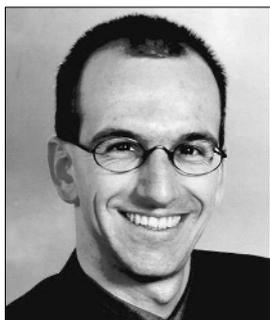


# Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation



Dr. iur. CHRISTOPH SENTI,  
Altstätten/St. Gallen

## Inhaltsübersicht:

1. Vorbemerkungen
2. Lohn und andere Leistungen
3. Die verschiedenen Lohnarten: Zeit- und Leistungslohn
  - 3.1. Zeitlohn
    - 3.1.1. Allgemeines
    - 3.1.2. Insbesondere: der 13. Monatslohn
    - 3.1.3. Rechtliche Charakteristika des Zeitlohnes
      - 3.1.3.1. Anspruch pro rata temporis
      - 3.1.3.2. Lohnfortzahlungspflicht
  - 3.2. Leistungslohn
    - 3.2.1. Echter Leistungslohn
      - 3.2.1.1. Akkordlohn (Individual- und Gruppenakkord)
      - 3.2.1.2. Provision
      - 3.2.1.3. Rechtliche Charakteristika des echten Leistungslohnes
    - 3.2.2. Unechter Leistungslohn
      - 3.2.2.1. Anteil am Geschäftsergebnis
      - 3.2.2.2. Rechtliche Charakteristika des unechten Leistungslohnes
  - 3.3. Übersicht zu den Rechtsfolgen des Leistungslohnes
4. Kein Lohn: die Gratifikation als Sondervergütung
  - 4.1. Begriff
  - 4.2. Mögliche Erscheinungsformen
    - 4.2.1. Freiwillige Zahlung
    - 4.2.2. Vereinbarte Zahlung
    - 4.2.3. Gemeinsame Merkmale
  - 4.3. Abgrenzung der Gratifikation gegenüber (Leistungs-) Lohn
    - 4.3.1. Abgrenzung zum 13. Monatslohn
    - 4.3.2. Abgrenzung der Gratifikation gegenüber Leistungslohn
      - 4.3.2.1. Freiwilligkeit der Zahlung oder zukünftiger Anreiz für den Arbeitnehmer?
      - 4.3.2.2. Freies Ermessen des Arbeitgebers oder Höhe der Zahlung in Abhängigkeit des eingetretenen Erfolges?
  - 4.4. Rechtliche Charakteristika der Gratifikation
    - 4.4.1.1. Freiwillige Gratifikationen
    - 4.4.1.2. Vereinbarte Gratifikationen
    - 4.4.1.3. Pro rata Anspruch des Arbeitnehmers
    - 4.4.1.4. Ausrichtung an Angestellte in gekündigtem Arbeitsverhältnis
    - 4.4.1.5. Die Gratifikation unter dem Aspekt der Lohnfortzahlungspflicht
    - 4.4.1.6. Übersicht: Rechtliche Charakteristika der Gratifikation

5. Zusammenfassung anhand grafischer Übersichten
  - 5.1. Das Lohnsystem des Einzelarbeitsvertragsrechts
  - 5.2. Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation
  - 5.3. Rechtsfolgen von Leistungslohn und Gratifikation im Vergleich

## 1. Vorbemerkungen

Leistungslohne sind populär. Verantwortlich dafür sind im Wesentlichen zwei Ursachen: Erstens besteht für die Angestellten ein Anreiz zur Leistungssteigerung und zweitens führt eine ergebnisorientierte Entlohnung – bis zu einem gewissen Ausmass – zur Angleichung des Personalaufwandes mit dem Unternehmenserfolg. Unklarheit besteht häufig über die Rechtsfolgen bei Austritten unter dem Jahr (Ansprüche pro rata temporis oder in gekündigter Stellung) oder zur Frage der Lohnfortzahlungspflicht. Reglemente und Richtlinien zum Leistungslohn enthalten nicht selten unzulässige Bestimmungen, was auf Seiten der Arbeitgeberin zu unliebsamen Überraschungen führen kann.

Der Grund für unzulässige Vereinbarungen liegt häufig im Problem der Abgrenzung von Gratifikation und Leistungslohn. Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch einer Systematisierung und macht einen Vorschlag, wie die vereinbarte Gratifikation nach Art. 322d OR vom Leistungslohn, insbesondere dem Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR, zu unterscheiden ist.

## 2. Lohn und andere Leistungen

Die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung ist ein wesentliches und notwendiges Merkmal des Arbeitsvertrages<sup>1</sup>. Als Lohn im Sinne von Art. 322 OR gilt die – in der Regel periodische – Vergütung der erbrachten Arbeitsleistung<sup>2</sup>. Diese Definition impliziert, dass die Vergütung durch den Arbeitgeber eine Gegenleistung für die erbrachte Arbeit darstellt.

Verschiedene Leistungen des Arbeitgebers sind nicht als "Lohn" im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren<sup>3</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist die freiwillige

---

Die vorliegende Publikation ist eine gekürzte Fassung des Referates, gehalten am 16. Mai 2001 im Rahmen einer Weiterbildungsveranstaltung des Institutes für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen.

- 1 VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, 2. A., Basel 1994, 4; REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 13. A., Bern 1997, Rz 23 und 65 ff.
- 2 VISCHER, 98; BK-REHBINDER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Art. 322 N 1 OR.
- 3 Bspw. Auslagensatz (Art. 327a ff. OR) oder Leistungen, die an die Betriebszugehörigkeit geknüpft sind, wie bspw. das Recht zur Benützung der Kantine (ZK-STAEHELIN, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Art. 322 N 2).

Gratifikation<sup>4</sup>. Sie dient zwar als Anerkennung der erbrachten Arbeitsleistung, da der Angestellte aber in der Regel keinen rechtlichen Anspruch auf Auszahlung besitzt, fällt diese Leistung nicht unter Art. 322 OR.

### 3. Die verschiedenen Lohnarten: Zeit- und Leistungslohn

Der Wortlaut von Art. 319 Abs. 1 OR unterscheidet in Bezug auf die Vergütung zwischen einem nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) und einem nach geleisteter Arbeit bemessenen Lohn (Akkordlohn). Unter der Marginalie "I. Lohn" (Art. 322 ff. OR) finden neben dem Akkordlohn auch noch weitere, erfolgsabhängige Lohnarten Erwähnung. Im Sinne einer umfassenden Gliederung unterscheidet die Lehre zwischen Zeit- und Leistungslohn<sup>5</sup>. Zu beachten ist vor allem, dass beide Kategorien Lohn im Sinne von Art. 319 OR darstellen, was die Anwendbarkeit der Bestimmungen über den Lohnrückbehalt (Art. 323a OR), die Lohnsicherung (Art. 325 OR), die Berechnung des Ferienlohnes (Art. 329d OR) oder die Verjährung (Art. 128 Ziff. 3 OR) zur Folge hat<sup>6</sup>.

#### 3.1. Zeitlohn

##### 3.1.1. Allgemeines

Beim Zeitlohn erfolgt die Vergütung nach der Dauer der Arbeitszeit, ohne Berücksichtigung des dabei erzielten Arbeitsergebnisses<sup>7</sup>. Der Lohnanspruch entsteht somit durch Zeitablauf, ohne dass eine bestimmte Arbeitsleistung oder gar ein Arbeitserfolg vorliegen muss<sup>8</sup>.

Die Bemessung des Zeitlohnes erfolgt entweder pro Woche, pro Monat, pro Jahr oder aber der Arbeitnehmer wird im Stundenlohn angestellt. Im ersten Fall richtet sich die Bezahlung nach der Kalenderzeit, d.h. mit Ablauf der Periode ist der Lohn geschuldet<sup>9</sup>. Beim Stundenlohn hingegen wird dem Arbeitnehmer nur die effektiv geleistete Arbeitszeit vergütet. Zu diesem Grundlohn hinzu kommen diverse Zulagen, auf welche vorliegend nicht näher eingegangen wird<sup>10</sup>.

##### 3.1.2. Insbesondere: der 13. Monatslohn

Der 13. Monatslohn bildet eine zusätzliche Vergütung in der Höhe eines Monatslohnes pro Jahr, für die durch den Arbeitnehmer geleistete Arbeit<sup>11</sup>. Es handelt sich dabei um einen festen Lohnbestandteil, auf dessen Ausrichtung der Arbeitnehmer einen Anspruch hat<sup>12</sup>.

##### 3.1.3. Rechtliche Charakteristika des Zeitlohnes

Die Höhe des Zeitlohnes richtet sich nach der im Arbeitsvertrag getroffenen Vereinbarung. Die Höhe ist somit im Voraus bestimmt, und die Produktivität des einzelnen Arbeitnehmers ist ohne Bedeutung<sup>13</sup>.

##### 3.1.3.1. Anspruch pro rata temporis

Wie bereits eingangs erwähnt, entsteht der Lohnanspruch durch Zeitablauf<sup>14</sup>. Dies hat zur Konsequenz, dass jegliche

Art von Zeitlohn pro rata temporis geschuldet ist, wenn der Arbeitnehmer während einer Rechnungsperiode in die Unternehmung eintritt, oder diese verlässt.

Dies gilt insbesondere auch für den 13. Monatslohn<sup>15</sup>. Der obligatorische Anspruch entsteht nicht erst Ende eines Jahres, sondern pro rata temporis nach jedem einzelnen Monat. Hingegen wird die Forderung erst auf den vereinbarten Zahlungstermin fällig<sup>16</sup>. Verlässt der Angestellte unter dem Jahr den Arbeitsplatz, so werden mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses sämtliche Forderungen – und damit auch sein Anspruch pro rata temporis – fällig<sup>17</sup>.

##### 3.1.3.2. Lohnfortzahlungspflicht

Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers richtet sich nach Art. 324a OR. Ist der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, aber nicht durch ihn verschuldet sind, an der Arbeitsleistung verhindert, so hat er Anspruch auf eine Lohnfortzahlung während eines bestimmten Zeitraumes<sup>18</sup>. Zum "darauf entfallenden Lohn" im Sinne dieser Bestimmung gehören nicht nur der Grundlohn, sondern sämtliche Arten von Zeitlohn, wie Naturallohn, Zulagen, etc.<sup>19</sup>

4 Art. 322d OR.

5 VISCHER, 105 ff.

6 Für den Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR ausdrücklich: BK-REHBINDER, Art. 322a OR N 6.

7 VISCHER, 105.

8 VISCHER, 105; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz 70; ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 5. Bei ungenügender Arbeitsleistung kann der Arbeitgeber höchstens eine Sorgfaltspflichtverletzung des Arbeitnehmers geltend machen (Art. 321a OR) und eine allfällige Schadenersatzforderung mit dem Lohnanspruch verrechnen (vgl. dazu ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 5).

