

Leistungslohn oder Gratifikation?

Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes

Verein St. Galler Juristinnen und Juristen

Mittwoch 29. September 2010, 18:15 Uhr, St. Gallen

von:

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Advokaturbüro Frei Steger Senti, Altstätten
www.9450.ch

FAA-HSG, Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht, St. Gallen
www.faa.unisg.ch

Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkungen.....	1
2. Vertragsauslegung nach dem wirklichen Willen der Parteien	1
3. Zielkonflikt: Anreiz versus Freiwilligkeit.....	1
4. Qualifikation einer Zahlung als Lohn oder Gratifikation.....	2
5. Qualifikationsmerkmale der Gratifikation	3
5.1 Ermessen der Arbeitgeberin bezüglich Auszahlung und/oder Höhe	3
5.2 Akzessorietät	3
5.3 Kumulative Erfüllung beider Merkmale.....	7
6. Die Mutation einer Gratifikation zu Lohn.....	7
6.1 Mehrmalige vorbehaltlose Auszahlung einer Gratifikation	8
6.2 Weitergehende mündliche Zusicherungen	8
6.3 Abweichende betriebliche Übung.....	8
6.4 Gültigkeit eines Formvorbehaltes?.....	9
7. Bonus als (Leistungs-)lohn	9
8. Rechtsfolgen von Leistungslohn und Gratifikation	10
8.1 Dispositive und zwingende Rechtsfolgen im Einzelnen	10
8.2 Die Unterscheidung zwischen Qualifikation und Rechtsfolgen	10
9. Zusammenfassung: Mögliches Vorgehen.....	11

Literaturverzeichnis

OR-BEARBEITER:

HONSELL, HEINRICH; VOGT, NEDIM PETER, WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg): Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage; Basel 2007.

REHBINDER, MANFRED (zit.: BK-REHBINDER):

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

SENTI, CHRISTOPH:

Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation; in: Aktuelle Juristische Praxis, AJP 6/2002, S. 669 ff.

STAEHELIN, MATTHIAS:

Gesperrte Optionen – als Lohn unzulässig?; in: Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ, 101 (2005), S. 181 ff.

STREIFF, ULLIN; VON KAENEL, ADRIAN:

Arbeitsvertrag, Praxiskommentar; 6. Auflage; Zürich 2006.

VISCHER, FRANK:

Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005.

1. Vorbemerkungen

Über die rechtliche Qualifikation von Boni scheiden sich häufig die Geister, nicht nur in den Medien. Akzentuiert wird diese Diskussion zusätzlich mit dem durch das Bundesgericht eingebrachten Qualifikationsmerkmal der Akzessorietät. Der vorliegende Aufsatz versucht, die herrschende Lehre und geltende Rechtsprechung mit Hilfe eines systematischen Ansatzes auf einen Nenner zu bringen und präsentiert einen Vorschlag, wie bei der Qualifikation solcher Leistungen vorgegangen werden könnte.

2. Vertragsauslegung nach dem wirklichen Willen der Parteien

Im Einzelarbeitsvertragsrecht herrscht insofern Vertragsfreiheit, als es den Parteien offen steht, entweder auf eine gesetzlich vorgesehene Entschädigungsform zurückzugreifen oder eine neue, im Gesetz nicht geregelte Art der Vergütung zu vereinbaren. Zu beachten ist dabei aber, dass die Vertragsparteien wegen zwingender Vorschriften des Arbeitsrechts an diverse *Rechtsfolgen* gebunden sind, die sich aus diesen Entschädigungsformen ergeben: Jegliche Art von *Lohn* als Gegenleistung für erbrachte Arbeit ist bspw. zwingend während krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit zu bezahlen¹, der Arbeitnehmer hat einen zwingenden Anspruch auf Lohn pro rata temporis und auch Anspruch auf Lohnzahlung in gekündigter Stellung² etc. Demgegenüber genießt die Arbeitgeberin bei der Ausgestaltung einer *Gratifikation* grosse Freiheit. Diese Sondervergütung untersteht nicht den rechtlich zwingenden Grundregeln einer Lohnzahlung, weshalb bspw. auf eine Zahlung pro rata temporis verzichtet werden kann³ und bei der Bemessung der Gratifikation der Arbeitgeberin ein grosser Ermessensspielraum zusteht⁴. In Bezug auf die eingangs gestellten Fragen⁵ ist die Abgrenzung der Gratifikation vom (Leistungs-)Lohn also von zentraler Bedeutung, da sich ausgehend von dieser Qualifikation diverse zwingende Rechtsfolgen bei der Ausgestaltung eines Bonus(-reglements) ergeben.

3. Zielkonflikt: Anreiz versus Freiwilligkeit

Häufiges Ziel von variablen Lohnsystemen ist das Setzen eines Anreizes zur Leistungssteigerung beim Arbeitnehmer. Der Angestellte soll sich unternehmerisch Verhalten, indem er sich an Leistungszielen orientiert und die Erreichung dieser Ziele anstrebt⁶. Ein solches Anreizsystem funktioniert allerdings nur dann, wenn dem Arbeitnehmer verbindlich versprochen wird, dass ihm bei Erreichung der vorgegebenen Ziele eine Belohnung zukommt. Er erhält eine Zahlung in Abhängigkeit von der Zielerreichung, welche im Vorfeld bekannt gegeben oder vereinbart wurde. Auf diesem Mechanismus basieren auch die Leistungslohnbestimmungen des Obligationenrechts, sei dies die Gewinnbeteiligung⁷, Provisionsvereinbarungen⁸ oder Akkordlohnbestim-

¹ Art. 324a OR.

² BGE 4C.395/2005, vom 1. März 2006, E. 5.3, m.V.a. BGE 4C.426.2005, vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1.

³ Vgl. Art. 322d Abs. 2 OR.

⁴ BGE 129 III 276 E. 2.

⁵ Vgl. oben, Ziff. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

⁶ Management by Objectives.

⁷ Art. 322a OR.

⁸ Art. 322b OR.

mungen⁹. **Leistungslohne** dienen als Anreizinstrument und haben damit einen **prospektiven Charakter**: Die zukünftige Leistung des Arbeitnehmers soll gesteigert werden¹⁰.

Die freiwillige oder vereinbarte Gratifikation als Sondervergütung¹¹ verfolgt ein anderes Ziel: Sie dient als Anerkennung für erbrachte Leistungen in der Vergangenheit, welche an besonderen Anlässen (Weihnachten, Ende des Geschäftsjahres) gewürdigt werden. Idee der Gratifikation ist die Anerkennung für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen durch die Arbeitgeberin. Dabei ist die Arbeitgeberin frei in der Entscheidung, ob überhaupt eine Sondervergütung ausgerichtet werden soll und – wenn ja – in welcher Höhe. Aufgrund der Freiwilligkeit und des grossen Ermessens bei der Bemessung kann diese Vergütung allerdings keine oder nur eine minimale Anreizfunktion inne haben: Der Arbeitnehmer erhält keine Zusicherung, dass er bei Wiederholung seiner Leistungen erneut eine Gratifikation erhalten wird¹². Die **Gratifikation** dient als Anerkennung für vergangene Leistungen und hat daher einen **retrospektiven Charakter**. Reglemente, welche Boni als Anreizinstrument etablieren, diese Leistungen gleichzeitig jedoch als freiwillig bezeichnen, sind in sich widersprüchlich: Entweder wird dem Arbeitnehmer bei Zielerreichung eine Belohnung versprochen (Leistungslohn), oder aber man beschränkt sich darauf, die Leistung des Arbeitnehmers im Nachhinein zu würdigen und ihm dafür zu danken (Gratifikation). Beide Ziele lassen sich jedoch nicht gleichzeitig verfolgen, weil die Anreizfunktion von Leistungslohnen verloren geht, wenn eine Belohnung versprochen wird, die allerdings freiwillig sein soll.

4. Qualifikation einer Zahlung als Lohn oder Gratifikation

In einem ersten Schritt ist die Vereinbarung nach Ihrem wirklichen bzw. von den Parteien gewollten Inhalt auszulegen und zu qualifizieren. Der Wortlaut spielt dabei insofern eine untergeordnete Rolle, als nicht auf die (falsche) Bezeichnung abgestellt wird, sondern auf diejenige Vereinbarung, welche die Vertragsparteien effektiv wollten¹³. Ergänzend sei dazu auf die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 4C.6/2003, E. 3.6 verwiesen:

„Wie dargestellt, kann es aber nicht auf einzelne Kriterien ankommen, vielmehr ist die Vereinbarung als Ganzes zu würdigen. Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien in ihrer Vereinbarung den Bonus rechtlich bezeichnet haben, sondern was sie tatsächlich gewollt haben (Art. 18 Abs. 1 OR), bzw. wie die jeweilige Gegenpartei die Willensäusserung der anderen nach dem Vertrauensprinzip verstehen durfte und musste (BGE 127 III 444 E. 1b). Dabei sind nicht nur die Erklärungen der Parteien massgebend, sondern ebenso die Umstände, unter denen sie abgegeben worden sind (BGE 126 III 119 E. 2a mit Hinweisen).“

Der Begriff „Bonus“ findet sich nicht im Einzelarbeitsvertragsrecht. Es handelt sich um eine Wortschöpfung, die gestützt auf die konkreten Merkmale im Einzelfall zu qualifizieren ist. Und selbst wenn sich dieser Begriff in den Art. 319 ff. OR fände, wäre dies nur ein Indiz für die recht-

⁹ Art. 326 f. OR.

¹⁰ vgl. SENTI, AJP 6/2002, S. 677.

¹¹ Art. 322d OR.

¹² vgl. SENTI, AJP 6/2002, S. 677.

¹³ Art. 18 OR.

liche Qualifikation, da, wie eben erwähnt, nicht auf den (falschen) Wortlaut, sondern auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien abzustellen ist¹⁴. Die Verwendung eines falschen juristischen Fachausdruckes hat somit keine Konsequenzen für die rechtliche Qualifikation einer Vertragsvereinbarung.

5. Qualifikationsmerkmale der Gratifikation

Die Gratifikation ist in Art. 322d OR geregelt und gilt nicht als Lohn, sondern als eine Sondervergütung. Welches sind die rechtlichen Qualifikationsmerkmale der Gratifikation?

