahr des Anstellungsverhältnisses (2011), auf welches der Arbeitnehmer abstellen wollte, nicht war.

**5.4.** In diesen Urteilen war somit nicht zu entscheiden, ob allenfalls auf das grundsätzlich massgebliche streitgegenständliche Jahr deshalb nicht abgestellt werden kann, weil dieses nicht repräsentativ ist. Vorliegend kann die Frage aber relevant sein. Stellt man wie die Vorinstanz auf das Jahr 2012 ab, für welches der Bonus geltend gemacht wird, erreichen die insgesamt tatsächlichen Einkünfte von Fr. 278'941.-- die Schwelle des fünffachen Medianwerts nicht. Demgegenüber resultieren durchschnittliche Einkünfte über dem Schwellenwert, wenn man wie das Arbeitsgericht (vgl. Sachverhalt B.b) und die Beschwerdeführerin auf das gesamte Einkommen der Jahre 2010, 2011, 2012 und 2013 abstellt. Die Berücksichtigung der Entschädigungen ab 2010 erachten diese deshalb als aussagekräftig und sachgerecht, weil im Jahr 2010 letztmals der Fixlohn auf Fr. 180'000.-- erhöht worden war.

Allein auf das Jahr 2012 abzustellen, setzt voraus, dass die in diesem Jahr tatsächlich ausbezahlte Entschädigung repräsentativ war. Dies kann nur beurteilt werden, wenn man sie mit den Entschädigungen der vergangenen Jahre vergleicht. In [BGE 142 III 456](#) wurde wie

erwähnt festgehalten, die Repräsentativität ergebe sich aus der Regelmässigkeit. Vorliegend schwankten die tatsächlichen Bezüge in den vergangenen Jahren erheblich. Trotzdem kann nicht gesagt werden, die gesamten Einkünfte von Fr. 278'941.-- seien nicht repräsentativ. Auch eine Durchschnittsbetrachtung zeigt nämlich, dass diese Entschädigung durchaus im Rahmen der bisherigen Grössenordnung lag. Entgegen dem Arbeitsgericht und der Beschwerdeführerin ergibt sich diesbezüglich aber nichts Entscheidendes daraus, dass letztmals für das Jahr 2010 der Fixlohn erhöht wurde und deshalb nur auf die Entschädigungen seit 2010 abzustellen wäre. Massgeblich ist nicht der Fixlohn, sondern die gesamten Vergütungen. Der Beschwerdegegner wurde per März 2006 zum "Director" befördert; dies blieb er bis zu seiner Entlassung. Die Ergebnisse des Jahres 2006 waren Grundlage für die im Jahr 2007 ausgerichteten Boni. Es rechtfertigt sich deshalb, für den Durchschnitt die Entschädigungen ab 2007 zu berücksichtigen. Im Durchschnitt erhielt der Beschwerdegegner in den Jahren zwischen 2007 und 2011 - dem letzten Jahr, in dem gestützt auf die Ergebnisse des Vorjahres (2010) ein Bonus zugesprochen wurde - eine tatsächlich ausgerichtete Entschädigung von Fr. 314'558.80 (314'932.-- + 232'985.-- + 193'565.-- + 398'799.-- + 432'513.--: 5). Die dem Arbeitnehmer im streitgegenständlichen Jahr 2012 ausgerichtete tatsächliche Entschädigung von Fr. 278'941.-- bewegt sich in diesem Rahmen. Es lässt sich also nicht sagen, diese Vergütung sei nicht repräsentativ.

**5.5.** Die Beschwerdeführerin ist mit dem Arbeitsgericht der Auffassung, die insgesamt Entschädigung für 2013 sei mitzuberücksichtigen. Der Beschwerdegegner habe ab November 2012 und im Jahr 2013 gar keine berufliche Tätigkeit mehr entfaltet. Genau unter solchen Umständen habe das Bundesgericht in [BGE 142 III 456](#) E. 3.2 die Mitberücksichtigung des Folgejahres befürwortet. Der fünffache Medianlohn im Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2012 und Ende August 2013 belaufe sich auf Fr. 613'513.33, das vom Beschwerdegegner erzielte Einkommen auf Fr. 710'152.-- (Fr. 278'941 + Fr. 431'211.--). Demzufolge sei er nicht schutzwürdig im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Der vom Beschwerdegegner nicht bestrittene Betrag für 2013 enthält auch die 2013 ausgerichtete Abgangsentschädigung in Höhe von Fr. 174'600.--. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf das Urteil 4A\_69/2016 vom 17. August 2016, E. 4.2.2 und das zit. Urteil 4A\_290/2017 E. 4.1.4.2. Danach seien sämtliche tatsächlichen Einkünfte zu berücksichtigen, also auch eine Abgangsentschädigung. Diese Ansicht beruht auf einem Missverständnis. Mit der Formulierung, es seien sämtliche tatsächlichen Einkünfte bzw. Vergütungen ("rémunération") zu berücksichtigen, sind alle Entschädigungen als Gegenleistung für die Arbeit gemeint, die in einem bestimmten Jahr ausbezahlt werden, seien es regelmässige oder einmalige Lohnzahlungen, Zahlungen für besondere Projekte oder Anstrengungen, Prämien zu irgendwelchen Anlässen etc. (zit. Urteil 4A\_69/2016 E. 4.2.2). Die Abgangsentschädigung soll demgegenüber die künftigen Nachteile aus dem Verlust der Arbeitsstelle abfedern und stellt keine Gegenleistung im Sinn der oben genannten Beispiele für geleistete Arbeit dar. Berücksichtigt man die Abgangsentschädigung nicht, bleiben die Vergütungen für die Zeit vom 1. Januar 2012 bis Ende August 2013 mit insgesamt Fr. 535'552.-- deutlich unter dem von der Beschwerdeführerin selber genannten Schwelle. Es kann daher offenbleiben, ob vorliegend, wo keine Entschädigung für das Jahr 2013 eingeklagt wurde, die Monate in diesem Jahr überhaupt zugrunde gelegt werden dürften.