9 VISCHER, 105; ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 5.

10 Familien- und Kinderzulage, Überstundenzuschlag (Art. 321c Abs. 3 OR), Zuschläge gemäss Arbeitsgesetz (Art. 17b Abs. 1 oder Art. 19 Abs. 3 ArG) etc.

11 ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 12.

12 STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsrecht, 5. A., Zürich 1992, Art. 322d N 9.

13 Der Arbeitgeber hat einzig dann einen Anspruch gegenüber seinem Angestellten, wenn letzterer durch seine Arbeitsweise dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig einen Schaden zugefügt hat. In diesem Fall besteht ein Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers nach Art. 321e OR (ZK-STAEHELIN, Art. 321e N 3 und Art. 322 N 5). Ein Schadenersatzanspruch bedeutet jedoch nicht das Recht des Arbeitgebers zur Kürzung des Lohnes (ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 5). Er kann die Forderung nur (im Rahmen von Art. 323b OR) verrechnen.

14 Vgl. oben, Ziff. 3.1.1.

15 ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 12; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 11.

16 Dies ist in aller Regel das Ende des (Geschäfts-)jahres, oder eine je hälftige Auszahlung auf Mitte und Ende dieses Zeitpunktes.

17 Art. 339 Abs. 1 OR.

18 Art. 324a OR.

19 STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9; VISCHER, 132.

## 3.2. Leistungslohn

Die Abhängigkeit der Lohnhöhe von dem erarbeiteten Betriebsergebnis setzt einen Anreiz zur Leistungssteigerung<sup>20</sup>. Beim Leistungslohn sind zwei Arten zu unterscheiden. Die erste stellt insofern einen "echten" Leistungslohn dar, als das Entgelt des Arbeitnehmers direkt und unmittelbar von seiner eigenen Leistung abhängig gemacht wird (Akkordlohn und Provision). Das Arbeitsergebnis des einzelnen Angestellten oder einer kleineren Gruppe dient als Bemessungsgrundlage für die Entlohnung<sup>21</sup>. Je besser gearbeitet wird, umso höher wird der Lohn ausfallen.

Die zweite Art im Sinne von "unechtem" Leistungslohn sind all jene Vergütungen des Arbeitgebers, welche vom Erfolg der gesamten Unternehmung oder einer ganzen Abteilung abhängen (Anteil am Geschäftsergebnis). Zwar ist das Gehalt des Arbeitnehmers erfolgsabhängig, auf diesen Erfolg hat er jedoch nur einen indirekten Einfluss. Das Geschäftsergebnis der gesamten Unternehmung oder einer Abteilung hängt nicht direkt kausal vom persönlichen Arbeitseinsatz ab<sup>22</sup>.

### 3.2.1. Echter Leistungslohn

#### 3.2.1.1. Akkordlohn (Individual- und Gruppenakkord)

Beim Akkordlohn bemisst sich die Entlohnung nach dem individuellen Arbeitsergebnis des einzelnen Arbeitnehmers (Individualakkord) oder einer Gruppe zusammenarbeitender Personen (Gruppenakkord)<sup>23</sup>. Akkord im Sinne des Gesetzes ist jeder Lohn, der nach dem Arbeitsergebnis berechnet wird, auf das der Arbeitnehmer direkten Einfluss hat<sup>24</sup>, soweit es sich nicht um die speziell im Gesetz geregelte Provision handelt<sup>25</sup>.

Für die rechtliche Ausgestaltung des Akkordlohnes von zentraler Bedeutung ist, ob sich der Lohn ausschliesslich nach dem Arbeitsergebnis richtet, oder ob zusätzlich ein Zeitlohn ausbezahlt wird. Letzteres ist insbesondere in dem Sinne möglich, dass eine Mindestlohngarantie besteht und zudem für jedes erarbeitete Produkt eine zusätzliche Entlohnung erfolgt oder für jedes über eine bestimmte Zahl hinausgehende Stück ein bestimmter Betrag geschuldet wird<sup>26</sup>. Der Wortlaut von Art. 326 OR ist im Übrigen zu absolut formuliert. "Ausschliessliche Akkordarbeit" liegt auch dann vor, wenn der feste, nach Zeit berechnete, Lohnanteil so tief ist, dass dieser nach Meinung beider Parteien regelmässig erheblich überschritten wird<sup>27</sup>. Diesfalls gehen die Parteien implizit davon aus, dass es keinen Zeitlohn ohne Akkordlohn geben wird. Die Grenze liegt dort, wo der garantierte Zeitlohn wesentlich unter dem üblichen Lohnniveau liegt<sup>28</sup>.

#### 3.2.1.2. Provision

Bei der Provision erhält der Arbeitnehmer eine in der Regel in Prozenten festgelegte Vergütung auf den von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäften<sup>29</sup>. Sie ist insofern dem Akkordlohn nahe verwandt, als es sich um einen echten Leistungslohn handelt<sup>30</sup>. Das Entgelt hängt von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers ab, nicht vom Betriebs-

ergebnis. Es ist aber auch möglich, eine Bezirks- oder Rayonprovision vorzusehen. Der Arbeitnehmer hat dann Anspruch auf Provision für alle abgeschlossenen Geschäfte, die mit Kunden in einem bestimmten örtlichen Gebiet abgeschlossen werden, unabhängig davon, ob er tatsächlich zum Geschäftsabschluss beigetragen hat oder nicht<sup>31</sup>.

#### 3.2.1.3. Rechtliche Charakteristika des echten Leistungslohnes

##### 3.2.1.3.1. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Risikos

Wenn auch nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, so ist in Rechtsprechung<sup>32</sup> und Literatur<sup>33</sup> unbestritten, dass der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen hat<sup>34</sup>. Dieser Grundsatz setzt dem Leistungslohn Grenzen. Für die Analyse des echten Leistungslohnes ist dieser allgemeine Grundsatz etwas zu differenzieren.

In Bezug auf das Verbot der Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos ist zu klären, ob und wieweit die Entlohnung des Arbeitnehmers ausschliesslich in Form eines Leistungslohnes erfolgen darf, bzw. wer das Risiko des ungenügenden Arbeitsvolumens zu tragen hat. Ein Entgelt in Form eines reinen Leistungslohnes hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer kein oder nur ein minimales Entgelt erhält, sofern er eine ungenügende Menge an Output produziert<sup>35</sup> oder keine Vertragsabschlüsse zustande bringt<sup>36</sup>.

In Bezug auf die *Provision* wurde die Zulässigkeit eines reinen Leistungslohnes bejaht: Das "Chambre d'appel des prud'hommes" in Genf hat im Urteil vom 12. Oktober 1984 die Besoldung eines Brokers in Form von Provisionen (ohne festen Grundlohn) ausdrücklich als zulässig erklärt<sup>37</sup>. Eine

20 GEISER, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP/PJA 2001, 382 ff., 382.

21 BK-REHBINDER, Art. 326 N 2 ff.

22 BK-REHBINDER, Art. 326 N 8.

23 Art. 319 Abs. 1 OR; ZK-STAEHELIN, Art. 326 N 4.

24 BK-REHBINDER, Art. 326 N 3.

25 Art. 322b f. OR; vgl. nachfolgend.

26 ZK-STAEHELIN, N 5 zu Art. 326; STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 N 2.

27 STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 N 2; BK-REHBINDER, Art. 326 N 15; a.M. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–343 OR; 2. A., Bern 1996, N 2 zu Art. 326 OR.

28 ZK-STAEHELIN, Art. 326 N 5.

29 ZK-STAEHELIN, Art. 322b N 1; VISCHER, 110.

30 BK-REHBINDER, Art. 322b N 3.

31 BK-REHBINDER, Art. 322b N 1.

32 JAR 1989, 260 f.; BGE 114 II 274.

33 ZK-STAEHELIN, Art. 324 N 13; VISCHER, 122; BRÜHWILER, N 2 zu Art. 324 OR; BK-REHBINDER, Art. 324 N 29; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324 N 5; GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 1991, § 46 N 83; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1990, N 2 zu Art. 324 OR; GEISER, AJP/PJA 2001, 382.

34 GEISER, AJP/PJA 2001, 382.

35 Akkordlohn: Art. 326 f. OR.

36 Provision: Art. 322b f. OR.

37 JAR 1985, 91; Zustimmend: STREIFF/VON KAENEL, Art. 322b N 5.

solche Form der Entlohnung widerspricht jedoch dem Grundsatz, wonach dem Arbeitnehmer das wirtschaftliche Risiko nicht aufgelastet werden darf.

Bei den Regeln über den Handelsreisenden findet sich die Vorschrift, dass eine Vereinbarung, welche als Lohn ausschliesslich oder vorwiegend eine Provision vorsieht, unzulässig ist, wenn damit kein "angemessenes Entgelt für die Tätigkeit" erzielt wird<sup>38</sup>. Provisionen sind insbesondere bei Handelsreisenden üblich. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung will Art. 349a OR sicherstellen, dass Angestellte auf Provisionsbasis nicht schlechter gestellt sind als jene mit einem festen Lohn<sup>39</sup>. Dieser Gedanke lässt sich im Grundsatz verallgemeinern, womit es sich rechtfertigen würde, Art. 349a Abs. 2 OR bei allen Arbeitsverhältnissen anzuwenden<sup>40</sup>. Bemerkenswert ist, dass eine allgemeine Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR für das gesamte Arbeitsvertragsrecht im Einklang mit dem Grundsatz der Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber steht. Ein Grundsatz, welcher sich quer durch das gesamte Konzept des Arbeitsvertragsrecht zieht. Aus dieser Sicht kann eine Provision, die nach der Erwartung der Parteien mehr als den fixen Anteil des Lohnes ausmacht<sup>41</sup>, nur vereinbart werden, wenn damit insgesamt tatsächlich ein ausreichendes Entgelt erzielt wird. Ausreichend ist, was dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seines Arbeitseinsatzes, der Ausbildung, der Dienstjahre, des Alters und der sozialen Verpflichtungen eine anständige Lebensführung ermöglicht<sup>42</sup>. Massgebend ist allerdings nicht der tatsächliche Verdienst, sondern der bei angemessenen Anstrengungen erzielbare<sup>43</sup>. Wird gegen diese Norm verstossen, so ist der Provisionsansatz nachträglich zu erhöhen<sup>44</sup>. Festzuhalten bleibt jedoch, dass ein ausschliesslich aus Provisionen bestehendes Entgelt nicht dem Regelfall entspricht. Häufig tritt es zu einem festen Entgelt hinzu<sup>45</sup>.

Eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien, wonach sich der gesamte Lohn ausschliesslich aus der *Akkordleistung* des Arbeitnehmers ergibt, ist zulässig<sup>46</sup>. Allerdings ist bei einer solchen Vertragsvereinbarung der Arbeitgeber verpflichtet, seinem Angestellten genügend Arbeit zuzuweisen<sup>47</sup>. Ist ersterer dazu nicht in der Lage, so ist dem Arbeitnehmer *Zeitlohnarbeit* zuzuweisen<sup>48</sup>. Sollte auch dies nicht möglich sein, so sieht das Gesetz ausdrücklich die Lohnzahlungspflicht nach den Bestimmungen des Annahmeverzuges vor<sup>49</sup>. Damit entfällt für den Arbeitnehmer bei der Akkordlohnarbeit das wirtschaftliche Risiko des Einkommensausfalles bei ungenügendem Auftragsbestand.

### 3.2.1.3.2. Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers und Ferienentschädigung

Unbestritten ist, dass der Arbeitgeber im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit seines Angestellten<sup>50</sup> auch zur Fortzahlung eines Akkordlohnes oder der Provision verpflichtet ist<sup>51</sup>. Bei der Bemessung ist auf durchschnittliche Vergangenheitswerte abzustellen<sup>52</sup>. Im Übrigen gilt diese Berechnungsmethode nach dem "Lohnausfallprinzip" auch für die Bemessung des durch den Arbeitgeber geschuldeten Ferienlohnes<sup>53</sup>.

### 3.2.1.3.3. Pro rata Ansprüche

Der echte Leistungslohn stellt auf den effektiv eingetretenen Erfolg des einzelnen Angestellten ab. Damit ist der Lohn dann geschuldet, wenn das Erfolgsereignis (Vertragsabschluss, Menge etc.) eintritt. Tritt ein Angestellter während des Jahres in eine Unternehmung ein oder verlässt er diese, so lässt sich der effektiv eingetretene Erfolg konkret berechnen, weshalb in aller Regel nicht auf eine abstrakte pro rata Berechnung abgestellt werden muss.

### 3.2.1.3.4. Einsichtsrecht des Arbeitnehmers

Ein Einsichtsrecht in die Buchhaltung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin ermöglicht dem Angestellten die Überprüfung seiner Ansprüche. Bei *Provisionsvereinbarungen* ist vorgesehen, dass der Arbeitgeber seinem Angestellten die provisionspflichtigen Abrechnungen zu übergeben hat, sofern letzterer nicht selbst zu deren Aufstellung verpflichtet ist<sup>54</sup>. Weiter wird dem Angestellten, einem gemeinsam bestimmten Sachverständigen oder dem Richter ein Einsichtsrecht in die für die Abrechnung notwendigen Unterlagen gewährt<sup>55</sup>.

Bei der Vereinbarung von *Akkordlohn* ist die Überprüfung des Lohnes für den Angestellten einfacher. Für die konkrete Berechnung notwendig ist die Stückzahl sowie der zugehörige Akkordlohnsatz. Erstere wird dem Angestellten aufgrund seiner eigenen Arbeitsleistung bekannt sein. Der Akkordlohnsatz ist ihm vom Arbeitgeber *vor* Beginn der einzelnen Arbeit mitzuteilen<sup>56</sup>. Damit besitzt der Arbeit-

38 Art. 349a Abs. 2 OR.

39 JAR 1987, S. 307 mit Hinweis auf BGE 83 II 78.

40 GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn? in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHAFFHAUSER/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.); Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Yvo Hangartner; St.Gallen/Lachen 1998, 809 ff., Rz. 3.15; de lege lata zurückhaltender: BK-REHBINDER, Art. 349a N 8; GEISER, AJP/PJA 2001, 387.

41 ZK-STAEHELIN, Art. 349a N 3; STREIFF/VON KAENEL, N 4 zu Art. 349a; BK-REHBINDER, Art. 349a N 6.

42 OGer. ZH in: JAR 1987, 304 ff.; ZK-STAEHELIN, N 4 zu Art. 349a; BK-REHBINDER, Art. 349a N 6.

43 STREIFF/VON KAENEL, Art. 349a N 4.

44 ZK-STAEHELIN, Art. 349a N 5.

45 BERENSTEIN, Labor Law in Switzerland, Bern 1994, Rz. 345.

46 Art. 326 Abs. 1 OR; STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 326 N 5.

47 Art. 326 Abs. 1 OR.

48 Art. 326 Abs. 2 OR.

49 Art. 326 Abs. 4 OR.

50 Krankheit, Unfall etc. (vgl. Art. 324a OR).

51 BK-REHBINDER, Art. 324a N 23; ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

52 BK-REHBINDER, Art. 324a N 23; ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49.

53 BK-REHBINDER, Art. 329d N 5 ff.

54 Art. 322c Abs. 1 OR.

55 Art. 322c Abs. 2 OR.

56 Art. 326a OR.

nehmer in der Regel die notwendigen Angaben, um seine Ansprüche selbst berechnen zu können<sup>57</sup>.

### 3.2.2. Unechter Leistungslohn

Hängt die Höhe des Lohnes vom Gewinn oder Umsatz der gesamten Unternehmung oder einer ganzen Abteilung ab, so hat die Arbeitsleistung des Angestellten nur noch einen beschränkten Einfluss auf die Höhe der schliesslich ausbezahlten Summe. Das Gehalt des Arbeitnehmers ist erfolgsabhängig, und trotzdem kann er den Eintritt dieses Erfolges nicht direkt selbst bestimmen. In diesem Sinne ist die Beteiligung am Geschäftsergebnis ein unechter Leistungslohn<sup>58</sup>.

#### 3.2.2.1. Anteil am Geschäftsergebnis

Wurde eine Beteiligung des Arbeitnehmers am Geschäftsergebnis vereinbart, so hat der Arbeitnehmer einen festen Anspruch auf einen Anteil an Gewinn, Umsatz oder einer anderen, sich aus der Buchhaltung ergebenden Bilanzkennzahl<sup>59</sup>. Auf welche Kennzahl abgestellt wird, ergibt sich aus der konkreten Parteivereinbarung<sup>60</sup>. Möglich sind verschiedene Formen einer Beteiligung am Geschäftsergebnis:

In sachlicher Beziehung ist bei der *Gewinnbeteiligung* – vorbehaltlich einer anderen Abrede – auf den Geschäftserfolg abzustellen<sup>61</sup>. Nicht zu berücksichtigen sind deshalb regelmässig ausserordentliche Gewinne, welche durch den Verkauf von Beteiligungen usw. entstehen<sup>62</sup>. Art. 322a Abs. 1 OR hält fest, dass für die Berechnung das Geschäftsjahr und die gesetzlichen Vorschriften sowie die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze massgebend sind. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Grundsätze über die Gewinnberechnung einen sehr grossen Ermessensspielraum belassen. Wurde für die Berechnung des Gewinnes keine Parteivereinbarung getroffen, berechnet sich dieser nach den Bilanzvorschriften des Obligationenrechts, insbesondere den Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung oder das Gesellschaftsrecht<sup>63</sup>. Auch jene Vorschriften lassen aber einen weiten Spielraum offen, weshalb sich eine präzise Vereinbarung im Arbeitsvertrag lohnt<sup>64</sup>. In zeitlicher Hinsicht ist dasjenige Geschäftsergebnis Bemessungsgrundlage, auf dessen Schluss hin Bilanz und Erfolgsrechnung erstellt wird<sup>65</sup>.

Bei einer *Umsatzbeteiligung* hängt die Höhe des Lohnes von dem durch die Unternehmung erzielten Umsatz ab<sup>66</sup>. Dies im Unterschied zur Provision, wo der durch den einzelnen Arbeitnehmer alleine erzielte Umsatz massgeblich ist<sup>67</sup>. Wie bei der Beteiligung am Gewinn ist auch bei der Umsatzbeteiligung für deren Berechnung das Geschäftsjahr die massgebende Bemessungsgrundlage. Deshalb sind – anders als bei der Provision<sup>68</sup> – nur Geschäfte zu berücksichtigen, welche in der entsprechenden Geschäftsperiode tatsächlich umsatzwirksam wurden<sup>69</sup>.

Art. 322a OR erwähnt ausdrücklich, dass die beiden Vertragsparteien auch *weitere Formen* einer Beteiligung am Geschäftsergebnis vereinbaren können. Auch im Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit<sup>70</sup>. Denkbar sind beliebige Varianten, wie bspw. Prämien für die Einhaltung

von Terminen, für die Steigerung von Umsatz oder Gewinn, für einen hohen Auslastungsgrad der Maschinen oder für einen sparsamen Materialverbrauch<sup>71</sup>. Im Sinne der oben gemachten Angaben handelt es sich jedoch regelmässig um Kennzahlen, die den gesamten Betrieb erfassen und somit nur indirekt durch den einzelnen Arbeitnehmer zu beeinflussen sind (unechter Leistungslohn)<sup>72</sup>.

#### 3.2.2.2. Rechtliche Charakteristika des unechten Leistungslohnes

##### 3.2.2.2.1. Vorbemerkungen

Die Erläuterungen zum unechten Leistungslohn sind unter drei Aspekten zu betrachten: Erstens handelt es sich um Lohn, d.h. ein durch den Arbeitgeber geschuldetes Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung<sup>73</sup>. Zweitens besteht im Arbeitsvertragsrecht das Verbot der Abwälzung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer<sup>74</sup>. Drittens hat der Angestellte – im Unterschied zum echten Leistungslohn – keine Möglichkeit einer ausschliesslichen Einflussnahme auf die Höhe des Lohnes bzw. Erfolges.

Eine gute Arbeitsleistung des Angestellten beeinflusst die Höhe seines Einkommens an sich positiv. Trotzdem kann der Erfolg auch dann eintreten, wenn der einzelne Arbeitnehmer nichts dazu beigetragen hat: Unabhängig von seinem persönlichen Beitrag ist der Lohn geschuldet, wenn die Periode bzw. das Geschäftsjahr abgelaufen und der Erfolg eingetreten ist<sup>75</sup>. Der unechte Leistungslohn ist somit ein Mischgebilde zwischen Zeit- und echtem Leistungslohn.

