



Kommentar zu: Urteil: [4A_513/2017](#) vom 5. September 2018
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Qualifikation des Bonus im Arbeitsrecht

Anwendungsfall der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur qualifikatorischen Einordnung des Bonus

Autor / Autorin

Daniel Donauer, Christophe Gösken, Anna Pellizzari

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Thomas Geiser

Universität St.Gallen

Roland Müller

ME Advocat Rechtsanwälte

Regelmässig finden sich innerhalb von Arbeitsverträgen und entsprechenden Dokumentationen bestimmte Formen von Sondervergütungen, die unter dem Pauschalbegriff «Bonus» erörtert werden und deren Ausrichtung an gewisse Bedingungen geknüpft wird. Vielmals ist dabei jedoch unklar, ob dem davon betroffenen Arbeitnehmer effektiv ein Anspruch auf Auszahlung der Sondervergütung zukommt und ob es sich dabei um eine sog. Gratifikation nach Art. 322d OR handelt. Im vorliegenden Urteil erörtert das Bundesgericht hinsichtlich des Bonus die für die Abgrenzung von Lohn und Gratifikation anzuwendenden Kriterien.

Sachverhalt

[1] Laut Arbeitsvertrag vom 1. März 1988 hat die X. AG (nachfolgend: X., die Bank oder die Arbeitgeberin) – damals W. AG (nachfolgend: W) – Z.A. (nachfolgend: der Arbeitnehmer) als stellvertretenden Direktor in der Abteilung «Kundenbeziehungen» eingestellt, wobei dieser später, im Januar 2004, Mitglied des Verwaltungsrats von X. wurde.

[2] Seit 2001 hat die Bank in Übersichtsblättern die Beträge aufgeführt, welche dem Arbeitnehmer jährlich unter dem Titel «Grundlohn» sowie unter dem Titel «Anreiz- und Bindungsprämie» sowohl in der Form von Bargeld als auch in der Form von gesperrten Aktien gewährt wurden. Bis zum Jahre 2010 erinnerten diese gesperrten Aktien daran, dass sie den *Rules of the X. Share Plan* unterstellt waren. Sie wiesen ferner darauf hin, dass die Barauszahlung des Bonus implizierte, dass der Arbeitsvertrag zum Zeitpunkt der Überweisung nicht gekündigt worden war. Sie besagen ausserdem, dass die sofortige oder zukünftige Auszahlung eines Bonus, sei dies in bar oder auf andere Weise, keinen Rechtsanspruch auf einen Bonus, sei dies in bar oder auf andere Weise, im Folgejahr oder in der Zukunft vermittelt. Parallel zum Abschluss des Arbeitsvertrags vom 15. Dezember 2003 verfassten die Parteien ein *addendum/sideletter*, in welchem die Berechnung des Ermessensbonus (*discretionary bonus*) des Arbeitnehmers bei Erreichen seiner Ziele wie folgt festgelegt wurde:

«Die Berechnungsgrundlage wird bei 8.75% des <PBT> (Gewinn vor Steuern) für Ihren Geschäftsbereich Türkei, Israel sowie Diamanten/Schmuck, unter der Annahme einer cost/income ratio von 63% für das Jahr 2004 liegen. Es versteht sich, dass die Ziele (AOP, inkl. Audit- und Compliancestandards), welche Ihrem Geschäftsbereich von Zeit zu Zeit vorgegeben werden, erreicht werden müssen. Sie anerkennen, dass jeglicher Ermessensbonus auf der Gesamtleistung der Bank sowie derjenigen der Private Banking Gruppe basiert. Dies könnte sich auf die Bestimmung eines allfälligen Ermessensbonus auswirken. Sie sind ferner damit einverstanden, dass ein Teil irgendeines Ermessensbonus als Anreiz zum Verbleib bei der Bank erachtet werden kann.»