## **6.**

Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, selbst wenn nicht von einem sehr hohen Einkommen ausgegangen werde, wäre die Klage abzuweisen. Denn die in den vergangenen Jahren ausgerichteten Boni hätten nicht *regelmässig* den Fixlohn überstiegen. Dies sei aber nach der sog. Akzessorietätsrechtsprechung des Bundesgerichts Voraussetzung, damit ein

Bonus bei einem mittleren bis hohen Einkommen zum Lohnbestandteil werde. Auch dabei handelt es sich entgegen dem Beschwerdegegner um eine Rechtsfrage.

**6.1.** Damit bezieht sich die Beschwerdeführerin auf die vorne (E. 4.1) dargelegte Rechtsprechung zur Akzessorietät.

Im bereits zitierten Urteil 4A\_714/2016 E. 6 wurden diese Grundsätze so wiedergegeben, dass bei mittleren und hohen Einkommen der Bonus gleich hoch oder höher sein *müsse* als der Fixlohn, um als Lohnbestandteil qualifiziert werden zu können ("[...] le critère retenu par la jurisprudence est que le bonus doit être très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier [...]"). Daraus wurde in der Lehre abgeleitet, damit habe das Bundesgericht die Akzessorietätsrechtsprechung zwar nicht abgeschafft, aber weitgehend bedeutungslos gemacht. Im Lohnsegment zwischen dem einfachen Medianlohn (tiefe Einkommen) und dem fünffachen Medianlohn (sehr hohe Einkommen), um das es hier gehe, seien nämlich Boni in dieser Höhe selten, sodass damit für das Gros dieser Mitarbeiterkategorie dasselbe wie für Spitzenverdiener gelte, die von vornherein als nicht schutzbedürftig angesehen würden (WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015: VII. Qualifikation eines Bonus als Gratifikation bei sehr hohem Einkommen, in: ZBJV 154/2018 S. 77; welche das Akzessorietätskriterium aber ohnehin grundsätzlich als falsch erachten). Auf das zit. Urteil 4A\_714/2016 berief sich auch das Arbeitsgericht. Diesem Urteil lässt sich allerdings keine so weitgehende Aussage bzw. Änderung der bisherigen Grundsätze entnehmen. Gleichzeitig weist es nämlich auch darauf hin, dass immer die konkreten Umstände entscheidend sind (zutreffend: PHILIPP EGLI, Abgrenzung von Lohn und Gratifikation - alles klar?, in iusNet Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht vom 30. Januar 2018, II.2.b am Ende S. 2). Vielmehr fehlt es bei mittleren und hohen Einkommen grundsätzlich immer an der Akzessorietät, wenn der Bonus regelmässig gleich hoch oder höher als der Grundlohn ist. Ist der Bonus tiefer als der Grundlohn kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an; eine feste Verhältniszahl besteht nicht. Die Quote des Fixlohnes, die regelmässig und ohne besonderen Anlass ausgeschüttet werden kann, ohne dass die für Gratifikation notwendige Akzessorietät entfällt, steigt vielmehr bei höherem Lohn an (vgl. E. 4.1 hiavor).

