

 jetzt bestellen

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph



Schulthess §

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2022

ISBN 978-3-7255-8375-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
WOLFGANG PORTMANN	
Adrian von Kaenel – Kompetenz und Vielseitigkeit in Person	1
GABRIEL AUBERT	
Les plateformes Uber : désactiver le droit du travail ?	7
ROLAND BACHMANN	
Schiedsfähigkeit kollektiver Arbeitsstreitigkeiten	17
ALFRED BLESİ	
Der vielbeschäftigte Verwaltungsrat und die Versicherung seines Entgelts	35
CHRISTIAN BRUCHEZ	
Les conventions relatives à la formation du travailleur	49
GEORGES CHANSON	
Terminierungen im Arbeitsvertrag	65
HELİN CİGERLİ / CECİLİA SCHULER / ROGER RUDOLPH	
Umziehzeiten als Arbeitszeit	95
JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON	
Quatrième révolution industrielle, digitalisation et numérisation, pandémie du Covid-19 : le droit du travail à la croisée des chemins ?	107
	XI

MARTIN FARNER

Lohnschutz nach Schweizer und EU-Recht 119

THOMAS GÄCHTER / MATTHIAS APPENZELLER

Arbeitnehmermitsprache bei der Wahl des Sozialversicherers 131

THOMAS GEISER

Wie ist Arbeit und Familie vereinbar? 147

CHRISTIAN GERSBACH / CHRISTINA WINTER

Sozialpläne – Aktuelle Entwicklungen 161

WERNER GLOOR

**L'obligation de restituer le logement mis à disposition
par l'employeur** 173

LUKASZ GREBSKI

Tarifeinheit, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität 191

CHRISTOPH HÄBERLI

**Gesamtarbeitsvertragliche Vorruhestandsregelungen und
Veränderungen in den betrieblichen Gegebenheiten** 209

RENÉ HIRSIGER / THOMAS PIETRUSZAK

**Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner –
rechtliche Einordnung und Möglichkeit der
Leistungseinstellung** 223

ROGER HISCHIER

Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess 235

MARC HÜRZELER

**Einige Gedanken zu den Wirkungen von Art. 333 OR
(insbesondere Absatz 2) auf das Vorsorgeverhältnis in
der beruflichen Vorsorge** 253

UELI KIESER

**Tätigkeiten im Parlament –
Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer oder etwas Sonstiges? 259**

ANNE MEIER

Questions pratiques sur les enquêtes internes à l’entreprise 275

MARTIN L. MÜLLER

Die Gewerkschaft in der Massentlassung 301

ROLAND A. MÜLLER / OLIVER SCHMID

Friedenspflicht im schweizerischen Arbeitsrecht 315

ROLAND MÜLLER / MANUEL STENGEL

Rechtsfragen um Ferien – Aktuelle Probleme 329

RAHEL A. NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN

**Neue Urlaubsformen für Arbeitnehmende mit
Familien- und Angehörigenpflichten 347**

KURT PÄRLI / PIA MEIER

Anstellungsdiskriminierung 363

CHRISTOPH SENTI

**Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation
nach Art. 322d OR 381**

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Bindung der GAV-Parteien an die Verfassung 397

OTHMAR STRASSER

**Das Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB als
Grundlage für externes Whistleblowing bei der
Bekämpfung der Geldwäscherei? 413**

ISABELLE WILDHABER / FRÉDÉRIC BARTH

«Grünes Arbeitsrecht» – Klimawandel und Nachhaltigkeit als rechtliche Herausforderungen für das Arbeitsverhältnis	429
--	------------

HANSRUEDI WYSS

Konfliktbelastete Arbeitsverhältnisse	439
--	------------

Verzeichnis der Publikationen von Adrian von Kaenel	453
--	------------

Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation nach Art. 322d OR

CHRISTOPH SENTI

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen zum Thema	382
II.	Zur Gratifikation nach Art. 322d OR	382
	A. Gesetzliche Grundlage	382
	B. Systematik	383
	C. Echte und unechte Gratifikation	383
III.	Das Ermessen als Tatbestandsmerkmal einer Gratifikation	384
	A. Negative Definition	384
	B. Definition gemäss Literatur und Rechtsprechung	384
	C. Fallbeispiele von Ermessen aus Literatur und Rechtsprechung	385
	D. Die Ausübung des Ermessens durch den Arbeitgeber	386
	1. Allgemeine Grundsätze (freiwillige Gratifikation)	387
	a) Gleichbehandlungspflicht?	387
	b) Diskriminierungsverbot	388
	c) Willkürverbot?	389
	d) Treu und Glauben	389
	2. Vereinbarte Gratifikation	390
	3. Zulässige und unzulässige Bemessungskriterien	390
	a) Allgemeine Grundsätze bei der Ermessensausübung	390
	b) Kündigung oder gekündigte Stellung	391
	c) Schlechter Geschäftsgang	393
	d) Persönliche Leistung des Arbeitnehmers	393
	e) Bisherige Auszahlungs- oder Bemessungspraxis	393
	f) Arbeitsverhinderung infolge Krankheit, Unfall oder anderen Gründen	394
	E. Besondere Fälle und Einzelfragen	394
	1. Freiheit des Arbeitgebers bei der Festlegung von Jahreszielen	394
	2. Vertragslücken oder fehlende Zielvereinbarungen	394
	3. Gemischte Vereinbarungen	396
IV.	Schlussbemerkungen	396

I. Vorbemerkungen zum Thema

Ein in der Gerichtspraxis häufiger Streit ist die Frage, ob es sich bei einem Bonus um Lohn oder eine Gratifikation nach Art. 322d OR handelt. Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen sind fundamental verschieden und gelten als zwingendes Recht, auf welches der Arbeitnehmer nicht verzichten kann.¹ Das zentrale Abgrenzungskriterium ist dabei die Frage, ob dem Arbeitgeber bei der Ausrichtung der Zahlung ein Ermessen zusteht oder nicht. Ist dem so, handelt es sich um eine Gratifikation. Entsprechend interessant ist denn auch die Frage, wann ein solches Ermessen vorliegt und wie sich dieses manifestieren kann. Dieser Frage widmet sich vorliegender Aufsatz und beleuchtet verschiedene praktische Fragen zum Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation.

Es sei darauf hingewiesen, dass nachfolgend der Begriff «Bonus» als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR verwendet wird. Dies im Wissen darum, dass die rechtliche Qualifikation einer solchen Zahlung im Einzelfall gestützt auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien vorgenommen werden muss² und der Begriff offen lässt, ob es sich um eine Gratifikation oder um Lohn handelt.

II. Zur Gratifikation nach Art. 322d OR

A. Gesetzliche Grundlage

Die gesetzliche Grundlage für die Gratifikation findet sich in Art. 322d OR:

¹ Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.

² Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.

¹ Art. 341 OR.

² BGer 4C.6/2003 vom 24. April 2003, E. 3.6, mit Verweis auf BGE 127 III 444, E 1 b; BGer 4A_68/2016 vom 7. November 2016, E. 5, mit Verweis auf BGE 138 III 659 E. 4.2.1.