[3] Die Arbeit des Arbeitnehmers stellt jährlich Gegenstand einer Auswertung dar. Von 1989 bis 1991 wurden seine Dienste, sowohl in Bezug auf die Qualität als auch auf die Quantität der Arbeit, die beruflichen Beziehungen, das persönliche Engagement sowie die erzielten Ergebnisse als ausgezeichnet bewertet. Zwischen 1992 und 1999 ist die Qualität seiner Dienste unbekannt. Zwischen 2000 und 2003 wurden seine Dienste als sehr gut eingestuft. Zwischen 2004 und 2011 wurden sie als gut bewertet und seine Ziele wurden fast immer erreicht, wobei er die Note 3/5 erhielt. Zwischen 2009 und 2011 haben seine Manager sowohl seine unglaubliche Arbeit, trotz der schwierigen Jahre, als auch sein wichtiges Engagement, insbesondere beim Krisenmanagement, hervorgehoben. In den Jahren 2010 und 2011 wurde ihm von seinen Vorgesetzten gedankt. Im Verlaufe der Zeit wurde er gebeten, sich verstärkt in die Geschäftsführung der Bank einzubringen. Darüber hinaus indiziert die Auswertung des Jahres 2008, dass das Vertrauen nach einem massiven Betrug im Vorjahr wiederhergestellt wurde und die Auswertung im 2011, dass die Abteilung T. im Jahre 2011 mit einigen Entlassungen aufgrund nicht konformen Verhaltens zu kämpfen hatte. Im ersten Halbjahr 2012 wurden die finanziellen Ziele zu 35% und die nichtfinanziellen Ziele zu 65% erreicht; die Halbjahresbilanz war positiv.

[4] Am 10. Oktober 2012 haben die Genfer Behörden zwei Brüder des Arbeitnehmers verhaftet, Z.B., welcher bereits erwähnt wurde, sowie Z.C., welcher an der Spitze der Genfer Gesellschaft V. AG steht; die Behörden verdächtigten sie, an einem riesigen Geldwäscherei-Netzwerk zwischen Marokko, Frankreich, Spanien, dem Vereinigten Königreich und der Schweiz teilgenommen zu haben, indem sie grosse Summen an Drogengeldern erhielten. Am 15. November 2012 hat die Bank dem Arbeitnehmer auf den 31. Mai 2013 gekündigt. Er wurde mit sofortiger Wirkung entlassen.

Erwägungen

[5] *Das Bundesgericht zog unter anderem Folgendes in Erwägung (deutsche Übersetzung):*

[6] Es besteht Einigkeit darüber, dass die Parteien durch einen unbefristeten Arbeitsvertrag gebunden waren, welcher vom Arbeitgeber am 15. November 2012 auf den 31. Mai 2013 gekündigt wurde (E. 4).

[7] Die Gratifikation ist eine spezielle Entschädigung, welche der Arbeitgeber zusätzlich zum Lohn zu bestimmten Anlässen, z.B. einmal pro Jahr, entrichtet (vgl. Art. 322d Abs. 1 [OR](#)). Sie unterscheidet sich dahingehend vom Lohn, dass ihre Ausrichtung vollumfänglich oder zumindest teilweise vom guten Willen des Arbeitgebers abhängt. In Ermangelung eines solchen Willens ist diese Vergütung fakultativ (BGE [131 III 615](#) E. 5.2 S. 620). Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor dem Zeitpunkt der Vergütung hat der Arbeitnehmer nur dann einen Anspruch auf einen Anteil dieser Vergütung, sofern dies vereinbart wurde (E. 5.1).

[8] Wenn der Bonus unbestimmt bzw. objektiv unbestimmbar ist, also dessen Auszahlung vom guten Willen des Arbeitgebers abhängt und dessen Quote im Grossen und Ganzen von seinem Ermessen in dem Sinne abhängt, dass sie nicht zum Vornherein festgelegt ist und von der subjektiven Wertschätzung der Dienste des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abhängt, muss dieser als Gratifikation qualifiziert werden (BGE [141 III 407](#) E. 4.2.2 S. 408; 193 III 155 E. 3.1 S. 156; Urteil 4A_463/2017 bereits zitiert in E. 3.1.2.2). Vorliegend kommt dem Arbeitgeber ein solches Ermessen zu, da der Bonus einerseits nicht an einen bestimmten Geschäftserfolg geknüpft ist, andererseits resultiert dies auch durch die subjektive Wertschätzung der erbrachten Leistungen des Arbeitnehmers (E. 5.2.2).