57 Zu Unklarheiten und Problemen können allerdings sowohl beim Akkord wie auch bei der Provision einzelne Modalitäten der Berechnung Anlass geben (Bspw. Preis inkl. Rabatte, Skonti oder Mehrwertsteuer?). Vgl. dazu BK-REHBINDER, Art. 322c N 1 ff.

58 Vgl. oben, Ziff. 3.2.

59 Art. 322a OR.

60 ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 11.

61 VISCHER, 112.

62 ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 4.

63 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 5.

64 GEISER, AJP/PJA 2001, 389.

65 ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 6.

66 Art. 322a Abs. 1 OR.

67 Vgl. Art. 322b OR; ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 10.

68 Vgl. oben, Ziff. 3.2.1.2.

69 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 13.

70 Vgl. dazu GEISER, AJP/PJA 2001, 391.

71 ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 11; BK-REHBINDER, Art. 322a N 4.

72 Lässt sich eine Kennzahl einem einzelnen Mitarbeiter zuordnen und wird diese als Bemessungsgrundlage für die Prämie verwendet, handelt es sich um echten Leistungslohn (Bsp.: Umsatzziele für Vermögensverwalter einer Privatbank).

73 Für die Beteiligung am Geschäftsergebnis ausdrücklich: STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 2; BK-REHBINDER, Art. 322a N 6.

74 Vgl. oben, Ziff. 3.2.1.3.1.

75 Bspw. kann eine Gewinnsteigerung das Ergebnis einer guten konjunkturellen Entwicklung sein, obwohl der Geschäftsführer seine Arbeit nicht sonderlich gut erledigt.

### 3.2.2.2.2. Klagbarer Anspruch bei Eintreten des Erfolges

Der Leistungslohn stellt eine bestimmte Lohnform dar. Damit ist der Arbeitgeber zwingend zur Auszahlung verpflichtet, sofern die dazu notwendige Voraussetzung (Unternehmenserfolg) eingetreten ist. Die konkrete Höhe des Leistungslohnes ergibt sich aufgrund der vertraglich vereinbarten Berechnungsgrundlage<sup>76</sup>.

Eine vertragliche Vereinbarung, wonach die Arbeitgeberin auch dann über die Auszahlung eines unechten Leistungslohnes frei entscheiden kann, wenn der vertraglich vereinbarte Erfolg eingetreten ist, ist unzulässig. Die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung ist ein zwingendes Charaktermerkmal des Arbeitsvertragsrechts<sup>77</sup>. Folglich hat der Arbeitgeber auch seinen Teil der vertraglichen Pflichten zu erfüllen.

### 3.2.2.2.3. Anspruch pro rata temporis

Beim unechten Leistungslohn besitzt der Arbeitnehmer einen Anspruch pro rata temporis, wenn das Arbeitsverhältnis während des Geschäftsjahres beginnt oder endet<sup>78</sup>. Dieser Anspruch ist aus zwei Gründen zwingender Natur, womit im Arbeitsvertrag keine abweichende Vereinbarung möglich ist.

Unechter Leistungslohn ist Lohn im Sinne des Gesetzes<sup>79</sup>. Die Rechtsfolgen richten sich also primär nach den allgemeinen Grundsätzen der Lohnzahlung. Der Unterschied zum "normalen" Zeitlohn liegt darin, dass unechter Leistungslohn nur dann geschuldet ist, wenn die Bedingung (Erfolg) eingetreten ist. Unabhängig von dieser zusätzlichen Bedingung entsteht der klagbare Anspruch aber wie beim Zeitlohn mit Ablauf der Periode. Und da – wie vorgehend erwähnt – die Pflicht zur Lohnzahlung ein wesentliches Merkmal des Arbeitsvertrages ist, kann der Arbeitnehmer auch nicht vertraglich auf diesen Anspruch verzichten.

Ein zweiter Grund, weshalb der Anspruch pro rata temporis zwingender Natur ist, ergibt sich aus Art. 335a Abs. 1 OR. Dort zu finden ist der Paritätsgrundsatz, welcher besagt, dass für Arbeitgeber und -nehmer keine ungleichen Kündigungsfristen vereinbart werden dürfen. "Gegen das Gebot der Parität verstösst auch die Vereinbarung eines sachlich nicht gerechtfertigten Nachteils, der nur eine Partei (in der Regel den Arbeitnehmer) bei der Kündigung trifft, (...) "<sup>80</sup>. Verliert der Arbeitnehmer im Falle eines Austrittes unter dem Jahr seinen pro rata Anspruch auf den Leistungslohn, wird er umso eher auf eine Kündigung verzichten, je grösser sein Leistungslohn ausfällt, den er verlustig ginge. Demgegenüber entspricht eine Entlassung während des Geschäftsjahres insofern den Interessen des Arbeitgebers, als dieser seine finanziellen Verpflichtungen vermindern kann<sup>81</sup>. Eine Wegbedingung des Anspruches pro rata temporis auf unechten Leistungslohn verstösst meines Erachtens gegen den Grundsatz der paritätischen Kündigungsfristen und ist daher unzulässig<sup>82</sup>.

Kommt man zum Schluss, dass die Parteien einen unechten Leistungslohn vereinbart haben, so steht dem Arbeitnehmer ein zwingender Anspruch pro rata temporis zu, wenn er während der Berechnungsperiode das Unternehmen verlässt. Zu unterscheiden von der Entstehung eines Anspruches ist die Frage der Fälligkeit einer Zahlung<sup>83</sup>.

### 3.2.2.2.4. Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, Unfall etc.

Eine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Unfall oder anderer Gründe nach Art. 324a OR lässt die Höhe des geschuldeten Leistungslohnes grundsätzlich unberührt. Aufgrund des Lohncharakters dieser Zahlung sind in Bezug auf Nebenfolgen und Modalitäten ebenfalls die allgemeinen Bestimmungen betreffend Lohnzahlung anwendbar<sup>84</sup>. Ob der Leistungslohn am Ende der Periode geschuldet ist, hängt vom eingetretenen Erfolg ab, nicht aber von der Qualität der Arbeitsleistung. Letztere führt nur mittelbar bzw. indirekt zum Eintreten der Bedingung<sup>85</sup>. Wenn nun der Erfolg am Ende der Geschäftsperiode, nicht aber die Arbeitsleistung für die Entstehung des Anspruches von Bedeutung ist, so hat der Arbeitgeber auch keinen Anspruch auf Kürzung des Leistungslohnes infolge Arbeitsunfähigkeit seines Angestellten<sup>86</sup>. Den Arbeitgeber trifft demnach insofern eine Lohnfortzahlungspflicht, als der Anspruch der Arbeitnehmerin auf einen Anteil am Geschäftsergebnis grundsätzlich von einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit nicht berührt wird<sup>87</sup>. Diese Schlussfolgerung ergibt sich auch aus dem Grundsatz von Art. 324a OR, wonach der Arbeitnehmer Anspruch auf denjenigen Lohn hat, den er bei Erbringung der Arbeitsleistung verdient hätte<sup>88</sup>.

Dauret die Arbeitsunfähigkeit allerdings so lange, dass die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, kann eine Kürzung des Leistungslohnes vorgenommen werden, weil diesfalls nicht nur der Leistungs-, sondern der gesamte Lohn nicht für die ganze Dauer der Bemessungsperiode geschuldet ist. Daraus entsteht ein Anspruch auf den Leistungslohn pro rata temporis.

76 Bspw. wird eine Prämie von Fr. 10000.– pro Prozent Gewinnsteigerung vereinbart.

77 Vgl. oben, FN 1, m. w. V.

78 ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 2.

79 BK-REHBINDER, Art. 322a N 6.

80 ZK-STAEHELIN, Art. 335a N 4.

81 Zu beachten ist allerdings, dass die Kündigung durch den Arbeitgeber nach Art. 336 Abs. 1 lit. c OR missbräuchlich ist, wenn diese ausschliesslich ausgesprochen wurde, um die Entstehung vertraglicher Ansprüche zu verhindern.

82 Vgl. dazu: ZK-STAEHELIN, Art. 335a N 4; STREIFF/VON KAENEL, Art. 335a N 3. Einschränkend, allerdings mit Bezug auf die Gratifikation als Sondervergütung BK-REHBINDER, Art. 335a N 3 OR.

83 Vgl. dazu unten, Ziff. 3.2.2.2.6.

84 Vgl. für den Anteil am Geschäftsergebnis: STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 2; BK-REHBINDER, Art. 322a N 6.

85 Steht am Ende der Geschäftsperiode eine Steigerung des Gewinnes um 10% fest und sieht die Vereinbarung dafür eine Prämie von Fr. 10000.– vor, spielt die Qualität der während der Geschäftsperiode vom Angestellten erbrachten Arbeitsleistung keine Rolle.

86 Umgekehrt steht dem oder der Angestellten auch kein Anspruch zu, wenn das Umsatzziel trotz hervorragender Arbeitsleistung nicht erreicht wurde.

87 ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 48 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

88 STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

**3.2.2.2.5. Nur Leistungslohn?**

Unter dem Aspekt der Tragung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos ist es fraglich, ob der gesamte Lohn ausschliesslich in einem Anteil am Geschäftsergebnis bestehen kann<sup>89</sup>. Eine solche Vereinbarung hätte zur Folge, dass ein Arbeitnehmer für die geleistete Arbeit unter Umständen gar nichts erhält, was dem Wesen des Arbeitsvertrages widerspricht. Einigkeit besteht insofern, dass keine eigentliche Verlustbeteiligung möglich ist<sup>90</sup>. Eine solche kann nur in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Zudem lässt sich auch die Meinung vertreten, dass für solche Fälle Art. 349a Abs. 2 OR analog anzuwenden ist<sup>91</sup>. Demzufolge wäre eine Vereinbarung, die ausschliesslich oder überwiegend eine Gewinnbeteiligung vorsieht, nur gültig, wenn damit ein ausreichendes Entgelt erzielt wird<sup>92</sup>.

**3.2.2.2.6. Fälligkeit des Anspruches und Einsichtsrecht**

Auszuzahlen ist der Anspruch des Arbeitnehmers, sobald sich das Geschäftsergebnis feststellen lässt, spätestens jedoch ein halbes Jahr nach Ablauf des Geschäftsjahres<sup>93</sup>. Wie bei der Provision als echtem Leistungslohn<sup>94</sup> ist auch ein vereinbarter Anteil am Geschäftsergebnis nur mit Hilfe der Buchhaltung genau zu ermitteln. Aus diesem Grund statuiert Art. 322a Abs. 2 OR ein Einsichtsrecht in die Geschäftsunterlagen des Arbeitgebers. Dieses Einsichtsrecht steht entweder dem Angestellten selbst, dem Richter oder möglicherweise auch einem Sachverständigen zu. Zudem hat der Arbeitnehmer, sofern eine Beteiligung am Gewinn vereinbart wurde, Anspruch auf eine Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung<sup>95</sup>.