B. Systematik

Obwohl das Gesetz die Gratifikation systematisch unter dem Randtitel «I. Lohn» erwähnt,³ besteht in Lehre⁴ und Rechtsprechung⁵ Einigkeit darüber, dass es sich nicht um Lohn im Sinne einer Leistung nach Art. 322 OR handelt, sondern um eine Sondervergütung.⁶ Die sich aus einer Gratifikation ergebenden Rechtsfolgen weichen von denjenigen einer Lohnforderung⁷ ab und räumen dabei Arbeitgebern und -nehmern wesentlich mehr Gestaltungsfreiheit ein.

C. Echte und unechte Gratifikation

Art. 322d Abs. 1 OR unterscheidet zwischen einer freiwilligen und einer vereinbarten Gratifikation. Bei Letzterer besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Ausrichtung, obwohl die Höhe der Zahlung nicht genau bestimmt ist. Lehre und Rechtsprechung bezeichnen die freiwillige auch als «echte» und die vereinbarte als «unechte» Gratifikation.⁸

Bei der unechten Gratifikation besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers, obwohl deren Höhe im Ermessen des Arbeitgebers liegt.⁹ Einerseits ist also ein Betrag geschuldet, andererseits aber steht dem Arbeitgeber ein Ermessen zu und damit auch eine gewisse Entscheidungsfreiheit darüber, wie hoch diese Zahlung sein soll. Wie die Gerichtspraxis mit diesem Widerspruch umgeht, soll weiter unten näher beleuchtet werden.¹⁰

³ Vgl. Marginalie zu Art. 322 OR.

⁴ ZK-STAEHELIN, in Gauch/Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich 2006, Art. 322d N 4; BK-REHBINDER/STÖCKLI, in Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Bern 2010, Art. 322d N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 322d N 2; BORTOLANI/SCHERER, in Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 322d N 1.

⁵ BGer 4A_155/2019 vom 18. Dezember 2019, E. 4.1; BGer 4A_158/2019 vom 26. Februar 2020, E. 4 («réttribution spéciale»); BGer 4C_395/2005 vom 1. März 2006, E. 5.3; BGer 4A_28/2009 vom 26. März 2009, E. 2.3 und andere.

⁶ Ebenso war in einem Fall nach Auffassung des Bundesgerichts irrelevant, dass die Gratifikation in der Vertragsvereinbarung systematisch unter dem Titel «Lohn» erwähnt wurde (BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.3.3).

⁷ Zwingender Anspruch pro rata temporis, Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung, Truckverbot etc.; vgl. dazu: SENTI, Variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungen: Rechtsfolgen, in Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, passim; BORTOLANI/SCHERER (FN 4), Art. 322d N 8.

⁸ Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (N 4), Art. 322d N 2; BORTOLANI/SCHERER (FN 4), Art. 322d N 4, mit Verweis auf BGer 4A_327/2019 vom 1. Mai 2020, E. 3; BGer 4A_155/2019 vom 18. Dezember 2019, E. 3; BGer 4A_513/2017 und 4A_519/2017 vom 5. September 2018, E. 5; ebenso: BGer 4A_122/2010 vom 26. Mai 2010, E. 2.3.

⁹ Vgl. BGer 4A_169/2021 vom 18. Januar 2021, E. 3.2 f.; BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.2.3 m.V.a. BGE 142 III 381 E. 2.1 und BGE 139 III 155 E. 3.1.

¹⁰ Vgl. unten, Ziff. III.D.3.

III. Das Ermessen als Tatbestandsmerkmal einer Gratifikation

Das Ermessen des Arbeitgebers bei Ausrichtung und/oder Festlegung der Höhe einer Gratifikation ist ein zwingendes Tatbestandsmerkmal.¹¹ Fehlt dem Arbeitgeber diese Freiheit, kann die Zahlung keine Gratifikation sein.¹² Ob ein Ermessen besteht oder nicht, ist daher ein wesensnotwendiges Merkmal bei der Qualifikation eines Anspruches und insbesondere bei der Abgrenzung, ob es sich um Lohn oder eine Gratifikation handelt.¹³ Entsprechend wichtig ist denn auch die Frage, was unter einem solchen Ermessen zu verstehen ist.

A. Negative Definition

Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar.¹⁴ Ebenso wenig kann es sich um eine Gratifikation handeln, wenn die Zahlung zugesichert, deren Höhe zwar nicht im Voraus bestimmt ist, sich aber anhand objektiv feststellbarer geschäftlicher Ergebnisse, Messgrössen oder anderen Kriterien bestimmen lässt.¹⁵ *Negativ* formuliert fehlt es einem Arbeitgeber also immer dann am Ermessen, wenn die Zahlung vertraglich zugesichert ist *und* deren Höhe anhand objektiv feststellbarer Kriterien bestimmt oder bestimmbar ist. Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, handelt es sich um Lohn. Ob ein Anspruch besteht, richtet sich dann nach der vertraglichen Vereinbarung und den eingetretenen, objektiv feststellbaren Bedingungen, nicht aber nach dem Willen des Arbeitgebers.

B. Definition gemäss Literatur und Rechtsprechung

Der Ermessensbegriff findet sich hauptsächlich im öffentlichen Recht, wenn Behörden oder Gerichten im Rahmen von Gesetz und Rechtsprechung die Freiheit zusteht, nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Darunter ist ein gesetzlich eingeräumter Handlungsspielraum zu verstehen, der dadurch entsteht, dass Tatbestand und/oder Rechtsfolge einer Norm nicht eindeutig festgelegt sind.¹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN sprechen von einer Übertragung

¹¹ BGer 4A_327/2019 vom 1. Mai 2020, E. 3.1.2 mit Verweis auf BGE 141 III 407 E. 4.1 f.; BGer 4A_158/2019 vom 26. Februar 2020, E. 4, mit Verweis auf BGE 142 III 381 E. 2.1, BGE 139 III 155 E. 3.1 und BGE 131 III 615 E. 5.2; BGer 4A_505/2018 und 4A_507/2018 vom 3. Juni 2019, E. 3.3.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 2 mit diversen Verweisen.

¹³ Vgl. dazu die Systematik in BK-REBHINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 1, welche echte Gratifikationen zudem in zwei Gruppen aufteilen, nämlich die freiwillige Gratifikation, deren Höhe im Ermessen des Arbeitgebers liegt, und zweitens eine freiwillige Gratifikation, deren Höhe aber anhand eines objektiven Massstabes erfolgt, sich das Ermessen des Arbeitgebers also offenbar nur auf die Frage der Ausrichtung beschränkt. Die zahlenmässig fixierte Gratifikation erwähnt auch STAEHELIN (ZK-Staehelin [FN 4], Art. 322d N 18).

¹⁴ BK-REBHINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN3), Art. 322d N 2, m.V.a. BGE 136 III 313 E. 2; BORTOLANI/SCHERER, Art. 322d N 9, mit Verweis auf diverse Bundesgerichtsentscheide; siehe auch: BGE 109 II 447 E. 5.

¹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 9 mit Verweis auf diverse Bundesgerichtsentscheide; dies sind die typischen Vergütungsformen nach Art. 322a OR (Anteil am Geschäftsergebnis) oder Art. 322b OR (Provision): «5% vom Nettoumsatz», «10% des Reingewinnes gemäss der durch die Generalversammlung genehmigten Jahresrechnung», «CHF 50.– pro verkauftes Produkt» etc.

¹⁶ WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts - Band I, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2012, Rz 1454 mit diversen Verweisen.

der Entscheidungsbefugnis an die Verwaltungsbehörde gestützt auf eine offene Normierung.¹⁷ Es geht also um die Kompetenz bzw. Freiheit einer Behörde oder eines Gerichts, innerhalb gewisser Schranken frei entscheiden zu können.¹⁸

Im Bereich des privatrechtlichen Arbeitsvertragsrechts wird Ermessen mit dem «Willen»,¹⁹ der «subjektiven Einschätzung»²⁰ oder «du bon vouloir»²¹ der Arbeitgeberin umschrieben. Eine eigentliche, allgemeine Begriffsdefinition findet sich soweit ersichtlich jedoch nicht. Der Begriff des Ermessens kommt zwar auch in diversen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches²² oder Obligationenrechts²³ vor, richtet sich dort aber hauptsächlich an die zuständigen Gerichte.

C. Fallbeispiele von Ermessen aus Literatur und Rechtsprechung

Vor allem in der Rechtsprechung finden sich eine Vielzahl von Beispielen, in welchen das zuständige Gericht dem Arbeitgeber bei Ausrichtung und/oder Höhe der Zahlung ein Ermessen zuerkannte und deshalb von einer Gratifikation ausging. Nachfolgend eine wohl nicht abschliessende Liste von Fallbeispielen aus der Praxis:

a) *Arbeitgeber bestimmt die Bemessungskriterien*

Ein Ermessen liegt offensichtlich dann vor, wenn die Kriterien, welche die Höhe der Gratifikation bestimmen, nicht vereinbart und/oder bekannt sind und der Arbeitgeber diese selber bestimmen kann.

b) *Subjektive Leistungsbeurteilung durch den Arbeitgeber*

Eine «Gratifikation liegt auch dann noch vor, wenn zwar die Berechnung nach festen Kriterien erfolgt, die Ausrichtung als solche aber im Ermessen des Arbeitgebers verbleibt.»²⁴ Sind die Kriterien für die Ausrichtung einer Gratifikation zwar bekannt oder gar verbindlich bestimmt, schliesst dies ein Ermessen des Arbeitgebers nicht per se aus. Diesfalls kann trotzdem eine Gratifikation vorliegen, weil dem Arbeitgeber ein Ermessen bei der Beurteilung zusteht, ob und wenn ja in welchem Umfang die gesetzten Ziele erreicht wurden.²⁵ So kam das Bundesgericht in BGer 4A_513/2017 und 4A_519/2017 vom 5. September 2018 zum Schluss, dass das Ausmass der Zielerreichung nicht in Form eines blossen Zahlenvergleiches bestimmbar war, sondern der Arbeitgeberin erheblichen Spielraum offenliess.²⁶ Konkret ging es um die Einhaltung

¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2020, Rz 396.

¹⁸ Vgl. dazu die Definition zum Ermessen im Bereich des öffentlichen Rechts unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Ermessen> (abgerufen am 2. Januar 2022).

¹⁹ BORTOLANI/SCHERER (FN 4), Art. 322d N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 9.

²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 2, mit Verweis auf BGer 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007, E. 4.3.3.

²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 2, mit Verweis auf BGer 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006, E. 5.1.

²² Art. 4 ZGB, Art. 89a Abs. 7 und Abs. 8 Ziff. 2, ZGB, Art. 124a Abs. 1 ZGB, Art. 651a Abs. 2 OR etc.

²³ Art. 42 Abs. 2 OR, Art. 50 Abs. 2 OR, Art. 52 Abs. 2 OR, Art. 100 Abs. 2 OR, Art. 163 OR etc., und nicht zuletzt auch im Arbeitsvertragsrecht: Art. 337 Abs. 3 OR, Art. 337b Abs. 2 OR, Art. 337c Abs. 3 OR, Art. 337d Abs. 2 OR, Art. 339c Abs. 2 OR, Art. 340a Abs. 2 OR.

²⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 6, mit Verweis auf THOMAS GEISER, in recht 2009, Rz 2.26.

²⁵ BGer 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022, E. 3.1.2 mit Verweis auf BGE 142 III 381 E. 2.1; BGE 141 III 407 E. 4.1 und BGE 139 III E. 3.1.

²⁶ BGer 4A_513/2017 und 4A_519/2017 vom 5. September 2018, E. 7.3.

von Audit- und Compliancevorschriften,²⁷ wobei die Kündigung des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Geldwäscherei ausgesprochen worden war.²⁸ Auch die Rechtsprechung geht also von einem Ermessen aus, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Betriebsergebnisses, sondern auch von der subjektiven Beurteilung der Leistung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abhängt.²⁹

c) *Ermessen bei der Festlegung der gesamten, zu verteilenden Bonussumme*

Das Ermessen des Arbeitgebers kann darin bestehen, dass er über die Höhe der gesamten, an die Arbeitnehmenden auszuzahlende Bonussumme entscheidet. In BGE 139 III 155 E. 4.2 lag nicht nur die Zuteilung des individuellen Bonus im Ermessen der Arbeitgeberin, sondern auch die Höhe der gesamten, an alle Arbeitnehmenden auszuschüttenden Bonussumme. Entsprechend qualifizierte es diese Zahlungen als Gratifikation. Meines Erachtens darf selbst dann von einer Gratifikation ausgegangen werden, wenn zwar der Verteilschlüssel der Bonussumme mehr oder weniger fix definiert ist, der Arbeitgeber aber die Höhe der gesamten, an die Arbeitnehmenden zu verteilenden Bonussumme nach eigenem Ermessen bestimmen kann und darf.

d) *Vertraglich bestimmter Maximalbetrag schadet nicht*

Ist die Gratifikation vertraglich nach oben begrenzt, bedeutet dies nicht per se, dass dem Arbeitgeber deshalb kein Ermessen bei der Festlegung der Höhe zustünde. «Der Gratifikationscharakter kann auch nicht aufgrund des fixierten Maximalbetrags der Vergütung in Frage gestellt werden, denn entscheidend ist einzig, dass ein Spielraum bei der Festsetzung des Betrages besteht.»³⁰

D. Die Ausübung des Ermessens durch den Arbeitgeber

Wie weit reicht die Freiheit eines Arbeitgebers bei der Ausübung seines Ermessens? Meines Erachtens ist für die Beantwortung dieser Frage zwischen echter und unechter Gratifikation zu unterscheiden.³¹ Bei der echten Gratifikation ist die Zahlung freiwillig, d.h. der/dem Arbeitnehmenden steht grundsätzlich kein Anspruch auf Auszahlung einer Gratifikation zu. Hier ist das Ermessen des Arbeitgebers meines Erachtens grösser als bei der unechten Gratifikation: Wenn der Arbeitgeber über die Zahlung *per se* entscheiden darf, steht ihm auch das Recht zu, auf eine Zahlung zu verzichten. Dieses Recht besteht bei der unechten Gratifikation nicht: Hier besteht ein Anspruch auf die Auszahlung eines Bonus, auch wenn deren Höhe im Ermessen des Arbeitgebers liegt.

²⁷ «It is understood that achievements of objectives (AOP, incl. audit and compliance standards) given from time to time to your business area, are to be achieved.» BGer 4A_513/2017 und 4A_519/2017 vom 5. September 2018, A.a.

²⁸ BGer 4A_513/2017 und 4A_519/2017 vom 5. September 2018, A.a.

²⁹ BGer 4A_505/2018 und 4A_507/2018 vom 3. Juni 2019, E. 3.3; BGE 142 III 381 E. 2.1; BGE 139 III 155 E. 3.1; BGer 4A_216/2017 vom 23. Juni 2017, E. 3.1; BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.3.3; BGer 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007, E. 4.3.3; BGer 4A_28/2009 vom 26. März 2009, E. 2.3.

³⁰ BGer 4A_28/2009 vom 26. März 2009, E. 2.4.

³¹ Vgl. dazu oben, Ziff. II.C.

1. Allgemeine Grundsätze (freiwillige Gratifikation)

Die Grenzen der Ermessensausübung bei der echten und damit freiwilligen Gratifikation bilden meines Erachtens die allgemeingültigen Rechtsprinzipien wie bspw. das Rechtsmissbrauchs-,³² das Diskriminierungsverbot³³ oder der Grundsatz von Treu und Glauben.³⁴

a) Gleichbehandlungspflicht?

«Die Existenz einer generellen Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer wird in der Schweiz überwiegend verneint».³⁵ Diese Aussage relativieren STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH im Zusammenhang mit Gratifikationen,³⁶ wobei aber nicht klar hervorgeht, ob es sich dabei um freiwillige oder vereinbarte Sondervergütungen handelt und gleichzeitig auf das Diskriminierungsverbot verwiesen wird.³⁷ Andere Lehrmeinungen zur Gleichbehandlungspflicht erscheinen unschlüssig, neigen aber eher dazu, diese zu bejahen, wenn auch mit gewichtigen Einschränkungen.³⁸

Die Meinung des Bundesgerichts zur Gleichbehandlungspflicht ist meines Erachtens nicht konsistent: In BGE 129 III 276 E. 3.1 äussert es sich dazu eher ablehnend.³⁹ Da aber im konkreten Fall nur einzelne Mitarbeitende eine Gratifikation erhalten hatten, ging das Bundesgericht von einer (zulässigen) Besserstellung einzelner Arbeitnehmenden aus.⁴⁰ Bestätigt wurde diese zurückhaltende Rechtsprechung in einem späteren Entscheid im Zusammenhang mit einer echten Gratifikation: «Beruhen dagegen die Bonuszahlungen auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit, so kann der Arbeitgeber, Bestand und Höhe des Bonus grundsätzlich an beliebige Voraussetzungen knüpfen. Er darf auch bestimmte Mitarbeiter ganz ausschliessen oder benachteiligen. Er darf jedoch keine die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzende Diskriminierung vornehmen. Auch bei grundsätzlicher Freiwilligkeit der Gratifikationsleistung kann sich daher aus dem Verbot der Diskriminierung ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Gratifikation ergeben (...). Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellt, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner

³² Art. 2 Abs. 2 ZGB.

³³ Art. 328 OR.

³⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 5.

³⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 328 N 2 mit Verweis auf THOMAS GEISER, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht? in Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Festschrift für Manfred Reh binder, Bern 2002, S. 48.

³⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 5 mit diversen Verweisen.

³⁷ Vgl. dazu nachfolgend, Ziff. III.D.1.b).

³⁸ ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322d N 12 f., allerdings mit Bezug auf eine gelebte Auszahlungspraxis in der Vergangenheit (N 12) oder in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot und Ergänzung, dass es sich hierbei nicht um ein «selbständiges Prinzip» handle. Dies auch ausdrücklich in Art. 328 N 10; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 7. Aufl., BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 29 ff., vgl. auch die Ausführungen in Art. 322d N 6; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 9 und Art. 328 N 7 ff.

³⁹ BGE 129 III 276 = 4C.269/2002 vom 17. Dezember 2002, E. 3.1: «Solche Einschränkungen lassen sich aber stets nur sehr punktuell rechtfertigen (...). Das Argument, der Arbeitgeber habe sich von angeblich "sachfremden Motiven" leiten lassen, bedeutet nicht ohne weiteres, dass die ungleiche Behandlung als rechtswidrig erscheint (...). Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss" anzusehen sind.»

⁴⁰ BGer 4C.269/2002 vom 17. Dezember 2002, E. 3.2.

Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Dies ist anzunehmen, wenn ein Arbeitnehmer grundlos gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird. Dagegen liegt keine persönlichkeitsverletzende Diskriminierung vor, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (...).»⁴¹ Umgekehrt aber ging das Bundesgericht in einem jüngeren (französischen) Urteil von einer Gleichbehandlungspflicht aus, ohne dies näher zu begründen. Erwähnenswert scheint dabei, dass es auf den oben erwähnten, dazu kritischen BGE 129 III 276 E. 3.1 verweist, wie auch auf BGER 4A_172/2012 und 4A_174/2012 vom 22. August 2012 E. 8.2, welche aber ihrerseits wiederum auf BGE 129 III 276 E. 3.1 Bezug nehmen.⁴² Umso erstaunlicher ist, dass das Bundesgericht in diesem Urteil mit Verweis auf Art. 328 OR und Art. 28 ff. ZGB die Gleichbehandlungspflicht als einen allgemeingültigen Grundsatz bezeichnet, notabene mit Verweis auf «Lehre und Rechtsprechung», jedoch ohne Quellenangaben.⁴³

Unbestritten ist eine Gleichbehandlungspflicht überall dort, wo sie sich auf eine konkrete Rechtsnorm abstützt. Sei dies im Bereich der geschlechtlichen Gleichstellung,⁴⁴ der Pflicht zur lohnmassigen Gleichbehandlung von ausländischen Mitarbeitenden⁴⁵ oder dem Paritätslohnanspruch des Heimarbeiters.⁴⁶

b) Diskriminierungsverbot

Die Diskriminierung von Arbeitnehmenden ist unzulässig.⁴⁷ Abgeleitet wird das generelle Diskriminierungsverbot aus Art. 328 OR und Art. 28 ff. ZGB, denn eine Diskriminierung gilt als Persönlichkeitsverletzung.⁴⁸ Zudem greift das Diskriminierungsverbot natürlich überall dort, wo der Arbeitgeber gestützt auf eine konkrete Rechtsnorm nur schon zur Gleichbehandlung verpflichtet ist,⁴⁹ was natürlich auch das Diskriminierungsverbot umfasst.

⁴¹ BGER 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005, E. 3.1.

⁴² BGER 4A_651/2017 vom 4. April 2018, E. 3.3.

⁴³ BGER 4A_651/2017 vom 4. April 2018, E. 3.3: «Jurisprudence et doctrine concluent à l'existence d'un principe général d'égalité de traitement déduit de l'art. 328 CO obligeant l'employeur à protéger la personnalité de l'employé et des art. 28 ss CC instituant les règles générales de protection de la personnalité.»

⁴⁴ Art. 3 Gleichstellungsgesetz (GIG), welcher auch für Sondervergütungen gilt (BK-REHBINDER/STÖCKLI [FN 4], Art. 322d N 9, mit Verweis auf BGE 130 III 145 E. 6.3).

⁴⁵ Vgl. dazu und den diesbezüglichen Rechtsgrundlagen: ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322 N 22.

⁴⁶ Art. 4 Abs. 1 Heimarbeitsgesetz (HArG); ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322 N 24.

⁴⁷ ZK-STAEHELIN (FN 5), Art. 322d N 13 und Art. 328 N 10; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 5 und 328 N 12; BGER 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005, E. 3.1.

⁴⁸ ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322d N 13.

⁴⁹ Vgl. oben, Ziff. III.D.1.a), die Bemerkungen zu FN 44 ff.

c) Willkürverbot?

Erwähnt wird das Willkürverbot zusammen mit dem Diskriminierungsverbot⁵⁰ oder der Gleichbehandlungspflicht,⁵¹ wonach sich der Arbeitgeber bei der Bemessung der Gratifikation nicht von sachfremden Kriterien leiten lassen darf.⁵² Was genau aber sachliche Kriterien sind, ist im Einzelfall zu klären und nach Auffassung des Bundesgerichts stehen dem Arbeitgeber offenbar sehr weitreichende Freiheiten zu: «Das Argument, der Arbeitgeber habe sich von angeblich "sachfremden Motiven" leiten lassen, bedeutet nicht ohne weiteres, dass die ungleiche Behandlung als rechtswidrig erscheint (...). Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss" anzusehen sind.»⁵³ Kommt hinzu, dass das Willkürverbot im öffentlich-rechtlichen Sinne⁵⁴ bei Privatpersonen nicht greift⁵⁵ und beispielsweise im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit immer wieder betont wird, dass eine Kündigung auch ohne sachlichen Grund zulässig ist.⁵⁶

Bei willkürlichem Verhalten fehlt es an einem sachlichen Grund für ein bestimmtes Tun. Ob das Diskriminierungsverbot soweit geht, dass dem Arbeitgeber auch eine willkürliche Ungleichbehandlung verwehrt ist, wäre zu klären. Meines Erachtens liegt nur dann ein diskriminierendes Verhalten vor, wenn dieses aus einem *verwerflichen* Grund geschieht,⁵⁷ nicht aber *ohne* Grund.⁵⁸ Zu beachten ist dabei, dass sich diese Frage wohl nur bei der echten Gratifikation stellt, nicht aber bei der vertraglich vereinbarten: Wurde eine Gratifikation vereinbart, darf der Arbeitgeber seine Pflicht zur Ausrichtung nicht dadurch unterlaufen, indem er diese «(...) willkürlich tief festlegt oder ganz entfallen lässt.»⁵⁹

d) Treu und Glauben

Der Grundsatz von Treu und Glauben⁶⁰ findet sich auch im Zusammenhang mit der Auszahlung von Gratifikationen: «Immerhin kann ein nur einzelne Arbeitnehmer begünstigendes Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben, dass auch davon nicht erfasste Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten

⁵⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 9.

⁵¹ BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 6.

⁵² BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 5), Art. 322d N 9; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 6 f.; ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322d N 13, welcher von «hinreichenden» Gründen spricht.

⁵³ BGE 129 III 276 E. 3.1; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322d N 5; ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322d N 13; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 6 f.

⁵⁴ Art. 9 BV.

⁵⁵ CHRISTOPH ROHNER, in Ehrenzeller et. al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014; Art. 9 BV, Rz 18; BORTOLANI/SCHERER (FN 4), Art. 322d N 61 verneinen ausdrücklich einen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine willkürfreie Entscheidung des Arbeitgebers (mit Verweis auf BGer 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005, E. 3.4).

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 335 N 2.

⁵⁷ Vgl. BGer 4A_651/2017 vom 4. April 2018, E. 3.3: «Une décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte.» (im Original nicht kursiv).

⁵⁸ In diesem Sinne BGE 129 III 276 E. 3.1: «Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (...).»

⁵⁹ BGer 4A_122/2010 vom 26. Mai 2010, E. 2.3.

⁶⁰ Art. 2 Abs. 1 ZGB.

schliessen dürfen. Dann muss die Arbeitgeberin diese nur einzelnen Arbeitnehmern zugeordnete begünstigende Behandlung auch den andern zukommen lassen, weil sie nach Treu und Glauben als vertraglich vereinbart anzusehen ist (...).»⁶¹

2. *Vereinbarte Gratifikation*

«Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt den Einzelnen nur vor einer willkürlichen Diskriminierung gegenüber der Mehrheit, wenn die Gratifikationszahlung nicht vertraglich verabredet ist.»⁶² Im Unterschied zur freiwilligen (echten) Gratifikation, treten die vorangehend erwähnten Grundsätze bei der vertraglich vereinbarten (unechten) Gratifikation in den Hintergrund. Hier steht das Prinzip der Vertragsfreiheit im Vordergrund. Liegt eine Gratifikationsvereinbarung vor, stellen REHBINDER/STÖCKLI den Grundsatz der Vertragsfreiheit als tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten in den Vordergrund.⁶³ Dieser Vorrang der Vertragsfreiheit gilt natürlich nicht in Bezug auf Gleichbehandlungspflichten gestützt auf die oben erwähnten spezifischen Gesetzesbestimmungen.⁶⁴

3. *Zulässige und unzulässige Bemessungskriterien*

Welche Kriterien sind für die Bemessung der Gratifikation zulässig und welche verpönt? Diese Frage interessiert natürlich vor allem im Zusammenhang mit der unechten Gratifikation, bei welcher dem Arbeitgeber zwar ein Ermessen zusteht, er aber gleichzeitig dazu verpflichtet ist, eine Gratifikation auszurichten.

a) **Allgemeine Grundsätze bei der Ermessensausübung**

Das Bundesgericht hatte verschiedentlich Gelegenheit, sich zur Ausübung des Ermessens in allgemeiner Art zu äussern. «Ist die Gratifikation im Grundsatz vereinbart, darf der Arbeitgeber diese nicht gestützt auf Umstände kürzen, von denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation beziehungsweise deren Umfang von Belang (...). Verspricht der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für ein Jahr eine Gratifikation von einer bestimmten Höhe, ist er an dieses Versprechen gebunden, sofern der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht grob verletzt (...).»⁶⁵ Wurde eine Gratifikation vereinbart, ist dem Arbeitgeber deren willkürliche Festlegung verwehrt.⁶⁶ «Der Arbeitgeber darf seine Pflicht zur Ausrichtung der Sondervergü-

⁶¹ BGE 129 III 276 E. 3.1, mit Verweis auf GEISER (FN 35), S. 47, und ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322d N 13. Vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 5, welche aber auch klarstellen, dass bei einer vertraglich als freiwillig vereinbarten Gratifikation nach Treu und Glauben nicht auf einen stillschweigenden Verpflichtungswillen des Arbeitgebers geschlossen werden darf (vgl. dort, Art. 322d N 4); vgl. auch BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.4.1 in Bezug auf die Festlegung der Höhe einer vereinbarten Gratifikation durch die Arbeitgeberin: «Elle doit au contraire agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi».

⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 5.

⁶³ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 9; in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz: BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 6 und Art. 328 N 30.

