ES WEIHNACHTET: LOHN, GRATIFIKATION UND BONUS ZUM JAHRESENDE – ALLES UNKLAR?

In Arbeitsverträgen finden sich immer öfters variable Vergütungen, regelmässig unter dem Titel «Bonus». Mit stetiger Zunahme dieser variablen Vergütungsform haben auch die Rechtsstreitigkeiten darüber zugenommen. Anlass dafür sind uneinheitliche Terminologie, unterschiedliche Erwartungshaltung und Rechtsvorstellungen, unklare Vertragsregelungen sowie entgegen dem Vertragswortlaut praktizierte Betriebsübung. Mit einer geschickten Formulierung lässt sich manch Rechtsstreit verhindern und – sollte man trotzdem eingeklagt werden – die eigene Rechtsposition sichern.

Von lic. iur. Franziska Rhiner, Rechtsanwältin, und MLaw Tanja Knezevic, Rechtsanwältin, RKR Rechtsanwälte

Merkpunkte

- Sobald der Bonus vertraglich so definiert ist, dass er bestimmt oder objektiv bestimmbar ist, wird jeder Freiwilligkeitsvorbehalt ungültig. Mit der Anknüpfung an zusätzliche subjektive Kriterien kann sich der Arbeitgeber Ermessen sichern. Entsprechend ist der Vertragsredaktion grosses Gewicht beizumessen.
- Ist das Verhältnis zwischen freiwilligem Bonus und «übrigem Entgelt» ein solches, dass der Bonus nicht mehr zweitrangig (akzessorisch) erscheint, fällt der Freiwilligkeitsvorbehalt weg und die Vergütung wird zum Lohnbestandteil.
- Die Prüfung des Verhältnisses zwischen Bonus und «übrigem Entgelt» entfällt indessen, wenn Letzteres über CHF 370 000.– beträgt. Denn hier ist die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet, weshalb ein freiwilliger Bonus so oder anders gültig ist.
- Damit ein freiwilliger Bonus nicht plötzlich zwingend wird, ist der Freiwilligkeitsvorbehalt bei jeder Ausrichtung des Bonus zu wiederholen, wobei die Auszahlungen in Höhe und Ausrichtung unregelmässig sein sollten.
- Vorsicht vor mündlichen Zusicherungen oder einer vom Arbeitsvertrag abweichenden betrieblichen Übung. Diese können dem Arbeitgeber entgegenhalten werden.

1. Lohn versus Gratifikation – das rechtliche Einmaleins

So viel ist einmal klar: Jeder Arbeitnehmer[1] hat für seine erbrachte Arbeitsleistung Anspruch auf Lohn. Lohn ist zwingend und nicht im Belieben des Arbeitgebers. Doch was ist mit Gratifikation, Bonus und Anteil am Geschäftsergebnis und wie viel davon ist geschuldet? Jede Vergütung des Arbeitgebers stellt entweder Lohn oder eine Gratifikation dar. Etwas Drittes gibt es nicht. Die von den Parteien verwendete Bezeichnung ist nicht massgebend für die juristische Zuordnung zu Lohn oder Gratifikation.

Lohn: Das Arbeitsrecht kennt zwei verschiedene Arten – den Geld- und den Naturallohn. Die Lohnhöhe kann nach Zeit- oder Leistungseinheiten oder einer Kombination derselben bestimmt werden. Der Zeitlohn wird nach Zeitabschnitten bemessen (Stunden-, Tages-, Monats- oder Jahreslohn) und ist ein ergebnisunabhängiger Lohn. Der Leistungslohn wird nach dem vereinbarten und tatsächlich erzielten Ergebnis bemessen und ist demnach variabel. Zeit- und Leistungslohn lassen sich selbstverständlich kombinieren. Sämtliche Lohnbestandteile sind zwingend zu zahlen; der Arbeitgeber hat kein Ermessen.

Gratifikation: Neben bzw. zusätzlich zum Lohn kennt das Arbeitsrecht auch eine *freiwillige* Sondervergütung – die sogenannte Gratifikation. Bei der Gratifikation entscheidet der Arbeitgeber, ob oder zumindest in welcher Höhe er dem Arbeitnehmer die Vergütung ausrichten will. Die Gratifikation kommt immer zum Lohn hinzu und ist mithin zweitrangig. Mit der Gratifikation sichert sich der Arbeitgeber vollumfängliches oder zumindest grosses Ermessen im Entscheid über die Ausrichtung.