[9] Bei einem unbestimmten bzw. objektiv unbestimmbaren Bonus müssen zudem folgende zwei Situationen unterschieden werden (E. 5.3):

[10] Falls sich die Parteien vertraglich über den Grundsatz der Gewährung eines Bonus geeinigt und dessen Betrag festgelegt haben, handelt es sich um eine Gratifikation, welche der Arbeitgeber zu leisten verpflichtet ist (*Anspruch auf die Gratifikation*), wobei sie eine gewisse Freiheit bei der Festsetzung des zu überweisenden Betrages geniessen. Ebenso, wenn während des Vertragsverhältnisses regelmässig ein Bonus ohne Freiwilligkeitsvorbehalt während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgezahlt wurde, wird aufgrund des Vertrauensprinzips angenommen, dass ein solcher stillschweigend vereinbart wurde; unabhängig davon, ob es sich um einen variablen oder stets fixen Betrag handelt: Es besteht vorliegend eine Gratifikation, auf welche der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch hat (E. 5.3.1).

[11] Auch wenn der Bonus in casu von Jahr zu Jahr mit Freiwilligkeitsvorbehalt ausbezahlt wurde, besteht im Prinzip keine stillschweigende Vereinbarung. Es handelt sich um einen nicht geschuldeten Bonus. Allerdings wurde ausnahmsweise anerkannt, dass sich, trotz des Vorbehalts (über den Grundsatz und den Betrag), eine stillschweigende Verpflichtung aus der wiederholten Zahlung der Gratifikation während Jahrzehnten ableiten lässt, wenn der Arbeitgeber den Vorbehalt nie in Anspruch genommen hat, obwohl er einen Grund dazu gehabt hätte, wie z.B. ein schlechter Geschäftsgang oder schlechte Leistungen bestimmter Mitarbeiter. Diesfalls handelt es sich um eine Gratifikation, auf welche der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch hat. Dies gilt ebenfalls, wenn der Freiwilligkeitsvorbehalt lediglich eine leere Floskel (d.h. eine bedeutungslose Stilklausel) darstellt und wenn aufgrund des Vertrauensprinzips anzunehmen ist, dass der Arbeitgeber durch sein Verhalten impliziert, dass er sich zur Zahlung eines Bonus verpflichtet fühlt (5.3.2).

[12] Gewährt der Arbeitgeber im Rahmen eines Interessensplans variable Leistungen, so ist auf der Grundlage der ordnungsgemäss ausgelegten Parteivereinbarung und ihrer jeweiligen Interessen zu unterscheiden, ob es sich um einen (variablen) Lohnbestandteil oder um eine Gratifikation handelt (6.2).

[13] Ob die Parteien einen bestimmten oder objektiv bestimmbar Bonus, und damit einen variablen Lohnbestandteil (Art. 322a OR), wie der Arbeitnehmer es behauptet, oder, im Gegenteil, einen unbestimmten oder objektiv unbestimmbar Bonus, also eine Gratifikation (Art. 322d OR), wie es die Bank behauptet, vereinbart haben, ist mittels Auslegung ihrer Willensäusserungen nach den üblichen rechtswissenschaftlichen Prinzipien zu ermitteln (7.1).

[14] Das zuständige Arbeitsgericht hat festgehalten, dass die Parteien einen variablen Lohnbestandteil vereinbart hatten. Obwohl es sich in der Tat in den aufeinanderfolgenden Verträgen, welche seit 1988 (ausser im Vertrag vom Mai 1999, welcher überhaupt keinen Bonus erwähnte) unterzeichnet wurden, in den Statuten der Bank sowie in den meisten Dokumenten (Übersichtsblätter), welche dem Arbeitnehmer ausgehändigt wurden (also in 25 von 34 Fällen), um einen Ermessensbonus handelte, hatten sie sich im Dezember 2003 auf eine andere Art der Vergütung geeinigt. Diese Elemente wurden vom CEO der Bank, welcher zwischen 2008 und 2012 im Amt war, bestätigt. Jener erklärte, dass der Arbeitnehmer gemäss den Bedingungen eines zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags, welcher dem Dokument vom 16. Dezember 2003 «höchstwahrscheinlich» entsprach, einen Anspruch auf einen Prozentsatz des von den Mitgliedern seines Teams erwirtschafteten Gewinns gehabt habe. Es war allerdings unbeachtlich, dass der Vertrag vom 15. Dezember 2003 und das *addendum* des folgenden Tags festhielten, dass es sich um einen Ermessensbonus handelte, da dieser Ausdruck nicht den tatsächlichen und gegenseitigen Willen der Parteien widerspiegelt (7.2).

