

Rechtliche Gefahren und Probleme bei der Ausgestaltung von Leistungslohnsystemen

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro

Frei Steger Grosser Senti

Kriessernstr. 40

9450 Altstätten

www.9450.ch

FAA

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht

Guisanstr. 92

9010 St. Gallen

www.faa.unisg.ch

Der vorliegende Text entspricht dem Aufsatz, welcher anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung „Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts“ des Institutes für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, am 16. Mai 2001 in Luzern abgegeben wurde.

Eine publizierte Kurzfassung unter dem Titel „Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation“ ist zu finden in AJP 6/2002, S. 669 - 681

Inhaltsverzeichnis:

Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	VI
FRAGESTELLUNG UND VORBEMERKUNGEN	1
1 BEGRIFFLICHES ZUM LOHN	1
2 DIE VERSCHIEDENEN LOHNARTEN	3
2.1 Zeitlohn	3
2.1.1 Der Grundlohn nach Art. 322 OR	3
2.1.2 Zulagen	3
2.1.3 Insbesondere: Der 13. Monatslohn	4
2.1.4 Rechtliche Charakteristika des Zeitlohnes	4
2.1.4.1 Anspruch pro rata temporis	4
2.1.4.2 Lohnfortzahlungspflicht	5
2.2 Der Leistungslohn	5
2.2.1 Echter und unechter Leistungslohn	6
2.2.2 Echter Leistungslohn: Abhängigkeit vom Erfolg des Einzelnen oder einer (kleinen) Gruppe von Arbeitnehmern	6
2.2.2.1 Akkordlohn (Individual- und Gruppenakkord)	6
2.2.2.2 Provision	7
2.2.2.3 Rechtliche Charakteristika des echten Leistungslohnes	7
2.2.2.3.1 Die Zuordnung des wirtschaftlichen Risikos	7
2.2.2.3.2 Die Zuordnung des Betriebsrisikos	9
2.2.2.3.3 Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers und Ferienentschädigung	10
2.2.2.3.4 Pro rata Ansprüche	10
2.2.2.3.5 Einsichtsrecht des Arbeitnehmers	10
2.2.3 Unechter Leistungslohn: Abhängigkeit vom Geschäftsergebnis der Unternehmung oder einer Abteilung	11
2.2.3.1 Anteil am Geschäftsergebnis	11
2.2.3.1.1 Gewinnbeteiligung	11
2.2.3.1.2 Umsatzbeteiligung	12

2.2.3.1.3 Andere Formen der Beteiligung am Geschäftsergebnis	12
2.2.3.2 Rechtliche Charakteristika des unechten Leistungslohnes	13
2.2.3.2.1 Vorbemerkungen	13
2.2.3.2.2 Klagbarer Anspruch bei Eintreten des Erfolges	13
2.2.3.2.3 Anspruch pro rata temporis	14
2.2.3.2.4 Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, Unfall etc.	15
2.2.3.2.5 Nur Leistungslohn?	15
2.2.3.2.6 Fälligkeit des Anspruches und Einsichtsrecht	16
2.3 Übersicht zu einzelnen Fragen des Leistungslohnes	16
3 KEIN LOHN: DIE GRATIFIKATION ALS SONDERVERGÜTUNG	18
3.1 Begriff	18
3.2 Mögliche Erscheinungsformen	19
3.2.1 Gruppe 1: Ein- oder mehrmalige, freiwillige Zahlung	19
3.2.2 Gruppe 2: Vereinbarung einer einmaligen Zahlung	19
3.2.3 Gruppe 3: Vereinbarung einer mehrmaligen Zahlung	20
3.3 Abgrenzung der Gratifikation gegenüber (Leistungs-)Lohn	20
3.3.1 Abgrenzung zum 13. Monatslohn	21
3.3.2 Abgrenzung der Gratifikation gegenüber dem Leistungslohn	22
3.3.2.1 Freiwilligkeit der Zahlung oder zukünftiger Anreiz für den Arbeitnehmer?	22
3.3.3 Freies Ermessen des Arbeitgebers oder Höhe der Zahlung in Abhängigkeit des eingetretenen Erfolges?	23
3.4 Rechtliche Charakteristika der Gratifikation	24
3.4.1.1 Freiwillige Gratifikationen	24
3.4.1.2 Vereinbarte Gratifikationen	25
3.4.1.3 Pro-rata Anspruch des Arbeitnehmers	25
3.4.1.4 Ausrichtung an Angestellte in gekündigtem Arbeitsverhältnis	26
3.4.1.5 Die Gratifikation unter dem Aspekt der Lohnfortzahlungspflicht	27
3.4.1.6 Übersicht: Rechtliche Charakteristika der Gratifikation	27
4 GESETZLICH NICHT GEREGLTE FORMEN DER ENTLÖHNUNG	28
5 DIE MÖGLICHKEIT DER HERABSETZUNG BISHERIGER VERGÜTUNGEN	29
5.1 Vorbemerkungen	29
5.2 Vertraglicher Vorbehalt zur einseitigen Abänderung des Vertrages	29
5.3 Abänderung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber mit Hilfe der Änderungskündigung	30
5.4 Der Vorbehalt einer Teilkündigung als Alternative	32
6 DIE GLEICHBEHANDLUNG DER ARBEITNEHMER	34
6.1 Definition	34
6.2 Rechtsgrundlagen	34
6.2.1 Geschlechtliche Diskriminierungen	34
6.2.2 Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht	34
6.2.3 Vertragliche Vereinbarung	35
6.3 Abgrenzungen	35

6.4 Anwendungsbereich und Umfang des Gleichbehandlungsgrundsatzes	36
6.4.1 Gleichbehandlung nur innerhalb desselben Betriebes	36
6.4.2 Willkürverbot bei Ausrichtung einer Gratifikation	37
6.4.3 Zulässigkeit der Besserstellung eines einzelnen Arbeitnehmers	37
6.4.4 Freiheit des Arbeitgebers bei der Wahl der Kriterien zur Zahlung und Bemessung einer Gratifikation	37
6.5 Konkreter Ablauf der Prüfung einer Ungleichbehandlung	38
6.6 Die schwierige Abgrenzung zwischen Willkür und Ermessen des Arbeitgebers	38
7 EMPFEHLUNGEN ZU LEISTUNGSLOHNSYSTEMEN	40
7.1 Vorbemerkungen und Übersicht	40
7.2 Wurde Leistungslohn oder Gratifikation vereinbart?	40
7.2.1 Gründe für gerichtliche Auseinandersetzungen	40
7.2.2 Grundsatzentscheid zugunsten Gratifikation oder Leistungslohn anstelle einer Wunschliste von Rechtsfolgen	41
7.2.3 Konsistente und klare Ausformulierung der Vereinbarung	42
7.2.4 Erwähnung zwingender Rechtsfolgen im Vertrag	43
7.2.5 Weitere Modalitäten	43
7.2.6 Verhalten nach Vertragsabschluss	44
Anhang:	
Grafik 1: Das Lohnsystem des Einzelarbeitsvertragsrechts	
Grafik 2: Erscheinungsformen der 'Gratifikation'	

Literaturverzeichnis

BERENSTEIN A.:

Labor Law in Switzerland; Bern 1994.

BRÜHWILER J.:

Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319 - 343 OR; 2. Auflage; 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. (zit.: GEISER, FS Hangartner):

Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn? in:
EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHAFFAUSER/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.); Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS für Hangartner; St.Gallen/Lachen 1998, S. 809 ff.

GEISER, TH. (zit.: GEISER, Massenentlassung):

Massenentlassungen; in: GEISER/MÜNCH (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis; Bd. II, Stellenwechsel und Entlassung; Basel 1997, S. 85 ff.

GEISER, TH. (zit.: GEISER, Leistungslohn):

Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn; AJP 4/2001, S. 382 ff.

GUHL TH.; MERZ H.; KOLLER A.:

Das Schweizerische Obligationenrecht; 8. Auflage; Zürich 1991.

KRAMER, E. A.:

Juristische Methodenlehre, Bern 1998.

REHBINDER M. (zit. BK-REHBINDER):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt; Kommentar zu Art. 319-330a OR; Bern 1985.

REHBINDER M. (zit. BK-REHBINDER):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt; Kommentar zu Art. 331-355 OR; Bern 1992.

REHBINDER M. (zit. REHBINDER, Arbeitsrecht):

Schweizerisches Arbeitsrecht; 13. Auflage; Bern 1997.

RONCORONI G.:

Lavoro su chiamata e lavoro occasionale, in: CAIMI/OMETTA/CORTI (Hrsg.), Il ticino e il diritto, Lugano 1997, S. 591 ff.

SCHLUEP W. R.; AMSTUTZ M.:

in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.); Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht; Basel 1996.

STAEHELIN A. (zit.: ZK-STAEHELIN):

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. Auflage; Zürich 1992.

VISCHER F.:

Der Arbeitsvertrag; unveränderter Nachdruck aus „Schweizerisches Privatrecht“, Bd. VII/1III; 2. Auflage; Basel 1994.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
FS	Festschrift
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995 (SR 151)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
i.S.	im Sinne (von)
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OGer	Obergericht
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
Rz	Randziffer
sog.	sogenannte
m.E.	meines Erachtens
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer

Fragestellung und Vorbemerkungen

Mit Leistungsöhnen soll der oder die Angestellte erfolgsorientiert entlohnt werden. Für den Arbeitnehmer bedeutet dies, dass eine bessere Arbeitsleistung auch zu einem höheren Einkommen führt, was für diesen einen Anreiz zu Höchstleistungen darstellt. Für die Arbeitgeber werden mit einer erfolgsorientierten Salärpolitik die Lohnkosten mit dem Unternehmenserfolg gekoppelt. Die Lohnkosten verändern sich prozyklisch zum Unternehmensergebnis.

Der vorliegende Aufsatz verfolgt zwei Ziele. Das hauptsächlichste Problem im Zusammenhang mit Fragen zum Leistungslohn ist dessen Abgrenzung zur Gratifikation, welche eine Sondervergütung und im Grundsatz eben keinen Lohn darstellt. Wann liegt eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR vor und wann ein Leistungslohn nach Art. 322a ff. OR? In Literatur oder Rechtsprechung werden Begriffe wie 'Lohn' oder 'Gratifikation' weder einheitlich definiert noch verwendet. Die vorliegende Arbeit wagt den Versuch, eine Gliederung einzuführen, welche die einzelnen Begriffe und Instrumente gegeneinander abgrenzt und vor allem ein in sich möglichst widerspruchsfreies System schaffen soll¹. In einem zweiten Schritt werden einzelne Probleme behandelt, welche sich im Zusammenhang mit Leistungslohnsystemen regelmässig stellen.

1 Begriffliches zum Lohn

Die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung ist ein wesentliches und notwendiges Merkmal des Arbeitsvertrages². Unentgeltliche Arbeitsleistungen sind nach den Bestimmungen über den Auftrag (Art. 394ff. OR) zu beurteilen³ oder gelten als reine Gefälligkeiten⁴.

Als Lohn im Sinne von Art. 322 OR gilt die - in der Regel periodische - Vergütung der erbrachten Arbeitsleistung⁵. Diese Definition impliziert, dass die Vergütung durch den Arbeitgeber eine Gegenleistung für die erbrachte Arbeit darstellt.

Nicht als „Lohn“ im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren sind erstens der Ersatz von Auslagen, die dem Angestellten während der Arbeitsleistung entstanden sind (Spesenersatz)⁶. Zweitens gelten all jene Leistungen des Arbeitgebers nicht als Lohn, welche in keinem direkten Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung stehen⁷. Der Arbeitnehmer kommt nur aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit in den Genuss solcher Leistungen. Als Beispiele zu nennen sind hier das Recht der Angestellten zur Benützung von Kantine oder Sportanlagen oder die Möglichkeit, unternehmenseigene Waren zu Einstandspreisen zu beziehen.

Drittens schliesslich gelten alle freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers nicht als Lohn. Diesbezüglich wichtigstes Beispiel ist die freiwillige Gratifikation⁸. Solche Zuwendungen stellen

¹ Diesbezüglich am weitesten fortgeschritten ist die Dissertation von DELBRÜCK.

² VISCHER, S. 4; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz 23 und 65 ff.

³ ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 24; BGE 64 II 10.

⁴ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz 23.

⁵ VISCHER, S. 98; BK-REHBINDER, Art. 322 N 1 OR.

⁶ Spesenersatz, vgl. Art. 327a ff. OR.

⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 2.

⁸ Art. 322d OR.

stellen zwar eine Honorierung der erbrachten Arbeitsleistung dar. Da der Angestellte aber in der Regel keinen rechtlichen Anspruch auf deren Auszahlung besitzt, fallen diese Leistungen nicht unter Art. 322 OR. Diese Kategorie ist vorliegend von besonderem Interesse, weshalb später vertieft auf diese Art von Zuwendung eingegangen wird⁹.

⁹ Vgl. unten, S. 18ff.

2 Die verschiedenen Lohnarten

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 Leistungslohn¹⁰. Diese Unterscheidung soll hier übernommen und verfeinert werden.

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 hat¹¹.

2.1 Zeitlohn

Beim Zeitlohn erfolgt die Vergütung nach der Dauer der Arbeitszeit, ohne Berücksichtigung des dabei erzielten Arbeitsergebnisses¹². Der Lohnanspruch entsteht somit durch Zeitablauf, ohne dass eine bestimmte Arbeitsleistung oder gar ein Arbeitserfolg vorliegen muss¹³.

2.1.1 Der Grundlohn nach Art. 322 OR

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 geschuldet¹⁴. Beim Stundenlohn hingegen wird dem Arbeitnehmer nur die effektiv geleistete Arbeitszeit vergütet.

2.1.2 Zulagen

Zum Grundlohn hinzu kommen diverse Zulagen, welche sich aus dem Einzelarbeitsvertragsrecht, dem Arbeitsgesetz, dem öffentlichen Recht oder aber auch dem Arbeitsvertrag selbst ergeben. Zu nennen sind etwa¹⁵:

- Familien- und Kinderzulagen (kant. Gesetze, bzw. Art. 116 BV)
- Überstundenzuschlag von 25% nach Art. 321c Abs. 3 OR
- Überzeitzuschlag von 25% nach Art. 13 ArG

¹⁰ VISCHER, S. 105 ff.

¹¹ Für den Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR ausdrücklich: BK-REHBINDER, Art. 322a OR N 6.

¹² VISCHER, S. 105.

¹³ VISCHER, S. 105; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz 70; ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 5; Bei ungenügender Arbeitsleistung kann der Arbeitgeber höchstens eine Sorgfaltpflichtverletzung des Arbeitnehmers geltend machen (Art. 321a OR) und eine allfällige Schadenersatzforderung mit dem Lohnanspruch verrechnen (vgl. dazu ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 5).

¹⁴ VISCHER, S. 105; ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 5.

¹⁵ Vgl. dazu BK-REHBINDER, Art. 322 N 34 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 9 ff.