**6.2.** Die Vorinstanz legte ihrer Beurteilung nachfolgendes Verhältnis zwischen Fixlohn und variablen Vergütungen zugrunde. Die Parteien beanstanden die aufgeführten Zahlen hinsichtlich des Bonus nicht. Demgegenüber enthält die von der Beschwerdeführerin angeführte Zahlenreihe hinsichtlich des Fixlohns in den Jahren 2005-2009 zwar geringfügige Abweichungen, ohne dass sie aber eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz rügt. Somit ist auch nachfolgend von den von der Vorinstanz festgestellten Beträgen auszugehen, nämlich:

|      | 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

Die Vorinstanz erwog sodann, aus diesen Zahlen ergebe sich, dass der Beschwerdegegner nur gerade zwei Mal, nämlich in den Jahren 2008 und 2009, einen Bonus erhalten habe, der den Grundlohn nicht überstiegen habe. Der durchschnittliche Grundlohn habe in den sieben Jahren seit 2005 Fr. 151'190.--, der Bonusdurchschnitt inkl. X-Awards aber Fr. 197'286.-- betragen. Hinzu komme, dass selbst für die beiden Jahre 2008 und 2009, in denen das Geschäftsergebnis unbestrittenermassen sehr schlecht ausgefallen sei und die Beschwerdeführerin einen grossen Verlust erlitten habe, ein Bonus ausbezahlt worden sei und die verhältnismässig kleinen Boni für diese beiden Jahre durch diejenigen der Folgejahre wettgemacht worden seien. Unter diesen Umständen seien die Boni nicht bloss akzessorisch gewesen, sondern Lohnbestandteil.

**6.3.** Der Rechtsprechung zur "Umqualifizierung" von Gratifikationen (Boni) in Lohnansprüche ("Akzessorietätsrechtsprechung") liegt neben dem Gedanken des Sozialschutzes namentlich ein Rechtsmissbrauchsaspekt und ein Vertrauensaspekt zugrunde: es soll verhindert werden, dass ein Arbeitgeber seine Verpflichtung zur Lohnzahlung umgeht, indem er freiwillige Leistungen in erheblichem Ausmass ausrichtet, die er jederzeit widerrufen kann, und es soll der Arbeitnehmer in seinem Vertrauen geschützt werden, wenn er regelmässig zusätzlich zu seinem Lohn einen Bonus erhält. Letzteres weil der Arbeitnehmer in einem gewissen Mass auch seine Lebenshaltung danach ausrichtet. Vorliegend hat der Beschwerdegegner abgesehen von den beiden für die Arbeitgeberin gerichtsnotorisch sehr kritischen Jahre 2008 und 2009 (bzw. die Basisjahre 2007 und 2008) immer einen Bonus (ohne X-Awards) zwischen 162'000.-- und 220'000.-- erhalten. Er konnte davon ausgehen, dass es sich bei den beiden Krisenjahren um "Ausreisser" in einer speziellen Situation handelte. Die von der Beschwerdeführerin in Frage gestellte Regelmässigkeit ist daher zu bejahen.

Daran ändert auch das bereits zitierte Urteil 4A\_159/2016 nichts, das ebenfalls die Beschwerdeführerin betraf und auf das sie sich beruft. Dort war der Bonus in den ersten Jahren nach der Anstellung (2000 bis 2004) im Vergleich zum Grundlohn eher tief (nur einmal etwas mehr als die Hälfte des Lohns); in den drei weiteren Jahren (2005 bis 2007) überstiegen die Boni dann den Basislohn, um dann in den Jahren 2008 und 2009 wieder viel tiefer zu liegen. Die Tatsache, dass in drei sich folgenden Jahren der Bonus über dem Basislohn lag, wurde nicht als genügend erachtet, um das Kriterium der Regelmässigkeit zu erfüllen und von einem Lohnbestandteil auszugehen, zumal der Bonus anschliessend wieder sank (E. 5.2.2 und Sachverhalt A). Sachverhaltsmässig war also am Schluss der Tätigkeit von sinkenden bzw. tiefen Boni auszugehen, sodass kein Anlass bestand, dem Arbeitnehmer zuzugestehen, er hätte auch für die Zukunft auf so hohe Boni wie in den Jahren 2005 bis 2007 vertrauen dürfen. Nicht so hier, wo nach den aussergewöhnlich tiefen Boni der Jahre 2008 und 2009 wieder hohe Boni ausbezahlt wurden. Dass derjenige im Jahr 2011 mit Fr. 162'000.-- etwas tiefer lag als der Grundlohn, vermag daran nichts zu ändern, da der Bonus wie dargelegt (E. 6.1 hiervor) nicht zwingend höher als der Grundlohn sein muss. Der Beschwerdegegner hat somit grundsätzlich Anspruch auf einen Bonus.