⁶⁴ Vgl. oben, Ziff. III.D.1.a), die Bemerkungen zu FN 44 ff.

⁶⁵ BGer 4A_122/2010 vom 26. Mai 2010, E. 2, mit Verweisen.

⁶⁶ Vgl. zum Willkürverbot oben, Ziff. III.D.1.c).

tung aber nicht dadurch unterlaufen, dass er diese willkürlich tief festsetzt oder ganz entfallen lässt. Wurde eine Gratifikation vertraglich vereinbart, hat sie der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen (...).»⁶⁷

«Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist.»⁶⁸ Dieser Grundsatz aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts greift auch im Zusammenhang mit der Bemessung von Gratifikationen.⁶⁹ Wurden die Bedingungen für die Auszahlung einer Gratifikation vereinbart, hat die Beurteilung der Zielerreichung durch den Arbeitgeber nach Treu und Glauben zu erfolgen. Der Arbeitgeber ist bei der Bemessung der Gratifikation also nicht völlig frei.⁷⁰ Der Grad der Freiheit, welcher dem Arbeitgeber bei der Bemessung der Gratifikation zusteht, ist in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu bestimmen, insbesondere unter Mitbezug von Gegenstand und Zweck der vertraglichen Vereinbarung.⁷¹ Hängt die Höhe der Gratifikation von der positiven Leistung des Arbeitnehmers ab und ist die Beurteilung umstritten, ist es nach Auffassung des Bundesgerichts nicht Sache des Richters, sich in die Unternehmensführung einzumischen und die Leistung des Arbeitnehmers zu bewerten. Eine solche Bewertung ist dem Arbeitgeber vorbehalten.⁷²

Auch das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens⁷³ gilt für die Bemessung einer vereinbarten Gratifikation. Dem Arbeitgeber ist es beispielsweise verwehrt, die Gratifikation mit dem Hinweis auf mangelhafte Leistung zu verweigern, wenn er zuvor seine volle Zufriedenheit zum Ausdruck brachte, oder wenn er nur deshalb eine negative Bewertung der Arbeitsleistung abgibt, weil das Arbeitsverhältnis inzwischen beendet wurde.⁷⁴

b) Kündigung oder gekündigte Stellung

Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Gratifikation im Unterschied zum Leistungslohn primär retrospektiven Charakter.⁷⁵ Da insbesondere die echte Gratifikation keinen klagbaren Anspruch verleiht und auch unechte Gratifikationen vom Ermessen des Arbeitgebers abhängen, besteht – im Prinzip – kein Anreiz für zukünftige Leistungen, so wie dies bei Leistungslöhnen üblicherweise der Fall ist.⁷⁶ Zudem besteht ein Anspruch auf eine Gratifikation für das angebrochene Geschäftsjahr nur, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde.⁷⁷

⁶⁷ BGer 4A_122/2010 vom 26. Mai 2010, E. 2.3 mit diversen Verweisen.

⁶⁸ Art. 156 OR.

⁶⁹ BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.4.1; BGer 4A_705/2011 vom 20. Dezember 2011, E. 5.

⁷⁰ BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.4.1: «(...), cette partie n'a en principe pas une liberté entière de refuser cet accomplissement et de se dégager ainsi de ses obligations contractuelles.»

⁷¹ BGer 4A_705/2011 vom 20. Dezember 2011, E. 5 mit Verweis auf BGE 135 III 295 E. 5.2, BGE 117 II 273 E. 4 c; BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.4.1.

⁷² BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.4.1.

⁷³ Art. 2 ZGB.

⁷⁴ BGer 4A_378/2017 vom 27. November 2017, E. 3.4.1.

⁷⁵ CHRISTOPH SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 6/2002, Ziff. 4.3.2.1.

⁷⁶ CHRISTOPH SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 6/2002, Ziff. 4.3.2.1.

⁷⁷ Art. 322d Abs. 2 OR.

In diesem Zusammenhang stellt sich denn auch die Frage, ob das Faktum, dass sich der Arbeitnehmer in gekündigter Stellung befindet, bei der Auszahlung und/oder Bemessung einer Gratifikation berücksichtigt werden darf. Diesbezüglich sind meines Erachtens verschiedene Fälle differenziert zu betrachten:

- a) Das Gesetz sieht bei der Gratifikation nur dann einen Anspruch pro rata temporis für das angebrochene Geschäftsjahr vor, wenn dies verabredet wurde.⁷⁸ In Bezug auf einen Anspruch pro rata temporis bei Beendigung des gekündigten Arbeitsverhältnisses unter dem Jahr kann daher auf die gesetzliche Regelung verwiesen werden. Besteht kein Anspruch pro rata temporis, erübrigt sich auch die Frage, ob die Gratifikation für das noch laufende Jahr infolge Kündigung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses gekürzt oder ganz gestrichen werden darf.⁷⁹
- b) Nach stetiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Arbeitgeber den Anspruch auf eine Gratifikation von Bedingungen abhängig machen, namentlich davon, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Auszahlung noch im Betrieb arbeitet oder dass der Arbeitsvertrag nicht gekündigt wurde.⁸⁰ Dies betrifft wohl nur die Fälle einer vereinbarten (unechten) Gratifikation, bei welcher nicht nur die Gratifikation selbst, sondern auch die Auszahlungsmodalitäten und -bedingungen vertraglich geregelt wurden. STAEHELIN vertritt die Meinung, dass sich eine solche Bedingung auch aus einer betrieblichen Übung ergeben kann, falls sich der Arbeitnehmer eine solche nach dem Vertrauensprinzip entgegenhalten lassen muss.⁸¹ Auch dies wäre dann aber eine – wenn auch nur konkludente – Vertragsvereinbarung.
- c) Damit verbleiben die Fälle, in welchen der Termin für die Ausrichtung der echten Gratifikation erreicht wurde,⁸² sich der Arbeitnehmer aber bereits in gekündigter Stellung befindet. In diesem Fall ist deren Kürzung um ein Drittel oder gar die Hälfte zulässig, da eine Gratifikation auch als Ansporn für die künftige Tätigkeit gedacht ist.⁸³ «Dient eine Gratifikation nach dem Willen des Arbeitgebers ausschliesslich der Anerkennung geleisteter Dienste, rechtfertigt die gekündigte Stellung konsequenterweise keine Herabsetzung.»⁸⁴ Auch in diesem Zusammenhang kann Art. 156 OR von Bedeutung sein,

⁷⁸ Art. 322d Abs. 2 OR.

⁷⁹ Dies betrifft bspw. den Anspruch auf eine Gratifikation für die Zeit von Januar bis Juli des laufenden Jahres, wenn das Arbeitsverhältnis in diesem Jahr auf Ende Juli gekündigt wurde. *Nicht* unter diese Regelung fällt die Gratifikation für das vollendete Jahr, wenn das Arbeitsverhältnis im November mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf Ende Januar des Folgejahres gekündigt, das Bemessungsjahr also noch während der laufenden Kündigungsfrist vollendet wird.