- Lohnzuschlag bei vorübergehender Nachtarbeit (Art. 17b Abs. 1 ArG), vorübergehender Sonntagsarbeit (Art. 19 Abs. 3 ArG)
- Ferienzulagen (i.d.R. 8.33% des Monatslohnes), womit der Lohnanspruch während der Ferien abgegolten wird
- Teuerungszulagen
- Weihnachts- oder Herbstzulagen¹⁶
- Zulagen für erschwerte Arbeitsbedingungen (Schmutzzulagen, etc.)

Während gewisse Zulagen obligatorisch sind (bspw. Familien-, Kinderzulagen), ergeben sich andere aus Gesamtarbeitsverträgen oder sind das Ergebnis individualvertraglicher Abreden zwischen Arbeitgeber und -nehmer (bspw. Teuerungs-, Weihnachts-, Herbstzulagen).

2.1.3 Insbesondere: Der 13. Monatslohn

Der 13. Monatslohn bildet eine zusätzliche Vergütung in der Höhe eines Monatslohnes pro Jahr, für die durch den Arbeitnehmer geleistete Arbeit¹⁷. Es handelt sich dabei um einen festen Lohnbestandteil, auf dessen Ausrichtung der Arbeitnehmer einen Anspruch hat¹⁸.

Schwierig und häufig zu Diskussionen Anlass gibt die Abgrenzung zur Gratifikation, welche weiter unten detailliert zu behandeln sein wird¹⁹.

2.1.4 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 Bedeutung²⁰.

2.1.4.1 Anspruch pro rata temporis

Wie bereits eingangs erwähnt, entsteht der Lohnanspruch durch Zeitablauf²¹. 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.

¹⁶ Welche aber fest vereinbart und deshalb nicht als Gratifikation zu bezeichnen sind (VISCHER, S. 113).

¹⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 12.

¹⁸ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 9.

¹⁹ Vgl. dazu unten, S. 21.

²⁰ 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*.

²¹ Vgl. oben, S. 3.

Dies gilt insbesondere auch für den 13. Monatslohn²². 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 fällig²³. 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 - fällig²⁴.

2.1.4.2 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, zur Arbeitsleistung verhindert, so hat er Anspruch auf eine Lohnfortzahlung während eines bestimmten Zeitraumes²⁵. Zum 'darauf entfallenden Lohn' im Sinne dieser Bestimmung gehören nicht nur der Grundlohn, sondern sämtliche Arten von Zeitlohn, wie Naturallohn, Zulagen, etc.²⁶ „Der Arbeitnehmer soll die gleiche Vergütung erhalten, wie wenn er gearbeitet hätte, mit Einschluß der Zulagen dauernden Charakters wie Teuerungs- und Sozialzulagen (Botschaft S. 333).“²⁷

2.2 Der Leistungslohn

Für den Arbeitgeber kann das Bedürfnis bestehen, den Lohn nicht im Voraus starr festzulegen, sondern ergebnisorientiert auszugestalten. Damit besteht einerseits für das Unternehmen die Möglichkeit, die Lohnsumme dem Geschäftsgang anzupassen. Andererseits kann dies auch im Interesse der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen liegen, weil besondere Leistungen auch wirklich honoriert werden. Es bestehen Anreize für Spitzenleistungen²⁸.

Wenn auch nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, so ist in Rechtsprechung²⁹ und Literatur³⁰ unbestritten, dass der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen hat³¹. Dieser Grundsatz setzt dem Leistungslohn Grenzen. Er wird zwar nicht verunmöglicht, darf aber nicht ein Ausmass annehmen, welches die Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf den Arbeitnehmer zur Folge hat.

²² ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 12; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 11.

²³ Dies ist in aller Regel das Ende des (Geschäfts-)jahres, oder eine je hälftige Auszahlung auf Mitte und Ende dieses Zeitpunktes.

²⁴ Art. 339 Abs. 1 OR.

²⁵ Art. 324a OR.

²⁶ STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9; VISCHER, S. 132.

²⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 48.

²⁸ GEISER, Leistungslohn, S. 382.

²⁹ JAR 1989, S. 260 f.; BGE 114 II 274

³⁰ ZK-STAEHELIN, Art. 324 N 13; VISCHER, S. 122; BRÜHWILER, N 2 zu Art. 324 OR; BK-REHBINDER, Art. 324 N 29; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324 N 5; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 45; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, N 2 zu Art. 324 OR.

³¹ GEISER, Leistungslohn, S. 382.

2.2.1 Echter und unechter Leistungslohn

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 Entlohnung³². 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 abhängig gemacht werden (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 von seinem persönlichen Arbeitseinsatz ab³³. Auch wenn eine einzelne Angestellte eine hervorragende Arbeitsleistung erbringt, kann die Bemessungsgrundlage durch andere Einflüsse, welche nicht in ihrem Einflussbereich liegen, abgeändert bzw. reduziert werden. In der Folge resultiert für sie trotz sehr guter Leistung ein tieferer Lohn.

2.2.2 Echter Leistungslohn: Abhängigkeit vom Erfolg des Einzelnen oder einer (kleinen) Gruppe von Arbeitnehmern

2.2.2.1 Akkordlohn (Individual- und Gruppenakkord)

Beim Akkordlohn bemisst sich die Entlohnung nach dem individuellen Arbeitsergebnis des einzelnen Arbeitnehmers (Individualakkord) oder einer Gruppe zusammenarbeitender Personen (Gruppenakkord)³⁴. Akkord im Sinne des Gesetzes ist jeder Lohn, der nach dem Arbeitsergebnis berechnet wird, auf das der Arbeitnehmer direkten Einfluss hat³⁵, soweit es sich nicht um die speziell im Gesetz geregelte Provision handelt³⁶.

Nicht unter den Akkordlohn, weil durch den Arbeitnehmer nicht direkt beeinflussbar, fallen somit alle Vergütungen in Abhängigkeit vom Erfolg der gesamten Unternehmung oder einer grösseren Abteilung (unechter Leistungslohn)³⁷.

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 wird³⁸. Der Wortlaut von Art. 326 OR ist im übrigen zu absolut formuliert. ‘Ausschliessliche

³² BK-REHBINDER, Art. 326 N 2 ff.;

³³ BK-REHBINDER, Art. 326 N 8.

³⁴ Art. 319 Abs. 1 OR; ZK-STAEHELIN, Art. 326 N 4.

³⁵ BK-REHBINDER, Art. 326 N 3.

³⁶ Art. 322b f. OR; vgl. nachfolgend.

³⁷ GEISER, Leistungslohn, S. 382.

³⁸ ZK-STAEHELIN, N 5 zu Art. 326; STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 N 2.

Akkordarbeit³⁹ liegt auch dann vor, wenn der feste, nach Zeit berechnete, Lohnanteil so tief ist, dass dieser nach Meinung beider Parteien regelmässig erheblich überschritten wird³⁹. 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 liegt⁴⁰.

2.2.2.2 Provision

Bei der Provision erhält der Arbeitnehmer eine in der Regel in Prozenten festgelegte Vergütung auf den von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäften⁴¹. Sie ist insofern dem Akkordlohn nahe verwandt, als es sich um einen echten Leistungslohn handelt⁴². Das Entgelt hängt von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers ab, nicht vom Betriebsergebnis. 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 nicht⁴³.

Da es sich um Lohn handelt, ist die Provision verdient, wenn die Arbeitsleistung erbracht worden ist, nicht erst wenn der Arbeitgeber mit dem Kunden den Vertrag abschliesst⁴⁴. Der Anspruch steht indessen bis zum Abschluss des Rechtsgeschäfts unter einer Suspensiv- und anschliessend bis zur Abwicklung des Geschäfts unter einer Resolutivbedingung⁴⁵. Entsprechend ist die Provision auch noch auf Geschäften geschuldet, welche zwar auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zurückzuführen sind, allerdings erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden⁴⁶. Die Provision fällt jedoch nachträglich dahin, wenn das Geschäft ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht abgewickelt werden kann⁴⁷.

2.2.2.3 Rechtliche Charakteristika des echten Leistungslohnes

2.2.2.3.1 Die Zuordnung des wirtschaftlichen Risikos

Wie bereits erwähnt, hat der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen, was dem Leistungslohn gewisse Grenzen setzt⁴⁸. Für die Analyse des echten Leistungslohnes ist dieser allgemeine Grundsatz allerdings etwas zu differenzieren.

³⁹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 N 2; BK-REHBINDER, Art. 326 N 15; a.M. BRÜHWILER, N 2 zu Art. 326 OR.

⁴⁰ ZK-STAEHELIN, Art. 326 N 5.

⁴¹ ZK-STAEHELIN, Art. 322b N 1; VISCHER, S. 110.

⁴² BK-REHBINDER, Art. 322b N 3.

⁴³ BK-REHBINDER, Art. 322b N 1.

⁴⁴ ZK-STAEHELIN, Art. 322b N 6; a.M. BK-REHBINDER, Art. 322b N 5; wohl auch STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 322b.

⁴⁵ Art. 322b Abs. 3 OR.

⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL, N 4 zu Art. 322b.

⁴⁷ Art. 322b Abs. 3 OR.

⁴⁸ Vgl. GEISER, Leistungslohn, S. 382, sowie oben, FN 29f.

In Bezug auf das Verbot der Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos ist zu klären, ob und wieweit die Entlöhnung 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 produziert⁴⁹ oder keine Vertragsabschlüsse zustande bringt⁵⁰.

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 erklärt⁵¹. Eine solche Form der Entlöhnung 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 wird⁵². 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 Lohn⁵³. Dieser Gedanke lässt sich im Grundsatz verallgemeinern, womit es sich rechtfertigen würde, Art. 349a Abs. 2 OR bei allen Arbeitsverhältnissen anzuwenden⁵⁴. 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 steht⁵⁵. 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 ausmacht⁵⁶, 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 ermöglicht⁵⁷. Massgebend ist allerdings nicht der tatsächliche Verdienst, sondern der bei angemessenen Anstrengungen erzielbare⁵⁸. Wird gegen diese Norm verstossen,

49 Akkordlohn: Art. 326 f. OR.

50 Provision: Art. 322b f. OR.

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

52 Art. 349a Abs. 2 OR.

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

54 GEISER, FS Hangartner, Rz. 3.15; de lege lata zurückhaltender: BK-REHBINDER, Art. 349a N 8; GEISER, Leistungslohn, S. 387.

55 Vgl. oben, FN 28f.

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

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

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

so ist der Provisionsansatz nachträglich zu erhöhen⁵⁹. Festzuhalten bleibt jedoch, dass ein ausschliesslich aus Provisionen bestehendes Entgelt nicht dem Regelfall entspricht. Häufig tritt es zu einem festen Entgelt hinzu⁶⁰.

Eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien, wonach sich der gesamte Lohn ausschliesslich aus der *Akkordleistung* des Arbeitnehmers ergibt ist zulässig⁶¹. Allerdings ist bei einer solchen Vertragsvereinbarung der Arbeitgeber verpflichtet, seinem Angestellten genügend Arbeit zuzuweisen⁶². Ist ersterer dazu nicht in der Lage, so ist dem Arbeitnehmer Zeitlohnarbeit zuzuweisen⁶³. Sollte auch dies nicht möglich sein, so sieht das Gesetz ausdrücklich die Lohnzahlungspflicht nach den Bestimmungen des Annahmeverzuges vor⁶⁴. Damit entfällt für den Arbeitnehmer bei der Akkordlohnarbeit das wirtschaftliche Risiko des Einkommensausfalles bei ungenügendem Auftragsbestand.

2.2.2.3.2 Die Zuordnung des Betriebsrisikos

Ist ein Leistungslohn an den Arbeitnehmer auch dann auszurichten, wenn der Erfolg aus Gründen, die im Betrieb des Arbeitgebers liegen nicht eintritt⁶⁵? Kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so hat er den Lohn weiterhin zu bezahlen, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist⁶⁶. Der Grundsatz der Pflicht zur Zahlung des Lohnes im Falle des Annahmeverzuges gilt auch für den echten Leistungslohn.

Beim *Akkord* sieht das Gesetz selbst vor, dass der Arbeitgeber den Lohn zu bezahlen hat, sei dies auf Bemessungsbasis eines Akkord- oder auch eines Zeitlohnes⁶⁷.

In Bezug auf die Pflicht zur Zahlung der *Provision*, wenn der Arbeitnehmer aufgrund betrieblicher Umstände zur Arbeitsleistung verhindert ist, enthält das Gesetz keine einschlägige Regelung⁶⁸. Bei der Provision haftet grundsätzlich der Arbeitnehmer dafür, ob die Geschäftsgelegenheit zwischen Kunden und dem Arbeitgeber zustande kommt⁶⁹. Trotz dieser Haftung ergibt sich aus dem Wesen und dem System des Einzelarbeitsvertrages, dass der Arbeitgeber auch bei fehlendem Erfolg zur Lohnzahlung verpflichtet ist, sofern die Ursache des Misserfolges seinem Betriebsrisiko zuzurechnen ist⁷⁰.

⁵⁹ ZK-STAEHELIN, Art. 349a N 5.

⁶⁰ BERENSTEIN, Rz. 345.

⁶¹ Art. 326 Abs. 1 OR; STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 326 N 5.

⁶² Art. 326 Abs. 1 OR.

⁶³ Art. 326 Abs. 2 OR.

⁶⁴ Art. 326 Abs. 4 OR.

⁶⁵ Bsp.: Betriebsstörungen, technische Pannen, höhere Gewalt (Feuer-, Wasserschäden) etc. (Vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 324 N 12ff.).

⁶⁶ Art. 324 Abs. 1 OR.

⁶⁷ Art. 326 Abs. 2 und 4; ZK-STAEHELIN, Art. 326 N 10 und 14.

⁶⁸ Bsp.: Infolge eines Feuer- oder Wasserschadens werden die Prototypen eines Produktes vernichtet und das Firmenfahrzeug des Aussendienstmitarbeiters stark beschädigt.

⁶⁹ Art. 322b Abs. 1 OR.

⁷⁰ Nach der Ansicht von REHBINDER ist in Bezug auf die Lohnzahlung nach Art. 324 OR umfassend das geschuldet, „(...) was der Arbeitnehmer bei normaler Vertragsabwicklung erlangt hätte“.

Diese Regelungen entsprechen den bestehenden Grundsätzen des Einzelarbeitsvertragsrechts. Erstens handelt es sich beim Leistungslohn um 'Lohn', d.h. um eine Gegenleistung für die durch den Angestellten geleistete Arbeit. Zweitens entspricht es dem Wesen des Arbeitsvertrages, dass das Betriebsrisiko nicht auf den Angestellten überwältzt werden kann. Folglich hat der Arbeitgeber auch dann den vereinbarten oder üblichen Lohn zu entrichten, wenn er zur Annahme der Arbeitsleistung (verschuldet oder unverschuldet) verhindert ist⁷¹.