2. Wie erfolgt die Zuordnung?

Lehre und Rechtsprechung haben Kriterien entwickelt, anhand derer sich eine Vergütung zuordnen lässt. Die in der Praxis am häufigsten herangezogenen Kriterien werden nachfolgend zusammengefasst:

a. Ist der Bonus bestimmt oder bestimmbar?

Ist der Bonus im Voraus *bestimmt* oder *objektiv bestimmbar* und somit messbar, handelt es sich um Lohn. Der Arbeitnehmer hat einen vorbehaltlosen Anspruch darauf.[2] Bestimmt ist der Bonus, wenn der Anspruchsbetrag im Voraus beziffert worden ist. Bestimmbar ist er, wenn er mittels vereinbarten Bonusmodells anhand objektiv messbarer Ziele bestimmt werden kann,

1 Der besseren Lesbarkeit wegen wird einheitlich von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gesprochen, gemeint sind damit aber ebenso Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmerinnen.

2 Vgl. BGer 4A_485/2016 E. 4.1.1 vom 28.4.2017.

beispielsweise wenn der Arbeitnehmer an den Gewinnen oder Umsätzen des Arbeitgebers zu einem bestimmten Prozentsatz berechtigt wird. Weder die Berechnung noch die Zahlung der Vergütung stehen im Ermessen des Arbeitgebers.

Anders sieht es aus, wenn die Leistungsziele nicht messbar formuliert sind und der Anspruch von der subjektiven Einschätzung des Arbeitgebers abhängt. Nicht messbar sind beispielsweise Zielsetzungen wie ein gewissenhafter Einsatz der Ressourcen, die Erbringung qualitativ hochstehender Arbeit, speditives Vorgehen oder hohe Teamfähigkeit. In diesen Fällen ist die vereinbarte Vergütung als Gratifikation zu qualifizieren und es besteht kein vorbehaltloser Anspruch. Die Vergütung hängt vom Wohlwollen des Arbeitgebers ab.[3] Diese Regel wird jedoch durch das weitere Kriterium der Akzessorietät relativiert (dazu sogleich).

b. Ist der Bonus akzessorisch?

Das Bundesgericht hat entschieden, dass ein Bonus unabhängig vom Parteiwillen (!) und vom Kriterium der Bestimmbarkeit immer nur dann eine Gratifikation darstellen kann, wenn er im Vergleich zur sonstigen Entschädigung akzessorisch erscheint.[4] Mit anderen Worten darf die Gratifikation im Vergleich zum «übrigen Entgelt» nur als Zusatzentgelt erscheinen und nicht Hauptentschädigung sein (weil sonst die angemessene Entlöhnung im Ermessen des Arbeitgebers stünde, was per Definition einem Arbeitsvertrag widerspricht, siehe einleitend Ziff. 1).

Zum «übrigen Entgelt» sind sämtliche vom Arbeitgeber tatsächlich ausgerichteten, verbindlich geschuldeten und auch freiwillig erbrachten Vergütungen zu zählen (sprich Grundgehalt, auf Grundlage der Ergebnisse des Vorjahres bestimmter Anteil am Geschäftsergebnis sowie bereits ausgerichtete freiwillige Sondervergütungen). Der massgebende Zeitraum der gesamthaft erzielten Einkünfte wird von der Rechtsprechung von Fall zu Fall unterschiedlich definiert. Grundsätzlich ist auf das vergangene Jahr abzustellen.

Bei einem Bonus, dessen Ausrichtung nach der Vereinbarung der Parteien ins Ermessen des Arbeitgebers gestellt ist, kann es sich also trotzdem um einen (zwingend geschuldeten) Lohnbestandteil handeln, wenn sich die entsprechende Vergütung im Verhältnis zum «übrigen Entgelt» nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist. Fraglich erscheint allerdings, bei welchem Betrag das Sekundäre verloren geht. Es liegt auf der Hand, dass bei einem niedrigen Einkommen schon ein relativ kleiner Bonus sehr viel mehr Bedeutung haben wird als bei einem hohen Einkommen. Umgekehrt kann bei einem hohen Einkommen eine sehr grosse Gratifikation noch immer Zweitrangigkeit aufweisen. Das Bundesgericht hat denn auch kein festes Verhältnis festgelegt und prüft die Akzessorietät jeweils anhand der individuellen Umstände des Einzelfalls, dies allerdings mit folgender Gegenausnahme:

Gemäss Bundesgericht ist die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum «übrigen Entgelt» nicht mehr entscheidend, wenn Letzteres sehr hoch ist. Ein sehr hohes «übriges Entgelt» nimmt das Bundesgericht bei einem Einkommen an, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet und damit die Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt. Gemäss Bundesgericht liegt dieses bei einem Betrag, welcher den fünffachen Schweizer Medianlohn übersteigt, d.h. aktuell bei (gerundet) CHF 370 000.–.[5] Hier entfällt die Akzessorietätsprüfung und eine ins Ermessen des Arbeitgebers gestellte freiwillige Vergütung ist in jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren, auf die kein Anspruch besteht.

c. Aufgepasst bei abweichender Praxis oder Betriebsübung

Weil ein vertraglicher Formvorbehalt, wonach Änderungen der Schriftform bedürfen, formfrei wieder aufgehoben werden kann, gilt es aufzupassen, wenn sich die Parteien über die vereinbarte Schriftform hinwegsetzen. So kann trotz vertraglich gültig vorbehaltenem Ermessen des Arbeitgebers eine Gratifikation zu einem Lohnbestandteil werden, weil zugunsten des Arbeitnehmers von der im schriftlichen Vertrag vereinbarten Regelung abgewichen wurde. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn dem Arbeitnehmer weitergehende mündliche Zusicherungen gemacht werden, eine vom Arbeitsvertrag abweichende betriebliche Übung existiert oder der (nicht im Voraus bestimmte oder bestimmbare) Bonus vorbehaltlos während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden ist.[6] Will der Arbeitgeber der Rechtsfolge der stillschweigenden Verpflichtung entgehen, so ist bei jeder Auszahlung des Bonus sicherheitshalber unmissverständlich auf die Freiwilligkeit der Ausrichtung hinzuweisen. Doch ein alljährlich angebrachter Freiwilligkeitsvorbehalt kann im Verlauf der Jahre unglaubhaft werden und zur blossen Floskel verkommen. Aus diesem Grund sollte zusätzlich zum Freiwilligkeitsvorbehalt auf die Ausrichtung einmal ganz verzichtet oder sollten zumindest variierende Beträge ausbezahlt werden. Damit zeigt der Arbeitgeber, dass er sein vorbehaltenes Ermessen ernst meint.

Richtet der Arbeitgeber beispielsweise an austretende Mitarbeiter konstant eine Gratifikation pro rata aus, kann er einem gekündigten Arbeitnehmer diese Leistung nicht grundlos verweigern (arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz). Somit kann ein

3 Vgl. BGer 4A_485/2016 E. 4.1.2 vom 28.4.2017.

4 Vgl. BGE 129 III 276 E. 2.1 (Leitentscheid).

5 Vgl. BGE 141 III 407 E. 4.3.2 f. m.w.H. (Praxis mehrfach bestätigt). Als sehr hohe Entschädigung wird ein Einkommen aus Arbeitsvertrag angesehen, das den fünffachen Medianlohn übersteigt. Der Medianlohn belief sich auf CHF 74 268.– im Jahr 2014 und der Schwellenwert gemäss Bundesgericht entsprechend auf CHF 371 340.–; https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten.assetdetail.39777.html.

6 Vgl. BGE 129 III 276, E. 2 m.w.H.

Anspruch infolge Betriebsübung entstehen, ohne dass er vorgängig vereinbart war.

3. Ausgestaltungsmöglichkeiten (Anspruch pro rata temporis)?

Lohn und Gratifikation unterscheiden sich aber nicht nur hinsichtlich der Freiwilligkeit, sondern auch bezüglich der zulässigen Ausgestaltungsmöglichkeiten. Wird die Vergütung als Lohn qualifiziert, ist die zwingende Rechtsfolge ein klagbarer Anspruch und jeglicher, auch schriftlich festgehaltener Freiwilligkeitsvorbehalt wäre ungültig (Art. 322 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 OR). Werden die definierten Ziele erreicht, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Auszahlung, selbst wenn er sich in gekündigter Stellung befindet oder freigestellt worden ist oder gar krank wird. Das Gegenteil ist der Fall, wenn das Gericht die Vergütung als Gratifikation qualifiziert. Der Arbeitgeber darf sich dann deren Auszahlung und/oder Höhe vorbehalten oder an Bedingungen knüpfen (z.B. an das Vorliegen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses). Sodann besteht bei einer Zahlung, die als Gratifikation qualifiziert wird, nur dann ein Anspruch pro rata temporis, wenn Letzterer ausdrücklich vereinbart worden ist (im Unterschied zur Lohnzahlung, die zwingend pro rata temporis geschuldet ist). Die Gratifikation ist im Krankheitsfall nicht geschuldet.