[15] Um als variabler Lohnbestandteil qualifiziert zu werden, muss der Bonus sowohl in dessen Grundsatz als auch in dessen Betrag, welcher bestimmt oder objektiv bestimmbar sein muss (vgl. E. 5.2.1 oben), vorgesehen werden. Das kantonale Gericht ging eindeutig davon aus, dass die Erreichung der Ziele, an welche der Bonus geknüpft war, rein quantitativ sei. Diese Prämisse steht jedoch im Widerspruch zum Dokument vom 16. Dezember 2003, in welchem es heisst: «Es versteht sich, dass die Ziele (AOP, inkl. Audit- und Compliancestandards), welche Ihrem Geschäftsbereich von Zeit zu Zeit vorgegeben werden, erreicht werden müssen.» Es wird daher klar und ausdrücklich auf die Einhaltung von Compliancestandards hingewiesen, welche die Bank regelmässig im Verfahren geltend gemacht hat. Schliesslich scheint es, dass es in der Verantwortung des Arbeitnehmers lag, die der Marktstätigkeit inhärenten Risiken zu kontrollieren, für welche er verantwortlich war, indem er seine Team-Mitglieder beaufsichtigte und überwachte, um sicherzustellen, dass die Complianceregeln (*Compliance*) eingehalten wurden, insbesondere im Hinblick auf die Bekämpfung der Geldwäscherei, wie die Genfer Richter dies feststellten (7.2.2).

[16] Es ist zu beachten, dass die Erfüllung dieser Bedingung nicht basierend auf einem reinen Zahlenvergleich, sondern durch einen Prozess, welcher darin besteht, eine Regel auf bestimmte Fälle durch eine subjektive Wertschätzung anzuwenden, bestimmt wird. Darüber hinaus ist das *addendum* vom 16. Dezember 2003 recht eloquent. Es bezieht sich an verschiedenen Stellen auf den Begriff «Ermessensbonus» und besagt «Sie anerkennen, dass jeglicher Ermessensbonus auf der Gesamtleistung der Bank sowie derjenigen der Private Banking Gruppe basiert. Dies könnte sich auf die Bestimmung eines allfälligen Ermessensbonus auswirken. Sie sind ferner damit einverstanden, dass ein Teil irgendeines Ermessensbonus als Anreiz zum Verbleib bei der Bank erachtet werden kann.» Dieses Dokument basiert daher auf der Idee, dass der Bonus von der weltweiten Gesamtleistung der Bank und der Gruppe abhängt und dass die Auszahlung eines Teils dieser Vergütung aufgeschoben werden kann, um den Mitarbeiter dazu zu bewegen, weiterhin in den Diensten der Bank zu bleiben. Darüber hinaus verwies der einen Tag vor der Unterzeichnung des *addendums* geschlossene Arbeitsvertrag ebenfalls auf den Ermessenscharakter des Bonus. Dieses Adjektiv findet sich in Art. 6.4. des Personalreglements, welches auf das Unternehmen X. in der Schweiz anwendbar ist und welches integrierenden Bestandteil der Verträge zwischen der Bank und ihren Angestellten bildete; diese Bestimmung präzisiert klarerweise, dass der Bonus «nach Belieben» gewährt werden «kann», dass er keinen Bestandteil des Lohnes darstellt und dass dessen Auszahlung für eines oder mehrere aufeinanderfolgende Jahre den Arbeitgeber nicht dazu verpflichtet, diesen auch in den darauffolgenden Jahren auszuzahlen. In der Tat scheint es nicht so, dass die Compliancestandards während dieses Zeitraums nicht beachtet wurden oder, falls sie es doch wurden, dass der Arbeitnehmer dafür verantwortlich gemacht wurde. Obwohl die Auswertung des Arbeitnehmers von 2008 das Vorliegen eines sich im Vorjahr ereigneten Betrugs erwähnt, weist diese ebenfalls darauf hin, dass das Vertrauen wiederaufgebaut wurde. Wenn dagegen die Bewertung von 2011 Entlassungen in der Abteilung T. erwähnt, ist dadurch nicht nachgewiesen, dass der Arbeitnehmer hierfür zur Verantwortung gezogen wurde. Die Äusserung des CEO der Bank, welcher zwischen 2008 und 2012 im Amt war, der Arbeitnehmer habe einen Rechtsanspruch auf einen Prozentsatz des von den Mitgliedern seines Teams erwirtschafteten Einkommens gehabt, ist nicht entscheidend, zumal ein Bonus je nach Einzelfall gewährt wird. Dieses Element unterstützt daher nicht die These bezüglich des Vorliegens eines variablen Lohnbestandteils (7.3).