2.2.2.3.3 Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers und Ferienentschädigung

Unbestritten ist, dass der Arbeitgeber im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit seines Angestellten⁷², auch zur Fortzahlung eines Akkordlohnes oder der Provision verpflichtet ist⁷³. Bei der Bemessung ist auf durchschnittliche Vergan-genheitswerte abzustellen⁷⁴. Im übrigen gilt diese Berechnungsmethode nach dem „Lohnausfallprinzip“ auch für die Bemessung des durch den Arbeitgeber geschuldeten Ferienlohnes⁷⁵.

2.2.2.3.4 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 nicht auf eine pro rata Berechnung abgestellt werden muss.

Hochrechnungen sind jedoch dann notwendig, wenn die Bemessung des Entgeltes auf einem Jahresergebnis basiert, und dieses entsprechend für den Bruchteil des Geschäftsjahres kalkulatorisch anzupassen ist⁷⁶.

2.2.2.3.5 Einsichtsrecht des Arbeitnehmers

Da ein echter Leistungslohn regelmässig vom konkreten, mit Hilfe der Buchhaltung feststellbaren Geschäftserfolg abhängt, macht es Sinn, dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Einsicht in die notwendigen Geschäftsunterlagen zuzusprechen. Bestünde ein solcher Anspruch nicht, so wäre es der Willkür des Arbeitgebers überlassen, wie hoch die Erfolgsprämie konkret sein soll, da der Arbeitnehmer ja keinerlei Kontrollmöglichkeiten besitzt.

te, also alle Bestandteile der geschuldeten Entlohnung, mit Ausnahme derjenigen, die an die tatsächliche Arbeitsleistung anknüpfen, wie Schmutzzulage oder Auslagenpauschale.“ (BK-REHBINDER, Art. 324 N 17).

⁷¹ Für die Provision: GEISER, Leistungslohn, S. 388.

⁷² Krankheit, Unfall etc. (vgl. Art. 324a OR).

⁷³ BK-REHBINDER, Art. 324a N 23; ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

⁷⁴ BK-REHBINDER, Art. 324a N 23; ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49.

⁷⁵ BK-REHBINDER, Art. 329d N 5 ff.

⁷⁶ Bsp.: Vereinbart wurde ein nicht linearer Akkordlohn, welcher dann auf ein Jahres- oder Halbjahresergebnis umgerechnet werden muss.

Bei *Provisionsvereinbarungen* ist vorgesehen, dass der Arbeitgeber seinem Angestellten die provisionspflichtigen Abrechnungen zu übergeben hat, sofern letzterer nicht selbst zu deren Aufstellung verpflichtet ist⁷⁷. Weiter wird dem Angestellten, einem gemeinsam bestimmten Sachverständigen oder dem Richter ein Einsichtsrecht in die für die Abrechnung notwendigen Unterlagen gewährt⁷⁸.

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 mitzuteilen⁷⁹. Damit besitzt der Arbeitnehmer in der Regel die notwendigen Angaben, um seine Ansprüche selbst berechnen zu können⁸⁰.

2.2.3 Unechter Leistungslohn: Abhängigkeit vom Geschäftsergebnis der Unternehmung oder einer Abteilung

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 schlussendlich 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 Leistungslohn⁸¹.

2.2.3.1 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 Bilanzkennzahl⁸². Auf welche Kennzahl abgestellt wird, ergibt sich aus der konkreten Parteivereinbarung⁸³. Möglich sind verschiedene Formen einer Beteiligung am Geschäftsergebnis:

2.2.3.1.1 Gewinnbeteiligung

In sachlicher Beziehung ist bei der Gewinnbeteiligung - vorbehaltlich einer anderen Abrede - auf den Geschäftserfolg abzustellen⁸⁴. Nicht zu berücksichtigen sind deshalb regelmässig

⁷⁷ Art. 322c Abs. 1 OR.

⁷⁸ Art. 322c Abs. 2 OR.

⁷⁹ Art. 326a OR.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Vgl. oben, S. 6.

⁸² Art. 322a OR.

⁸³ ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 11.

⁸⁴ VISCHER, S. 112.

ausserordentliche Gewinne, welche durch den Verkauf von Beteiligungen usw. entstehen⁸⁵. 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 Gesellschaftsrecht⁸⁶. Da jedoch auch jene Vorschriften einen weiten Spielraum offen lassen, lohnt sich eine möglichst präzise Vereinbarung im Arbeitsvertrag⁸⁷. In zeitlicher Hinsicht ist dasjenige Geschäftsergebnis Bemessungsgrundlage, auf dessen Schluss hin Bilanz und Erfolgsrechnung erstellt wird⁸⁸.

2.2.3.1.2 Umsatzbeteiligung

Bei einer Umsatzbeteiligung hängt die Höhe des Lohnes von dem, durch die Unternehmung erzielten Umsatz ab⁸⁹. Dies im Unterschied zur Provision, wo der durch den einzelnen Arbeitnehmer alleine erzielte Umsatz massgeblich ist⁹⁰.

Wie bei der Beteiligung am Gewinn⁹¹ ist auch bei der Umsatzbeteiligung für deren Berechnung das Geschäftsjahr die massgebende Bemessungsgrundlage. Deshalb sind - anders als bei der Provision⁹² - nur Geschäfte zu berücksichtigen, welche in der entsprechenden Geschäftsperiode tatsächlich umsatzwirksam wurden⁹³.

2.2.3.1.3 Andere Formen der Beteiligung am Geschäftsergebnis

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 Vertragsfreiheit⁹⁴. 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 Materialverbrauch⁹⁵. 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).

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

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

87 GEISER, Leistungslohn, S. 389.

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

89 Art. 322a Abs. 1 OR.

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

91 Vgl. oben, S. 11 f.

92 Vgl. oben, S. 7.

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

94 Vgl. dazu GEISER, Leistungslohn, S. 391.

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

2.2.3.2 Rechtliche Charakteristika des unechten Leistungslohnes

2.2.3.2.1 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 Arbeitsleistung⁹⁶. Zweitens besteht im Arbeitsvertragsrecht das Verbot der Abwälzung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer⁹⁷. 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 ist⁹⁸. Der unechte Leistungslohn ist somit ein Mischgebilde zwischen Zeit- und echtem Leistungslohn.

2.2.3.2.2 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 Berechnungsgrundlage⁹⁹.

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 Arbeitsvertragsrechts¹⁰⁰. Folglich hat der Arbeitgeber auch seinen Teil der vertraglichen Pflichten zu erfüllen. Eine diesbezügliche Ausnahme bildet die Gratifikation nach Art. 322d OR im Sinne einer Sondervergütung, auf welche nachfolgend vertieft eingegangen werden soll¹⁰¹. An dieser Stelle sei lediglich festgestellt, dass es sich bei jener Zahlung eben nicht um Lohn handelt und die Freiwilligkeit der Zahlung im Gesetz ausdrücklich festgehalten ist.

⁹⁶ Für die Beteiligung am Geschäftsergebnis ausdrücklich: STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 2; BK-REHBINDER, Art. 322a N 6.

⁹⁷ Vgl. oben, S. 7 ff.

⁹⁸ Bspw. kann eine Gewinnsteigerung das Ergebnis einer guten konjunkturellen Entwicklung sein, obwohl der Geschäftsführer seine Arbeit nicht sonderlich gut erledigt.

⁹⁹ Bspw. wird eine Prämie von Fr. 10'000.- pro Prozent Gewinnsteigerung vereinbart.

¹⁰⁰ Vgl. oben, FN 2, m. w. V.

¹⁰¹ Vgl. unten, S. 18 ff.

2.2.3.2.3 Anspruch pro rata temporis

Beim unechten Leistungslohn besitzt der Arbeitnehmer einen Anspruch pro rata temporis, wenn das Arbeitsverhältnis während des Geschäftsjahres beginnt oder endet¹⁰². Dieser Anspruch ist aus zwei Gründen zwingender Natur, womit im Arbeitsvertrag keine abweichende Vereinbarung möglich ist.

Unechter Leistungslohn ist Lohn im Sinne des Gesetzes¹⁰³. 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, (...)“¹⁰⁴. 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 kann¹⁰⁵. Eine Wegbedingung des Anspruches pro rata temporis auf unechten Leistungslohn verstösst m. E. gegen den Grundsatz der paritätischen Kündigungsfristen und ist daher unzulässig¹⁰⁶.

Kommt man zum Schluss, dass die Parteien einen unechten Leistungslohn vereinbarten, 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 Zahlung¹⁰⁷.

¹⁰² ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 2.

¹⁰³ BK-REHBINDER, Art. 322a N 6.

¹⁰⁴ ZK-STAEHELIN, Art. 335a N 4.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Vgl. dazu unten, S. 16.

2.2.3.2.4 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 anwendbar¹⁰⁸. 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 Bedingung¹⁰⁹. 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. Den Arbeitgeber trifft demnach insofern eine Lohnfortzahlungspflicht, als der Anspruch der Arbeitnehmerin auf einen Anteil am Geschäftsergebnis grundsätzlich nicht berührt wird von einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit¹¹⁰. Diese Schlussfolgerung ergibt sich auch aus dem Grundsatz von Art. 324a OR, wonach der Arbeitnehmer Anspruch auf denjenigen Lohn hat, welchen er bei Erbringung der Arbeitsleistung verdient hätte¹¹¹.

Dauert 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 temporis¹¹².

2.2.3.2.5 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 kann¹¹³. 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 ist¹¹⁴. 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 ist¹¹⁵. Demzufolge wäre

¹⁰⁸ Vgl. für den Anteil am Geschäftsergebnis: STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 2; BK-REHBINDER, Art. 322a N 6

¹⁰⁹ Steht am Ende der Geschäftsperiode eine Steigerung des Gewinnes um 10% fest und sieht die Vereinbarung dafür eine Prämie von Fr. 10'000.- vor, spielt die Qualität der während der Geschäftsperiode vom Angestellten erbrachten Arbeitsleistung keine Rolle.

¹¹⁰ ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 48ff.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

¹¹¹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

¹¹² Vgl. dazu oben, S. 14.

¹¹³ Dafür: BRÜHWILER, N II zu Art. 322a OR; VISCHER, S. 111; ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 1; dagegen: STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 322a.

¹¹⁴ STREIFF/VON KAENEL, N 8 zu Art. 322a OR.

¹¹⁵ GEISER, Leistungslohn, S. 387; BK-REHBINDER, Art. 322a N 5.

eine Vereinbarung, die ausschliesslich oder überwiegend eine Gewinnbeteiligung vorsieht, nur gültig, wenn damit ein ausreichendes Entgelt erzielt wird¹¹⁶.

2.2.3.2.6 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 Geschäftsjahres¹¹⁷. Wie bei der Provision als echtem Leistungslohn¹¹⁸ 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 Verlustrechnung¹¹⁹.

2.3 Übersicht zu einzelnen Fragen des Leistungslohnes

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

¹¹⁶ VISCHER, S. 111; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 2, BK-REHBINDER, Art. 322a N 5.

¹¹⁷ 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).

¹¹⁸ Vgl. oben, S. 10.

¹¹⁹ Art. 322a Abs. 3 OR.

	<u>Echter Leistungslohn</u>		<u>Unechter Leistungslohn</u>
	Provision	Akkord	Anteil am Geschäftsergebnis
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 ¹²⁰		ja
Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit/Unfall?	ja ¹²¹	ja ¹²²	ja ¹²³
Einsicht in die Geschäftsunterlagen	ja	Nur Anspruch auf Bekanntgabe des Akkordlohnsatzes	ja

Tabelle 1: Übersicht Leistungslohn

¹²⁰ 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, S. 10).

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.

¹²¹ ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49.

¹²² STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

¹²³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

3 Kein Lohn: Die Gratifikation als Sondervergütung

3.1 Begriff

Die Gratifikation ist eine Sondervergütung, welche bei gewissen Anlässen zusätzlich zum Lohn¹²⁴ ausgerichtet wird¹²⁵. Sie wird grundsätzlich freiwillig geleistet, ist aber dennoch keine Schenkung sondern eine Vergütung für die geleistete Arbeit¹²⁶. 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 besteht¹²⁷. 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 kann¹²⁸. „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.“¹²⁹

Obwohl die Gratifikation kein fester Lohnbestandteil ist, wird sie im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht als Lohn behandelt¹³⁰.

Die Erscheinungsformen der Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR sind sehr verschieden. Bereits aus der gesetzlichen Konzeption ergibt sich ein gewisser Widerspruch¹³¹. Grundsätzlich ist von einer Sondervergütung im Sinne einer (einmaligen) freiwilligen Zahlung die Rede. Die Parteien können eine Auszahlung aber auch vereinbaren, womit dem Angestellten ein klagbarer Anspruch zukommt. Obwohl in diesem Fall die Gratifikation (bei Eintreten des Erfolges) zwingend geschuldet ist, hat der Arbeitgeber einen grossen Ermessensspielraum bei deren Bemessung. Der Angestellte besitzt zwar einen zwingenden Anspruch auf Leistung, der Schuldner kann aber deren Höhe bestimmen.

Vor allem aber hat sich seit der Einführung von Art. 322d OR die Rechtswirklichkeit erheblich verändert, weshalb der üblicherweise verwendete Begriff ‘Gratifikation’ weiter zu fassen ist als im eigentlichen Sinne der gesetzlichen Bestimmung. Nachfolgend eine kurze Übersicht.

¹²⁴ VISCHER, S. 113; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 3.

¹²⁵ Art. 322d OR.

¹²⁶ DELBRÜCK, S. 29 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2 und 7; VISCHER, S. 113.

¹²⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2 und 7; VISCHER, S. 113.

¹²⁸ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15.

¹²⁹ VISCHER, S. 113; Vgl. dazu auch das Urteil des Chambre d'appel de Genève vom 12. März 1991, in JAR 1992, S. 131.

¹³⁰ VISCHER, S. 113, mit Verweis auf ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2; BK-REHBINDER, Art. 322d N 2.

¹³¹ Vgl. Art. 322d Abs. 1 OR.

3.2 Mögliche Erscheinungsformen

Anhand nachfolgender Kriterien lassen sich die verschiedenen Erscheinungsformen von Gratifikationen nach zwei Kriterien aufgliedern¹³²:

1. Ist die Zahlung freiwillig, oder wurde sie zwischen Arbeitgeber und -nehmer vereinbart?
2. Wie häufig erfolgt die Auszahlung der Vergütung (ev. in Abweichung der Vereinbarung)?

3.2.1 Gruppe 1: Ein- oder mehrmalige, freiwillige Zahlung

Als erste Erscheinungsform der Gratifikation ist die einmalige, freiwillige Zahlung des Arbeitgebers zu nennen. Sie geschieht zusätzlich zum Lohn und ohne weitere Verpflichtungen oder Abreden. Diese eigentliche Gratifikation stellt aus rechtlicher Sicht keine Probleme. Der Arbeitgeber 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 Klausel ist kein Versprechen, sondern lediglich eine Feststellung, dass der Arbeitgeber nach seinem Gutdünken eine Gratifikation ausrichten kann.

Richtet der Arbeitgeber eine solche freiwillige Zahlung mehrmals vorbehaltlos aus, so besteht die Gefahr, dass sein Verhalten nach dem Vertrauensprinzip als konkludente Vertragsänderung interpretiert wird¹³³: 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 hinzuweisen¹³⁴.

3.2.2 Gruppe 2: Vereinbarung einer einmaligen Zahlung

Bei der zweiten Erscheinungsform haben Arbeitgeber und -nehmer eine *einmalige* Zahlung vereinbart, sofern bestimmte Erfolgskriterien am Ende des Geschäftsjahres erfüllt sind. In diesem Fall ist für das betreffende Jahr die Gratifikation geschuldet, sofern die Leistungen des Angestellten oder das Erfolgsergebnis der Unternehmung die Anforderungen erfüllen¹³⁵. Geschieht eine solche Auszahlung wie vereinbart nur einmal, so hat der Arbeitgeber seine Ver-

¹³² Der besseren Übersicht halber sei hier auf Grafik Nr. 2 im Anhang verwiesen.

¹³³ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 9; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 4.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Art. 322d Abs. 1 OR, letzter Halbsatz: „(...), so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.“

pflichtung erfüllt. Der Arbeitnehmer hat im nachfolgenden Jahr keinen weiteren Anspruch auf eine erneute Gratifikation.

Analog zur nicht vereinbarten, aber 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 werden.

3.2.3 Gruppe 3: Vereinbarung einer mehrmaligen Zahlung

Bei der dritten Erscheinungsform von Gratifikationsvereinbarungen verabreden die Vertragsparteien die mehrmalige, d.h. regelmässige Auszahlung, sofern bestimmte Bedingungen (Geschäftserfolg, Einsatz des Arbeitnehmers etc.) erfüllt sind¹³⁶. Damit ist der Arbeitgeber, wie bei der zweiten Art, zur Auszahlung verpflichtet, sobald der Geschäftserfolg eintritt oder der Mitarbeiter eine genügende Qualifikation oder Arbeitsleistung vorweist.

Im Unterschied zur zweiten Form erfolgt die Vereinbarung ohne den Vorbehalt einer einmaligen Auszahlung. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber auch in den nachfolgenden Geschäftsperioden zur erneuten Auszahlung verpflichtet ist, sofern die Leistungsvorgaben erneut erfüllt werden.

Diese Erscheinungsform entspricht an sich nicht dem Kerngedanken der Gratifikation im eigentlichen Sinne. Vielmehr nähert sie sich sehr dem Anwendungsbereich von Art. 322a OR (Anteil am Geschäftsergebnis). Hängt die Auszahlung *und die Höhe* der Gratifikation von einem bestimmten Geschäftsergebnis ab, handelt es sich um unechten Leistungslohn und die Bestimmung ist direkt anwendbar¹³⁷.

Vorgegeben werden kann auch ein persönliches Leistungsziel des Arbeitnehmers (ausserordentlicher Einsatz etc.). In diesem Fall handelt es sich - sofern die Höhe der Zahlung bestimmt oder bestimmbar ist - um echten Leistungslohn, weil erstens ein klagbarer Anspruch besteht, sobald die Bedingungen erfüllt sind und zweitens der Eintritt des Erfolges direkt vom persönlichen Einsatz des Arbeitnehmers abhängt.

3.3 Abgrenzung der Gratifikation gegenüber (Leistungs-)Lohn

Bevor geprüft wird, ob eine Gratifikation dem Arbeitnehmer einen Leistungsanspruch verschafft, ist festzustellen, 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 nur sehr beschränkt von Bedeutung¹³⁸.

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

¹³⁶ 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.

¹³⁷ Vgl. dazu nachfolgend, S. 23 f.

¹³⁸ Art. 18 OR.

bestimmen sich die Rechtsfolgen (pro-rata-Anspruch, Lohnfortzahlungspflicht etc.) nach den geltenden Regeln für den festen Lohnbestandteil¹³⁹.

3.3.1 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 ist¹⁴⁰. 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 geschuldet¹⁴¹.

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.“¹⁴² 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 übereinstimmt¹⁴³. Da die Zahlung des 13. Monatslohnes auf einer Vertragsvereinbarung basiert, kann an Stelle eines genau bestimmten, durchschnittlichen Monatslohnes auch eine andere Höhe vereinbart sein¹⁴⁴. Für die rechtliche Qualifizierung und die damit verbundenen Rechtsfolgen ändert sich dadurch jedoch nichts.

Keine Gratifikation liegt 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)¹⁴⁵.

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 werden¹⁴⁶.

¹³⁹ Vgl. dazu die Übersicht, oben, S. 17.

¹⁴⁰ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 9, mit Verweis auf BGE 109 II 448 (= JAR 1985 S. 141 und Pra 73 (1984) Nr. 109).

¹⁴¹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 11.

¹⁴² STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 9.

¹⁴³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 10, insb. der Verweis auf BGE 109 II 448, wo bei einem Jahressalär von Fr. 130'000.- eine ‘Gratifikation’ von Fr. 22'000.- inbegriffen war. Diese wurde als fester Lohnbestandteil qualifiziert.

¹⁴⁴ Bspw. eine fixe Summe, ein Bruchteil des Monatslohnes oder auch ein mehrfaches Monatsgehalt.

¹⁴⁵ Vgl. dazu die Bemerkungen zur ‘Gruppe 3’ in der Grafik Nr. 2, Anhang.

¹⁴⁶ Gefährlich ist schon die Formulierung: „Bei gutem Geschäftsgang wird eine Gratifikation in der Höhe eines 13. Monatslohns ausgerichtet.“

3.3.2 Abgrenzung der Gratifikation gegenüber dem Leistungslohn

3.3.2.1 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 Auszahlung einer freiwilligen Gratifikation führt nur dann nicht zu einem klagbaren Anspruch, wenn bei jeder einzelnen Auszahlung ein Vorbehalt bzw. Hinweis gemacht wurde¹⁴⁷. 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 Anspruch¹⁴⁸. 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 stehen¹⁴⁹. 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.

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.

¹⁴⁷ Vgl. oben, 19 f.

¹⁴⁸ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 8.

¹⁴⁹ 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.“

3.3.3 Freies Ermessen des Arbeitgebers oder Höhe der Zahlung in Abhängigkeit des eingetretenen Erfolges?

Gratifikationen können freiwillig ausgerichtet oder auch vertraglich vereinbart werden¹⁵⁰. 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.

Ein Wesensmerkmal der Gratifikation ist das (grosse) Ermessen des Arbeitgebers in Bezug auf die Höhe der auszurichtenden Zahlung¹⁵¹. 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 Angestellten¹⁵². Im Extremfall bemisst sich der Leistungslohn anhand einer einfachen Funktion in Abhängigkeit vom Gewinn, Umsatz oder einer anderen Kennzahl¹⁵³. Aus dieser Überlegung lässt sich m. E. 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 kann¹⁵⁴. 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 darf¹⁵⁵.

Demgegenüber wird eine 'Gratifikation' immer dann als fester Lohnbestandteil zu betrachten sein, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind¹⁵⁶: 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

¹⁵⁰ Vgl. oben, die Ausführungen zu den drei Erscheinungsformen, S. 19 ff.

¹⁵¹ Vgl. oben, FN 128, m.V. auf ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15.

¹⁵² 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).

¹⁵³ Bspw. 1% des Cash Flow.

¹⁵⁴ Gleicher Meinung das *Chambre d'appel de Genève*, im Urteil vom 12. März 1991 (in JAR 1992, S. 131)

¹⁵⁵ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15, mit weiteren Verweisen.

¹⁵⁶ Vgl. dazu die Bemerkungen zu 'Gruppe 3', Anhang, Grafik Nr. 2.

Vertragsklausel im Sinne einer Beteiligung am Geschäftsergebnis¹⁵⁷ zu behandeln¹⁵⁸. In diesen beiden Fällen stellt die Zahlung keine Sondervergütung, sondern Lohn dar, mit den oben erwähnten Konsequenzen¹⁵⁹.

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 m. E. 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 bleibt¹⁶⁰.

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 als konkludente Vertragsänderung zugunsten des Arbeitnehmers interpretiert werden kann.

3.4 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:

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

3.4.1.1 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 wurde¹⁶¹. Kann der Arbeitgeber frei über die Zahlung an sich entscheiden, so steht ihm auch die Möglichkeit offen, deren Modalitäten zu bestimmen. Entgegenstehen kann die-

¹⁵⁷ Art. 322a OR.

¹⁵⁸ a.M. BK-REHBINDER, Art. 322d N 3.

¹⁵⁹ Vgl. oben, S. 13.

¹⁶⁰ Vgl. dazu DELBRÜCK, S. 15f.

¹⁶¹ 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.

sem Ermessen höchstens der Gleichbehandlungsgrundsatz, oder die Tatsache, dass sich aus einer betrieblichen Übung ein (konkludent vereinbarter) Anspruch ableiten lässt¹⁶².

3.4.1.2 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 liegt¹⁶³. 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 dient¹⁶⁴. Wenn der Umfang des Ganzen frei bestimmt werden kann, so wird sich auch dessen Bruchteil entsprechend verändern¹⁶⁵. Die Kompetenz des Arbeitgebers zur Bestimmung der Höhe einer Sondervergütung beinhaltet zwangsläufig auch das Recht zu deren teilweisen Kürzung¹⁶⁶.

Die Frage nach einem pro rata Anspruch oder einem solchen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht ergibt sich, weil 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 Mitarbeiter¹⁶⁷ oder ein intertemporaler Vergleich mit vergangenen Jahren sein¹⁶⁸.

3.4.1.3 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.“¹⁶⁹ Ein Anspruch pro rata temporis ist damit nur dann geschuldet, wenn diesbezüglich eine Vereinbarung getroffen wurde. Dies kann sowohl ausdrücklich als

¹⁶² Vgl. dazu unten, S. 34ff.

¹⁶³ Vgl. oben, S. 23 f.; Gruppe 2b und Gruppe 3, Grafik Nr. 2, Anhang.

¹⁶⁴ In diesem Sinne an sich widersprüchlich STAEHELIN, welcher von einer 'zahlenmässig festgelegten' Gratifikation spricht (ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19).

¹⁶⁵ Bsp.: Der Arbeitgeber bestimmt, dass die vereinbarte Gratifikation im Jahre 1998 pro Mitarbeiter Fr. 6'000.- betragen soll. Scheidet nun ein Angestellter nach 6 Monaten aus, so hätte er (falls vereinbart) einen pro rata Anspruch von $\frac{1}{2}$, d.h. Fr. 3'000.-. Da sich aber der Arbeitgeber per Ende 1998 auch für eine Zahlung von Fr. 3'000.- pro Person hätte entscheiden können, reduziert sich entsprechend auch der pro rata Anteil.

¹⁶⁶ Für die Frage der Kürzung aufgrund der Verhinderung des Arbeitnehmers i.S. von Art. 324a OR ausdrücklich: BK-REHBINDER, Art. 322d N 17.

¹⁶⁷ Bsp.: Gratifikation soll nur vom Geschäftsergebnis abhängig sein. Alle Mitarbeiter mit vergleichbarem Status erhalten Ende Jahr Fr. 2'000.-. Ist ein pro rata Anspruch für ein halbes Jahr geschuldet, wird der Arbeitgeber diesen nicht auf Fr. 200.- festlegen dürfen.

¹⁶⁸ Bsp.: Gratifikation soll nur vom Geschäftsergebnis abhängig sein. Die vergangenen Jahre erhielt Mitarbeiter X bei gleichem Geschäftserfolg Fr. 3'000.-. Scheidet er nun nach 6 Monaten aus, wird der Arbeitgeber nicht ohne Grund markant von Fr. 1'500.- abweichen dürfen.

¹⁶⁹ Art. 322d Abs. 2 OR.

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 schliesst¹⁷⁰.

Zu beachten ist, dass die Gesetzesbestimmung auf den Zeitpunkt des *Anlasses* nicht aber der Auszahlung abstellt¹⁷¹. 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 besteht¹⁷².

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 ist¹⁷³. Dieser Anspruch kann im Arbeitsvertrag aber auch wegbedungen werden¹⁷⁴.

3.4.1.4 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 befindet¹⁷⁵.

Wurden diesbezüglich *keine Vereinbarungen* getroffen, so darf die Zahlung zwar nicht verweigert werden, der Arbeitgeber kann die Gratifikation jedoch um einen bestimmten Betrag kürzen¹⁷⁶. 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 ist¹⁷⁷.

Zu beachten ist schliesslich, dass man dem Arbeitgeber bei einer Kündigung seinerseits unter Umständen wird entgegenhalten können, er habe den Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen

¹⁷⁰ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 8.

¹⁷¹ 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).

¹⁷² 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.

¹⁷³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15; BK-REHBINDER, Art. 322d N 13.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ BK-REHBINDER, Art. 322d N 14; DELBRÜCK, S. 91; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19.

¹⁷⁶ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 6; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19.

¹⁷⁷ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 6; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 19, je mit Verweisen.

wider Treu und Glauben vereitelt. Ist dies der Fall, so gilt der Anspruch dennoch als entstanden¹⁷⁸ und darüber hinaus kann die Kündigung als missbräuchlich erscheinen¹⁷⁹.

3.4.1.5 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 besteht¹⁸⁰. Ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers erloschen, so kann auch die Auszahlung der Gratifikation verweigert werden.

3.4.1.6 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

¹⁷⁸ Art. 156 OR; VISCHER, S. 115; weitergehend: DELBRÜCK, S. 89.

¹⁷⁹ Art. 336 Abs. 1 lit. c OR.

¹⁸⁰ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 22; BK-REHBINDER, Art. 322d N 17; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 15.

4 Gesetzlich nicht geregelte Formen der Entlöhnung

„Neben den aufgezeigten, im Gesetz ausdrücklich geregelten Arten von Erfolgsvergütungen können die Parteien grundsätzlich beliebige andere Vereinbarungen treffen“¹⁸¹. So ist es beispielsweise möglich, mit Prämien nicht die Menge, sondern die Qualität der Arbeit auszuzeichnen¹⁸² oder einen echten Leistungslohn in Abhängigkeit von persönlichen Leistungsmerkmalen einzuführen. Solche Systeme können mit einem festen Lohn oder mit einer gesetzlich geregelten Art der Erfolgsvergütung verbunden werden¹⁸³.

Sind die Lohnsysteme nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, besteht natürlich eine entsprechend höhere Unsicherheit über die rechtliche Ausgestaltung. Werden die gesetzlich geregelten Arten der Erfolgsvergütung gemischt, ist zu prüfen, ob die für die einzelnen Teile bestehenden ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen anwendbar sind. Es gelten dafür die allgemeinen Auslegungsregeln für gemischte bzw. zusammengesetzte Verträge¹⁸⁴. Dabei ist zu beachten, dass durch die Neuentwicklung von Leistungslohnformen keine zwingenden Bestimmungen umgangen werden dürfen¹⁸⁵.

Ob auf die Erfolgsvergütung als Lohnbestandteil ein klagbarer Anspruch besteht, oder ob es sich um eine freiwillige Sondervergütung in der Art einer Gratifikation handelt, hängt von der konkreten Vereinbarung ab¹⁸⁶.

¹⁸¹ GEISER, Leistungslohn, S. 391; Wohl a.M. RONCORONI, S. 591 ff.

¹⁸² BK-REHBINDER, 326a N2.

¹⁸³ VISCHER, S. 108.

¹⁸⁴ Vgl. dazu insb. OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einleitung vor Art. 184 ff. N 1ff.

¹⁸⁵ GEISER, Leistungslohn, S. 391; Vgl. GEISER, Neue Arbeitsvertragsformen, Rz. 2.23. ff.

¹⁸⁶ VISCHER, S. 109.

5 Die Möglichkeit der Herabsetzung bisheriger Vergütungen

5.1 Vorbemerkungen

Im Zusammenhang mit der Leistungsentlohnung ist auch die Frage der einseitigen Abänderung dieser Leistungen seitens des Arbeitgebers von Interesse. Unproblematisch ist eine beliebige Praxisänderung bei freiwilligen Gratifikationen. Da deren Ausrichtung eben freiwillig erfolgt, kann sie auch nach Belieben des Arbeitgebers abgeschafft werden¹⁸⁷.

Ebenfalls unproblematisch ist die Abänderung dann, wenn die andere Vertragspartei, sprich der Arbeitnehmer, damit einverstanden ist. Diesfalls bedeutet die Willensübereinkunft beider Parteien einen Änderungsvertrag. Möglich ist ein solcher Vertragsabschluss natürlich auch in der Form, als der Arbeitgeber bspw. eine Lohnkürzung vornimmt, gegen welche der Angestellte nicht protestiert (stillschweigende Zustimmung). Vor allem aber im Bereich der Entschädigung für die erbrachte Arbeitsleistung ist bei der Annahme eines Änderungsvertrages grösste Zurückhaltung angebracht. Diesbezüglich ist die Gerichtspraxis sehr restriktiv, indem bspw. selbst die Unterzeichnung einer Quittung mit der reduzierten Auszahlung für sich allein nicht als konkludente Zustimmung gewertet wurde¹⁸⁸.

Die Herabsetzung arbeitgeberseitiger Leistungen ist immer dann problematisch, wenn es sich bei der Vergütung um einen klagbaren Anspruch des Arbeitnehmers handelt. Ein solcher liegt vor, wenn die Ausrichtung der Leistung auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung basiert und der Erfolg eingetreten ist. Davon betroffen sind alle Arten von Lohnzahlungen, da es sich um die vereinbarte Gegenleistung für die durch den Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung handelt. Weiter fällt darunter auch die nicht freiwillige Gratifikation, d.h. solche auf die der Angestellte einen klagbaren Anspruch besitzt¹⁸⁹.

5.2 Vertraglicher Vorbehalt zur einseitigen Abänderung des Vertrages

Aus rechtlicher Sicht äusserst schwierig zu beurteilen ist die Zulässigkeit eines vertraglichen Vorbehaltes zur einseitigen Vertragsänderung. Die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages ist ein typisches und begriffswesentliches Merkmal. Vereinbarungen, welche dem Arbeitgeber das Recht einräumen, diese zwingend geschuldete Gegenleistung frei zu bestimmen, greifen in das Wesen des Vertrages ein und verändern somit das Austauschverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fundamental. Andererseits jedoch ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer

¹⁸⁷ Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass der Arbeitgeber nicht an eine gewisse Gleichbehandlung der Angestellten gebunden wäre. Eine vollständige Abschaffung ist sicherlich zulässig. Dies gilt jedoch nur mit Einschränkungen, wenn er eine freiwillige Gratifikation nur für einen Teil der Angestellten abschaffen will (vgl. dazu unten, S. 34).

¹⁸⁸ BGE 109 II 327.

¹⁸⁹ Dies sind alle Erscheinungsformen ausser die Gruppe 1a (Grafik Nr. 2, Anhang). Bei der Gruppe 2a besteht zwar kein Anspruch für zukünftige Auszahlungen, da aber eine einmalige Zahlung vereinbart wurde, ist diese geschuldet.

einer einseitigen Abänderung bei Vertragsabschluss *zugestimmt* hat, was innerhalb eines gewissen Rahmens sicherlich auch in Bezug auf die Entlohnung zulässig sein muss¹⁹⁰.

Als Orientierungshilfe zur Beurteilung der Zulässigkeit einer einseitigen Vertragsänderung aufgrund eines vertraglichen Vorbehaltes können folgende Grundsätze dienen: Erstens ist eine einseitige Abänderung des Vertrages immer dann unproblematisch, wenn sie zugunsten des Angestellten ausfällt. Zweitens ist die Änderung zulässig, wenn der Arbeitgeber eine Praxisänderung innerhalb seines Weisungsrechts vornimmt¹⁹¹. Allerdings gehen konkrete Vereinbarungen vor, denn das Weisungsrecht findet in den Abmachungen des einzelnen Arbeitsvertrages seine Schranken¹⁹². Drittens schliesslich richtet sich die Zulässigkeit einer Vertragsänderung nach deren Tragweite. Je grösser das Ausmass der Änderung und je bedeutungsvoller der zur Diskussion stehende Punkt, umso eher überschreitet der Arbeitgeber das Mass des Zulässigen. So ist bspw. die einseitige Abschaffung einer Leistungsvergütung umso *unproblematischer*:

- je tiefer der prozentuale Anteil der Leistungsvergütung am gesamten, dem Arbeitnehmer ausbezahlten Lohn ist¹⁹³.
- je höher das dem Arbeitnehmer ausbezahlte Grundgehalt ist¹⁹⁴.
- je grösser die Schwankungen dieses Leistungslohnes sind¹⁹⁵.

Im Hinblick auf die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages bleibt aber auf jeden Fall festzuhalten, dass ein Recht auf einseitige Abänderung eines Leistungslohnes sehr und damit auch mit einer hohen Rechtsunsicherheit verknüpft ist.

5.3 Abänderung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber mit Hilfe der Änderungskündigung

Die Änderungskündigung ist im schweizerischen Arbeitsrecht grundsätzlich zulässig¹⁹⁶. Dabei spricht der Arbeitgeber die Kündigung aus, für den Fall, dass der Arbeitnehmer mit den neuen Vertragsbedingungen nicht einverstanden ist. Rechtlich handelt es sich um eine Kündi-

¹⁹⁰ Bspw. wenn die Abänderung eines Leistungslohnes vorbehalten wurde und dieser lediglich 1% des gesamten (im branchenüblichen Bereich liegenden) Lohnes ausmacht.

¹⁹¹ Art. 321d OR; Zu dessen Umfang: ZK-STAEHELIN, Art. 321d N 2 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 321d N 3 ff.

¹⁹² STREIFF/VON KAENEL, Art. 321d OR, N 3.

¹⁹³ Die Streichung einer Leistungsvergütung, welche üblicherweise ca. 2% des festen Grundlohnes entspricht, ist sicherlich weniger problematisch wie wenn der Leistungsanteil die Hälfte des gesamten Lohnes ausmacht.

¹⁹⁴ Verdient jemand jährlich ein Grundgehalt Fr. 500'000.— ist die Abschaffung einer zusätzlichen Lohnkomponente sicherlich weniger eingreifend, wie wenn der Arbeitnehmer bereits mit dem Leistungslohn zusammen im Bereich des Existenzminimums entlohnt wird.

¹⁹⁵ Je grösser die Schwankungen einer Leistungsvergütung, umso unsicherer ist auch deren Anfall. Folglich spielt dieses Element der vertraglich geschuldeten Gegenleistung eine weniger wichtige Rolle, da nicht mit einer fixen Auszahlung gerechnet werden kann.

¹⁹⁶ ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 6; STREIFF/VON KAENEL, Art. 335 N 3.

gung mit der Bedingung, dass diese nur dann wirksam wird, wenn die andere Vertragspartei die Offerte zur Abänderung des Arbeitsvertrages ablehnt¹⁹⁷.

Akzeptiert der Arbeitnehmer die Änderungskündigung, wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt. Dessen Dauer berechnet sich nach der gesamten Laufzeit aller Verträge insgesamt¹⁹⁸. Dies ist vor allem beachtlich im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR. Ausserdem kann eine Änderungskündigung nur unter Beachtung der Kündigungsfrist erfolgen¹⁹⁹. Eine sofortige Vertragsänderung ist unzulässig²⁰⁰. Im Falle einer Änderungskündigung für eine grössere Zahl von Arbeitnehmenden, kann es sich um Massenänderungskündigungen handeln. Damit ist das für die Massenentlassungen vorgeschriebene Verfahren²⁰¹ einzuhalten²⁰².

In BGE 123 III 246ff. hat das Bundesgericht entschieden, dass Änderungskündigungen unter gewissen Umständen rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR sein können. Mit anderen Worten besteht die Möglichkeit, dass der Arbeitgeber aufgrund einer Änderungskündigung schadenersatzpflichtig wird. Wann Missbräuchlichkeit gegeben ist, wurde wie folgt umschrieben:

„Der Grund des Missbrauchs des Kündigungsrechts liegt (...) darin, dass die kündigende Partei eine Vertragsbeendigung gar nicht will und die Kündigung nur erklärt, um eine für sie günstigere und entsprechend für die Gegenpartei schlechtere Vertragsregelung durchzusetzen. Die Verknüpfung dieser beiden Erklärungen - Antrag auf Vertragsänderung einerseits und (mögliche) Kündigung andererseits - ist missbräuchlich, wenn die Kündigung als Druckmittel dient, um eine für die Gegenseite belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.“²⁰³

Aus dieser Entscheidung und den relevanten gesetzlichen Bestimmungen ergeben sich namentlich drei Voraussetzungen, damit eine Änderungskündigung missbräuchlich erscheint:

Erstens muss die Änderungskündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben. Wie oben erläutert, handelt es sich bei der Änderungskündigung lediglich um eine *bedingte* Kündigung (mit gleichzeitiger Offerte zur Vertragsänderung)²⁰⁴. Ist der Arbeitnehmer mit der Vertragsänderung einverstanden, so tritt die Bedingung nicht ein, und die Kündigung wird nicht wirksam. Da somit keine Kündigung ausgesprochen wurde, kann diese auch nicht rechtsmissbräuchlich sein. Mit anderen Worten liegt nie Missbräuchlichkeit im Sinne von Art.

¹⁹⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 6.

¹⁹⁸ STREIFF/VON KAENEL, Art. 335 N 3, mit Verweis auf JAR 1983 S. 165.

¹⁹⁹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 335 N 3, mit Verweis auf JAR 1980 S. 259.

²⁰⁰ Jederzeit zulässig ist natürlich die Abänderung des Arbeitsvertrages aufgrund der Zustimmung des Arbeitnehmers (Änderungsvertrag).

²⁰¹ Art. 335d ff. OR.

²⁰² GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.28. ff.

²⁰³ BGE 123 III 250.

²⁰⁴ Vgl. oben, S. 30, ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 6.

336 OR vor, wenn der Angestellte die Offerte des Arbeitgebers und damit die neuen Arbeitsbedingungen akzeptiert.

Zweitens darf die durch den Arbeitgeber angestrebte und für den Arbeitnehmer belastende Vertragsänderung sachlich nicht gerechtfertigt sein. Als sachliche Rechtfertigung akzeptiert das Bundesgericht betriebliche oder marktbedingte Gründe. *Was* genau unter betrieblichen oder marktbedingten Gründen zu verstehen ist, wurde im Entscheid nicht näher ausgeführt. Ebensowenig erfolgte eine Abgrenzung, *ab welchem Ausmass* solche Gründe gegeben sind, und wann die Änderung des Vertrages schlicht ‘unbillig’ ist.

Drittens muss eine Verknüpfung zwischen der Änderungskündigung und der unbilligen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen vorliegen. Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit wird missbraucht für eine sachlich nicht gerechtfertigte Abänderung des Arbeitsvertrages. Eine solche unzulässige Verknüpfung besteht insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber mit der Änderungskündigung primär gar nicht die Absicht verfolgt, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Denkbar ist nämlich, dass er bei Ablehnung der Änderungs-offerte durch den Mitarbeiter bereit wäre, das Arbeitsverhältnis zu den alten Bedingungen weiterzuführen. Eine unzulässige Verknüpfung ist daher dann zu vermuten, wenn der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zu den veränderten Bedingungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorzieht.

Wird eine Vertragsänderung für die *gesamte Belegschaft* der Unternehmung vorgenommen, so ist zu vermuten, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im genannten Sinne nicht gewollt sein kann. Würde die Arbeitnehmerschaft die Vertragsänderung ablehnen, so wäre eine Fortführung der operativen Tätigkeit der Unternehmung schlicht unmöglich, was natürlich nicht im Interesse des Arbeitgebers liegt.

5.4 Der Vorbehalt einer Teilkündigung als Alternative

Anstatt mit Hilfe einer Änderungskündigung eine bedingte Beendigung des gesamten Arbeitsvertrages auszusprechen, besteht auch die Möglichkeit zur Kündigung lediglich einzelner Teile. Ein solches Recht zur Teilkündigung des Arbeitsvertrages ist jedoch nur dann zulässig, wenn es im Vertrag selbst ausdrücklich vereinbart wurde²⁰⁵. Denkbar wäre eine Vertragsklausel, welche es beiden Vertragsparteien erlaubt, die Abrede der Prämienzahlung unter Einhaltung der Fristen aufzukündigen.

Im Vergleich zum vertraglichen Vorbehalt des Rechts, den Vertrag einseitig abzuändern, hat die Teilkündigung den Vorteil einer bedeutend höheren Rechtssicherheit aus namentlich folgenden Gründen:

- a) Eine Teilkündigung ist im Grundsatz paritätisch. Auch wenn der Arbeitnehmer kein Interesse an der Kündigung hat, steht dieses Recht beiden Parteien zu, womit dem, im Einzelarbeitsvertragsrecht geltenden Grundsatz der Kündigungsparität Rechnung getragen wird²⁰⁶.

²⁰⁵ BK-REHBINDER, Art. 335 N 4; ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 8; STREIFF/VON KAENEL, Art. 335 N 8.

²⁰⁶ Vgl. oben, S. 14.

- b) Im Gegensatz zu einem generellen Abänderungsvorbehalt ist Gegenstand und Umfang der Teilkündigung klar umrissen. Der Arbeitnehmer ist sich demnach bei Vertragsabschluss eher im Klaren über die Tragweite einer solchen Klausel, was die Bereitschaft der Gerichte, eine solche Vertragsbestimmung zu schützen, massgeblich erhöht.
- c) Aus rechtlicher Sicht beurteilt Rehbinder eine Teilkündigung nicht als Kündigung im Sinne von Art. 335 OR, sondern als ‘Vereinbarung einer Leistung mit Widerrufsvorbehalt’ bzw. der ‘Vereinbarung des Rechts zur einseitigen Leistungsbestimmung’. Handelt es sich nicht um eine Kündigung, stellt sich die Frage, inwieweit die Verfahrensbestimmungen über die Massenentlassung anwendbar und ob überhaupt Kündigungsfristen einzuhalten sind.
- d) Wurde eine Teilkündigung für die gesamte Prämie gültig vereinbart, so liegt es auf der Hand, dass auch deren Kürzung zulässig sein muss. Mit anderen Worten liesse sich in der Vertragsabrede auch das Recht zur Kündigung der Prämie im Sinne einer Reduktion gültig vereinbaren.
- e) Die Kündigung kann formfrei erfolgen und ist nur auf Verlangen zu begründen²⁰⁷. Entsprechend muss eine Teilkündigung ebenfalls formlos möglich sein, womit nicht eine persönliche Anschrift an jeden einzelnen Angestellten notwendig wird. Wurde die Teilkündigung generell abstrakt vereinbart, so kann diese auch, sofern dies für die ganze Belegschaft gelten soll, in allgemeiner Form bekanntgemacht werden. Wichtig ist lediglich, dass der Arbeitgeber in der Lage ist, die Bekanntmachung und vor allem die Kenntnisnahme durch den Arbeitnehmer zu beweisen.

Wie oben festgestellt, ist der (echte oder unechte) Leistungslohn pro rata temporis geschuldet. Auch wenn die *Auszahlung* des Leistungslohnes erst am Ende der Geschäftsperiode erfolgt, so entsteht der Anspruch auf Auszahlung während der Dauer des Arbeitsvertrages, d.h. während des Geschäftsjahres²⁰⁸. Dies hat m.E. zur Folge, dass mit einer Teilkündigung lediglich *zukünftige* Ansprüche vermieden werden können. Kündigt der Arbeitgeber das gesamte Prämiensystem unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten auf den 31. Dezember, so kann er dadurch den Anspruch der Arbeitnehmerschaft auf den Leistungslohn für das laufende Jahr nicht verhindern. Dieser ist während des Jahres entstanden, womit die Kündigung rückwirkend und damit unzulässig ist.

²⁰⁷ Art. 335 OR.

²⁰⁸ ZK-STAEHELIN, Art. 322a N 6 und Art. 323 N 13.

6 Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer

6.1 Definition

Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber einzelne Angestellte desselben Betriebes ohne einen sachlichen Grund benachteiligt²⁰⁹. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht verbietet dem Arbeitgeber die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung seiner Angestellten und erst recht eine (gezielte) Diskriminierung einzelner Mitarbeiter.

6.2 Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlagen des Gleichbehandlungsgebotes ergeben sich nicht nur aus dem Einzelarbeitsvertragsrecht, sondern auch aus Normen des öffentlichen Rechts oder können gar in Form einer vertraglichen Vereinbarung zur Anwendung kommen.

6.2.1 Geschlechtliche Diskriminierungen

„Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.“²¹⁰ Diese Verfassungsbestimmung verleiht dem Arbeitnehmer einen direkten, klagbaren Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Dies gilt allerdings nur für den Fall einer geschlechtlichen Diskriminierung, d.h. der Angestellte muss sich auf eine Lohndifferenz berufen können, die aufgrund seines Geschlechts besteht und nicht die Folge anderer, sachlicher Unterscheidungsmerkmale ist.

Die zweite Rechtsgrundlage, welche die geschlechtliche Diskriminierung im Bereich des Arbeitsrechts untersagt, bildet das Gleichstellungsgesetz. Art. 3 GlG verbietet jede direkte oder indirekte Benachteiligung aus geschlechtsspezifischen Gründen, namentlich Zivilstand, familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, Schwangerschaft.

6.2.2 Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht

Der arbeitsrechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung stützt sich auf Art. 328 OR²¹¹. Diese Norm verpflichtet den Arbeitgeber zum Schutze der Persönlichkeit seines Angestellten. Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung eines Arbeitnehmers bedeutet dessen Diskriminierung, was eine Persönlichkeitsverletzung darstellt²¹².

Diese Bestimmung gilt für diverse Arten von Gleich- oder Ungleichbehandlung, bspw. im Bereich des Weisungsrechtes oder freiwilliger Sozialleistungen²¹³. Im Bereich des Lohnwesens sind dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 328 OR enge Grenzen gesetzt²¹⁴. Ei-

²⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL 328 N 12.

²¹⁰ Art. 8 Abs. 3 BV.

²¹¹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 328 N 12; BK-REHBINDER, Art. 328 N 8.

²¹² BK-REHBINDER, Art. 328 N 8.

²¹³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 328 N 12; BK-REHBINDER, Art. 328 N 9; VISCHER, S. 60.

²¹⁴ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322 N 20.

nerseits weil die Vertragsfreiheit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 328 OR vorgeht²¹⁵ und andererseits weil für geschlechtsspezifische Lohndiskriminierungen die Bestimmungen aus der Verfassung und dem Gleichstellungsgesetz eine direkte Anspruchsgrundlage zur Verfügung stellen.

6.2.3 Vertragliche Vereinbarung

Ein Gleichbehandlungsgrundsatz kann sich nicht nur aus einer gesetzlichen Bestimmung, sondern auch aus einer vertraglichen Vereinbarung ergeben. Im Sinne einer *ausdrücklichen* Vereinbarung zu qualifizieren sind generell abstrakte Vertragsklauseln und allgemeine (vereinbarte) Reglemente, welche bestimmte Fragen in allgemeiner Form für die gesamte Belegschaft einheitlich regeln. In diesem Fall ist es m. E. gerechtfertigt, von einer Vertragsvereinbarung auszugehen, wonach der Arbeitgeber sich verpflichtet, im Rahmen der reglementarischen Bestimmungen, alle seine Angestellten gleich zu behandeln.

Ebenfalls möglich ist eine Vereinbarung in Form einer *konkludenten* Vertragsübereinkunft, bspw. aufgrund einer betrieblichen Übung. Wurde in der Vergangenheit regelmässig eine Gratifikation ausbezahlt, deren Bemessung sich einheitlich nach sachlichen Kriterien ausrichtete, so darf im Folgejahr nicht ohne Grund zuungunsten eines einzelnen Arbeitnehmers von dieser Bemessungsgrundlage abgewichen werden. In diesem Fall ist nicht die Zahlung der Gratifikation selbst vereinbart, sondern lediglich der Grundsatz, dass allen Angestellten derselbe Betrag ausgerichtet wird, sofern keine sachlichen Argumente dagegen sprechen²¹⁶.

6.3 Abgrenzungen

Streng vom Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgebotes zu trennen, sind die Ansprüche des Angestellten, betreffend derer er sich auf eine vertragliche Vereinbarung berufen kann. Ein klagbarer Anspruch des Arbeitnehmers ergibt sich häufig nicht aus einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber anderen Kollegen, sondern aus einer betrieblichen Praxis. Diese ist nach dem Vertrauensprinzip womöglich als *konkludente Vereinbarung* zwischen Arbeitgeber und dem einzelnen Angestellten zu qualifizieren. Davon betroffen sind vor allem die Fallkonstellationen, bei denen sich der Mitarbeiter auf eine in der Vergangenheit an ihn oder an seine Kollegen ausgerichtete Zahlung beruft. Bezahlt der Arbeitgeber seiner Belegschaft in den vergangenen Geschäftsperioden eine Prämie, so kann sich der Angestellte, dem die Ausrichtung im Folgejahr verweigert wird, womöglich auf eine konkludente Vertragsänderung berufen²¹⁷. Der Anspruch des Betroffenen auf Auszahlung ergibt sich damit aus einer vertraglichen Übereinkunft, womit er sich zur Durchsetzung seiner Ansprüche nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen muss.

²¹⁵ Vgl. unten, S. 35.

²¹⁶ DELBRÜCK, S. 73; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13.

²¹⁷ Zur Abgrenzung betreffend der konkludenten Vereinbarung des Gleichbehandlungsgrundsatzes: In vorliegendem Fall wurde die *Zahlung* konkludent vereinbart, nicht zwingend aber auch die Gleichbehandlung bei der Ausrichtung der Gratifikation.

Weiter ist der Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 328 OR dann sehr stark eingeschränkt, wenn die Zahlung an den Arbeitnehmer ausdrücklich vereinbart wurde. Nach dem Grundsatz der Inhaltsfreiheit, einem Teilaspekt der Vertragsfreiheit, ist der Inhalt des Vertrages als Ergebnis der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien zu respektieren. Aus diesen Gründen ist ein Eingriff in eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und -nehmer mit Hilfe des Gleichbehandlungsgrundsatzes nur mit grosser Zurückhaltung angebracht²¹⁸. Ergibt sich ein Lohn- oder Gratifikationsanspruch aus Vertrag, so geht diese Vereinbarung dem Gleichbehandlungsgebot in der Regel vor²¹⁹. Von diesem Grundsatz ausgenommen sind allerdings alle geschlechtsspezifischen Diskriminierungen, welche der Angestellte aufgrund des Gleichstellungsgesetzes oder Art. 8 Abs. 3 BV anfechten kann. Ausgenommen sind auch andere, *eigentliche Diskriminierungen*, weil, bzw. soweit damit eine Persönlichkeitsverletzung verbunden ist.

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit interessiert die Frage der Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Rahmen des (echten oder unechten) Leistungslohnes. Beim Leistungslohn handelt es sich um ein vereinbartes Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung. Aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ist ein Eingriff in das Verhandlungsergebnis nur in Extremfällen mit Hilfe des Gleichbehandlungsgrundsatzes anfechtbar²²⁰. Zudem stellt sich die Frage einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung häufig auch darum nicht, weil dem Arbeitgeber bei der Bemessung des Leistungslohnes gar kein Ermessensspielraum zusteht. Die Entlohnung erfolgt nach den im Voraus festgelegten Entscheidungsgrundlagen, deren objektive Überprüfung in der Regel möglich ist.

6.4 Anwendungsbereich und Umfang des Gleichbehandlungsgrundsatzes

6.4.1 Gleichbehandlung nur innerhalb desselben Betriebes

Da das Arbeitsverhältnis grundsätzlich betriebsbezogen ist, reduziert sich das Gleichbehandlungsgebot entsprechend auch auf die Mitarbeiter desselben Betriebes²²¹. Keinen Anspruch auf Gleichbehandlung besitzen die Angestellten verschiedener Betriebe, auch wenn es sich dabei um denselben Konzern handelt. Was als ‘Betrieb’ in diesem Sinne zu verstehen ist, ergibt sich aus den konkreten Umständen des Einzelfalles²²².

²¹⁸ Hinzu kommt, dass Art. 328 OR für die Phase der *Vertragsverhandlungen* nicht direkt anwendbar ist.

²¹⁹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 5, Art. 328 N 12; BK-REHBINDER, Art. 322d N 9, Art. 328 N 9.

²²⁰ Bspw. wenn einem Mitarbeiter aufgrund seiner Nationalität, Hautfarbe oder Religionszugehörigkeit ein tiefere (als Leistungslohn zu qualifizierende) Prämie ausbezahlt wird.

²²¹ BK-REHBINDER, Art. 328 N 8.

²²² Dieselbe Frage stellt sich häufig auch im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit dem Arbeitnehmer ein Stellenwechsel innerhalb ‘desselben Betriebes’ auferlegt werden kann (BK-REHBINDER, Art. 328 N 8, mit Verweis auf Art. 321 N 11).

6.4.2 Willkürverbot bei Ausrichtung einer Gratifikation

Hauptsächlicher Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgebotes nach Art. 328 OR im Bereich des Lohnwesens ist das Verbot der Willkür bei Zahlung oder Bemessung einer Gratifikation²²³. Der Arbeitgeber darf auch eine freiwillige Gratifikation nicht einzelnen Mitarbeitern vorenthalten, sofern der Grossteil der Belegschaft eine solche erhalten hat und für die Verweigerung keine sachlichen Gründe vorliegen²²⁴. Obwohl (oder gerade weil) die Zahlung freiwillig, und somit nicht vereinbart, ist, stellt die willkürliche Schlechterstellung eines einzelnen Mitarbeiters eine eigentliche Diskriminierung und damit einen Verstoss gegen Art. 328 OR dar²²⁵.

Wurde die Ausrichtung einer Gratifikation vereinbart, wobei aber deren Höhe im Ermessen des Arbeitgebers liegt, so verstösst dieser gegen Art. 328 OR, wenn er von seinem Ermessen in willkürlicher Weise Gebrauch macht²²⁶. Dies betrifft einerseits die Bemessung der Gratifikation an die Mitarbeiter untereinander, indem er einzelne Mitarbeiter gegenüber anderen grundlos benachteiligt (Quervergleich). Andererseits darf die Gratifikation aber auch im nachfolgenden Geschäftsjahr nicht grundlos gekürzt werden, wenn sie über mehrere Jahre hinweg in einer bestimmten Höhe ausgerichtet wurde (Zeitvergleich)²²⁷.

6.4.3 Zulässigkeit der Besserstellung eines einzelnen Arbeitnehmers

Im Unterschied zur willkürlichen Schlechterstellung des Angestellten, ist die *Besserstellung* eines einzelnen Mitarbeiters im Vergleich zu der übrigen Belegschaft zulässig. Der Gleichbehandlungsgrundsatz lässt es zu, dass einzelne Mitarbeiter im Vergleich zum Grossteil ihrer Kollegen, bessergestellt werden, auch wenn dies willkürlich erfolgte²²⁸.

6.4.4 Freiheit des Arbeitgebers bei der Wahl der Kriterien zur Zahlung und Bemessung einer Gratifikation

Auch wenn der Arbeitgeber bei Ausrichtung oder Bemessung einer Gratifikation den Grundsatz der Gleichbehandlung zu respektieren hat, steht es ihm frei, nach sachlich vernünftigen und zweckmässigen Kriterien zu differenzieren²²⁹. Mit anderen Worten darf er immer dann eine Unterscheidung zwischen den Angestellten vornehmen, wenn er für die Verweigerung

²²³ Da Entgelte meist vereinbart sind, greift das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 328 OR grundsätzlich nicht. Geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen gehen zwar den Vertragsabreden vor, stützen sich aber nicht auf Art. 328 OR, sondern auf Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 5 i.V.m. Art. 3 GIG ab.

²²⁴ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 5; BK-REHBINDER, Art. 322d N 9; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13; VISCHER, S. 115.

²²⁵ BK-REHBINDER, Art. 328 N 8.

²²⁶ BK-REHBINDER, Art. 322d N 9.

²²⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 5, welcher diesen Grundsatz nicht nur auf vereinbarte, sondern auch freiwillige Gratifikationen angewendet wissen will.

²²⁸ BK-REHBINDER, Art. 328 N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 5.

²²⁹ BK-REHBINDER, Art. 322d N 9; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13.

der Zahlung oder die Bemessung der Gratifikation sachlich gerechtfertigte Auswahlkriterien geltend machen kann. ‘Sachlich gerechtfertigt’ sind bspw. Kriterien wie Lebens- oder Dienstalter, persönliche Leistung, Geschäftserfolg etc.²³⁰. Unzulässig ist hingegen eine Unterscheidung nach Geschlecht, Rasse, Nationalität, Herkunft, politischer Gesinnung etc.²³¹.