Übersicht über die zwingenden und dispositiven Rechtsfolgen:

4. Eine variable Vergütung verlässlich regeln – aber wie?

Bei der Vertragsredaktion ist Folgendes zu beachten:

a. (Auch) im Arbeitsrecht gilt Vertragsfreiheit. Die Parteien dürfen andere Vergütungen als die im Gesetz explizit genannten vereinbaren, solange die vom Gesetz aufgestellten zwingenden Vorschriften nicht verletzt werden. Absolut zwingend ist beispielsweise, dass der Arbeitnehmer für seine Arbeit entlohnt wird, denn: der Lohn ist charakteristisches Qualifikationsmerkmal eines jeden Arbeitsvertrags. Erhält der Arbeitnehmer für seine Arbeit keine angemessene minimale Vergütung, trägt er ein (zu) hohes wirtschaftliches Risiko (siehe vorstehende Ziff. 2b). Letzteres ist dem Arbeitsvertrag fremd und kommt vielmehr einer gesellschaftsrechtlichen Zusammenarbeit nahe.

b. Im Gesetz findet sich der Begriff «Bonus» nirgends niedergeschrieben. Dennoch ist der Begriff aus unserer Arbeitswelt nicht mehr wegzudenken und darf selbstverständlich (weiterhin) verwendet werden. Wichtig ist dabei, dass die Bonusvereinbarung möglichst klar formuliert wird, sodass auch für einen Dritten leicht erkennbar wäre, was die Parteien regeln wollten. Denn ist die Regelung unklar, kann mangels gesetzlicher Definition des Begriffs «Bonus» nicht auf das Gesetz abgestellt werden. Vielmehr wäre anhand der konkreten Umstände zu ermitteln, was die Parteien unter dem vereinbarten Bonus tatsächlich verstanden haben (oder zumindest verstehen durften). Entsprechend ist dafür zu sorgen, dass das von den Parteien tatsächlich Gewollte auch in den Arbeitsvertrag Eingang findet.

Qualifikation des Bonus als ...	... Lohn	... Gratifikation
Besteht ein **klagbarer Anspruch**, falls die vertraglichen Bedingungen/Ziele erreicht wurden?	ja (zwingend)	Anspruch besteht nur, wenn Gratifikation vereinbart; jedoch grosses Ermessen bezüglich Höhe
Besteht bei Vertragsaustritt ein **Anspruch pro rata temporis**, falls Bedingungen/Ziele erreicht wurden?	ja (zwingend)	nur wenn vereinbart
Besteht ein Anspruch auf Auszahlung in **gekündigter Stellung**, falls Bedingungen/Ziele erreicht wurden oder bei Freistellung erreicht worden wären?	ja (zwingend)	nur wenn vereinbart
Besteht eine **Lohnfortzahlungspflicht** nach Art. 324a f. OR, falls Bedingungen/Ziele erreicht werden oder erreicht worden wären?	ja (zwingend)	nein

c. Vom Gesetz verwendete Begriffe sind z.B. «Anteil am Geschäftsergebnis» (vgl. Art. 322a OR) und «Gratifikation» (vgl. Art. 322d OR). Aber aufgepasst, auch hier kann nicht einfach im Gesetz nachgeschlagen werden, ob der Arbeitgeber sich damit Freiwilligkeit und/oder Ermessen ausbedingte oder der Arbeitnehmer mit einer sicheren Zahlung rechnen durfte. Vielmehr kommt es bei diesen Begriffen ebenfalls darauf an, was die Parteien bei Vertragsabschluss tatsächlich darunter verstanden. Der wirkliche Wille – soweit er denn feststellbar ist – zählt und geht einer allenfalls unzutreffenden Bezeichnung vor (Art. 18 OR).

5. Was geschieht im Streitfall?

Was nun, wenn nicht feststellbar ist, was die Parteien tatsächlich wollten, oder sich am Ende gar herausstellt, dass die Parteien aneinander vorbeiredeten und nur vermeintlich dasselbe meinten? Hier gilt: Die Willenserklärungen der Parteien müssen nach objektiven Kriterien ausgelegt werden. Es wird die Frage gestellt, was durfte eine Partei in den konkreten Umständen unter der Vereinbarung und dem bisherigen Verhalten verstehen? Wurde der Bonus zugesichert oder allenfalls von Bedingungen abhängig gemacht? Die Gerichte stellen für die Vertragsauslegung auf die (weiter vorne erläuterten) Kriterien Bestimmbarkeit und Akzessorietät ab.

6. Dilemma des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber möchte mit Bonusregelungen verständlicherweise möglichst viel Anreiz zur Leistungssteigerung und Zielerreichung setzen, sich aber gleichzeitig Freiwilligkeit oder zumindest Ermessen bei der Zahlung vorbehalten. Damit steht er in einem Zielkonflikt. Denn soll die variable Vergütung einen Anreiz zur Leistungssteigerung beim Arbeitnehmer setzen, letzteren zu unternehmerischem Verhalten motivieren oder längerfristig an das Unternehmen binden, braucht es Verlässlichkeit, sprich Verbindlichkeit. Hierfür eignet sich ein variabler Lohnanteil, dessen Auszahlung und Höhe an die Erreichung bestimmter oder bestimmbarer Ziele (Leistung) geknüpft ist. Leistungslöhne haben prospektiven Charakter. Die Gratifikation verfolgt hingegen vorwiegend ein anderes Ziel: Sie verdankt bereits erbrachte Leistungen und wird zumeist an besonderen Anlässen wie Weihnachten oder Ende des Geschäftsjahres ausgerichtet. Sie hat einen retrospektiven Charakter und wohl wenig Anreizsystem, solange sie dem Arbeitnehmer nicht zugesichert wird, da der Arbeitnehmer nicht verbindlich mit der Zahlung rechnen kann. Damit stehen gewünschter Anreiz und Freiwilligkeit in einem Zielkonflikt.

Ob eine vereinbarte Vergütung als das eine oder eben das andere qualifiziert wird, geht ins Geld. Entsprechend grosse Bedeutung kommt einer klaren, durchdachten Vertragsredaktion zu.

AUTORINNEN

lic. iur. Franziska Rhiner, Rechtsanwältin, Partnerin bei RKR Rechtsanwälte, Zürich und Ersatzrichterin am Bezirksgericht Horgen, spezialisiert auf Prozessführung.

MLaw Tanja Knezevic, Rechtsanwältin bei RKR Rechtsanwälte, Zürich, spezialisiert auf Fragestellungen des Vertrags-, insbesondere des Arbeitsrechts.

WEKA-Musterverträge

Über 1000 Schweizer Musterverträge und Mustervorlagen

Mit der bekannten Schweizer Online-Vertragsdatenbank schliessen Sie Ihre Verträge schneller, einfacher und garantiert rechtssicher ab. Alle **über 1000 Musterverträge und Vorlagen in Word** werden von Fachanwälten laufend geprüft und mit wertvollen Tipps für die Anwendung in der Praxis veredelt.

Profitieren Sie jetzt gleich von den über 1000 Musterverträgen und Checklisten zu allen relevanten Rechtsgebieten nach Schweizer Recht. **Mit integrierter Online-Rechtsberatung.**

Ihr Nutzen

- **Sichere Verträge nach Schweizer Recht abschliessen,** alle Inhalte sind praxisgeprüft und werden laufend von Schweizer Fachanwälten aktualisiert.
- **Alle Verträge sind jederzeit griffbereit zum uneingeschränkten Download** über Ihren Online-Login.
- **Schnelles Finden** und wertvolle Zeit gewinnen mit der professionellen Suchfunktion.
- **Alle Musterverträge sind im Word-Format verfügbar,** Sie können alle Vorlagen bequem und einfach Ihrem Bedarf anpassen.
- Doppelt abgesichert, dank **integrierter Online-Rechtsberatung.**

Bestellung und weitere Informationen: www.weka.ch/mustervertraege.html