**7.**

Der Beschwerdegegner hat wie erwähnt (Sachverhalt B.b) den eingeklagten Betrag so begründet, dass er in allen Jahren zwischen 2000 und 2011 neben dem Fixlohn einen Bonus in der Höhe von durchschnittlich 122 % des Fixlohns erhalten habe, sodass die Beschwerdeführerin ihm im Jahr 2012 eigentlich eine Gesamtvergütung von Fr. 399'600.-- geschuldet hätte, da sein Fixlohn Fr. 180'000.-- betragen habe und dieser um 122 % zufolge

des Bonus zu erhöhen gewesen wäre. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine Gratifikation Ermessenssache sei, sobald sie den Betrag des fünffachen des (von ihm für das Jahr 2012 mit Fr. 367'725.-- angenommenen) Medianlohns übersteige, klage er aber nur die Differenz bis zu diesem Betrag ein.

Abgesehen von ihrer grundsätzlichen Bestreitung eines Bonusanspruchs erhebt die Beschwerdeführerin nur einen Einwand gegen diese Quantifizierung. Sie macht geltend, sie habe im Jahr 2011 aufgrund eines spektakulären Falls von nicht autorisierten Handelsgeschäften (Fall Y) einen grossen Verlust erlitten. Sie will damit geltend machen, dass erneut eine ausserordentliche und veränderte Ausgangslage bestanden habe, und sie verweist auf ihre Klageantwort, wo sie dargelegt habe, deswegen hätten alle Mitarbeiter im Bereich Investment-Banking keinen oder nur einen stark verminderten Bonus für das Jahr 2011 erhalten.

**7.1.** Die Beschwerdeführerin legt zwar nicht dar, dass sie Entsprechendes auch im Berufungsverfahren vorgebracht hat. Erweist sich ein Rechtsmittel aber als begründet und entscheidet die Rechtsmittelinstanz selbst in der Sache neu, muss sie, wenn Fragen aufgeworfen werden, die sich bei der als falsch erkannten Lösung der ersten Instanz nicht stellten, grundsätzlich alle diesbezüglich vor erster Instanz prozesskonform beantragten Beweismittel berücksichtigen. Von der im Rechtsmittelverfahren beklagten Partei kann nicht erwartet werden, dass sie sich in der Rechtsmittelantwort vorsorglich bereits zu sämtlichen Beweismitteln äussert, die im Falle der Gutheissung des Rechtsmittels allenfalls relevant werden könnten (Urteil 4A\_588/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3). Es fehlt mithin nicht an der materiellen Erschöpfung des Instanzenzugs.

**7.2.** Die Vorinstanz erachtete allerdings die Geschäftszahlen des Jahres 2012 nicht für massgebend. Sie hat sodann für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich festgestellt, die Beschwerdeführerin habe nicht geltend gemacht, dass die Geschäftszahlen im Jahr 2011 schlecht gewesen seien. Diese Feststellung müsste die Beschwerdeführerin rechtsgenügend als offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich ausgeben und aufzeigen, dass sich die Feststellung auf das Ergebnis auswirkt (vgl. E. 2 hiervor). Diesen Anforderungen genügt die Beschwerde nicht. Dass die Verweise nicht mit der Aktennummerierung übereinstimmen, schadet nicht, da klar wird, dass die Beschwerdeführerin sich auf die Rz. 5-12 und 50 f. ihrer Klageantwort sowie zwei Beilagen zur Klageantwort bezieht. Die Rz. 5-12 enthalten indessen nur allgemeine Ausführungen zu den Regelungen betreffend den Bonus. In den Rz. 50 f. wird zwar der schlechte Geschäftsgang thematisiert, dazu aber insbesondere auf den Geschäftsbericht 2012 verwiesen, der mit "Unsere Performance im Jahr 2012" überschrieben ist. Die Beschwerdeführerin zeigt damit nicht rechtsgenügend auf, woraus sich unzweifelhaft ergeben sollte, dass es ihr um den nach Ansicht der Vorinstanz massgebenden Geschäftsgang im Jahr 2011 ging und nicht um das (nicht massgebende) Jahr 2012. Dabei ist nicht entscheidend, in welchem Jahr die negativen Ereignisse tatsächlich stattgefunden haben, sondern ob die Vorinstanz aus den Vorbringen erkennen konnte, dass sich die Aussagen auf das Jahr 2011 bezogen. Mangels hinreichender Begründung ist auf diesen Punkt nicht weiter einzugehen.

**7.3.** 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 (trotz schlechter Geschäftsergebnisse wurden auch in den Jahren 2008 und 2009 Boni ausbezahlt und diese mageren Boni zudem durch diejenigen der Folgejahre wettgemacht [letzteres wird von der Beschwerdeführerin zwar in Abrede gestellt, sie zeigt damit aber nicht hinreichend auf, dass die Feststellung offensichtlich unhaltbar

wäre]). Zum Zins von 5 % seit 1. September 2013 äussern sich die Parteien im Beschwerdeverfahren nicht. Es hat somit auch dabei sein Bewenden.

**8.**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt, und diese hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 4'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'500.-- zu entschädigen.

**4.**

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

Lausanne, 18. Dezember 2019

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak