

# Leistungslohn oder Gratifikation? Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes

**Verein St. Gallischer Juristinnen und Juristen**

**Mittwoch, 29. September 2010**

**St. Gallen**



ADVOKATURBÜRO

FREI • STEGER • GROSSER • SENTI

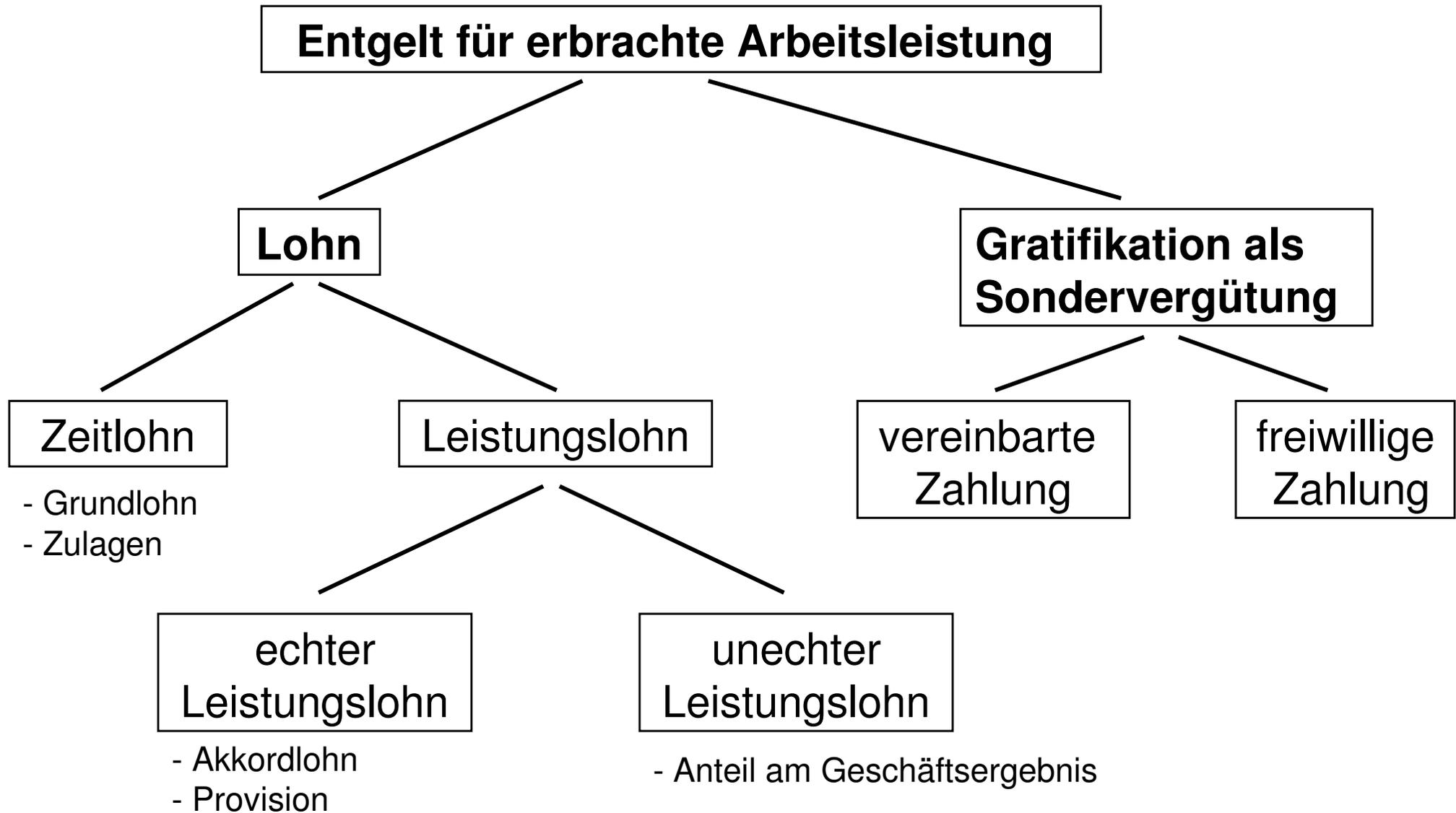
**Dr. iur. Christoph Senti**

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht,  
Lehrbeauftragter HSG und ZHaW

Advokaturbüro  
Frei Steger Grosser Senti  
Kriessernstr. 40  
9450 Altstätten SG  
www.9450.ch

FAA-HSG, Forschungsinstitut  
für Arbeit und Arbeitsrecht  
Guisanstr. 92  
9010 St. Gallen  
www.faa.unisg.ch

# Das Entgeltsystem des Einzelarbeitsvertragsrechts



# Erscheinungsformen

## **Gesetzlich geregelte Leistungslöhne**

1. Anteil am Gewinn, Umsatz, Geschäftsergebnis etc. (Art. 322a OR)
2. Provision auf bestimmte Geschäfte (Art. 322b OR)
3. Akkordlohn (Art. 326 OR)

## **Kein Lohn, sondern Sondervergütung**

Gratifikation (Art. 322d OR)

## **Zulässig: Eigenkreationen**

Bonus, Sonderprämie, Dankeschön, Zustupf, Abgeltung, etc.

**=> Lohn, Sondervergütung oder beides?**

# Leistungslohn ↔ Gratifikation

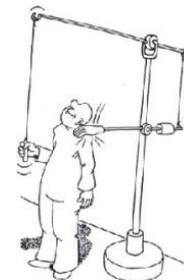
**Funktionaler Unterschied: Anreiz oder Dankeschön?**

Merkmal	Leistungslohn	Vereinbarte Gratifikation	Freiwillige Gratifikation
Funktion:	<p><b>Anreizinstrument: prospektiv</b></p> 	<p><b>Anerkennung für erbrachte Leistungen: retrospektiv</b></p> 	

# Leistungslohn ↔ Gratifikation (1)

## Ermessen bei Auszahlung und/oder Höhe: Anreizfunktion oder Dankeschön?

Merkmale	Leistungslohn	Vereinbarte Gratifikation	Freiwillige Gratifikation
Zusicherung	Zusicherung des Arbeitgebers: Wenn Erfolg eintritt, wird Zahlung erfolgen		<i>Keine</i> Zusicherung: Zahlung freiwillig
Anspruch und Bemessung der Zahlung	Zahlung geschuldet, falls Erfolg eintritt. Höhe hängt ‚direkt‘ vom Erfolg ab: Bonus = 5 % EBIDTA Bonus = 1 % Nettoumsatz	Zahlung geschuldet, falls Erfolg eingetreten  Höhe aber im ‚freien‘ Ermessen des Arbeitgebers	Zahlung und Höhe im ‚freien‘ Ermessen des Arbeitgebers



# Vorgehen im Einzelfall (1)

## 1. Frage: Vertragsauslegung nach dem wirklichen Willen der Parteien

BGer 4C.6/2003 E. 3.6:

„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).“

**Frage: Was haben die Vertragsparteien (i.d.R. Arbeitgeberin) gewollt?**

## Vorgehen im Einzelfall (2)

BGE 4C.122/2010, E. 2:

„Sie [die Gratifikation] hängt immer in einem gewissen Masse vom **Willen des Arbeitgebers** ab. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278; 109 II 447 E. 5c S. 548).“

KGer SG BZ.2006.90, E. 2:

„Die Gratifikation nach Art. 322d OR ist eine **Sondervergütung**, welche die Arbeitgeberin zusätzlich zu einem Festlohn ausrichtet, wobei ihr ein **mehr oder weniger grosses Ermessen** über die Ausrichtung an sich oder deren Höhe zusteht. (...) Eine zumindest gewisse **Ermessensabhängigkeit bleibt damit Tatbestandsvoraussetzung** der Gratifikation (...).“

## Vorgehen im Einzelfall (3)

**Eine zukünftige Belohnung dient als Anreizinstrument, wenn ....**

- .... die versprochene Belohnung von einem messbaren Ziel abhängt;
- .... zwischen Höhe der Belohnung und Ausmass der Zielerreichung ein konkreter (berechenbarer) Zusammenhang besteht;
- ... damit die Höhe der Belohnung nicht im Entscheidungsbereich (Ermessen) der Arbeitgeberin liegt.

=> Je wichtiger die Anreizfunktion, umso kleiner das Ermessen des Arbeitgebers. Zahlungsverprechen mit Anreizfunktion können daher funktional keine Gratifikation sein.

# Vorgehen im Einzelfall (4)

## Befund zu Frage 1:

Wirklicher Wille der Parteien:

- Anreizfunktion steht im Vordergrund,
- Arbeitgeber hat kein Ermessen bei Bestimmung der Höhe einer Zahlung,
- konkreter Zusammenhang zwischen Zahlungshöhe und Zielerreichung.

=> **Bonus ist (Leistungs-)lohn**; Rechtsfolgen: vgl. nachfolgend

Falls Anreizfunktion weniger wichtig und Höhe der Zahlung nicht berechenbar oder konkret vereinbart: womöglich Gratifikation.

# Vorgehen im Einzelfall (5)

## 2. Frage: Ist Gratifikation aus anderen Gründen Lohn?

### a) (Vom schriftlichen Vertrag) abweichende Vereinbarung, durch:

- weitergehende mündliche Zusicherungen;
- betriebliche Übung (Gleichbehandlungsgebot?);
- mehrmalige vorbehaltlose Auszahlung:

BGE 129 III 278 m. w. V.: „Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie **vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet** worden ist (...)“.

→ Vertragsänderung zu Gunsten Arbeitnehmer(in) (Vertrauensprinzip)

### b) **Akzessorietät:** Höhe der Gratifikation in Abhängigkeit vom Lohn (vgl. nachfolgend)

# Das Kriterium der Akzessorietät (1)

BGE 129 III 279 E. 2.1:

„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 (...)**“.

**Frage: Wann ist der Bonus akzessorisch zum Lohn?**

Jahreslohn CHF 60'000, Bonus CHF 80'000?

Jahreslohn CHF 400'000, Bonus CHF 80'000?

Jahreslohn CHF 800'000, Bonus CHF 4'000'000?

## Das Kriterium der Akzessorietät (2)

BGE 129 III 279 E. 2.1:

„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 (...). Immerhin erscheint der **akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn.**

## Das Kriterium der Akzessorietät (3)

BGE	Fixlohn in TCHF	Zahlung in %	Urteil:
129 III 276	> 100	bis zu 25 %	Höhe spricht nicht gegen Gratifikation
131 III 615	415	16 %	Zahlung hatte nur zweitrangige Bedeutung
4C.6/2003	130	20 %	Verhältnis spricht nicht gegen Gratifikation
4A_115/2007	153.4	20 %	Da AGeber grosses Ermessen, Gratifikation
4C.426/2005	112.4	248 %	Kein akzessorischer Charakter, daher Lohn
4C.475/2004	200	150 %	Lohn
4C.364/2004	250	86% / 107%	Auszahlung in dieser Höhe einmalig: Grati
4A_28/2009	??	8.3 %	Kein überragendes Gewicht, kein Lohn

# Zusammenfassung:

**Fazit:** Eine variable Zahlung ist Lohn, falls:

- a) Die Vertragsauslegung ergibt, dass dem Arbeitgeber kein Ermessen bei der Bemessung zusteht: Anreizfunktion bzw. -absicht durch Berechen- oder Messbarkeit der Zahlung in Abhängigkeit des Erfolges;
- b) Die Gratifikation infolge Vertragsänderung zu Lohn mutierte;
- c) Die Gratifikation infolge ihrer Höhe ihren akzessorischen Charakter verliert.

## ➔ **Die (Un-)Zulässigkeit weiterer vereinbarter Bestimmungen:**

- Freiwilligkeitsvorbehalt
- kein Anspruch pro rata temporis
- kein Anspruch in gekündigter Stellung
- etc.

**..... ergibt sich als Rechtsfolge!**

# Rechtsfolgen (1)

## Lohn: Es gelten die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsvertragsrechts:

- falls nicht in Geld ausgerichtet: **Truckverbot** beachten!  
(Art. 323b Abs. 3 OR: BGE 4C.239/2004, 4C.237/2004 E. 3, 130 III 495)
- Zwingender Anspruch auf Zahlung **pro rata temporis**  
BGE 4C.395/2005 E. 5.3: „Die Gratifikation kann im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet oder in ungekündigter Stellung ist (BGE 4C.426/2005 E. 5.1). Eine solche Bedingung ist jedoch bezüglich des Anspruchs auf Lohn unzulässig (BGE 4C.426/2005 E. 5.2.1).“
- Bedingungsfeindlich: Lohn ist zwingend **auch in gekündigter Stellung** geschuldet (vgl. oben, BGE 4C.395/2005 E. 5.3).

## Rechtsfolgen (2)

### Lohn: Es gelten die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsvertragsrechts:

- Lohnfortzahlung bei **Krankheit, Unfall** etc. (Art. 324a/b OR)  
echter Leistungslohn: Lohnschätzung: BGE 4C.173/2004, E. 4.2, 125 III 16 f.  
unechter Leistungslohn: Lohnausfall?
- Anspruch auf vollen Lohn während der **Ferien** (Art. 329d OR)  
Grundsatz: Anspruch auf vollen Lohn (Art. 329d OR); "Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, wie wenn er gearbeitet hätte." (Streiff/von Kaenel, 329d N 3).
- Abänderung oder Aufhebung bedeutet Vertragsänderung:  
**Änderungskündigung** notwendig, ev. gar **Massenentlassung**.

**Mit bestem Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Fragen?**