6.5 Konkreter Ablauf der Prüfung einer Ungleichbehandlung

Zusammenfassend ist die Frage, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt wurde, nach folgendem Vorgehen abzuklären:

1. Handelt es sich bei der Zahlung um eine vereinbarte Leistung? Die Vereinbarung kann ausdrücklich (Vertrag) oder konkludent (Betriebspraxis) erfolgt sein. In der Regel gehen Vereinbarungen dem Gleichbehandlungsgrundsatz vor, weshalb in jenen Fällen die Berufung auf Art. 328 OR nur selten möglich ist.
2. Unabhängig vom Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung und direkt anwendbar sind Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 5 i.V.m. Art. 3 GlG, welche eine geschlechtsspezifische (Lohn-) Diskriminierung verbieten. In diesem Fall stützt sich ein Anspruch des Arbeitnehmers nicht auf Art. 328 OR, sondern auf diese Spezialbestimmungen.
3. Ist die Ungleichbehandlung weder geschlechtsspezifisch noch wurde eine Vertragsvereinbarung verletzt, so besteht die Möglichkeit einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dies kommt im Bereich der Geldleistungen vor allem im Bereich der (freiwilligen oder in der Höhe nicht bestimmten) Gratifikationen vor:
 - a) Erste Voraussetzung einer Verletzung ist die Ungleichbehandlung innerhalb desselben Betriebes. Ungleich behandelt worden sein, können sowohl mehrere Angestellte untereinander als auch ein Angestellter über mehrere Geschäftsperioden hinweg.
 - b) Die Ungleichbehandlung erfolgte in Form einer Schlechterstellung einzelner Angestellten. Wurde ein anderer Arbeitnehmer lediglich bessergestellt, so steht der übrigen Belegschaft (auch bei Fehlen sachlicher Gründe für diese Besserstellung) kein Anspruch zu.
 - c) Dritte Voraussetzung ist die fehlende Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Diese ist dann gegeben, wenn der Arbeitgeber für die unterschiedlichen Zahlungen keinen sachlich stichhaltigen Grund angeben kann und folglich willkürlich gehandelt hat.

6.6 Die schwierige Abgrenzung zwischen Willkür und Ermessen des Arbeitgebers

Auch wenn das *Vorgehen* zur Prüfung der Frage einer Ungleichbehandlung relativ klar ist, ist ein Entscheid im konkreten Einzelfall eher schwierig zu treffen. Die Gratifikation stellt eine Sondervergütung dar, welche als ‘Honorierung’ für erbrachte Arbeitsleistungen gedacht ist. Die Ausrichtung einer freiwilligen Gratifikation liegt im Ermessen des Arbeitgebers. Ist sie

²³⁰ ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13.

²³¹ VISCHER, S. 60.

vereinbart, so kann er innerhalb gewisser Schranken deren Höhe selbst bestimmen²³². Im Unterschied zum festen Lohnbestandteil hat der Arbeitgeber somit immer einen gewissen Entscheidungsspielraum²³³. Ein Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liegt nur dann vor, wenn *willkürlich* entschieden wird. Willkür bedeutet die Überschreitung des dem Entscheidungsträger zustehenden Ermessens. Wann jedoch das Ermessen überschritten wird ergibt sich nur aus den konkreten Umständen des Einzelfalles. Mögliche Kriterien, welche einen solchen Entscheid bestimmen, könnten sein:

- Das Ausmass der Gratifikation im Verhältnis zum Jahressalär (je grösser der Anteil, umso kleiner das Ermessen)
- Das Ausmass der Schwankungen bei der Auszahlung einer Gratifikation im Quer- oder Zeitvergleich (je grösser diese Spannweite, umso grösser wird vermutlich auch das Ermessen sein, weil die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass es sich im konkreten Einzelfall um einen ‘Ausreisser’ handelt).
- Je grösser der Betrag in Franken, umso eher wird eine Ungleichbehandlung angenommen werden.

²³² Steht dem Arbeitgeber auch betreffend der Höhe kein Ermessen zu, so handelt es sich nicht um eine Gratifikation (vgl. Grafik Nr. 2, Gruppe 3 im Anhang).

²³³ Vgl. dazu ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 15.

7 Empfehlungen zu Leistungslohnsystemen

7.1 Vorbemerkungen und Übersicht

Die nachfolgende Darstellung ergibt sich aus den vorgängig erarbeiteten Erkenntnissen zu den betreffenden Lohnarten einerseits und der Gratifikation andererseits. Zur besseren Übersicht nachfolgend ein Vergleich der Rechtsfolgen bzw. rechtlichen Charakteristika zwischen Leistungslohn und Gratifikation:

	Leistungslohn	Gratifikation
Wesen der Zahlung	<i>Lohn</i> im Sinne einer Entschädigung für geleistete Arbeit	Honorierung für geleistete Arbeit, ähnlich einer Schenkung. <i>Kein Lohn</i>
Klagbarer Anspruch, falls Bedingung erfüllt (bspw. erfolgreiches Geschäftsjahr)?	ja	freiwillige G.: nein vereinbarte G.: ja
Ist für die Kürzung oder Abschaffung des Bonus eine Änderungskündigung nötig?	ja	freiwillige G.: nein vereinbarte G.: ja
Pro-rata-Anspruch bei Aus- und Eintritt während dem Geschäftsjahr?	ja	Eintritt: ja; Austritt: nein abweichende Vereinbarungen möglich
Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit/Unfall?	Am Ende der Periode geschuldet, falls Erfolg eingetreten	freiwillige G.: nein vereinbarte G.: Ende der Periode geschuldet, falls Erfolg eingetreten
Einsichtsrecht in die Geschäftsunterlagen	ja	nein
Anspruch auf Auszahlung in gekündigter Stellung	ja	freiwillige G.: nein vereinbarte G.: ja, kann aber vertraglich wegbedungen werden

Tabelle 3: Vergleich Leistungslohn - Gratifikation

7.2 Wurde Leistungslohn oder Gratifikation vereinbart?

7.2.1 Gründe für gerichtliche Auseinandersetzungen

In gerichtlichen Auseinandersetzungen wird der Arbeitnehmer aus einem der folgenden Gründe eine Entschädigung fordern:

- a) Er behauptet, dass ihm aufgrund des eingetretenen Unternehmenserfolges eine Prämie zusteht. Zur Diskussion steht also die *Freiwilligkeit* einer Zahlung²³⁴.
- b) Er verlässt das Unternehmen während des Jahres und macht einen *Anspruch pro rata temporis* geltend²³⁵.

²³⁴ Freiwillige Gratifikation oder vereinbarte Gratifikation bzw. Leistungslohn?

²³⁵ Geschuldet, falls ein Leistungslohn vereinbart wurde. Ebenfalls geschuldet bei Gratifikationen, wenn eine Zahlung pro rata temporis vereinbart wurde (ausdrücklich, konkludent (betriebliche Praxis) oder allenfalls mit Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz).

- c) Er ist der Meinung, in Bezug auf das Ausmass des Erfolges eine zu tiefe Zahlung erhalten zu haben. Konkret geht es um die Frage der *Berechnung* der Prämie und ob überhaupt der relevante *Erfolg eingetreten* ist.
- d) Möglicherweise wird gegenüber dem Angestellten ein Anspruch darum negiert, weil er sich im Zeitpunkt der Auszahlung *in gekündigter Anstellung* befand²³⁶.
- e) Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, dass ihm die Arbeitgeberin eine tiefere Prämie auszahlt, weil er im laufenden Geschäftsjahr über längere Zeit arbeitsunfähig war oder ihm aus anderen Gründen kein voller Anspruch zusteht.

In all diesen Fällen wird der Richter zu prüfen haben, ob ein Leistungslohn oder eine Gratifikation vereinbart wurde. Je nachdem, ob er sich für das eine oder andere entscheidet, sind die damit verbundenen Rechtsfolgen unterschiedlich und die Klage wird geschützt oder abgewiesen.

Um solche Problemstellungen zu verhindern werden nachfolgend einige Empfehlungen abgegeben, welche gewährleisten sollen, dass Klarheit über die Art der gewählten bzw. gültigen Entschädigungsform besteht und damit die Rechtssicherheit erhöht wird.

7.2.2 Grundsatzentscheid zugunsten Gratifikation oder Leistungslohn anstelle einer Wunschliste von Rechtsfolgen

Bei den in vorstehend lit. a) bis e) erwähnten Argumenten handelt es sich um die Rechtsfolgen, nicht aber Wesensmerkmale von Gratifikation oder Leistungslohn. Entsprechend dürfen diese Elemente nicht zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, ob die Parteien eine Gratifikation oder einen Leistungslohn vereinbarten. Ein solches Vorgehen wäre ein Zirkelschluss²³⁷.

Schliesst der Arbeitsvertrag oder das Reglement einen Anspruch pro rata temporis aus, so bedeutet dies nicht, dass eine Gratifikation vorliegt. Vielmehr ist zu prüfen, ob - unabhängig von dieser Vertragsklausel - die Prämie als Gratifikation qualifiziert werden kann. Wird diese Frage verneint, so handelt es sich um eine unzulässige und damit nichtige Vertragsbestimmung²³⁸. Die Wegbedingung des Anspruches pro rata temporis ist lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer Gratifikation. Es kann jedoch auch sein, dass der Richter, unter Berücksichtigung der den weiteren Merkmale, auf das Vorliegen eines Leistungslohnes schliesst.

Falsch bzw. sehr gefährlich ist es daher, Reglemente oder Arbeitsverträge in Form einer Wunschliste bezüglich der gewollten Rechtsfolgen auszuformulieren. In diesem Fall sind

²³⁶ Gratifikation (Kürzung zulässig) oder Leistungslohn (Kürzung unzulässig)?

²³⁷ Der Richter käme zum Schluss, dass aufgrund der ausdrücklichen Vereinbarung ein Anspruch pro rata temporis nicht geschuldet ist. Begründet würde dieser Entscheid damit, dass eine Gratifikation vereinbart wurde, da man nur bei dieser Art von Zahlung einen Anspruch pro rata temporis ausbedingen kann.

²³⁸ Art. 20 Abs. 2 OR.

konzeptionelle Inkonsistenzen vorprogrammiert, was die Rechtsunsicherheit entsprechend erhöht.

Empfehlung 1:

Vor der Ausformulierung des Vertragswortlautes ist ein Grundsatzentscheid zu fällen, ob eine Gratifikation oder ein Leistungslohn vereinbart werden soll.

Nach dieser Entscheidung richten sich die Modalitäten und Detailregelungen der Zahlung (Freiwilligkeit, Ansprüche pro rata temporis, etc.). Die Konzeption der Vertragsvereinbarung soll sich an den Wesensmerkmalen von Gratifikation oder Leistungslohn orientieren. Eine vertragliche Ausgestaltung der damit verbundenen Rechtsfolgen ist nur im Rahmen des dispositiven Rechts möglich (bspw. Ansprüche pro rata temporis bei der Gratifikation).

Der diesbezügliche Entscheidungsprozess strukturiert sich damit wie folgt:

1. Soll eine Gratifikation oder ein Leistungslohn vereinbart werden?
2. Gewünscht wird bspw. ein grosses Ermessen der Arbeitgeberin bei der Auszahlung und dass kein Anspruch pro rata temporis bezahlt werden muss (= Rechtsfolgen).
3. Aufgrund dieser Rechtsfolgen ist zugunsten der Gratifikation zu entscheiden. Damit sind bei der vertraglichen Konzeption darauf zu achten, dass keine Elemente des Leistungslohnes in die Vereinbarung einfliessen. So sollte bspw. die Höhe der Zahlung nicht direkt vom Ausmass des Erfolges abhängen und den Angestellten dürfen keine verbindlichen Zusicherungen gemacht werden.

7.2.3 Konsistente und klare Ausformulierung der Vereinbarung

Der Wortlaut einer Vereinbarung und der ihm zu entnehmende Wortsinn sind naturgemäss der 'starting point' jeder Interpretation von Gesetzen oder Verträgen²³⁹. Auch wenn es auf den wirklichen Willen der Parteien und nicht auf den eigentlichen Wortlaut der Vereinbarung ankommt²⁴⁰, stellt der erste Anknüpfungspunkt die schriftliche Vereinbarung dar. Aus diesem Grund ist offensichtlich, dass schlecht gewählte Formulierungen, vom Arbeitsrecht abweichende Definitionen und doppeldeutig verwendete Begriffe Verwirrung stiften und viel Spielraum für diverse Interpretationen eröffnen. Die beste Basis für hohe Rechtssicherheit ist eine in Bezug auf Terminologie und Rechtsfolgen konsistente und verständliche Vertragsvereinbarung.

²³⁹ KRAMER, S. 43.

²⁴⁰ Art. 18 OR.

Empfehlung 2:

Bei der Ausformulierung der Vereinbarung ist darauf zu achten, dass sich die Wortwahl wenn möglich nach der Terminologie des Arbeitsvertragsrechts richtet. Entsprechend sollten

- für identische Begriffe die gesetzliche Terminologie
- für gesetzlich nicht geregelte Formen Fantasiebezeichnungen verwendet werden.

Darüber hinaus ist darauf zu achten, dass

- die gewählten Begriffe einheitlich gebraucht und auch
- derselbe Begriff verwendet wird, sofern dasselbe gemeint ist

Ein anschauliches Beispiel für die Empfehlung 2 betrifft die Gratifikation. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung handelt es sich nicht um Lohn. Folglich sollte bei der Ausformulierung wenn immer möglich auf das Wort 'Lohn' verzichtet werden.

7.2.4 Erwähnung zwingender Rechtsfolgen im Vertrag

Schriftliche Vereinbarungen dienen nicht nur zur Abänderung anderslautender (dispositiver) Gesetzesnormen. Mit der ausdrücklichen Erwähnung der mit der Gratifikation oder dem Leistungslohn verbundenen Rechtsfolgen lässt sich die Wirkung des Charakters der Zahlung verstärken. Auch wenn beispielsweise dem Arbeitnehmer bei der Gratifikation kein Einsichtsrecht in die Geschäftsunterlagen zusteht, kann es möglicherweise Sinn machen, diese Tatsache im Vertrag zu erwähnen. Auf diese Art lässt sich das Wesen des gewählten Entschädigungskonzeptes 'untermauern'.

Diese Empfehlung ist natürlich nur dann praktikabel, wenn der Prämie im Vertragswerk auch einen gewissen Stellenwert beigemessen wird und eine mehr oder weniger umfangreiche Regelung vorgesehen ist, bspw. in Form eines separaten Reglementes. Wünschen die Parteien einen möglichst knapp gehaltenen Arbeitsvertrag, steht dem eine ausführliche Darstellung der Rechtsfolgen entgegen.