**3.3. Übersicht zu den Rechtsfolgen des Leistungslohnes**

Je nach Qualifikation des Leistungslohnes sind die Rechtsfolgen unterschiedlich. Nachfolgend eine tabellarische Zusammenfassung der Ergebnisse:

	Echter Leistungslohn		Uechter Leistungslohn Anteil am Geschäftsergebnis
	Provision	Akkord	
Klagbarer Anspruch, falls Bedingung (Erfolg) erfüllt?	ja	ja	ja
Kürzung oder Abschaffung der Prämie in Form einer Änderungskündigung nötig?	ja	ja	ja
Pro-rata-Anspruch bei Aus- und Eintritt während der Geschäftsperiode?	Abstellen auf effektiven Erfolg <sup>96</sup>		ja
Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit/Unfall?	ja <sup>97</sup>	ja <sup>98</sup>	ja <sup>99</sup>
Einsicht in die Geschäftsunterlagen	ja	Nur Anspruch auf Bekanntgabe des Akkordlohnsatzes	ja

Tabelle 1: Übersicht Leistungslohn

**4. Kein Lohn: die Gratifikation als Sondervergütung**

**4.1. Begriff**

Die Gratifikation ist eine Sondervergütung, welche bei gewissen Anlässen zusätzlich zum Lohn ausgerichtet wird<sup>100</sup>. Sie kann entweder vertraglich vereinbart sein oder sie wird von der Arbeitgeberin freiwillig ausbezahlt<sup>101</sup>. Letzteres ist trotz der Freiwilligkeit keine Schenkung, sondern eine Vergütung für die geleistete Arbeit<sup>102</sup>. Auch wenn die Gratifikation kein fester Lohnbestandteil ist, wird sie im Schuldbeitrags- und Konkursrecht, im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht als Lohn behandelt<sup>103</sup>.

Die Erscheinungsformen der Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR sind sehr verschieden. Bereits aus der gesetzlichen Konzeption ergibt sich ein gewisser Widerspruch, welche zwischen einer freiwilligen und einer vereinbarten Gratifikation unterschiedet<sup>104</sup>, obwohl beide Formen als Sondervergütung und nicht als Lohn betrachtet werden<sup>105</sup>. Vor allem aber hat sich seit der Einführung von Art. 322d

89 Dafür: BRÜHWILER, N II zu Art. 322a OR; VISCHER, 111; ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 1; dagegen: STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 322a.

90 STREIFF/VON KAENEL, N 8 zu Art. 322a OR.

91 GEISER, AJP/PJA 2001, 387; BK-REHBINDER, Art. 322a N 5.

92 VISCHER, 111; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 2, BK-REHBINDER, Art. 322a N 5.

93 Art. 323 Abs. 3 OR, welcher relativ zwingend ist, somit also nur zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden kann (STREIFF/VON KAENEL, Art. 323 N 10).

94 Vgl. oben, Ziff. 3.2.1.2.

95 Art. 322a Abs. 3 OR.

96 Der Lohn ergibt sich aus der durch den Arbeitnehmer effektiv erbrachten Arbeitsleistung. D.h. bei Aus- oder Eintritt ist der Erfolg konkret bestimmbar. Wurde für die Bewertung und Lohnbemessung auf ein Jahresergebnis abgestellt, so ist die erbrachte Arbeitsleistung auf ein Jahr hochzurechnen (Vgl. oben, Ziff. 3.2.1.3.3). Bsp.: Gemäss Wortlaut des Gesetzes ist die *Provision* geschuldet, wenn das Geschäft rechtsgültig abgeschlossen wurde. Damit stellt sich die Frage nach einem pro-rata-Anspruch nicht, weil immer nur auf die effektiv zustande gekommenen Rechtsgeschäfte abgestellt wird.

97 ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49.

98 STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

99 STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

100 Art. 322d OR.

101 Art. 322d Abs. 1 OR.

102 DELBRÜCK, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag (Art. 322 lit. d OR), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 53, Zürich 1981, 29 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2 und 7; VISCHER, 113.

103 VISCHER, 113, mit Verweis auf ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2; BK-REHBINDER, Art. 322d N 2.

104 Vgl. Art. 322d Abs. 1 OR.

105 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 3; BK-REHBINDER, Art. 322d N 1 f.

OR die Rechtswirklichkeit erheblich verändert, weshalb der üblicherweise verwendete Begriff "Gratifikation" weiter zu fassen ist als im eigentlichen Sinne der gesetzlichen Bestimmung.

## 4.2. Mögliche Erscheinungsformen

Ob der oder die Angestellte einen klagbaren Anspruch auf Ausrichtung einer Gratifikation zusteht, hängt davon ab, ob die Sondervergütung freiwillig ist oder vereinbart wurde.

### 4.2.1. Freiwillige Zahlung

Die von der Arbeitgeberin freiwillig bezahlte Gratifikation erfolgt zusätzlich zum Lohn und ohne weitere Verpflichtungen oder Abreden. Diese eigentliche Gratifikation stellt aus rechtlicher Sicht keine Probleme. Die Arbeitgeberin kann sowohl über die Auszahlung als auch deren Höhe frei entscheiden.

Wird die Zahlung einer Gratifikation im Arbeitsvertrag angekündigt, so ist sie auch dann freiwillig, wenn aus dem Wortlaut der Klausel hervorgeht, dass der Arbeitgeber am Ende des Jahres über die Ausrichtung frei entscheiden kann. Eine solche Vertragsklausel ist kein Versprechen, sondern lediglich eine Feststellung, dass der Arbeitgeber nach seinem Gutdünken eine Gratifikation ausrichten kann.

Richtet der Arbeitgeber eine freiwillige Zahlung mehrmals vorbehaltlos aus, so besteht die Gefahr, dass sein Verhalten nach dem Vertrauensprinzip als konkludente Vertragsänderung interpretiert wird<sup>106</sup>. Durch sein Verhalten hat der Arbeitgeber seinen Willen zu einer Vertragsänderung zum Ausdruck gebracht. Die Zahlung liegt im Interesse des Arbeitnehmers und dessen protestlose Entgegennahme gilt als Akzept. Damit ist ein klagbarer Anspruch des Angestellten entstanden. Soll eine freiwillig ausbezahlte Gratifikation auch für die Zukunft nicht zu einem festen Anspruch werden, so ist bei jeder Auszahlung ausdrücklich auf die Freiwilligkeit und den Vorbehalt einer Praxisänderung hinzuweisen<sup>107</sup>.

### 4.2.2. Vereinbarte Zahlung

Die Vertragsparteien können eine einmalige Zahlung im Hinblick auf ein bestimmtes Ereignis vereinbaren<sup>108</sup>. In diesem Fall ist die Gratifikation geschuldet, sofern die Leistungen des Angestellten oder das Erfolgsergebnis der Unternehmung die Anforderungen erfüllen<sup>109</sup>. Geschieht eine solche Auszahlung wie vereinbart nur einmal, so hat der Arbeitgeber seine Verpflichtung erfüllt. Der Arbeitnehmer hat im nachfolgenden Jahr keinen weiteren Anspruch auf eine erneute Gratifikation. Analog zur ursprünglich freiwilligen, mehrmaligen Auszahlung, kann auch bei der einmalig vereinbarten Gratifikation die mehrmalige Auszahlung ohne Vorbehalt zu einem Anspruch des Arbeitnehmers führen. Auch in diesem Fall geht die Lehre und Rechtsprechung von einer konkludenten Vertragsanpassung aus, weshalb der Angestellte die Auszahlung beanspruchen kann, sofern die Erfolgsbedingungen erfüllt wurden.

Anstelle einer einmaligen Gratifikation können die Vertragsparteien auch verabreden, dass eine regelmässige Aus-

zahlung erfolgt, sofern bestimmte Bedingungen (Geschäftserfolg, Einsatz des Arbeitnehmers etc.) erfüllt sind<sup>110</sup>. Damit ist der Arbeitgeber immer dann zur Auszahlung verpflichtet, sobald die Bedingung eingetreten ist. Diese Erscheinungsform entspricht nicht dem Kerngedanken der Gratifikation im ursprünglichen Sinne und macht die Abgrenzung zum echten oder unechten Leistungslohn häufig äusserst schwierig.

### 4.2.3. Gemeinsame Merkmale

Zahlungen an den Arbeitnehmer werden auf jeden Fall dann als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR behandelt, wenn der Arbeitgeber diese Zahlung freiwillig leistet, d.h. wenn für den Angestellten kein klagbarer Anspruch besteht<sup>111</sup>. Wenn der Arbeitgeber die Auszahlung der Gratifikation verweigern darf, muss ihm auch das Recht zustehen, diese zu kürzen. Die Freiwilligkeit der Auszahlung impliziert also, dass der Arbeitgeber auch über deren Höhe frei entscheiden kann.

Falls der Arbeitgeber zur Auszahlung verpflichtet ist, so kann im rechtlichen Sinne auch dann noch von einer Gratifikation gesprochen werden, wenn er deren Höhe (innerhalb eines gewissen Spielraumes) selbst bestimmen kann<sup>112</sup>. "Typisch für die Gratifikation ist demnach, dass sie eine dem Grundsatz und der Höhe nach freiwillige Sondervergütung des Arbeitgebers ist, auf die kein Rechtsanspruch besteht, ohne aber eine Schenkung zu sein."<sup>113</sup>

Freiwillige und vereinbarte Gratifikationen haben gemeinsam, dass dem Arbeitgeber bei deren Bemessung ein grosser Ermessensspielraum zusteht. Bei der vereinbarten Gratifikation besitzt der Angestellte zwar einen Anspruch auf Leistung, die Arbeitgeberin kann aber deren Höhe bestimmen.

## 4.3. Abgrenzung der Gratifikation gegenüber (Leistungs-)Lohn

Bevor geprüft wird, ob eine Gratifikation dem Arbeitnehmer einen Leistungsanspruch verschafft, ist festzustellen,

106 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 9; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 4.