⁸⁰ BGer 4A_651/2017 vom 4. April 2018, E. 3.3 mit Verweis auf die Entscheide BGer 4A_502/2010 vom 1. Dezember 2020, E. 2.2, BGer 4A_235/2010 vom 25. Juni 2010, E. 2, BGer 4A_509/2008 vom 3. Februar 2009 E. 4.1 und BGer 4C_467/2004 vom 1. April 2005, E. 3. Ebenso: ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 18; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d 14; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 4.

⁸¹ ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322d N 17.

⁸² Bspw. das Ende des Geschäfts- oder Kalenderjahres.

⁸³ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 14, mit diversen Verweisen; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 8; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 15; vgl. auch ZK-STAEHELIN (FN 4), Art. 322d N 18, dessen Ausführungen sich jedoch auf die betragsmässig festgelegte Gratifikation zu beziehen scheinen.

⁸⁴ BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 8; bestätigt in BGer 4A_651/2017 vom 4. April 2018, E. 3.3.

welcher analog angewendet werden soll, wenn die Kündigung, welche den Bonus dahinfallen lässt, durch den Arbeitgeber ohne begründeten Anlass erfolgte.⁸⁵ Fällt die Gratifikation infolge Kündigung dahin, ist letztere missbräuchlich, wenn sie ausschliesslich dazu erfolgte, um die Entstehung des Anspruches zu verhindern.⁸⁶

c) Schlechter Geschäftsgang

Eine Gratifikation darf als Folge eines schlechten Geschäftsergebnisses jederzeit gekürzt werden.⁸⁷ Dies gilt jedoch nicht, wenn der Geschäftsgang deshalb keine Rolle spielt, weil dieses Bemessungskriterium gemäss vertraglicher Vereinbarung irrelevant ist.⁸⁸

d) Persönliche Leistung des Arbeitnehmers

Sofern für die Bemessung der Höhe einer Gratifikation von Bedeutung, darf eine Kürzung auch bei schlechter Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erfolgen.⁸⁹ Dasselbe gilt für schuldhaftige Pflichtverletzungen durch den Arbeitnehmer.⁹⁰

e) Bisherige Auszahlungs- oder Bemessungspraxis

In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist die Thematik der Auszahlung einer Gratifikation mit oder ohne Vorbehalt für zukünftige Zahlungen. Bekanntlich gilt die gerichtliche Praxis, dass ab einer dreimaligen, vorbehaltlosen Ausrichtung einer Gratifikation von einer stillschweigenden Abrede auf zukünftige Ausrichtung ausgegangen werden darf.⁹¹ Ein Freiwilligkeitsvorbehalt kann sich aber auch aus einer stark schwankenden Auszahlungspraxis ergeben.⁹² Zur Entstehung eines verbindlichen Anspruches trotz mehrjährigem Vorbehalt sei auf die entsprechende Literatur verwiesen.⁹³

Zur Bemessungspraxis in der Vergangenheit ist zudem erwähnenswert, dass sich meines Erachtens ein klagbarer Anspruch auch daraus ergeben kann, als der Arbeitgeber die Höhe der Gratifikation nach den immer gleichen Bemessungskriterien bestimmt und diese allge-

⁸⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 4; ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 19; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 14 am Ende.

⁸⁶ Art. 336 Abs. 1 lit. c OR.

⁸⁷ REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 15; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 15; ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 20 f.

⁸⁸ BGer 4A_169/2021 vom 18. Januar 2021, E. 4; dies wäre quasi eine analoge Anwendung des Falles gemäss FN 84 oben.

⁸⁹ REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 16; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 15; ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 25.

⁹⁰ ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 23.

⁹¹ ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 6; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 10; REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 7, alle mit Verweisen auf diverse Gerichtsentscheide; BORTOLANI/SCHERER (FN 4), Art. 322d N 47 und 53 ff.

⁹² ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 4; REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 7.

⁹³ ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 5; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (FN 38), Art. 322d N 11; REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 8; BORTOLANI/SCHERER (FN 4), Art. 322d N 56.

mein bekannt sind. In solchen Fällen kann sich meines Erachtens gestützt auf das Vertrauensprinzip, womöglich in Verbindung mit einer Gleichbehandlungspflicht und/oder dem Diskriminierungsverbot, ebenfalls ein klagbarer Anspruch ergeben.

f) **Arbeitsverhinderung infolge Krankheit, Unfall oder anderen Gründen**

Bei Arbeitsverhinderungen wie Krankheit, Unfall oder anderen Gründen trifft den Arbeitgeber in aller Regel eine Lohnfortzahlungspflicht.⁹⁴ Dabei hat der Arbeitnehmer Anspruch auf das, was er verdient hätte, wie wenn er gearbeitet hätte.⁹⁵ Bei der Gratifikation geht das Ermessen des Arbeitgebers diesem Grundsatz allerdings vor: Die Kürzung einer Gratifikation als Folge von Arbeitsverhinderungen infolge Krankheit oder Unfall wird als zulässig erachtet.⁹⁶

E. **Besondere Fälle und Einzelfragen**

1. *Freiheit des Arbeitgebers bei der Festlegung von Jahreszielen*

Leistungslöhne, bspw. Gewinn-, Umsatzbeteiligung oder eine Beteiligung am Deckungsgrad⁹⁷ werden häufig zu Beginn des Geschäftsjahres kommuniziert (Budget) oder im Rahmen eines Mitarbeitergespräches vereinbart (Zielvereinbarung). Dabei hat der Arbeitgeber bei der Festlegung dieser (Budget-)Ziele einen erheblichen Freiraum. Diese Freiheit gilt aber nicht als Ermessen im Sinne von Art. 322d OR: Definiert der Arbeitgeber diese Ziele zu Beginn des Geschäftsjahres, hängt die Auszahlung der Prämie nur noch vom Erreichen dieser Ziele ab und deren Höhe lässt sich in Abhängigkeit von der Zielerreichung rechnerisch bestimmen. Entsprechend fehlt es dem Arbeitgeber schlussendlich an dem, für eine Gratifikation nötigen Ermessen. Solche Vereinbarungen gelten als Leistungslohn,⁹⁸ auch wenn dem Arbeitgeber zu Beginn der Abrechnungsperiode bei der Festlegung dieser Ziele ein erhebliches Ermessen zusteht. Wurde dieses Ermessen aber einmal ausgeübt, lässt sich die Höhe der Zahlung rechnerisch bestimmen, womit keine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR vorliegen kann.

2. *Vertragslücken oder fehlende Zielvereinbarungen*

Nicht selten kommt es vor, dass in einem Arbeitsvertrag oder Reglement auf Jahresziele, Mitarbeitergespräch oder Budgetvorgaben verwiesen wird, welche dann aber im konkreten Fall für das betreffende Geschäftsjahr nicht definiert oder besprochen werden. Mit anderen Worten: Die Gratifikation ist im Grundsatz vereinbart, es fehlt aber an den definierten Modalitäten oder an den Zielvorgaben, welche hätten vereinbart oder bekannt gegeben werden sollen.⁹⁹ Wie ist mit solchen Vertragslücken umzugehen?

⁹⁴ Art. 324a OR.

⁹⁵ Art. 324a OR: «(...) den darauf entfallenden Lohn (...)».

⁹⁶ ZK-STAEHELIN, (FN 4), Art. 322d N 22; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 322d N 7; REHBINDER/STÖCKLI (FN 4), Art. 322d N 17.