Empfehlung 3:

Zur besseren Absicherung und verstärkten Charakterisierung des gewählten Instrumentes empfiehlt es sich womöglich, auch die gesetzlich (zwingend) vorgesehenen Rechtsfolgen ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen.

7.2.5 Weitere Modalitäten

Die Arbeitgeberin kann sich mit der Regelung diverser Modalitäten innerhalb der gewählten Entschädigungsform einen gewissen Handlungsspielraum verschaffen, auf welchen sie vielleicht später angewiesen sein wird. Insbesondere beim Leistungslohn stehen verschiedene Möglichkeiten offen.

Empfehlung 4:

Im Falle einer detaillierten vertraglichen Regelung empfiehlt es sich, den gesetzlichen Spielraum für die eigenen Bedürfnisse auszuschöpfen. Aspekte, deren ausdrückliche Regelung sinnvoll sein können sind:

- Vorbehalt einer (mündlichen) Teilkündigung für den Fall, die Streichung von Leistungslohn oder vereinbarter Gratifikation beschlossen wird und trotzdem nicht der gesamte Arbeitsvertrag gekündigt werden soll
- Delegation des Einsichtsrechts zugunsten einer Fachperson wie bspw. der Revisionsstelle (vgl. bspw. Art. 322a Abs. 2 OR)
- Festlegung des Zeitpunktes der Entstehung des Anspruches (bspw. Ende Geschäftsjahr) und dessen Fälligkeit (bspw. Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung)
- Vorbehalt, dass Vertrags- oder Praxisänderungen nur mit schriftlicher Vereinbarung/Bestätigung erfolgen²⁴¹

7.2.6 Verhalten nach Vertragsabschluss

Wie bereits mehrfach erwähnt, kann sich der Arbeitnehmer womöglich auf eine konkludente Vertragsänderung berufen, wenn das Verhalten des Arbeitgebers oder die betriebliche Praxis von der ursprünglichen Vereinbarung abweicht.

Von zentraler Bedeutung sind vor allem zwei Aspekte: Erstens kann sich aufgrund einer mehrjährigen Praxis für den Angestellten ein Anspruch herauskristalisieren, welcher gemäss ursprünglicher Vereinbarung nicht bestand. Beispielhaft dafür zu nennen ist die mehrjährige Auszahlung einer freiwilligen Gratifikation ohne entsprechenden Vorbehalt²⁴². Ebenfalls denkbar ist, dass die Gratifikation im Laufe der Jahre immer klarer von der Höhe des erarbeiteten Unternehmenserfolges abhängig wird, weil der Arbeitgeber die jeweils mehr oder weniger gleichen Berechnungsgrundlagen verwendet. In diesem Fall wird die vereinbarte Gratifikation zu einem Leistungslohn, da aufgrund der vergangenen Praxis vom Erfolg der Unternehmung direkt auf die Höhe der Prämie geschlossen werden kann²⁴³ (konkludente Vertragsänderung durch mehrjährige Praxis).

Der zweite wichtige Aspekt bezüglich des arbeitgeberseitigen Verhaltens betrifft die Verbindlichkeit der Zusicherung. Wie oben ausführlich dargelegt²⁴⁴, besteht ein Zielkonflikt zwischen freiwilliger Gratifikation und Zusicherung der Prämie im Erfolgsfall. Was der Arbeitgeber verspricht, hat er bei Eintreten der Bedingung auch zu leisten²⁴⁵.

Zu beachten ist ferner auch der Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach es unzulässig ist, einzelne Angestellte desselben Betriebes ohne sachlichen Grund zu benachteiligen. Auf diesen

²⁴¹ Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass die Wirkung eines solchen Formvorbehaltes sehr umstritten bzw. zweifelhaft ist.

²⁴² Vgl. oben, S. 19 f.

²⁴³ Dies ist m. E. das zentrale Abgrenzungskriterium zwischen vereinbarter Gratifikation und Leistungslohn; vgl. dazu oben, S. 23 f.

²⁴⁴ Vgl. oben, S. 22 f.

²⁴⁵ WYSIWYP: What you say is what you pay!

Grundsatz wird sich ein Angestellter insbesondere dann berufen, wenn die Zahlung einer Gratifikation vereinbart wurde, die Bemessungsgrundlagen im Einzelfall unklar sind und er - im Vergleich zu anderen Kollegen - eine tiefere Zahlung erhielt²⁴⁶.

Empfehlung 5:

Bei der praktischen Handhabung der vertraglichen Vereinbarung ist darauf zu achten, dass

- sich nicht aus langjähriger Praxis ein Anspruch zugunsten des Arbeitnehmers herauskristallisiert
- nicht in Form von mündlichen Abreden oder einer betrieblichen Praxis verbindliche Zusicherungen gemacht werden, die vom ursprünglichen Vertragsinhalt abweichen
- der Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten wird und nicht einzelne Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter ohne sachliche Gründe benachteiligt werden

7.3 Schlussbemerkung

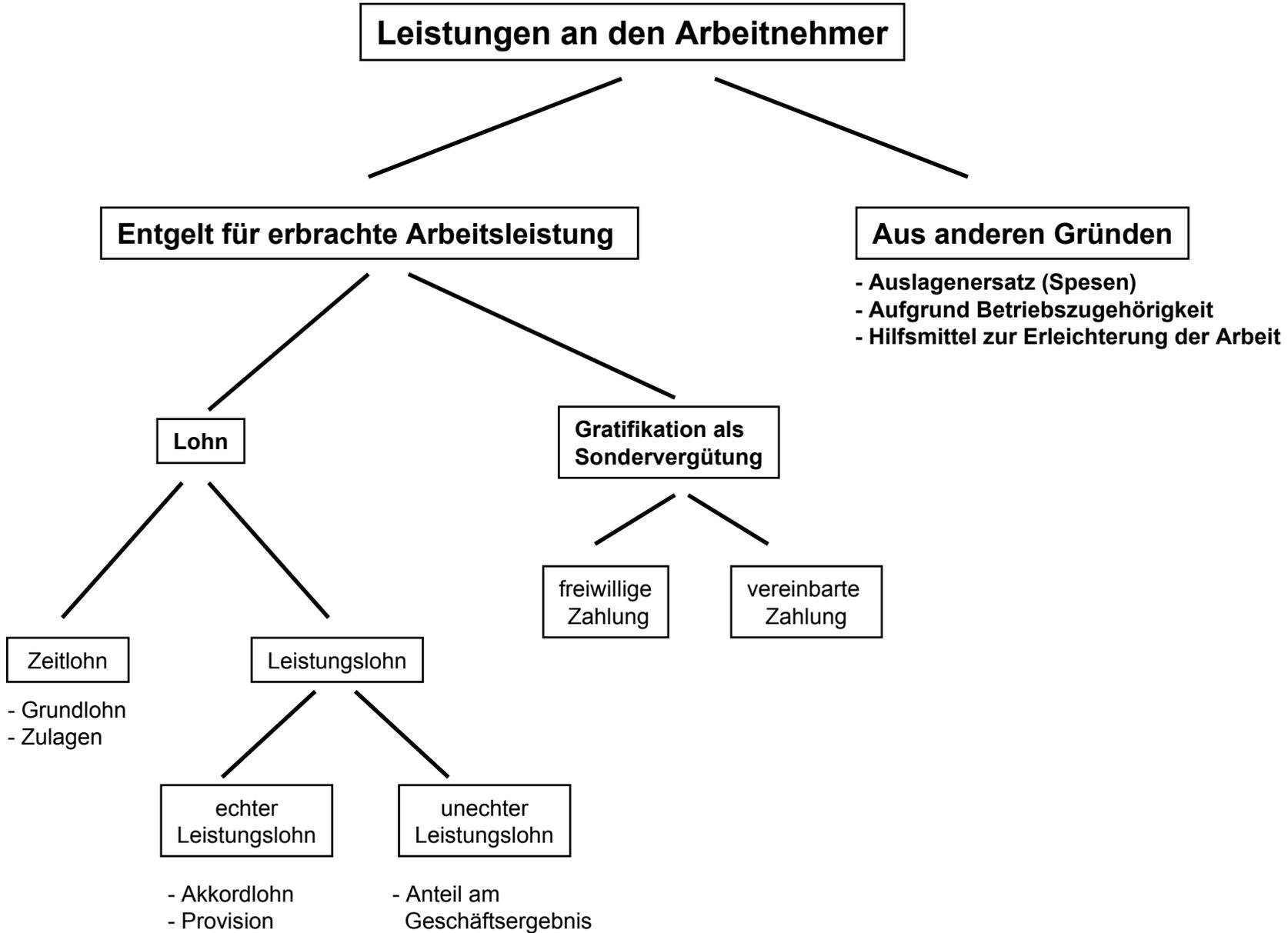
In Gerichtsverfahren geht es in den überwiegenden Fällen um die Frage, ob zwischen den Parteien eine Gratifikation oder ein Leistungslohn vereinbart wurde.

Diesbezügliche Rechtsprobleme haben meistens zwei Gründe: Erstens existiert für die Entschädigungspraxis einer Unternehmung keine klare und konsistente vertragliche Regelung. Zweitens kommt es vor, dass eine solche zwar besteht, hingegen sowohl das Verhalten der Arbeitgeberin als auch die betriebliche Praxis erheblich von der schriftlichen Vereinbarung abweichen.

Insgesamt, so scheint es, ergeben sich im Zusammenhang mit Leistungslöhnen diverse Fragen und Unsicherheiten. 'Boni' liegen im Trend. In medienwirksamen Fällen wurden Arbeitgeber zu Nachzahlungen im fünfstelligen Bereich verpflichtet. Nichtsdestotrotz erachtet der Autor Prämiensysteme als geeignetes und sinnvolles betriebswirtschaftliches Instrument zur Motivation der Belegschaft und deren Identifikation mit der Unternehmung.

Unabdingbare Voraussetzung für den (rechtlichen) Erfolg solcher Entschädigungssysteme sind ein klarer und kompromissloser Entscheid zugunsten einer der beiden Entschädigungsformen. Mischformen sind zwar möglich und werden auch - z.T. erfolgreich - praktiziert. Die Verbindung von Gratifikation und Leistungslohn basiert in diesen Fällen jedoch ebenfalls auf einem bewussten und klaren Konzept. Zum Scheitern verurteilt sind all diejenigen Prämiensysteme, die dem Arbeitnehmer einen möglichst grossen Leistungsanreiz bieten, in Bezug auf die Rechtsfolgen aber nur als Wunschzettel des Arbeitgebers bezeichnet werden können.

²⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich oben, S. 34 ff.



Erscheinungsformen der ‘Gratifikation’

Gruppe 1: Keine Vereinbarung, Auszahlung aus eigenem Antrieb des Arbeitgebers

	Gruppe 1a	Gruppe 1b
Auszahlung	einmalig	mehrmalig
Rechtliche Qualifikation	<ul style="list-style-type: none"> - Einmalige Zahlung erfolgt freiwillig - Die Höhe der Zahlung liegt im freien Ermessen des Arbeitgebers => Gratifikation	<ul style="list-style-type: none"> - Mehrmalige Zahlung erfolgt immer mit Vorbehalt. Keine konkludente Vertragsänderung. => Gratifikation <ul style="list-style-type: none"> - Mehrmalige Zahlung erfolgt ohne Vorbehalt. Dies kann konkludente Vertragsänderung darstellen, womit ein Anspruch des Arbeitnehmers entsteht¹. => Gratifikation oder Lohn ; Rechtliche Qualifikation richtet sich nach den Kriterien, welche die Höhe der Zahlungen bestimmen (Vgl. unten, Gruppe 3).

Gruppe 2: Vereinbarung einer einmaligen Zahlung, sofern Ziel erreicht wird

	Gruppe 2a	Gruppe 2b
Auszahlung	einmalig	mehrmalig
Rechtliche Qualifikation	<ul style="list-style-type: none"> - Zahlung vereinbart, somit nicht freiwillig. => Gratifikation oder Lohn ; Rechtliche Qualifikation richtet sich nach den Kriterien, welche die Höhe der Zahlungen bestimmen (Vgl. unten, Gruppe 3).	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Erste Zahlung</i>: Vereinbart, nicht freiwillig - <i>Weitere Zahlungen</i>: Falls die Zahlung ohne Vorbehalt erfolgt, kann sie eine konkludente Vertragsänderung darstellen, womit ein Anspruch des Arbeitnehmers entsteht¹. => Gratifikation oder Lohn ; Rechtliche Qualifikation aller Zahlungen richtet sich nach den Kriterien, welche die Höhe der Zahlungen bestimmen (Vgl. unten, Gruppe 3).

¹ Streiff/von Kaenel, Art. 322d N 4; ZK-Staehelin, Art. 322d N 9; BK-Rehbinder, Art. 322d N 6; Vischer, S. 114.

Gruppe 3: Vereinbarung einer mehrmaligen Zahlung, jedesmal wenn Ziel erreicht wird

Gruppe 3	
Auszahlung	mehrmalig
Rechtliche Qualifikation	<p>Gratifikation möglich, i.d.R. Lohn</p> <ul style="list-style-type: none"> - Zahlung vereinbart, somit nicht freiwillig - Rechtliche Qualifikation abhängig von der Höhe der vereinbarten Auszahlung: <p>Höhe der Auszahlung ausdrücklich dem <i>Ermessen des Arbeitgebers</i> überlassen (ohne weitere Kriterien, wie betrieblicher oder persönlicher Erfolg, Leistung etc.) => Gratifikation</p> <p>Höhe der Auszahlung als <i>fixe Grösse und erfolgsunabhängig</i> festgelegt (d.h. Betrag ist geschuldet, unabhängig vom Unternehmenserfolg) => Lohnbestandteil im Sinne der Kategorie '13. Monatslohn'</p> <p>Die Auszahlung und ev. auch deren Höhe ist abhängig von der <i>persönlichen Leistung</i> des Arbeitnehmers (persönlicher Erfolg, Leistung im Betrieb) echter Leistungslohn => Lohnbestandteil im Sinne der Kategorie 'Provision / Akkord'</p> <p>Die Auszahlung und ev. auch deren Höhe ist abhängig vom <i>Unternehmungserfolg</i> (Geschäftsergebnis, Umsatz) unechter Leistungslohn: => Lohnbestandteil im Sinne der Kategorie 'Anteil am Geschäftsergebnis'</p>

Anmerkung zur Gruppe 3

Diese Form der Vereinbarung entspricht an sich nicht dem Wesen der Gratifikation: Da die mehrmalige Zahlung vorgesehen ist, und aufgrund der Vereinbarung die Auszahlung zu einem klagbaren Anspruch wird, handelt es sich um eine Erfolgsbeteiligung, d.h. um einen (echten oder unechten) Leistungslohn. Solche Vereinbarungen haben meistens zum Zweck dem Arbeitnehmer einen Anreiz zur überdurchschnittlichen Leistung zu bieten. Diese Absicht entspricht aber dem (echten oder unechten) Leistungslohn, welcher eben Lohn und nicht Sondervergütung darstellt.