[17] Auch wenn der Arbeitnehmer über einen Anspruch auf einen Bonus verfügt hätte, welcher aus einer Vereinbarung über den Grundsatz der Gratifikation abgeleitet worden wäre, hätte die Bank diese Vergütung wirksam an die Bedingung knüpfen können, dass der Arbeitsvertrag zum Zeitpunkt der Auszahlung nicht gekündigt sein dürfe (vgl. E. 5.1. oben), was sie auch tat, indem sie den Arbeitnehmer regelmässig mittels Zusendung der Übersichtsblätter daran erinnerte, dass kein Bonus in bar an Arbeitnehmer, deren Vertrag vor der Auszahlung gekündigt wurde, ausgezahlt worden war (E. 7.5).

[18] Darüber hinaus erhob der Arbeitnehmer Beschwerde beim kantonalen Gericht, er habe entgegen aller Beweise festgestellt, dass die Übersichtsblätter über die Aktien, welche ihm überreicht wurden, alle den Freiwilligkeitsvorbehalt dieser Vergütung erwähnten, während dieser Vorbehalt selbst – in einer Tabelle mit einer Zusammenfassung über die dem Arbeitnehmer auf den Seiten 8 ff. seines Urteils gewährten Vergütung – feststellte, dass ein ähnlicher Vorbehalt bezüglich der Jahre 2010 und 2011 fehlte. Der Arbeitnehmer äussert sich allerdings nicht zum Absatz vor der fraglichen Tabelle. Es scheint, dass in den Übersichtsblättern von 2001 bis 2010 systematisch festgelegt wurde, dass die sofortige oder zukünftige Zahlung eines Ermessens- oder Garantiebonus, ob bar oder auf andere Weise, einen Anspruch auf den Erhalt eines Bonus, ob bar oder auf andere Weise, weder im folgenden Jahr noch in der Zukunft begründet. Dies war hinreichend explizit, um auch die betreffenden Aktien zu erfassen und, obwohl dieser Vorbehalt im Jahr 2012 fehlte, hat diese einzige Auslassung keine Auswirkung auf die Qualifikation der betreffenden Vergütung (vgl. BGE [129 III 276](#), E. 2.2 S. 280) (E. 8.4).

Kommentar

[19] Mit dem vorliegenden Urteil erhielt das Bundesgericht neuerlich die Gelegenheit, sich über die qualifikatorische Einordnung des arbeitsrechtlichen Bonus zu äussern. Im Einzelnen hielt es dazu die bisher entwickelten Regeln betreffend Bonus im Kontext von Gratifikation und Lohn nochmals fest und wendete diese in der Folge auf den zugrundeliegenden Fall an. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt sich insgesamt wie folgt abbilden:

[20] Häufig werden im Arbeitsvertrag arbeitsrechtliche (meist variable) Sondervergütungen als sog. «Bonus»

bezeichnet. Der Bonus wird dabei – ob rechtlich richtig oder nicht – teilweise mit dem Begriff der Gratifikation assoziiert. Eine Definition dieses Terminus findet sich im schweizerischen Arbeitsrecht nicht. Nach allgemeiner Ansicht kann der Bonus jedoch entweder als Gratifikation oder als Lohn qualifizieren. Die Zuordnung hängt davon ab, welche Bedingungen mit der Ausschüttung der Sondervergütung verknüpft werden.

[21] *Lohn* ist ein wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses nach Art. 319 OR (*essentialia negotii*) und bildet einen schuldrechtlichen Bestandteil, auf welchen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber als Gegenleistung für seine zu entrichtende Arbeit Anspruch hat.