107 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 9; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 5, welcher jedoch auch dann noch eine Verpflichtung des Arbeitgebers annimmt, weshalb eine über Jahre hinaus ausgerichtete Gratifikation (mit Vorbehalt) geschuldet ist, sofern nicht objektive Gründe (Geschäftsergebnis etc.) für die Verweigerung geltend gemacht werden können.

108 Bsp.: Für den Fall, dass die ISO-Zertifizierung bis Ende Juni des Jahres erfolgreich eingeführt wird, verspricht die Geschäftsleitung der Belegschaft eine Sonderprämie.

109 Art. 322d Abs. 1 OR, letzter Halbsatz: "(...), so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist."

110 Dies sind Vertragsklauseln wie: "Bei gutem Geschäftsgang erhält der Angestellte eine Gratifikation in der Höhe von ..."; vgl. dazu: STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 10.

111 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2 und 7; VISCHER, 113.

112 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15.

113 VISCHER, 113; Vgl. dazu auch das Urteil des Chambre d'appel de Genève vom 12. März 1991, in JAR 1992, 131.

ob überhaupt eine solche vorliegt. Die Anwendbarkeit bestimmter Rechtsfolgen richtet sich nach dem Wesen und dem "wirklichen" Inhalt der vertraglichen Vereinbarung. Die gewählten Begriffe sind nicht oder nur sehr beschränkt von Bedeutung<sup>114</sup>. Ergibt sich aus dem Verhalten der Vertragsparteien und/oder dem Wesen der Vertragsvereinbarung, dass es sich nicht um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt, so bestimmen sich die Rechtsfolgen (pro-rata-Anspruch, Lohnfortzahlungspflicht etc.) nach den geltenden Regeln für den festen Lohnbestandteil.

#### 4.3.1. Abgrenzung zum 13. Monatslohn

Die Abgrenzung der Gratifikation gegenüber dem 13. Monatslohn als fester Lohnbestandteil liegt darin, dass dieser – im Unterschied zur Gratifikation – nicht von bestimmten Voraussetzungen wie Geschäftsergebnis oder der persönlichen Leistung abhängig ist<sup>115</sup>. Während die Gratifikation nur im Falle eines erfolgreichen Jahres zu bezahlen ist, wird der 13. Monatslohn am Ende des Jahres bedingungslos geschuldet. Der Anspruch auf den 13. Monatslohn entsteht kontinuierlich während des Jahres. Verlässt der Arbeitnehmer das Unternehmen unter dem Jahr, so ist der 13. Monatslohn anteilmässig geschuldet<sup>116</sup>.

Als weiteres Abgrenzungsmerkmal bietet sich die Höhe der gemachten Zahlung an: "Der 13. Monatslohn entspricht der Summe des in den letzten 12 Monaten bezahlten Lohnes dividiert durch 12."<sup>117</sup> Im Unterschied dazu kann sich die Höhe einer Gratifikation nach dem Ausmass des eingetretenen Erfolges richten, unabhängig vom bisher ausbezahlten Lohn. Zu erwähnen ist jedoch, dass die Rechtsprechung eine Zahlung auch dann als festen Lohnbestandteil im Sinne eines "13. Monatslohnes" betrachtet, wenn deren Höhe nicht genau mit dem durchschnittlichen Monatslohn übereinstimmt<sup>118</sup>. Da die Zahlung des 13. Monatslohnes auf einer Vertragsvereinbarung basiert, kann an Stelle eines genau bestimmten, durchschnittlichen Monatslohnes auch eine andere Höhe vereinbart sein<sup>119</sup>. Für die rechtliche Qualifizierung und die damit verbundenen Rechtsfolgen ändert sich dadurch jedoch nichts.

Ist der Vereinbarung nicht klar zu entnehmen, ob es sich um eine Gratifikation oder um einen 13. Monatslohn handeln soll, neigt die Praxis zur Annahme eines fest geschuldeten Lohnbestandteils. Um dies zu vermeiden, sollte im Arbeitsvertrag im Zusammenhang mit der Gratifikation nie das Wort "Lohn" verwendet werden<sup>120</sup>.

Keine Gratifikation liegt also vor, wenn die Zahlung vereinbart wurde (klagbarer Anspruch des Arbeitnehmers), diese bedingungslos geschuldet ist (kein Erfolg nötig) und deren Höhe im Voraus festgesetzt wurde (fixer Betrag).

#### 4.3.2. Abgrenzung der Gratifikation gegenüber Leistungslohn

##### 4.3.2.1. Freiwilligkeit der Zahlung oder zukünftiger Anreiz für den Arbeitnehmer?

Richtet der Arbeitgeber freiwillig eine Gratifikation aus, erfüllt diese Zahlung wohl einzig die Funktion einer "Anerkennung für geleistete Dienste". Die mehrmalige Auszah-

lung einer freiwilligen Gratifikation führt nur dann nicht zu einem klagbaren Anspruch, wenn bei jeder einzelnen Auszahlung ein Vorbehalt bzw. Hinweis gemacht wurde<sup>121</sup>. Doch genau dieser Vorbehalt der Freiwilligkeit führt beim Arbeitnehmer zum Bewusstsein, dass er keinen verbindlichen Anspruch auf Auszahlung besitzt und daher – egal wie stark er sich einsetzt – am Ende des kommenden Geschäftsjahres leer ausgehen könnte. In diesem Sinne ist die freiwillige Gratifikation als Anreizinstrument für *zukünftige* bessere Leistungen gar nicht oder nur beschränkt tauglich, obwohl die Anerkennung für *vergangenen* Einsatz sicherlich auch einen gewissen Motivationsschub bewirkt.

Lässt sich der Arbeitgeber – im Sinne eines Anreizes – zu einer verbindlichen Zusage hinreissen, entsteht folgender Zielkonflikt: Wie kann er dem Arbeitnehmer gegenüber eine entsprechende *Aussage* machen (Anreiz), ohne dass es sich dabei um eine *feste Zusage* handelt (Verlust der Freiwilligkeit)? Soll das Inaussichtstellen einer Gratifikation den Arbeitnehmer anspornen, muss er auch damit rechnen können, die Belohnung wirklich zu erhalten. Damit wird aber ein fester Anspruch auf die Gratifikation anerkannt bzw. zugesichert. Es entsteht ein klagbarer Anspruch<sup>122</sup>. Mit anderen Worten liegt die Problematik der Freiwilligkeit darin, dass die Zahlung – soll sie wirklich nach freiem Willen des Arbeitgebers ausgerichtet werden – nicht von einer einzigen bestimmten Bedingung (Erfolg) abhängig gemacht werden darf. Das freie Entscheidungsrecht des Arbeitgebers verträgt sich nicht mit einer zugesicherten Zusatzprämie für gute Geschäftsergebnisse.

In den häufigsten Fällen wird sich der Angestellte darauf berufen, dass ihm mündliche Zusagen gemacht wurden, die dem Wortlaut des Arbeitsvertrages diametral entgegen stehen<sup>123</sup>. Sofern die mündliche Zusage von seiten der zuständigen Stelle erfolgte und sich die Arbeitgeberin in der Vergangenheit schon mehrfach dieser Zusage entsprechend verhielt, geht diese dem Wortlaut des schriftlichen Arbeitsvertrages vor.

114 Art. 18 OR.

115 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 9, mit Verweis auf BGE 109 II 448 (= JAR 1985, 141 und Pra 73 [1984] Nr. 109).

116 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 11.

117 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 9.

118 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 10, insb. der Verweis auf BGE 109 II 448, wo bei einem Jahressalär von Fr. 130000.– eine "Gratifikation" von Fr. 22000.– inbegriffen war. Diese wurde als fester Lohnbestandteil qualifiziert.

119 Bspw. eine fixe Summe, ein Bruchteil des Monatslohnes oder auch ein mehrfaches Monatsgehalt.

120 Gefährlich ist schon die Formulierung: "Bei gutem Geschäftsgang wird eine Gratifikation in der Höhe eines 13. Monatslohnes ausgerichtet."

121 Vgl. oben, Ziff. 4.2.1.

122 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 8.

123 Nicht selten sind in Verträgen Formulierungen zu finden wie: "... kann eine Prämie ausgerichtet, sofern ein gutes Arbeitsergebnis erzielt wird. Die Auszahlung einer solchen Prämie durch die Arbeitgeberin ist freiwillig, ein Rechtsanspruch besteht nicht."

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass das Element der Freiwilligkeit ein wichtiges Abgrenzungskriterium der Gratifikation gegenüber dem Leistungslohn ist. Im Gegensatz zur freiwilligen Gratifikation besitzt der Arbeitnehmer beim Leistungslohn einen klagbaren Anspruch, sofern der Erfolg eingetreten ist. Entsprechend steigt für ihn auch der Anreiz zu Höchstleistungen.

#### 4.3.2.2. Freies Ermessen des Arbeitgebers oder Höhe der Zahlung in Abhängigkeit des eingetretenen Erfolges?

Gratifikationen können freiwillig ausgerichtet oder auch vertraglich vereinbart werden<sup>124</sup>. Eine verbindlich zugesicherte Zahlung ist nicht automatisch als Leistungslohn zu qualifizieren. Worin liegt nun der Unterschied zwischen einer vereinbarten Gratifikation und einem Leistungslohn? Sicherlich untauglich ist das Kriterium der Freiwilligkeit, da die Sondervergütung vereinbart und damit eben nicht freiwillig ist.

Das meines Erachtens zentrale Wesensmerkmal der Gratifikation ist das (grosse) Ermessen des Arbeitgebers in Bezug auf die Höhe der auszurichtenden Zahlung<sup>125</sup>. Unabhängig davon, ob es sich um eine freiwillige oder vereinbarte Gratifikation handelt, lässt sich deren Höhe nicht mathematisch bestimmen. Sie stellt eine Sondervergütung dar als Anerkennung für geleistete Dienste. Demgegenüber liegt der Charakter des Leistungslohnes in der Verknüpfung zwischen Ausmass des Erfolges und der sich daraus ergebenden Prämie für den Angestellten<sup>126</sup>. Im Extremfall bemisst sich der Leistungslohn anhand einer einfachen Funktion in Abhängigkeit vom Gewinn, Umsatz oder einer anderen Kennzahl<sup>127</sup>. Aus dieser Überlegung lässt sich meines Erachtens der Schluss ziehen, dass es sich immer dann um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt, wenn der Arbeitgeber zwar nicht über die Auszahlung an sich, jedoch über deren *Höhe* entscheiden kann<sup>128</sup>. Anstatt die Höhe der Gratifikation in Abhängigkeit vom Erfolg oder als fixe Grösse zu definieren, kann diese auch nur dem Grundsatz nach vereinbart worden sein, ohne nähere Bestimmung des Ausmasses. In diesem Fall liegt die Höhe der Gratifikation im Ermessen des Arbeitgebers, wobei er allerdings nicht willkürlich entscheiden darf<sup>129</sup>.