5.1 Ermessen der Arbeitgeberin bezüglich Auszahlung und/oder Höhe

Eine Gratifikation kann freiwillig oder vereinbart sein. Im ersten Fall (sog. echte Gratifikation) steht es der Arbeitgeberin frei, Gratifikationen auszurichten oder vollständig auf eine Auszahlung zu verzichten¹⁵. Ist die Gratifikation vereinbart, spricht man von einer unechten Gratifikation, welche grundsätzlich geschuldet ist¹⁶. Bei der vereinbarten Gratifikation steht der Arbeitgeberin – trotz der Pflicht zur Zahlung – ein grosses Ermessen bei der Höhe dieser Zahlung zu¹⁷. Das erste und fundamentale Qualifikationsmerkmal einer Gratifikation ist also die fehlende Bestimmtheit in Bezug auf die Höhe der geschuldeten Zahlung¹⁸. Diese ist weder bestimmt¹⁹, noch (kalkulatorisch bzw. objektiv) bestimmbar²⁰. Boni, deren Höhe sich in Abhängigkeit von der Zielerreichung kalkulatorisch berechnen lassen, können deshalb keine Gratifikation sein, weil dem Arbeitgeber keinerlei Ermessen bei der Bemessung des Bonus zusteht.

5.2 Akzessorietät

Ein weiteres, durch das Bundesgericht herbeigezogenes Merkmal ist die Akzessorietät. In diversen Urteilen hat das Bundesgericht erklärt, dass die Gratifikation kein Lohn, sondern eine Sondervergütung darstelle, die zur Entlohnung hinzu komme²¹. Konkret führt es aus²²:

¹⁴ Vg. zur Verwendung falscher juristischer Fachbegriffe: OR-WIEGAND, Art. 18 N 22 f.

¹⁵ Vgl. KGer SG, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 2; SENTI, AJP 6/2002, S. 676.

¹⁶ Vgl. KGer SG, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 2; SENTI, AJP 6/2002, S. 676.

¹⁷ KGer St. Gallen, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 2; SENTI, AJP 6/2002, S. 676.

¹⁸ BGE 4A_122/2010, E. 2.3; BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620; 129 III 276 E. 2 S. 278; Entscheide des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.3, 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3, 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1 und 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006 E. 2.1; KGer St. Gallen, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 2 f.; OR-PORTMANN, Art. 322d N 16; STAEHELIN, SJZ 101 (2005), 181 ff., 183 f.; SENTI, AJP 6/2002 678.

¹⁹ Bsp.: „Bonus in der Höhe von CHF 10'000.-“.

²⁰ Bsp.: „Bonus in der Höhe von CHF 10'000.-, für jedes volle, den budgetierten Wert übersteigende Prozent des EBITDA.“

²¹ BGE 131 III 615, E. 2.5; BGE 129 III 276, E. 2.1; BGE 4C.364/2004, E. 2.2; 4C.6/2003, E. 2.2; 4C.340/2005, E. 2.1; 4C.426/2005 E. 5.1; 4A_115/2007, E. 4.3.5; KGer SG, BZ.2006.90, E. 7a.

²² BGE 129 III 276, E. 2.1 (im Original teilweise fett).

„Es ist in der Tat mit dem Charakter der ganzen oder teilweisen Freiwilligkeit der Gratifikation nicht vereinbar, dass bei einem Arbeitsvertrag die Entschädigung ausschliesslich in einer Gratifikation besteht. Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. Die Arbeitgeberin muss sich somit zu einem Entgelt verpflichtet haben. Eine bloss freiwillige Entschädigung genügt nicht. Entsprechend ist die Gratifikation eine Sondervergütung, die zum Lohn hinzutritt (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 322d OR).“

Übersteigt die Gratifikation ein gewisses Ausmass im Verhältnis zum Lohn, so handelt es sich nach Ansicht des Bundesgerichts nicht mehr um eine akzessorische (also zum Lohn hinzutretende) Zahlung, sondern um ein wesentliches Element des vertraglichen Austauschverhältnisses von Arbeit gegen Lohn. Wichtiger ist nun aber weniger die Akzessorietät selbst, als vielmehr die Frage, wann eine Gratifikation *aufgrund ihrer Höhe* nicht mehr als eine zum Lohn hinzutretende Sondervergütung zu betrachten ist. Diese Frage lässt das Bundesgericht bewusst offen und begnügt sich mit der Beurteilung im konkreten Einzelfall. Allgemein führt das Bundesgericht dazu aus²³:

„Die Lehre folgert richtig, dass es auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 4 zu **Art. 322d OR**). Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Fraglich erscheint allerdings, wo die entsprechende Grenze zu ziehen ist. Diese kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Es liegt auf der Hand, dass bei einem niedrigen Einkommen schon ein (auch relativ) kleiner Einkommensunterschied sehr viel mehr Bedeutung haben wird, als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein, als bei einem niedrigen Einkommen (DELBRÜCK, a.a.O., S. 76 f.). Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosser Zusatzvergütung und damit Gratifikation geblieben ist, hängt überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt. Auch deshalb lässt sich keine allgemeine Schranke für die Höhe der Gratifikation festsetzen. Immerhin erscheint der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn.“

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist für die Prüfung der Akzessorietät somit nicht nur das Verhältnis zwischen Gratifikation und Lohn von Bedeutung, sondern auch die Höhe des fest geschuldeten Lohnes an sich, die Höhe der Gratifikation sowie die Regelmässigkeit einer Zahlung. Akzessorietät ist dann nicht mehr gegeben, wenn die Gratifikation regelmässig den aus-

²³ BGE 129 III 276, E. 2.1.

bezahlten Lohn übersteigt, weil so der Charakter einer Gratifikation als Zusatzvergütung verloren geht²⁴.