[22] Gemäss Art. 322d Abs. 1 OR liegt eine *Gratifikation* dann vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nebst dem Lohn (d.h. eine Sondervergütung über den eigentlichen Lohn hinaus) bei bestimmten Anlässen, etwa Weihnachten oder bei Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung ausrichtet, auf welche der Arbeitnehmer nur dann einen Anspruch hat, wenn dies zwischen den Parteien verabredet ist. Die Gratifikation steht neben dem Lohn; sie ist nicht mit dem Lohn nach Art. 322 OR, welcher für die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft geschuldet ist, gleichzusetzen. Vielmehr dient die Gratifikation als zusätzliches motivatorisches Instrument zugunsten des Arbeitnehmers, indem etwa die Unternehmenstreue des Arbeitnehmers honoriert werden soll. Daneben gibt es zahlreiche weitere Gründe (etwa Beteiligung am Geschäftsergebnis, Erhalt oder Steigerung der Motivation für künftige Leistungserbringung, Leistungsprämie etc.), welche für die Ausschüttung einer Gratifikation verantwortlich sein können.

[23] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine Gratifikation nur dann vorliegen, wenn entweder ihre Ausrichtung selbst oder zumindest die mit der Ausrichtung verbundene betragsmässige Höhe im freien Ermessen des Arbeitgebers liegt. Entscheidend ist damit, dass die Leistung der Gratifikation durch den Arbeitgeber weitgehend auf freiwilliger Basis (*ex gratia*) erfolgt. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Ausrichtung der Gratifikation von subjektiven Elementen des Arbeitgebers (z.B. Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung) abhängt.

[24] Ein Bonus – welcher in aller Regel auf freiwilliger Basis erfolgen soll – wird dann zu einem verbindlichen Anspruch des Arbeitnehmers, wenn dieser als Lohn oder als Lohnbestandteil anzusehen ist. Aus der Definition der Gratifikation lässt sich in diesem Kontext ableiten, dass ein Bonus dann als Lohn qualifiziert, wenn die Ausrichtung der betreffenden Sondervergütung sowie ihre Höhe nicht vom Ermessen des Arbeitgebers abhängt, was beispielsweise auf den 13. Monatslohn zutrifft. Ein Ermessen des Arbeitgebers fehlt darüber hinaus auch dann, wenn eine Vergütung mit dem Erreichen von Umsatz- oder Gewinnzahlen verknüpft ist und für die Berechnung objektive Kriterien zur Anwendung gelangen. Solche schwankenden Vergütungsformen gelten diesfalls als variabler Lohnbestandteil und nicht als Gratifikation.

[25] Wie bereits erläutert, basiert eine Gratifikation auf Freiwilligkeit sowie auf dem guten Willen des Arbeitgebers. Allerdings kann ein verbindlicher Anspruch auf eine Gratifikation entstehen, wenn dies zwischen den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde. Hierdurch erfolgt eine Modifikation von einer echten zu einer unechten Gratifikation. Es ist bei der Auslegung des Vertrags auf den tatsächlichen gegenseitigen Willen der Parteien abzustellen. Demnach kann eine Gratifikation trotz schriftlicher Vereinbarung ihres freiwilligen Charakters verbindlich werden, wenn eine weitergehende mündliche Zusicherung, eine abweichende betriebliche Übung über mehrere Jahre oder eine mehrmalige vorbehaltlose Auszahlung erfolgt ist (CHRISTOPH SENTI, Leistungslohn oder Gratifikation? – Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, in: Wolfgang Portmann/Gabriel Aubert/Jean-Philippe Dunand/Adrian von Kaenel/Roland A. Müller/Boris Zürcher (Hrsg.), ARV 2011, S. 1–10, S. 7 f.)