Demgegenüber wird eine "Gratifikation" immer dann als fester Lohnbestandteil zu betrachten sein, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Erstens ist die Zahlung vereinbart, d.h. der Arbeitnehmer hat einen festen Anspruch auf Auszahlung, sofern der Erfolg eingetreten ist. Zweitens ist deren *Höhe* vom Erfolg abhängig. Der Arbeitgeber ist demnach nicht frei in der Bemessung, sondern hat sich am Ausmass des eingetretenen Erfolges zu orientieren. Sind diese beiden Elemente gegeben, so handelt es sich nicht um eine Gratifikation im Rechtssinne, sondern um einen festen Lohnbestandteil. Falls die Zahlung von der persönlichen Leistungsfähigkeit des Angestellten selbst abhängig gemacht wird, ist dies echter Leistungslohn, analog einer Provisions- oder Akkordvereinbarung. Andernfalls, sofern der Angestellte eine Zahlung im Erfolgsfall erhält, diesen Erfolg

aber selbst nicht direkt beeinflussen kann, ist die Vertragsklausel im Sinne einer Beteiligung am Geschäftsergebnis<sup>130</sup> zu behandeln<sup>131</sup>. In diesen beiden Fällen stellt die Zahlung keine Sondervergütung, sondern Lohn dar, mit den oben erwähnten Konsequenzen<sup>132</sup>.

Der Entscheid, ob die Höhe der Zahlung festgelegt sei, ist zum Teil sehr schwierig zu treffen. Sie kann sowohl ziffernmässig als auch als Bruchteil oder Prozentsatz des Erfolges definiert sein. In diesem Fall handelt es sich meines Erachtens um einen Anteil am Geschäftsergebnis. Unklar wird es, wenn zwar ein gewisser Betrag vereinbart ist, dem Arbeitgeber aber noch ein mehr oder weniger grosser Spielraum offen bleibt<sup>133</sup>.

Wurde die Zahlung einer Prämie im Erfolgsfall vereinbart, jedoch die Korrelation zwischen Ausmass des Erfolges und Höhe der Zahlung nicht festgelegt, so handelt es sich grundsätzlich um eine Gratifikation. Wird diese Gratifikation jedoch über mehrere Perioden hinweg nach einem rekonstruierbaren Rechnungsschema ausbezahlt, kann sich der Angestellte womöglich auf eine stillschweigende bzw. konkludente Vertragsänderung berufen: Aus den vergangenen Perioden ergibt sich ein Berechnungsschlüssel, welcher vom Ausmass des Erfolges direkt auf die Höhe der Prämie schliessen lässt. In der Vergangenheit hat der Arbeitgeber auf die Ausübung dieses Ermessensspielraums verzichtet, was sich als konkludente Vertragsänderung zugunsten des Arbeitnehmers interpretieren lässt.

#### 4.4. Rechtliche Charakteristika der Gratifikation

Sofern eine Zahlung als Gratifikation zu qualifizieren ist, richten sich die übrigen Rechtsfragen ebenfalls nach Art. 322d OR. Nachfolgend stehen verschiedene Sachverhalte zur Diskussion, bei welchen die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer Gratifikation zu prüfen ist. Es sind dies:

- die Frage nach einem pro-rata-Anspruch bei Mutationen
- die Frage der Auszahlung an Angestellte in gekündigtem Arbeitsverhältnis
- die Frage der Möglichkeit zur Kürzung der Gratifikation nach Erlöschen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.

124 Vgl. vorne, die Ausführungen zu den Erscheinungsformen, Ziff. 4.2.

125 Vgl. vorne, FN 113, m.V. auf ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15.

126 Sehr stark zum Ausdruck kommt diese Koppelung beim echten Leistungslohn (bspw. Akkord). Aber auch beim unechten Leistungslohn spricht das Gesetz von der Vereinbarung eines Anspruches auf einen 'Anteil am Gewinn' (Art. 322a OR).

127 Bspw. 1 % des Cash Flow.

128 Gleicher Meinung das Chambre d'appel de Genève, im Urteil vom 12. März 1991 (in JAR 1992, 131).

129 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15, mit weiteren Verweisen.

130 Art. 322a OR.

131 A.M. BK-REHBINDER, Art. 322d N 3.

132 Vgl. oben, Ziff. 3.2.1.3 ff.

133 Vgl. dazu DELBRÜCK, 15 f.

#### 4.4.1.1. Freiwillige Gratifikationen

Für alle drei Fragen gilt, dass die volle oder teilweise *Verweigerung der Auszahlung* dann im Ermessen des Arbeitgebers liegt, wenn die Gratifikation freiwillig entrichtet wird, also nicht vereinbart wurde<sup>134</sup>. Kann der Arbeitgeber frei über die Zahlung an sich entscheiden, so steht ihm auch die Möglichkeit offen, deren Modalitäten zu bestimmen.

#### 4.4.1.2. Vereinbarte Gratifikationen

Als 'Gratifikation' im Sinne von Art. 322d OR ist eine *vereinbarte* Zahlung nur dann zu bezeichnen, wenn deren Höhe im Ermessen des Arbeitgebers liegt<sup>135</sup>. Die nachfolgenden Bemerkungen stehen damit unter dem Vorbehalt, dass eine vereinbarte und damit fest geschuldete Gratifikation nicht ziffernmässig bestimmt sein kann. Deren Höhe ist ungefähr zu bestimmen, was anschliessend als Berechnungsbasis für die verschiedenen Ansprüche dient<sup>136</sup>. Wenn der Umfang des Ganzen frei bestimmt werden kann, so wird sich auch dessen Bruchteil entsprechend verändern<sup>137</sup>. Die Kompetenz des Arbeitgebers zur Bestimmung der Höhe einer Sondervergütung beinhaltet zwangsläufig auch das Recht zu deren teilweisen Kürzung<sup>138</sup>.

Die Frage nach einem pro rata Anspruch oder einem solchen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht rührt daher, dass der Arbeitgeber nicht *völlig* frei ist in der Ausübung seines Ermessens. Fest steht, dass eine Zahlung vereinbart ist. Ist der Unternehmenserfolg eingetreten, so richtet sich der Anspruch in der Regel nach vergleichbaren Ergebnissen. Eine solche Vergleichsbasis kann bspw. die Auszahlung an andere Mitarbeiter<sup>139</sup> oder ein intertemporaler Vergleich mit vergangenen Jahren sein<sup>140</sup>.

#### 4.4.1.3. Pro rata Anspruch des Arbeitnehmers

"Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn dies verabredet ist."<sup>141</sup> Ein Anspruch pro rata temporis ist damit nur dann geschuldet, wenn diesbezüglich eine Vereinbarung getroffen wurde. Dies kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen. Dementsprechend besteht, wie bei der vorbehaltlosen Auszahlung der Gratifikation selbst, die Gefahr, dass der Richter aufgrund einer bestehenden betrieblichen Praxis auf eine konkludente Vertragsänderung schliesst<sup>142</sup>.

Zu beachten ist, dass die Gesetzesbestimmung auf den Zeitpunkt des *Anlasses*, nicht aber der Auszahlung abstellt<sup>143</sup>. Bei einer Gratifikation als Folge eines guten Geschäftsjahres hat der Angestellte einen Anspruch, wenn er am Ende des Geschäftsjahres (bspw. 31. Dezember) noch angestellt ist, jedoch bis zum Zeitpunkt der Auszahlung der Gratifikation (bspw. 15. April) das Arbeitsverhältnis nicht mehr besteht<sup>144</sup>.

Betreffend *Beginn* des Arbeitsverhältnisses hat ein Arbeitnehmer einen pro rata Anspruch, wenn er während des laufenden Geschäftsjahres eintritt und zum Zeitpunkt des Anlasses bzw. der Auszahlung noch angestellt ist<sup>145</sup>. Dieser Anspruch kann im Arbeitsvertrag aber auch wegbedungen werden<sup>146</sup>.

#### 4.4.1.4. Ausrichtung an Angestellte in gekündigtem Arbeitsverhältnis

Befindet sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Auszahlung der Gratifikation in gekündigter Stellung, so ist betreffend der Frage einer Auszahlungspflicht zu differenzieren.

Zulässig ist die *Vereinbarung*, wonach dem Arbeitnehmer die Sondervergütung nur dann ausbezahlt wird, wenn er sich zum Zeitpunkt des Anlasses in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befindet<sup>147</sup>.

134 Zur Frage des Anspruches pro rata temporis ausdrücklich: BK-REHBINDER (Art. 322d N 11), welcher für die Anwendbarkeit von Art. 322d Abs. 2 OR die Vereinbarung einer Sondervergütung nach Abs. 1 voraussetzt.

135 Vgl. oben Ziff. 4.3.3.

136 In diesem Sinne an sich widersprüchlich STAEHELIN, welcher von einer "zahlenmässig festgelegten" Gratifikation spricht (ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19).

137 Bsp.: Der Arbeitgeber bestimmt, dass die vereinbarte Gratifikation im Jahre 1998 pro Mitarbeiter Fr. 6000.– betragen soll. Scheidet nun ein Angestellter nach 6 Monaten aus, so hätte er (falls vereinbart) einen pro rata Anspruch von 50%, d.h. Fr. 3000.–. Da sich aber der Arbeitgeber per Ende 1998 auch für eine Zahlung von Fr. 3000.– pro Person hätte entscheiden können, reduziert sich entsprechend auch der pro rata Anteil.

138 Für die Frage der Kürzung aufgrund der Verhinderung des Arbeitnehmers i.S. von Art. 324a OR ausdrücklich: BK-REHBINDER, Art. 322d N 17.

139 Bsp.: Gratifikation soll nur vom Geschäftsergebnis abhängig sein. Alle Mitarbeiter mit vergleichbarem Status erhalten Ende Jahr Fr. 2000.–. Ist ein pro rata Anspruch für ein halbes Jahr geschuldet, wird der Arbeitgeber diesen nicht auf Fr. 200.– festlegen dürfen.

