



St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2022

Dienstag, 27. September 2022
Grand Casino Luzern



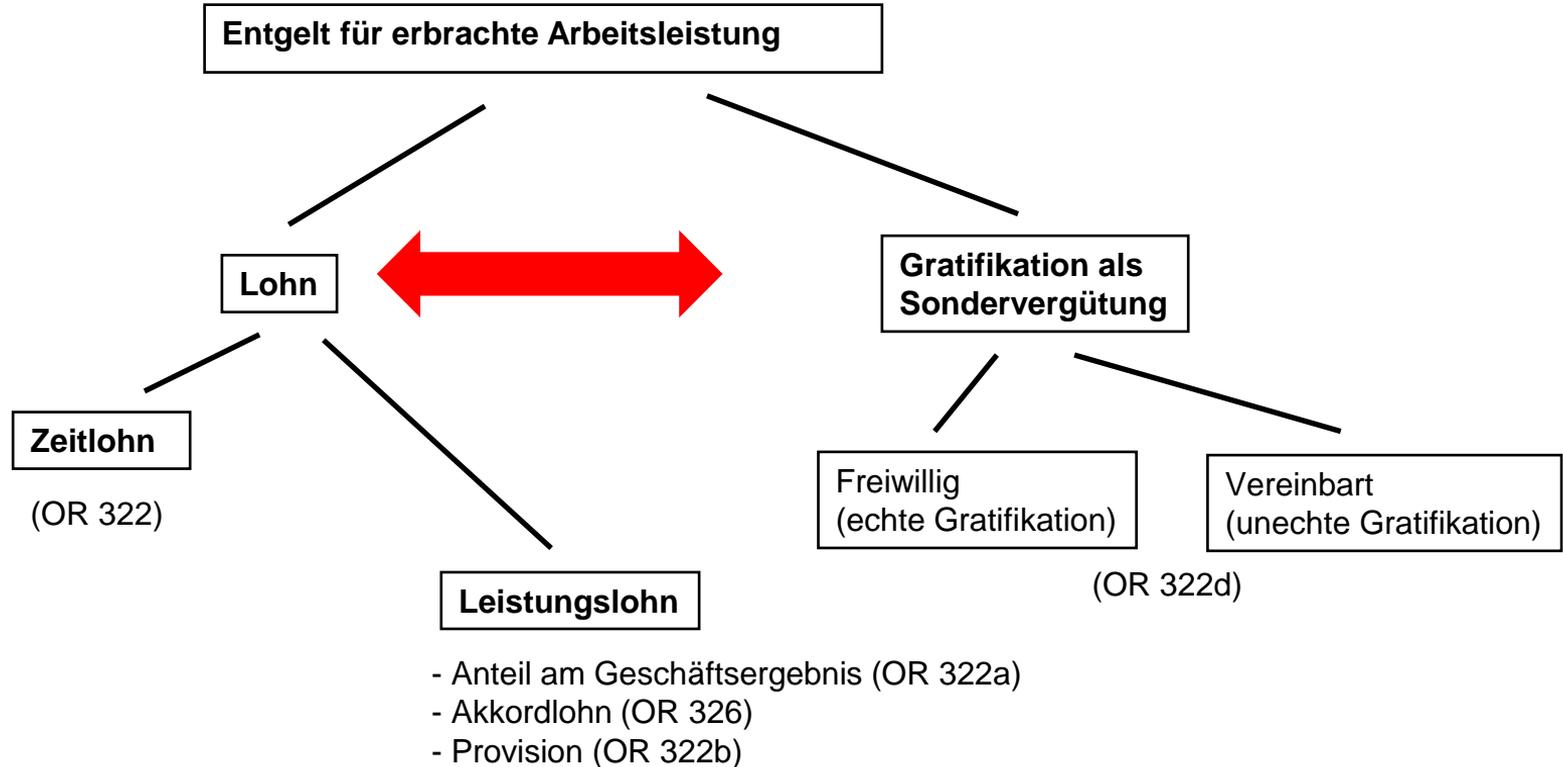
Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation nach Art. 322d OR

Dr. iur. Christoph Senti
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Advokaturbüro Frei Steger Senti
www.9450.ch



ADVOKATURBÜRO
FREI • STEGER • SENTI

Leistungen des Arbeitgebers als Abgeltung für geleistete Arbeit



Gratifikation nach Art. 322d OR

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

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

Erkennen des Arbeitgebers als Tatbestandsvoraussetzung

BGer 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 (...).“

Was ist Ermessen?

Zivilgesetzbuch / Obligationenrecht

- Keine Definition. Sofern Ermessen erwähnt, richtet sich dieses an die Gerichte.
Bsp.: Art. 651a ZGB: «Das Gericht (...) bestimmt deren Höhe nach freiem Ermessen.»

Öffentliches Recht

- Behörden/Gerichten steht im Rahmen von Gesetz und Rechtsprechung die Freiheit zu, nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Gesetzlicher Handlungsspielraum, weil Tatbestand und/oder Rechtsfolge einer Norm nicht genau festgelegt (WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis allg. Verwaltungsrecht, Bd. I, Rz 1454).

Ermessen im Sinne der Gratifikation des Arbeitsvertragsrecht

- «Wille», «subjektive Einschätzung», «bon vouloir» der Arbeitgeberin (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 322d N 2 und 9).

Erkennen bei der Gratifikation: Beispiele aus der Praxis (I)

Arbeitgeber bestimmt Bemessungskriterien

- ➔ AGeberin bestimmt im Zeitpunkt der Auszahlung die Kriterien und/oder deren Gewichtung, welche die Höhe der Gratifikation bestimmen.
- ☝ Gilt nicht, wenn die Kriterien/Ziele *zu Beginn* der relevanten Geschäftsperiode mit dem ANehmer vereinbart oder ihm bekannt gegeben werden (Budget-, Mitarbeiterziele etc.). (vgl. BGer 4C_395/2005, E. 5.4).

Subjektive Leistungsbeurteilung durch Arbeitgeber

- ➔ Bemessungskriterien sind definiert. AGeberin hat jedoch Ermessen bei der Beurteilung, ob / in welchem Umfang die gesetzten Ziele erreicht wurden. (Bspw. BGer 4A_169/2021 E. 3.1.2 oder BGer 4A_513/2013 und 4A_519/2013 E. 7.3: «Einhaltung von Compliance- und Auditvorschriften»).

Erkennen bei der Gratifikation: Beispiele aus der Praxis (II)

Erkennen bei Festlegung des gesamten Bonustopfes

- ➔ AGeberin hat Freiheit bei Festlegung der gesamten, an die ANehmenden auszahlenden Bonussumme (BGE 139 III 155, E. 4.2). Gilt m.E. selbst dann, wenn die Bonussumme anschliessend nach einem festen Schlüssel verteilt wird.

Vertraglich vereinbarter Maximalbetrag schadet nicht

- ➔ «Der Gratifikationscharakter kann auch nicht aufgrund des fixierten Maximalbetrages der Vergütung in Frage gestellt werden, denn entscheidend ist einzig, dass ein Spielraum bei der Festsetzung des Betrages besteht.» (BGer 4A_28/2009, E. 2.4).

Gemischte Vereinbarungen (teilweise rechenbar, teilweise mit Ermessen)

- ➔ Numerisch bzw. rechnerisch bestimmbarer Teil des Bonus gilt als Lohnbestandteil, ermessensabhängiger Teil des Bonus gilt als Gratifikation.

Schranken bei der Ermessensausübung (I)

Willkürverbot?

- Bemessung der Gratifikation gestützt auf «sachfremde» Kriterien?
«Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss" anzusehen sind.» (BGE 129 III 276, E. 3.1).
- Willkürverbot im öffentlich-rechtlichen Sinne greift bei Privatpersonen nicht (CHRISTOPH ROHNER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 9 BV, Rz 18).
- Diskriminierungsverbot als Argument für Willkürverbot? M.E.:
Willkürverbot: Ungleichbehandlung ohne (*sachlichen*) Grund
- versus -
Diskriminierung: Verbot der Ungleichbehandlung aus einem *verwerflichen* Grund
[BGer 4A_651/2017, E 3.3: «(...) où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur (...»); BGer 4C.364/2004, E. 3.1: Wenn AGeber mit seinem Entscheid «(...) eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit (...)» zum Ausdruck bringt.]

Schranken bei der Ermessensausübung (II)

Gleichbehandlungspflicht?

→ Generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden?

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH: **nein** (Art. 328 N 2 m. V. a. THOMAS GEISER), allerdings mit Vorbehalt bei Gratifikationen (Art. 322d N 5, m. w. V.).

Andere AUTOREN: **eher ja**, jedoch mit gewichtigen Einschränkungen

Bundesgericht: BGE 129 III 276, E. 3.1, BGer 4C.364/2004, E. 3.1: **nein**,
... dann aber: BGer 4A_651/2017, E. 3.3, mit Verweis auf BGE 129 III 276: **ja**

→ Selbstverständlich **ja**, bei gesetzlichen Spezialfällen (Gleichstellungsgesetz (Art. 3 GIG), lohnmässige Gleichbehandlung ausländischer Mitarbeitender (vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 24), Paritätslohnanspruch Heimarbeitnehmende (Art. 4 Abs. 1 HArG).

Schranken bei der Ermessensausübung (III)

Diskriminierungsverbot

- ➔ Unbestritten. Die Diskriminierung von Arbeitnehmenden verstösst sowohl gegen Art. 328 OR als auch Art. 28 ff. ZGB (bspw. ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13).

Treu und Glauben

- ➔ Unbestritten. «Immerhin kann ein nur einzelne Arbeitnehmer begünstigendes Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben, dass auch davon nicht erfasste Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen. Dann muss die Arbeitgeberin diese nur einzelnen Arbeitnehmern zugedachte begünstigende Behandlung auch den andern zukommen lassen, weil sie nach Treu und Glauben als vertraglich vereinbart anzusehen ist (...).» (BGE 129 III 276 E. 3.1).

Ausübung des Ermessens durch den Arbeitgeber

Freiwillige (echte) Gratifikation: Sehr grosses Ermessen

→ Wenn Zahlung als Ganzes freiwillig ist, ist Ermessen des AGebers sehr gross.

Vereinbarte (unechte) Gratifikation: Zielkonflikt und Vertragsfreiheit

→ Zielkonflikt: Anspruch des ANehmers auf eine Gratifikation, weil vereinbart
– versus –

Ermessen (Entscheidungsfreiheit) des AGebers bezüglich Höhe der Gratifikation.

→ Allfällige vertragliche Vereinbarungen bei der unechten Gratifikation drängen die vorher erwähnten allgemeinen Prinzipien in den Hintergrund (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322d N 9; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d N 6 und Art. 328 N 30).

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (I)

Allgemein

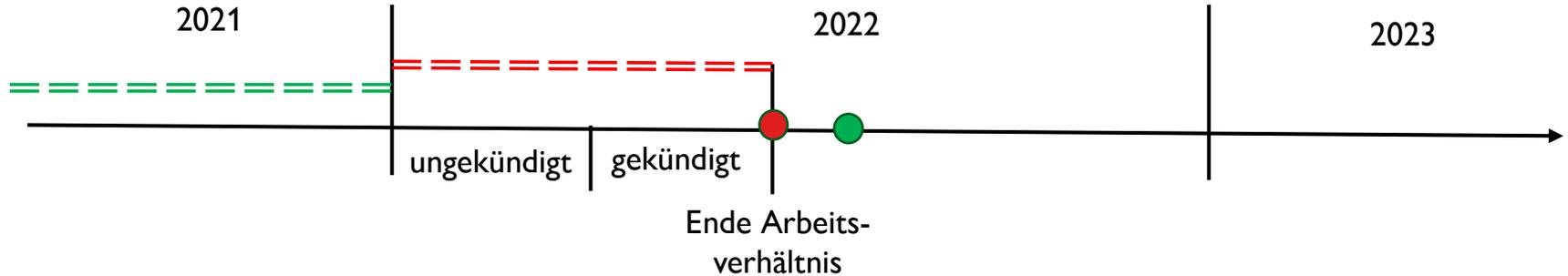
- Art. 156 OR: «Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist.» Dieser Grundsatz gilt auch bei der Bemessung oder Ausrichtung einer Gratifikation (BGer 4A_378/2017, E.3.4.1, BGer 4A_705/2011, E. 5).
- Art. 2 ZGB: Verbot des widersprüchlichen Verhaltens gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch für die Bemessung der vereinbarten Gratifikation.

Vertraglich vereinbarte Gratifikation

- «Ist die Gratifikation im Grundsatz vereinbart, darf der Arbeitgeber diese nicht gestützt auf Umstände kürzen, von denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation beziehungsweise deren Umfang von Belang (...).» (BGer 4A_122/2010, E. 2).
- «Der Arbeitgeber darf seine Pflicht zur Ausrichtung der Sondervergütung aber nicht dadurch unterlaufen, dass er diese willkürlich tief festsetzt oder ganz entfallen lässt. Wurde eine Gratifikation vertraglich vereinbart, hat sie der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen (...).» (BGer 4A_122/2010, E. 2.3).

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (II)

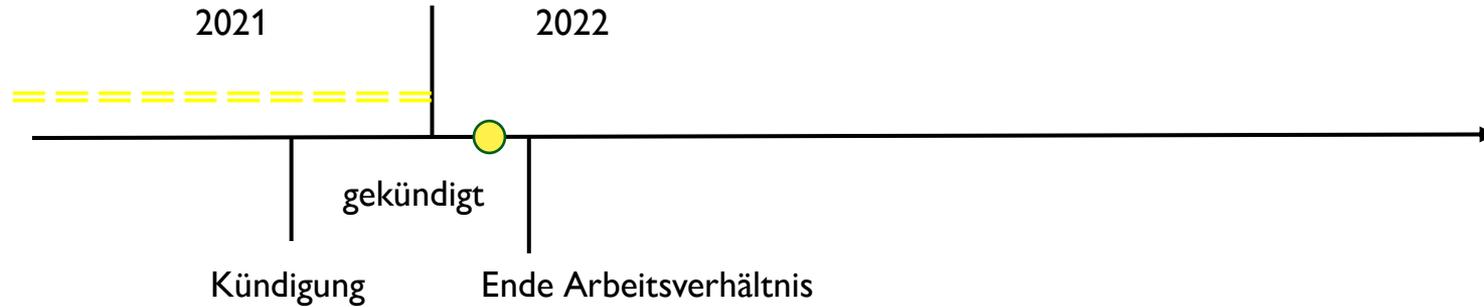
Auszahlung (•) nach Kündigung oder in gekündigter Stellung



- == • Anspruch pro rata temporis für 2022 nur, falls vertraglich vereinbart (Art. 322d Abs. 2 OR).
- == • Vertragliche Bedingung, dass Zahlung nur erfolgt, sofern bei Ausrichtung noch im Betrieb tätig, ist zulässig (BGer 4A_651/2017 E. 3.3).

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (III)

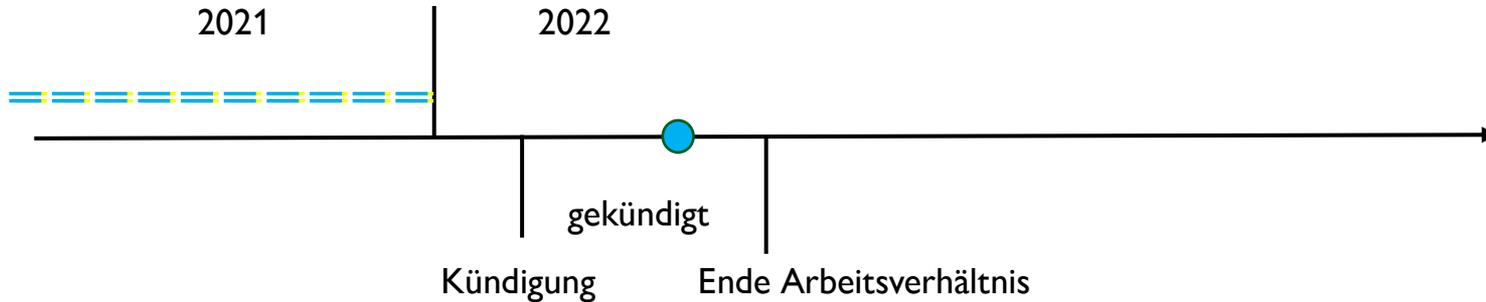
Vertragliche Wegbedingung der Auszahlung (•) in gekündigter Stellung



- == • Vertragliche Wegbedingung der Gratifikation, falls bei Auszahlung in gekündigtem Zustand, ist zulässig (BGer 4A_651/2017 E. 3.3).

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (IV)

Kürzung der Gratifikation bei Auszahlung (•) in gekündigter Stellung



- == • Bei freiwilliger (echter) Gratifikation: Kürzung um einen Drittel oder um die Hälfte ist zulässig, wenn Stichtag erreicht, im Zeitpunkt der Auszahlung aber gekündigt (BK-REHBINDER STÖCKLI, Art. 322d N 14, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 15).
- Aber: Dient eine Gratifikation nur zur Anerkennung geleisteter Dienste, also retrospektiv, ist eine Kürzung nicht gerechtfertigt (BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d N 8, BGer 4A_651/2017, E. 3.3).

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (V)

Schlechter Geschäftsgang

- Freiwillige Gratifikation darf als Folge eines schlechten Geschäftsganges jederzeit gekürzt werden. Gilt nicht, falls Geschäftsgang für die Bemessung keine Rolle spielt.

Persönliche Leistung des Arbeitnehmers

- Kürzung wegen schlechter Arbeitsleistung oder schuldhafter Pflichtverletzung ist zulässig. Gilt nicht, falls persönliche Leistung / persönliches Verhalten für die Bemessung keine Rolle spielt.

Arbeitsverhinderung

- Krankheit/Unfall: Kürzung zulässig (ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 7; REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322d N 17).
- M. E. heikel bei Kürzung als Folge geschlechtsspezifischer Absenzen (Art. 3 GIG, bspw. Mutterschaftsurlaub).

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (VI)

Mehrmalige Auszahlung ohne Vorbehalt der Freiwilligkeit

- ➔ «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 (...)» (BGE 129 III 276 E. 2).
- ➔ Mehrmalige Auszahlung in immer gleicher Höhe: Lohnbestandteil oder nur vereinbarte Gratifikation?
- ➔ Vorbehalt kann sich auch aus stark schwankenden Auszahlungen ergeben (ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 10, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 4, BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322d N 7).
- ➔ Klagbarer Anspruch kann sich m.E. auch daraus ergeben, dass Bemessungskriterien allgemein bekannt sind und über mehrere Jahre praktiziert werden (betriebliche Übung).

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (VII)

Vertragslücken oder nicht bekannt gegebene Ziele als «Ermessen»? (I)

- ➔ BGer 4A.115/2007, E. 4.4: Vertraglich vereinbartes, aber durch den Verwaltungsrat nicht erlassenes Bonusreglement wurde als Gratifikation qualifiziert, weil AGeberin bei Ausgestaltung bezüglich Zielen und Bonushöhe Ermessen zustand.
- ➔ BGer 4A_356/2011, E. 7.2: Lückenfüllung durch die Vorinstanz ergab unechte Gratifikation, was das BGer nicht beanstandete.
- ➔ BGer 4C.41/2007, A und E. 4.2: Nicht definierte Leistungsziele und Bonushöhe wurden durch Vorinstanz via Lückenfüllung bestimmt, was das BGer schützte.

(Un)zulässige Kriterien bei der Ermessensausübung (VIII)

Vertragslücken oder nicht bekannt gegebene Ziele als «Ermessen»? (II)

➔ Klares Statement des Arbeitsgerichts Zürich: Fehlende Vereinbarungen bzw. Vertragslücken gehen zu Lasten des AGebers:

«Die Zieldefinition ist grundsätzlich eine Obliegenheit der Arbeitgeberin. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Arbeitgeberin es unterlässt, die für die Entstehung des Bonusanspruches massgebenden Ziele festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Der Arbeitnehmer, der eine nicht unterdurchschnittliche Leistung erbringt, hat diesfalls einen vollen Bonusanspruch.»
(AGer ZH, AN080366, in: Entscheide AGer ZH 2009, Nr. 3).