[26] Werden Gratifikationen während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ohne Freiwilligkeitsvorbehalt ausgerichtet, leitet das Bundesgericht daraus aufgrund des Vertrauensprinzips eine stillschweigende Vereinbarung eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf zukünftige Sondervergütungen ab. Wurden die Gratifikationen in unterschiedlicher Höhe ausgerichtet, wird immerhin die betragsmässige Festsetzung der Gratifikation im Ermessensbereich des Arbeitgebers belassen. Blieb die Höhe der Gratifikationen hingegen über die Jahre unverändert, so besteht ein Rechtsanspruch auch hinsichtlich der Höhe der Gratifikation (BSK OR-WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Art. 322d N 10). Trotz Auszahlung während drei aufeinanderfolgenden Jahren, kann der Arbeitgeber die Entstehung eines solchen Rechtsanspruchs verhindern, indem er bei jeder Auszahlung einen

Freiwilligkeitsvorbehalt anbringt.

[27] Wird eine Gratifikation jahrelang regelmässig ausgerichtet, kann der Freiwilligkeitsvorbehalt jedoch anlässlich des Vertrauensprinzips durch den Arbeitnehmer als leere Floskel verstanden werden, wodurch der Vorbehalt seine Bedeutung verliert. Nach herrschender Lehre wird die Unverbindlichkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts allerdings nur angenommen, wenn der Arbeitgeber wesentliche Gründe gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten (BK OR-MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Art. 322d N 8). Diese Rechtsprechung gilt es aus unserer Sicht jedoch kritisch zu beäugen, da der alleinige Sinn und Zweck eines solchen Vorbehalts gerade auf das Ausbleiben der Annahme eines Verpflichtungswillens abzielt (vgl. auch JÜRIG BRÜHWILER, Art. 322d N 2; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322d N 8; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d N 11). Eine solche Auffassung würde lediglich zu Rechtsunsicherheit führen, da ein Arbeitgeber sich folglich nicht einmal durch ausdrücklichen Vorbehalt vor einer Leistungspflicht schützen könnte, sondern rechtzeitig eine Leistung auslassen müsste, was für den Arbeitnehmer allerdings kontraproduktiv wäre (BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d N 11; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322d N 8).

[28] Ferner wird nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Gratifikation angenommen, sofern das Kriterium der Akzessorietät erfüllt ist. Dieses besagt, dass die Gratifikation akzessorisch, also zusätzlich zum Lohn gewährt wird und somit den Bestand eines Lohnes voraussetzt. Arbeitsleistung ist entgeltlich und deren Entschädigung darf demzufolge zum Zwecke des Arbeitnehmerschutzes nicht ausschliesslich oder vorwiegend in einer freiwilligen, massgeblich durch den Arbeitgeber bestimmten Gratifikation bestehen (FRANK VISCHER/ROLAND A. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, §10 N 86 ff.). Es liegt somit keine Gratifikation, sondern ein Lohnbestandteil vor, wenn die Sondervergütung regelmässig einen höheren Betrag als den Lohn erreicht (BRÜHWILER, Art. 322d N 9; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 1; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d N 19). Allerdings hängt der akzessorische Charakter der Sondervergütung nicht nur von deren Höhe, sondern auch von deren Regelmässigkeit ab. Eine ausserordentlich hohe Zulage kann dennoch als Gratifikation qualifiziert werden, sofern sie sich in einer einmaligen Auszahlung erschöpft und in dieser Höhe nicht wiederholt (ZK OR-ADRIAN STAEHELIN, Art. 322d N 3; SENTI, S. 5). Erreicht der Lohn hingegen ein solch erhebliches Mass, welches die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet, ist die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn allerdings kein tragbares Kriterium mehr, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (VISCHER/MÜLLER, §10 N 89). Auf dieses Kriterium wird geachtet, wenn der Lohn des Angestellten fünf Mal höher als der Medianlohn in der Privatwirtschaft ist. 2016 lag der Medianlohn bei CHF 6'502 pro Monat bzw. CHF 78'024 pro Jahr (vgl. Pressemitteilung BfS in: <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/5226937/master> [15. Mai 2018]). Der fünffache Medianlohn als Abgrenzungskriterium beträgt damit CHF 390'120 pro Jahr.

Dr. iur. DANIEL DONAUER, ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich.

CHRISTOPHE GÖSKEN, MLaw, ist Substitut bei Walder Wyss am Standort Lausanne.

ANNA PELLIZZARI, BLaw, ist Kurzpraktikantin bei Walder Wyss am Standort Zürich.

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Christophe Gösken / Anna Pellizzari, Qualifikation des Bonus im Arbeitsrecht, in: dRSK, publiziert am 14. März 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