140 Bsp.: Gratifikation soll nur vom Geschäftsergebnis abhängig sein. Die vergangenen Jahre erhielt Mitarbeiter X bei gleichem Geschäftserfolg Fr. 3000.–. Scheidet er nun nach 6 Monaten aus, wird der Arbeitgeber nicht ohne Grund markant von Fr. 1500.– abweichen dürfen.

141 Art. 322d Abs. 2 OR.

142 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 8.

143 Vom Zeitpunkt der Auszahlung zu unterscheiden ist derjenige der Fälligkeit einer Gratifikation. Normalerweise fallen "Anlass der Ausrichtung" und "Fälligkeit" zusammen. Durch Vereinbarung (oder betriebliche Übung) kann jedoch auch ein späterer Fälligkeitstermin festgelegt werden (ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 16).

144 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 6 und N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 18 und N 26; wobei letzterer eine Kürzung als zulässig erachtet.

145 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15; BK-REHBINDER, Art. 322d N 13.

146 Dies macht bspw. Sinn, wenn der Angestellte per 1. November in die Unternehmung eintritt und zwei Monate Probezeit vereinbart werden. Wird per Ende Dezember der Belegschaft eine Gratifikation ausgerichtet, kann es gute Gründe geben, diese dem neu hinzugekommenen Arbeitnehmer zu verweigern.

147 BK-REHBINDER, Art. 322d N 14; DELBRÜCK, 91; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19.

Wurden diesbezüglich *keine Vereinbarungen* getroffen, so darf die Zahlung zwar nicht verweigert werden, der Arbeitgeber kann die Gratifikation jedoch um einen bestimmten Betrag kürzen<sup>148</sup>. Begründet wird dieses Vorgehen mit dem Argument, dass die Sondervergütung auch als Ansporn für zukünftige Betriebstreue ausgerichtet wird. Zu betonen ist jedoch, dass die Gerichtspraxis betreffend Zulässigkeit einer solchen Kürzung sehr uneinheitlich ist<sup>149</sup>.

Zu beachten ist schliesslich, dass man dem Arbeitgeber bei einer Kündigung seinerseits unter Umständen wird entgegenhalten können, er habe den Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen wider Treu und Glauben vereitelt. Ist dies der Fall, so gilt der Anspruch dennoch als entstanden<sup>150</sup> und darüber hinaus kann die Kündigung als missbräuchlich erscheinen<sup>151</sup>.

**4.4.1.5. Die Gratifikation unter dem Aspekt der Lohnfortzahlungspflicht**

Zu betonen ist, dass die Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR keinen Lohn darstellt. Insoweit ist ein Vergleich zwischen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit oder Unfall nach Art. 324a OR einerseits und der Gratifikation als Sondervergütung andererseits problematisch.

Ist die Ausrichtung einer Gratifikation vereinbart, so besitzt der Arbeitnehmer einen klagbaren Anspruch. In diesem Fall ist sie dann geschuldet, wenn am Ende der Periode die Bedingungen erfüllt sind, welche deren Zahlung begründen (guter Geschäftsgang, persönliche Leistung des Arbeitnehmers etc.). War der Arbeitnehmer während des Geschäftsjahres krank oder erlitt er einen Unfall, so hat er auch dann einen Anspruch, wenn der (Betriebs-)Erfolg eingetreten ist, obwohl dies ohne sein Zutun, bzw. mit einem erheblich kleineren Beitrag seinerseits erfolgte.

Die Kürzung der Gratifikation wegen Krankheit oder Unfall ist nach Ansicht der Lehre nur insoweit zulässig, als für den Arbeitgeber keine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR mehr besteht<sup>152</sup>. Ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers erloschen, so kann auch die Auszahlung der Gratifikation verweigert werden.

**4.4.1.6. Übersicht: Rechtliche Charakteristika der Gratifikation**

	Anspruch auf pro rata Zahlung?	Anspruch bei gekündigtem Arbeitsverhältnis?	Kürzung bei Verhinderung des Arbeitnehmers?
Gratifikation freiwillig	Keine Pflicht zur Zahlung; freies Ermessen des Arbeitgebers		
Gratifikation geschuldet, Höhe bestimmt der Arbeitgeber	Beschränktes Ermessen des Arbeitgebers:		
	<i>Austritt:</i> nur falls vereinbart	Ja, Kürzung ev. ohne Vereinbarung möglich	Ja, sofern Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR ebenfalls erloschen ist.
	<i>Eintritt:</i> ja, Wegbedingung möglich	Vollständiger Wegfall nur falls vereinbart	

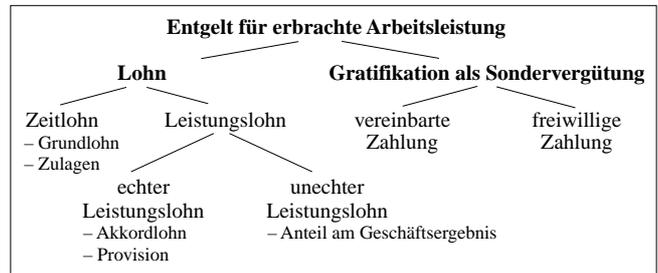
Tabelle 2: Übersicht rechtliche Charakteristika der Gratifikation

**5. Zusammenfassung anhand grafischer Übersichten**

Anstelle einer Zusammenfassung werden die wesentlichen Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit in Form einer grafischen Übersicht dargestellt.

**5.1. Das Lohnsystem des Einzelarbeitsvertragsrecht**

Nachfolgend eine grafische Übersicht über das Lohnsystem, wie es in der vorliegenden Arbeit vorgestellt wurde.



Übersicht 1: Das Lohnsystem des Einzelarbeitsvertragsrechts

**5.2. Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation**

Die nachfolgende Grafik soll die "Zwitterstellung" der vereinbarten Gratifikation verdeutlichen, womit auch klar wird, weshalb deren Abgrenzung zum Leistungslohn oft äusserst schwierig ist. Besondere Schwierigkeiten bietet die Abgrenzung zwischen vereinbarter Gratifikation und Leistungslohn. Für erstere besteht ein klagbarer Anspruch des Arbeitnehmers, sofern der Erfolg eingetreten ist. Trotzdem aber liegt die Höhe der Zahlung im Ermessen des Arbeitgebers, was der Konzeption des Leistungslohnes widerspricht.

	Leistungslohn	Vereinbarte Gratifikation	Freiwillige Gratifikation
<b>Zusicherung</b>	Zusicherung des Arbeitgebers: Wenn Erfolg eintritt, wird Zahlung ausgerichtet	Zahlung geschuldet, falls Erfolg eingetreten.	Keine Zusicherung: Zahlung freiwillig
<b>Anspruch und Bemessung der Zahlung</b>	Höhe hängt "direkt" vom eingetretenen Erfolg ab	Zahlung selbst und deren Höhe im "freien" Ermessen des Arbeitgebers	Höhe im "freien" Ermessen des Arbeitgebers

Übersicht 2: Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation

148 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 6; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19.

149 STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 6; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19, je mit Verweisen.

150 Art. 156 OR; VISCHER, 115; weitergehend: DELBRÜCK, 89.

151 Art. 336 Abs. 1 lit. c OR.

152 ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 22; BK-REHBINDER, Art. 322d N 17; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 15.

### 5.3. Rechtsfolgen von Leistungslohn und Gratifikation im Vergleich

Die Unterscheidung zwischen Gratifikation und Leistungslohn ist darum von Bedeutung, weil die Rechtsfolgen sehr unterschiedlich und häufig zwingender Natur sind.

	Leistungslohn	Vereinbarte Gratifikation	Freiwillige Gratifikation
Klagbarer Anspruch, falls Erfolg eingetreten?	Ja	Ja	Nein
Abschaffung/Kürzung durch einseitigen Entscheid des Arbeitgebers?	Nein (Änderungskündigung)	Nein (Änderungskündigung)	Ja
Anspruch auf Auszahlung in gekündigter Stellung?	Ja	Ja (Dispositiv)	Nein
Anspruch pro rata Eintritt	Ja	Ja	Ja
Austritt	Nein (Dispositiv)	Ja	Nein (Dispositiv)
Lohnfortzahlungspflicht?	Geschuldet, falls Erfolg am Ende der Periode eintritt	Geschuldet, falls Erfolg am Ende der Periode eintritt	Nein

Übersicht 3: Rechtsfolgen von Leistungslohn und Gratifikation im Vergleich

#### Literaturverzeichnis

- BERENSTEIN A.: Labor Law in Switzerland, Bern 1994.
- BRÜHWILER J.: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–343 OR; 2. A., Bern 1996.
- BRUNNER C./BÜHLER J./WAEBER J.: Kommentar zum Arbeitsvertrag; Bern 1990.
- DELBRÜCK G. G.: Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag (Art. 322 lit. d OR); Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 53, Zürich 1981.
- GEISER TH.: Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn? in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHAFFAUSER/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Yvo Hangartner; St.Gallen/Lachen 1998, 809 ff.
- GEISER, TH.: Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP/PJA 2001, 382 ff.
- GUHL TH./MERZ H./KOLLER A.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 1991.
- REHBINDER M.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. und 2. Abschnitt; Kommentar zu Art. 319–330a OR und Art. 331–355; Bern 1985 und 1992.
- REHBINDER M.: Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. A., Bern 1997.
- STAEHELIN A.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR; Zürich ab 1984.
- STREIFF U./VON KAENEL A.: Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsrecht, 5. A., Zürich 1992.
- VISCHER F.: Der Arbeitsvertrag; unveränderter Nachdruck aus "Schweizerisches Privatrecht", Bd. VII/1<sub>III</sub>; 2. A., Basel 1994.

L'auteur tente de délimiter la gratification comme récompense particulière des autres formes du salaire. Le salaire basé sur le temps fait naître le droit au paiement de l'employé après l'expiration de la période, tandis que la hauteur du salaire au mérite dépend du succès (p.ex. pour la participation au chiffre d'affaires). L'auteur constate de sérieux problèmes de délimitation entre le salaire au mérite et la gratification, parce que la dernière est très souvent liée à un succès. De l'avis de l'auteur, il y a deux signes distinctifs pour faire la délimitation: Premièrement, il y a salaire au mérite si l'employeur est lié par sa promesse ferme en cas de l'obtention un certain résultat. La spontanéité de la gratification n'est pas compatible avec une promesse ferme. Deuxièmement, on parle toujours de gratification si l'employeur dispose d'une grande marge de manœuvre par rapport à la hauteur du paiement. Il y a salaire au mérite si le paiement est défini comme une formule dépendante du bénéfice. En plus, l'auteur discute les conséquences juridiques des systèmes de rémunération.

(trad. Flurin von Planta)