Wo liegt nun aber konkret die Grenze? Gilt eine Gratifikation in der Höhe von 20 oder 50 % noch als solche, oder fehlt auch dort schon die Akzessorietät. Und falls ja, bei welcher (absoluten) Höhe des fest geschuldeten Einkommens gilt diese Prozentzahl? Diese Fragen beantwortet das Bundesgericht nicht in allgemeiner Form und es bleibt dabei einzig der Blick auf bisher ergangene Urteile:

- a) BGE 129 III 276 ff.: Jahresgehalt von jeweils über CHF 100'000.-, Zahlungen erreichten bis zu **25 %** dieses Betrages: „Die Höhe der ausgerichteten Beträge spricht somit nicht gegen eine Gratifikation.“²⁵
- b) BGE 131 III 615²⁶ ff.: Jahresgehalt von durchschnittlich CHF 415'000.-, Zahlungen betragen **16 %** dieses Betrages: „Diese Zahlungen hatten somit im Verhältnis zu einem frei und sofort zugänglichen Entgelt, das selber hoch war, nur eine zweitrangige Bedeutung; sie sind demnach nicht als Lohnbestandteil i.S.v. Art. 322 Abs. 1 OR zu betrachten.“²⁷
- c) BGE 4C.6/2003 ff.: Jahresfixlohn von ca. CHF 130'000.-; Zahlungen betragen ca. **20 %** (CHF 30'000) dieses Betrages: „Dieses Verhältnis spricht bei einem überdurchschnittlich hohen Einkommen nicht gegen eine Gratifikation.“²⁸
- d) BGE 4A_115/2007: Jahresfixlohn von CHF 153'400.-; Gemäss Bonusreglement lag die maximale Obergrenze der Zahlung bei **50 %** des Jahresgehalts. Für das Jahr 2004 wurde ein Bonus von CHF 31'754.- ausbezahlt (ca. **20 %**), für die Zeit vom 1. Januar bis 30. April 2005 erfolgte keine Zahlung pro rata temporis²⁹. Das Bundesgericht erklärte, dass der Arbeitgeberin sowohl bei der Umschreibung der Ziele als auch der Beurteilung der Zielerreichung ein grosses Ermessen zustand, weshalb von einer Gratifikation auszugehen sei.³⁰
- e) BGE 4C.426/2005: Jahreslohn von CHF 112'400.-; Gemäss Vertrag betrug die Bonuszahlung für das Jahr 2003 CHF 278'733.52 (also **248 %** des Jahreslohnes). Nach Ansicht des Bundesgerichts verliert eine Zahlung in dieser Höhe den akzessorischen Charakter, es liegt keine Gratifikation vor³¹.
- f) BGE 4C.475/2004: Jahreslohn von ca. CHF 200'000.- im Jahr 2001; Die Zahlungen lagen bei CHF 305'000 im Jahr 2001 (CHF 63'000 in Aktien, CHF 92'000 Optionen und CHF

²⁴ BGE 129 III 276, E. 2.1.

²⁵ BGE 129 III 276 E. 2.1 (am Ende).

²⁶ = Pra 95 (2006) Nr. 92, bzw. 4C.183/2005, vom 21. September 2005.

²⁷ Pra 95 (2006) Nr. 92, E. 6.2.

²⁸ BGE 4C.6/2003, E. 3.2.

²⁹ BGE 4A_115/2007, vgl. den Sachverhalt in lit. A.

³⁰ BGE 4A_115/2007, E. 4.4.

³¹ BGE 4C.426/2005, E. 5.1.

150'000 in bar), also rund **150 %** des Jahreslohnes)³². Das Bundesgericht qualifizierte diese Zahlung als Lohn³³.

- g) BGE 4C.364/2004: Jahreslohn von CHF 250'000.- im Jahr 1997; Die Zahlungen lagen für das Jahr 1997 bei CHF 214'018.- (**86 %**) und für das Jahr 1998 bei CHF 267'523.- (**106.8 %**)³⁴. Das Bundesgericht verneinte die Qualifikation als Lohn deshalb, weil keine regelmässige Auszahlung vorlag: „Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt“³⁵. Zu beachten ist also, dass das Bundesgericht eine Zahlung von 86 % des Jahreslohnes als „sehr hohe Leistung“ qualifiziert.
- h) BGE 4A_28/2009: Vereinbarung einer Zahlung in der Höhe von maximal einem Monatslohn, was **8.3 %** eines Jahreslohnes entspricht. Das Bundesgericht erklärte, dass ein solcher Betrag nicht derart hoch sei, dass er im Vergleich zum ordentlichen Lohn ein überragendes Gewicht bekäme, so dass er nach Treu und Glauben als Lohnbestandteil betrachtet werden müsste³⁶.

Eine Übersicht der Lehrmeinungen zur Frage der Akzessorietät findet sich im Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 11. Februar 2008³⁷:

„Auch die Lehre äussert sich nur zurückhaltend bezüglich einer Konkretisierung der wirtschaftlichen Akzessorietät. **Delbrück** erachtet variable Lohnanteile von **15 bis 20%** als Grenze, wobei diese bei geringen Löhnen noch tiefer anzusetzen wäre (Delbrück, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, Basler Diss., Zürich 1981, 76). Andererseits ist Delbrück der Ansicht, in Fällen, in denen der unbedingte Lohnanspruch schon "sehr hoch" sei, könne nicht verlangt werden, dieser müsse mindestens die Hälfte der Gesamtvergütung ausmachen (Delbrück, 77). **Schmid** erachtet die Grenze des Zulässigen bei einem im freien Willen der Arbeitgeberin liegenden Bonus von **15%**, dies allerdings nur bis zu einer nicht näher definierten Obergrenze (Schmid, Möglichkeiten und Grenzen von leistungs- und erfolgsorientiertem Lohn im privatrechtlichen Arbeitsvertrag, Diss., St. Gallen 2000, 197). **Meier** erachtet gänzlich ermessensabhängige Boni von mehr als **10%** des Grundlohns für unzulässig (Meier, 72). **Portmann** vertritt wie erwähnt die Meinung, die relative oder absolute Höhe der Sondervergütung sei, sobald der Lohn ein gewisses Mass - das Portmann weder relativ noch absolut beschreibt - erreicht habe, **kein einleuchtendes Kriterium** mehr, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (Portmann, Art. 322d N 19). **Cramer** schlägt für Löhne zwischen dem **Bruttomedianlohn** gemäss der Lohnstrukturhebung des Bundesamts für Statistik und Spitzenlöhnen wie sie weniger als 0.5% der Arbeitnehmer in der Schweiz verdienen (ca. Fr. 300'000.- gemäss Cramer, N

³² BGE 4C.475/2004, lit. A.

³³ BGE 4C.475/2004, E. 1.2.4.

³⁴ BGE 4C.364/2004, lit. A.

³⁵ BGE 4C.364/2004, E. 2.2.

³⁶ BGE 4A_28/2009, E. 2.1.

³⁷ Vgl. dort, E. 7 lit. b; (im Original nicht fett).

330 i. f.) vor, ermessensabhängige Boni im Umfang von **nicht mehr als 15 bis 20%** der Gesamtlohnsumme zuzulassen (Cramer, N 325, 329 f.) Je höher am oberen Ende der Lohnskala eine Gesamtvergütung anzusiedeln sei, desto mehr dürfe auch der freiwillige Bonusanteil an der Gesamtvergütung gegen 100% streben.“

In Bezug auf die Akzessorietät ist festzuhalten, dass die Grenzen nicht klar gezogen werden können. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betrachtet die Höhe der ausgerichteten Zahlung im Verhältnis zum fest vereinbarten Jahressalär, berücksichtigt aber auch die absolute Höhe als ein relevantes Kriterium. Zusammenfassend lassen sich folgende „Eckpunkte“ definieren:

- a) Bei einem Jahresgehalt von über CHF 100'000.- ist eine zusätzliche, regelmässige Zahlung von **25 %** des Jahreslohnes als **Gratifikation** möglich³⁸.
- b) Bei einem Jahresgehalt von CHF 200'000 verliert eine Zahlung von **150 %** des Jahreslohnes den akzessorischen Charakter und ist daher als **Lohn** zu qualifizieren³⁹.
- c) Sehr **hohe Zahlungen** sind trotz ihrer Höhe (in casu 86 % und rund 107 % des Jahreslohnes) auch dann nicht als Lohn und damit als **Gratifikation** zu qualifizieren, wenn ihre Ausrichtung **einmalig** ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt⁴⁰.

5.3 Kumulative Erfüllung beider Merkmale

Zu beachten ist, dass für das Vorliegen einer Gratifikation beide Kriterien *kumulativ* erfüllt sein müssen: Die Höhe der Zahlung darf nicht bestimmt oder bestimmbar *und* die Akzessorietät muss gegeben sein. Mehrfach ausgerichtete Boni sind somit auch dann als Lohnbestandteil zu qualifizieren, wenn deren Höhe zwar nicht bestimmt oder bestimmbar ist, eine solche Zahlung aber mehrfach in grosser Höhe ausgerichtet wurde. Die rechtliche Qualifikation eines Bonus kann somit auch dann von einer Gratifikation in einen Lohnbestandteil mutieren, wenn die Höhe der Zahlung nicht genau bestimmt ist, diese aber einen Betrag erreicht, welcher nicht mehr als „eine Vergütung von zweitrangiger Bedeutung“ bezeichnet werden kann⁴¹.

6. Die Mutation einer Gratifikation zu Lohn

Eine ursprünglich in einem schriftlichen Vertrag vereinbarte echte oder unechte Gratifikation mutiert zu einem Lohnbestandteil, wenn es nach Vertragsabschluss zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung kommt. Da solche Vertragsänderungen regelmässig zu Gunsten des Arbeitnehmers sind, darf dessen (stillschweigende) Zustimmung vermutet werden⁴². Eine Vertragsänderung kommt in aller Regel bereits dann zustande, wenn der Arbeitgeber diese ausdrücklich

³⁸ BGE 129 III 276 E. 2.1 (am Ende).

³⁹ BGE 4C.475/2004, lit. A. und E. 1.2.4.

⁴⁰ BGE 4C.364/2004, E. 2.2.

⁴¹ vgl. BGE 131 III 615 E. 5.2, welcher von einer „importance secondaire dans la rétribution du travailleur“ spricht.

⁴² Art. 6 OR.

oder konkludent anbietet. Gratifikationen können in namentlich drei Fällen zu einem Lohnbestandteil mutieren:

6.1 Mehrmalige vorbehaltlose Auszahlung einer Gratifikation

Liegt grundsätzlich eine freiwillige oder vereinbarte Gratifikation vor, so ist bei der Auszahlung im Einzelfall ein Vorbehalt anzubringen, wonach die Zahlung freiwillig erfolgt und kein Anspruch auf zukünftige Leistungen besteht. Das Bundesgericht erklärte in einem jüngeren Entscheid, dass eine vorbehaltlose Auszahlung während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren nach dem Vertrauensprinzip als Vertragsänderung gilt, und damit für den Arbeitnehmer zu einem klagbaren Anspruch führt⁴³. Möglich ist dabei sowohl eine Mutation von der freiwilligen Gratifikation zu einer vereinbarten Gratifikation, als auch von einer freiwilligen Gratifikation zu einem Lohnbestandteil. Letzteres passiert dann, wenn eine freiwillige Gratifikation während mehrerer Jahre in derselben Höhe und ohne Vorbehalt ausbezahlt wurde⁴⁴. Erfolgte die vorbehaltlose Auszahlung einer freiwilligen Gratifikation in unterschiedlicher Höhe, geht das Bundesgericht von einer vereinbarten Gratifikation aus, welche zwar geschuldet ist, über deren Höhe der Arbeitgeber aber trotzdem noch mit grossem Ermessen selbst bestimmen darf⁴⁵.

6.2 Weitergehende mündliche Zusicherungen

Der zweite Anwendungsfall einer Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers betrifft die (abweichende bzw. weitergehende) mündliche Zusicherung des Arbeitgebers im Einzelfall. Wurde im schriftlichen Arbeitsvertrag eine freiwillige Gratifikation vereinbart, so darf der Arbeitnehmer im Sinne einer Vertragsänderung zu seinen Gunsten von einem Lohnbestandteil ausgehen, wenn ihm der Arbeitgeber entsprechende Zusicherungen abgibt. Meines Erachtens häufigster Anwendungsfall ist die Abgabe eines (unbedingten) Zahlungsversprechens bei Erreichung bestimmter Ziele⁴⁶. Solche versprechen werden gemacht, weil der Arbeitgeber – wie bereits erwähnt⁴⁷ – bestrebt ist, Leistungsanreize zu setzen, ohne sich dabei verpflichten zu wollen. Verspricht er jedoch eine bestimmte oder bestimmbare Prämie bei Zielerreichung, so ist diese Prämie geschuldet, falls das Ziel auch effektiv erreicht wird.

6.3 Abweichende betriebliche Übung

Der dritte, vorliegend erwähnte Fall einer Mutation von Gratifikation zu Lohnbestandteil betrifft eine vom Wortlaut des schriftlichen Vertrages oder Reglements abweichende betriebliche Übung. Da bei der Auslegung eines Vertrages auf den wirklichen Parteiwillen und nicht auf den Inhalt des schriftlichen Dokuments abgestellt wird, führt auch eine vom Vertrag oder Reglement abweichende betriebliche Übung zu einer Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers.

⁴³ KGer SG, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 5. a), m. V. a. BGE 129 III 278.

⁴⁴ OR-PORTMANN, Art. 322d N 10, m. V. a. BGE 129 III 278, KGer SG, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 5. a.

⁴⁵ OR-PORTMANN, Art. 322d N 10, m. V. a. BGE 129 III 278, KGer SG, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 5. a.

⁴⁶ Bsp.: „Wenn du den budgetierten EBITDA erreichst, erhältst du die Gratifikation des Vorjahres.“

⁴⁷ Vgl. dazu oben, Ziff. 3, S. 1.

Wird eine freiwillige Gratifikation über mehrere Jahre nach einem bestimmten Muster ausbezahlt⁴⁸, so kann dies auch dann zu einem klagbaren Anspruch führen, wenn der ursprünglich vereinbarte schriftliche Vertrag keinen solchen Anspruch vorsieht. Ob eine solche betriebliche Übung für den einzelnen Arbeitnehmer erkennbar ist oder nicht, ist eine Beweis- bzw. Sachverhaltsfrage, welche aber an der rechtlichen Qualifikation nichts ändert.

6.4 Gültigkeit eines Formvorbehaltes?

Häufig findet sich in Arbeitsverträgen oder Reglementen der Hinweis, dass sämtliche Vertragsänderungen (inklusive dieser Klausel) der Schriftform bedürfen. Mit dieser Regelung versucht der Arbeitgeber zu verhindern, dass eine mündlich versprochene oder ohne Vertragsänderung ausbezahlte Leistung zu einer Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers führt. Wie wirksam sind solche Klauseln? Im Bereich des Arbeitsvertragsrechts wohl mehr oder weniger unwirksam. Anschaulich sei dazu auf BGE 4C.110/2000 verwiesen: „Das Dulden einer vom schriftlichen Vertrag abweichenden betrieblichen Praxis führt somit zu einer Vertragsänderung.“⁴⁹

7. Bonus als (Leistungs-)lohn

Fehlt es an einem oder beiden Qualifikationsmerkmalen liegt keine Gratifikation vor, sondern es handelt es sich um einen (klagbaren) Lohnanspruch. Beim Lohn als begriffsnotwendiges Element des Arbeitsvertrages⁵⁰ wird zwischen Zeitlohn einerseits und Leistungslohn andererseits unterschieden. Beim Zeitlohn entsteht der Lohnanspruch nicht in Abhängigkeit vom Arbeitserfolg, sondern durch Zeitablauf⁵¹. Beim Leistungslohn hingegen entsteht der Anspruch nicht im Laufe der Zeit, sondern durch Erreichung der vereinbarten Ziele. Gesetzlich vorgesehen sind verschiedene Arten von Leistungslöhnen, wobei zwischen echtem und unechtem Leistungslohn unterschieden wird⁵².

Die Höhe des Lohnes kann von verschiedenen Zielgrössen abhängig gemacht werden, seien dies Finanzkennzahlen, Budget- oder auch individuell formulierte Ziele oder Tabellen. All diesen Entlohnungssystemen ist gemeinsam, dass die Höhe der Entschädigung vom Ausmass der Zielerreichung abhängig ist. Dem Arbeitgeber steht damit kein Ermessen mehr zu bei der Bemessung der auszurichtenden Leistung. Leistungslöhne sind somit eine fest geschuldete Vergütung, deren Zahlung nicht vom Willen des Arbeitgebers, sondern einzig vom Vorliegen der vertraglich vereinbarten Bedingungen (Zielerreichung)⁵³ abhängig ist⁵⁴.

⁴⁸ Bspw. Grundbetrag von CHF 5'000.-, welcher auf- oder abgerundet wird.

⁴⁹ BGE 4C.110/2000 vom 9. Oktober 2000, E. 3d in SARB 21/01, 1136 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL, Art. 319 N 2.

⁵¹ Ende des Monats hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den vereinbarten Monatslohn, unabhängig davon, ob die Budgetziele erreicht wurden.

⁵² Vgl. dazu Senti, AJP 6/2002, S. 671 ff.

⁵³ Bspw. die Erreichung bestimmter Umsatz- oder Gewinnziele.

⁵⁴ KGer St. Gallen, BZ.2006.90, vom 11. Februar 2008, E. 2 am Ende, m. w. V.

8. Rechtsfolgen von Leistungslohn und Gratifikation

8.1 Dispositive und zwingende Rechtsfolgen im Einzelnen

Die Qualifikation eines Bonus als Gratifikation oder Leistungslohn hat diverse Rechtsfolgen zur Konsequenz, welche nur beschränkt im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung abweichend geregelt werden können. Nachfolgend ein Überblick in tabellarischer Form:

	Leistungslohn	Vereinbarte Gratifikation	Freiwillige Gratifikation
Klagbarer Anspruch falls Ziele erreicht?	Ja (Lohn) (zwingend)	Anspruch: ja, grosses Ermessen des Arbeitgebers bezüglich Höhe	nein
Anspruch pro rata temporis bei Eintritt, falls Ziele erreicht werden?	Wenn Leistungslohn vereinbart: ja,	Wenn Gratifikation vereinbart: ja	nein
Anspruch pro rata temporis bei Austritt falls Ziele erreicht werden?	Ja (zwingend) ⁵⁵	Nur falls vereinbart (dispositiv)	nein
Anspruch auf Auszahlung in gekündigter Stellung falls Ziele erreicht werden oder (bei Freistellung) erreicht worden wären?	Ja (zwingend) ⁵⁶	Nur falls vereinbart (dispositiv)	nein
Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsunfähigkeit nach Art. 324a f. OR, falls Ziele erreicht werden oder erreicht worden wären?	Ja (zwingend) ⁵⁷	nein	nein

8.2 Die Unterscheidung zwischen Qualifikation und Rechtsfolgen

Häufig wird argumentiert, beim vereinbarten Bonus handle es sich um eine freiwillige Gratifikation, da dies im Arbeitsvertrag oder Reglement ausdrücklich so vereinbart sei. Diese Schlussfolgerung ist meines Erachtens aus rechtlicher Sicht nicht stichhaltig: Eine vertragliche Bonusregelung wird gestützt auf die oben erwähnten zwei Merkmale⁵⁸ als Gratifikation oder Leistungslohn qualifiziert und aus dieser Qualifikation heraus ergeben sich anschliessend die Rechtsfolgen. Wurde bspw. eine Gewinnbeteiligung vereinbart, so besitzt der Arbeitgeber kein Ermessen bei der Bemessung des Bonus⁵⁹. Aus dem erwirtschafteten Gewinn ergibt sich rechnerisch die Höhe der geschuldeten Leistung, womit eine solche Vereinbarung als Gewinnbeteiligung (und damit als Lohn) im Sinne von Art. 322a OR zu qualifizieren ist. Die zwingende Rechtsfolge ist ein klagbarer Anspruch (vgl. obenstehende Tabelle) und ein vertraglich gemachter Freiwilligkeitsvorbehalt ist ungültig, weil widerrechtlich⁶⁰.

⁵⁵ BGE 4C.395/2005, vom 1. März 2006, E. 5.3, m.V.a. BGE 4C.426.2005, vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1.

⁵⁶ BGE 4C.395/2005, vom 1. März 2006, E. 5.3, m.V.a. BGE 4C.426.2005, vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1.

⁵⁷ BGE 4C.395/2005, vom 1. März 2006, E. 5.3, m.V.a. BGE 4C.426.2005, vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1; Streiff/von Kaenel, Art. 324a/b N 9, S. 281.