⁹⁷ Art. 322a OR.

⁹⁸ BGer 4C_395/2005 vom 1. März 2006, E. 5.4.

⁹⁹ Diese Problematik stellt sich nicht nur bei der Gratifikation, sondern noch viel pointierter bei Leistungslöhnen: Wie bemisst sich eine Gewinn-, Umsatzbeteiligung oder Provisionierung in Abhängigkeit der persönlichen Ziele oder Budgetvorgaben, wenn diese zu Beginn des Jahres nicht definiert wurden?

In BGer 4A.115/2007 verwies die vertraglich vereinbarte Bonusregelung bezüglich Zielvorgaben, Zielerreichung und Bonushöhe auf die Beschlüsse des Verwaltungsrates bzw. ein durch diesen noch zu erlassendes Bonusreglement. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der Arbeitgeberin in casu ein grösseres Ermessen zusteht, da sie, gestützt auf die arbeitsvertragliche Vereinbarung sowohl die Zielvorgaben selbständig definieren als auch das Bonusreglement einseitig erlassen kann. «Damit steht der Beschwerdegegnerin bei der Bestimmung der Höhe des Bonus ein weites Ermessen zu, weshalb dieser grundsätzlich als Gratifikation zu qualifizieren ist.»¹⁰⁰ Im Ergebnis ging das Bundesgericht bezüglich der fehlenden Zielvorgaben und des nicht erlassenen Bonusreglements also nicht von einer bestehenden Vertragslücke aus, sondern interpretierte dies als ein Ermessen des Arbeitgebers, was auf eine Gratifikation schliessen liess.

Als Vertragslücke qualifizierte das Bundesgericht die fehlende Bonusvereinbarung in BGer 4A_356/2011 vom 9. November 2011.¹⁰¹ Es bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, welche mittels Lückenfüllung auf das Vorliegen einer unechten Gratifikation schloss.¹⁰² Ebenso schützte es die Zusprechung eines Bonus mit Berufung auf das Diskriminierungsverbot, nachdem belegt war, dass die Arbeitgeberin jeweils allen Frontoffice Angestellten einen Bonus auszahlt hatte.¹⁰³ In diesem Urteil liess das Bundesgericht die Frage der im konkreten Fall fehlenden Vereinbarung also nicht einfach offen, sondern schloss die Vertragslücke nach dem mutmasslichen Parteiwillen¹⁰⁴ und entschied, dass eine unechte Gratifikation vereinbart worden wäre.

Auch in BGer 4C.41/2007 ging es um die Lückenfüllung eines Arbeitsvertrages, und zwar betreffend Leistungsziele, welche in gegenseitiger Absprache hätten festgelegt werden sollen.¹⁰⁵ Das Bundesgericht rekonstruierte auch hier den mutmasslichen Parteiwillen. Es schützte das Urteil der Vorinstanz, welches die Höhe des Bonus gestützt auf eine solche Lückenfüllung festgelegt hatte.¹⁰⁶

Klare Worte in einem analogen Fall wählte das Arbeitsgericht Zürich: «Die Zieldefinition ist grundsätzlich eine Obliegenheit der Arbeitgeberin. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Arbeitgeberin es unterlässt, die für die Entstehung des Bonusanspruches massgebenden Ziele festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Der Arbeitnehmer, der eine nicht unterdurchschnittliche Leistung erbringt, hat diesfalls einen vollen Bonusanspruch.»¹⁰⁷ Im Unterschied zur Lückenfüllung durch das Bundesgericht ging das Arbeitsgericht Zürich zu Lasten der Arbeitgeberin von einem vollen Bonusanspruch aus, unabhängig vom mutmasslichen Parteiwillen in Bezug auf die fehlende Zielvereinbarung.

¹⁰⁰ BGer 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007, E. 4.4.

¹⁰¹ Vgl. dort, E. 7.

¹⁰² BGer 4A_356/2011 vom 9. November 2011, E. 7.2.

¹⁰³ BGer 4A_356/2011 vom 9. November 2011, E. 7.5.

¹⁰⁴ BGer 4A_356/2011 vom 9. November 2011, E. 7.1 f.

¹⁰⁵ BGer 4C.41/2007 vom 28. März 2007, A.

¹⁰⁶ BGer 4C.41/2007 vom 28. März 2007, E. 4.2.

¹⁰⁷ AGer ZH, AN080366, Urteil vom 24. November 2009, in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich, 2009, Nr. 3, mit Verweis auf CONRADIN CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Diss. Basel, Bern 2007, Rz 155.

Unterlässt es der Arbeitgeber, versprochene Bonusregelungen oder vertraglich vorgesehene Zielvereinbarungen abzuschliessen, sehen sich die Gerichte in der Rolle, ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Arbeitgebers zu setzen. Dabei haben sie sich nach den Regeln der Füllung von Vertragslücken an den mutmasslichen Parteiwillen zu halten, welcher sich mangels bekannter Tatsachen und Absichten aber nicht immer schlüssig bestimmen lässt. Insofern schoss das vorangehend erwähnte Urteil des Arbeitsgerichts Zürich¹⁰⁸ meines Erachtens deutlich über das Ziel hinaus.

3. *Gemischte Vereinbarungen*

Nicht selten kommt es vor, dass im Mitarbeitergespräch sowohl quantitative, und damit bestimmte oder bestimmbare Ziele,¹⁰⁹ als auch nicht numerisch definierte (qualitative) Ziele vereinbart werden. Bei einer solchen «gemischten» Bonusvereinbarung qualifizierte das Bundesgericht den strukturierten, bzw. numerischen Teil als (Leistungs-)Lohn und bestätigte das vorinstanzliche Urteil, wonach der qualitative Teil des Bonus als Gratifikation zu qualifizieren sei, da der Arbeitgeberin für die Bestimmung der Zielerreichung ein Ermessen zustand.¹¹⁰ Bonus- oder Zielvereinbarungen, bei welchen nur ein Teil der Prämie ermessensabhängig ist, sind nach dieser Rechtsprechung also in Zahlungen mit Lohncharakter einerseits und Gratifikationen andererseits aufzuteilen.

IV. **Schlussbemerkungen**

Mit vorliegendem Aufsatz wurde der Versuch unternommen, das Ermessen des Arbeitgebers als zwingendes Tatbestandsmerkmal einer Gratifikation nach Art. 322d OR näher zu beleuchten. Die vielfältige Literatur und Rechtsprechung zum arbeitsvertraglichen Bonus ermöglicht eine gewisse Auslegeordnung, diverse Fragen sind inzwischen geklärt und eine gewisse Systematik ist erkennbar. Wie so häufig finden sich leider aber auch zu diesem Thema zum Teil widersprüchliche Bundesgerichtsentscheide, was in diversen Fällen eine klare Systematik erschwert und die Rechtsunsicherheit erhöht.

¹⁰⁸ AGer ZH, AN080366, Urteil vom 24. November 2009, in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich, 2009, Nr. 3.

¹⁰⁹ Bspw. Umsatz-, Gewinn-, Rentabilitätsziele, oder ein bestimmter Deckungsbeitrag.

¹¹⁰ BGer 4C.325/2002 vom 24. Januar 2003, E. 3.2 f.