⁵⁸ Vgl. oben, Ziff. 5, S. 3.

⁵⁹ Bsp.: „Der Bonus beträgt 0.1 % vom Reingewinn gemäss der durch die Generalversammlung genehmigten Jahresrechnung.“

⁶⁰ Art. 322 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 OR.

Die Bezeichnung eines Bonus im Vertrag oder Reglement als Gratifikation und ein damit verbundener Hinweis auf die Freiwilligkeit einer solchen Leistung, ist rechtlich belanglos: Erstens erfolgt die Qualifikation einer solchen Leistung nach dem Inhalt, welchen die Parteien effektiv wollten und nicht nach einer allenfalls falschen Bezeichnung⁶¹. Zweitens ergibt sich die Freiwilligkeit einer Leistung als Rechtsfolge aus der Qualifikation des Bonus und nicht gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung.

9. Zusammenfassung: Mögliches Vorgehen

Folgt man den oben gemachten Ausführungen, ergibt sich bei der Qualifikation einer Zahlung nachfolgendes Vorgehen:

1. Auslegung der vertraglichen Vereinbarung nach dem wirklichen Willen der Vertragsparteien: Was wollten die Parteien?

Dabei soll in erster Linie auf die Funktion der Zahlung abgestützt werden: Hat die Arbeitgeberin ein Ermessen, handelt es sich um eine Gratifikation, dient die Zahlung als Anreiz für zukünftiges Verhalten und ist die Höhe der Zahlung bestimmbar (in Abhängigkeit des Erfolges) liegt Leistungslohn vor: Je wichtiger die Anreizfunktion, umso eher liegt ein Leistungslohn vor. Auf keinen Fall darf die Auslegung gestützt auf die in der Vertragsvereinbarung womöglich bereits erwähnten Rechtsfolgen erfolgen⁶².

2. Falls von einer Gratifikation auszugehen ist: Mutierte diese infolge einer Vertragsänderung zu Gunsten der/des Mitarbeitenden zu einem Lohnbestandteil?

Eine ursprünglich freiwillige oder vereinbarte Gratifikation kann im Falle einer Vertragsänderung zu einem (klagbaren) Lohnanspruch mutieren. Dies ist bspw. der Fall, wenn:

- a) dem Mitarbeiter weitergehende, über die schriftliche Vereinbarung hinausgehende mündliche Zusicherungen gemacht wurden;
- b) wenn die betriebliche Praxis bei der Auszahlung über die schriftliche Vereinbarung hinausgeht und der Mitarbeiter gestützt auf diese betriebliche Praxis von einer für ihn günstigeren Regelung ausgehen darf;
- c) wenn die Gratifikation ohne Hinweis auf deren Freiwilligkeit mehrfach ausbezahlt wurde, wobei die herrschende Rechtsprechung davon ausgeht, dass eine vorbehaltlose Auszahlung während drei oder mehr Jahren hintereinander einen klagbaren Anspruch begründet⁶³.

3. Falls immer noch noch von einer Gratifikation auszugehen ist: Handelt es sich um Leistungslohn, weil die Zahlung aufgrund ihrer Höhe und deren Verhältnis zum (Fix-)lohn das Kriterium der Akzessorietät verletzt?

Schliesslich ist die Höhe der Zahlung ins Verhältnis zum fest vereinbarten Lohn zu stellen und gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu entscheiden, ob die Gratifikati-

⁶¹ Art. 18 OR, vgl. dazu oben, Ziff. 4, S. 2.

⁶² Bspw. „Der Bonus ist freiwillig.“ oder „Die Auszahlung erfolgt nur an Mitarbeitende in ungekündigter Stellung“ (vgl. dazu oben, Ziff. 2).

⁶³ BGE 129 III 278, m. w. V.

on als noch akzessorisch bezeichnet werden kann, oder aufgrund der Höhe von einem Lohnbestandteil ausgegangen werden muss.

Selbstverständlich dient dieses Vorgehen nur als Grundprinzip und in der Praxis sind verschiedene Fälle denkbar, in welchen die Qualifikation äusserst schwierig sein dürfte. Meines Erachtens aber ist auch in jenen Fällen die Qualifikation aufgrund einer funktionalen Betrachtungsweise vorzunehmen: Eine Belohnung kann nur dann als Anreiz für zukünftige Leistungen dienen, wenn deren Höhe bei Erreichen der gesteckten Ziele nicht vom mehr oder weniger freien Ermessen des Arbeitgebers abhängt, was sich wohl am besten mit Hilfe nachfolgender Darstellung erklären lässt:



Das ist Leistungslohn!

Nicht für die Beurteilung einer Zahlung relevant sein dürfen die damit verbundenen Rechtsfolgen. Ob eine Zahlung als freiwillig bezeichnet, diese nur an ungekündigte Mitarbeitende ausgerichtet wird oder ein Anspruch pro rata temporis besteht, ist nicht Qualifikationsmerkmal sondern Rechtsfolge. Insofern dürfen solche Vertragsklauseln nicht zur Qualifikation der Leistung hinzugezogen werden, sondern sind – nach der Qualifikation – auf ihre Zulässigkeit hin zu beurteilen.

Altstätten / St. Gallen, den 26. September 2010

Dr. iur. Christoph Senti, Rechtsanwalt