



Liebe Leserin, lieber Leser

Die **rechtliche Qualifikation des Bonus** als Gratifikation oder Lohnbestandteil hängt von zahlreichen Umständen ab und ist entscheidend für die Durchsetzbarkeit einer Bonusforderung. In unserem ersten Top-Thema erhalten Sie einen hilfreichen Überblick über das Thema sowie Antworten auf die wichtigsten Praxisfragen.

Weihnachten/Neujahr ist für viele die besinnlichste Zeit des Jahres, in der sie unbedingt Ferien beziehen wollen. Andere würden lieber arbeiten, obwohl eigentlich Betriebsferien sind. In unserem zweiten Top-Thema bringen wir Ihnen aus aktuellem Anlass das Thema **Ferien über die Festtage** etwas näher.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Bonus – Anspruch
oder freiwillige Leistung? Seite 1
- Praxisfälle:
FAQ Bonus Seite 4
- Gerichtsentscheid:
Unklare Bonusvereinbarung Seite 5
- Gerichtsentscheid:
Feiertage Seite 6
- Top-Thema:
Ferien über die Festtage Seite 8
- Fachbeitrag:
Entlohnung durch Provision Seite 10

Bonus – Anspruch oder freiwillige Leistung?

Das Thema Bonus ist ein «Dauerbrenner» in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung. Insbesondere die Qualifikation des Bonus als freiwillige Gratifikation oder als Lohnbestandteil, auf welchen ein Anspruch besteht, führt regelmässig zu Streitigkeiten.

■ Von Marc Ph. Prinz und Gian Geel

Bonusarten

Ein Bonus ist eine variable Sondervergütung, die zum festen Grundlohn hinzutritt, im Gesetz aber nicht definiert ist. Aus rechtlicher Sicht wird der Bonus anhand der Parteivereinbarungen und der Umstände entweder als

Lohnbestandteil (Art. 322/322a OR) oder als Gratifikation (Art. 322d OR) qualifiziert.

Während der Arbeitnehmer auf den Lohnbestandteil einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch hat, liegt der Gratifikation eine ge-

wisse Freiwilligkeit des Arbeitgebers zugrunde. Die Gratifikation wird weiter unterteilt in die vollständig freiwillige echte Gratifikation und die unechte Gratifikation. Auf die Ausrichtung der unechten Gratifikation besteht zwar ein grundsätzlicher Anspruch, ihre Höhe liegt aber im Ermessen des Arbeitgebers.

Abgrenzung

Lohnbestandteil/Gratifikation

Massgebend zur Qualifikation eines Bonus als Lohnbestandteil oder Gratifikation sind nicht (allenfalls falsche) Bezeichnungen im Vertrag oder (Bonus-)Reglement, sondern die effektiven Parteivereinbarungen und die gelebte Praxis. Ausschlaggebend sind die Abgrenzungskriterien Ermessen, Regelmässigkeit und Akzessorität.



Ermessen

Die Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn insbesondere dadurch aus, dass sie ganz (echte Gratifikation) oder zumindest teilweise (unechte Gratifikation) im Ermessen des Arbeitgebers liegt.

Letzteres ist anzunehmen, wenn zwar ein Anspruch auf Ausrichtung des Bonus besteht, dem Arbeitgeber aber bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht (nur) vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird.

Für eine Gratifikation ist typisch, dass ihre Höhe von wechselnden Umständen, wie Geschäftsergebnis oder Leistung des Arbeitnehmers, abhängt und demnach von Jahr zu Jahr variiert. Wurde ein Bonus vereinbart, der anhand von Geschäftsdaten (z.B. Umsatz) eindeutig berechnet werden kann, handelt es sich grundsätzlich um einen Lohnbestandteil.

Wurde die Ausrichtung eines Bonus zwar vertraglich vereinbart, die Festlegung der Höhe aber im Ermessen des Arbeitgebers belassen (unechte Gratifikation), hat der Arbeitgeber sie nach billigem Ermessen und sachlichen Gesichtspunkten festzusetzen. Auch hier darf der Arbeitgeber seine Pflicht zur Ausrichtung der Gratifikation nicht dadurch unterlaufen, dass er diese willkürlich tief festsetzt oder ganz entfallen lässt.

Regelmässigkeit

Werden jährlich regelmässig Boni ausbezahlt, so geht die Gerichtspraxis davon aus, dass ein Bonus nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn er während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren vorbehaltlos ausgerichtet wurde. Dies gilt selbst dann, wenn die Freiwilligkeit von Bonuszahlungen explizit im Arbeitsvertrag festgehalten wurde. Diese Praxis wird allerdings angesichts der schwankenden Bonushöhe regelmässig nur den Grundsatz betroffen haben, dass eine Gratifikation auszurichten ist (unechte Gratifikation).



Will der Arbeitgeber dieser Rechtsfolge entgegen, so muss er regelmässig, wenn er den Bonus ausrichtet, auf dessen Freiwilligkeit hinweisen. Selbst die stete, jahrzehntelange Wiederholung des Freiwilligkeitsvorbehalts kann dazu führen, dass der Vorbehalt aus Sicht des Arbeitnehmers zur leeren Floskel wird, wenn der Arbeitgeber durch sein ganzes Verhalten zeigt, dass er sich zur Auszahlung eines Bonus verpflichtet fühlt. Bedingung für diese Annahme ist, dass der Arbeitgeber in dieser Zeit Grund gehabt hätte, den Bonus nicht auszurichten (z.B. bei schlechtem Geschäftsgang oder bei ungenügender Arbeitsleistung), und dies dennoch getan hat.

Akzessorietät

Da der Arbeitsvertrag zwingend entgeltlich ist, genügt eine bloss freiwillige Entschädigung für die Arbeitsleistung in Form einer Gratifikation nicht. Eine Gratifikation kann entsprechend zu Lohn werden und dadurch die Freiwilligkeit verlieren, wenn sie nicht mehr bloss akzessorischen (nebensächlichen) Charakter hat. Dies bestimmt sich nach den konkreten Umständen und ist bei mittleren und höhe-

ren Einkommen in der Regel dann der Fall, wenn der Bonus regelmässig gleich hoch oder höher ist als der Jahreslohn. Bei tieferen Einkommen kann es auch schon bei kleineren Bonusanteilen an der nötigen Akzessorietät fehlen. Bei sehr hohen Einkommen ab dem Fünffachen des Medianlohns gilt das Akzessorietätsanfordernis wiederum gar nicht mehr, mangels eines Sozialschutzbedürfnisses des Arbeitnehmers.

Klagbarkeit

Während die echte Gratifikation als vollkommen freiwillige Leistung nicht einklagbar ist, besteht auf Lohn und die unechte Gratifikation ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch. Anzumerken ist, dass auch wenn auf die Ausrichtung der unechten Gratifikation ein klagbarer Anspruch besteht, ihre Höhe noch immer im Ermessen des Arbeitgebers liegt. Die Pflicht zur Ausrichtung der unechten Gratifikation darf immerhin nicht dadurch unterlaufen werden, dass der Arbeitgeber diese willkürlich tief festsetzt oder gar ganz entfallen lässt. In der Regel dürfte bei gleichbleibenden Umständen (z.B. Geschäftsgang,



individuelle Leistung) eine (unechte) Gratifikation in der durchschnittlichen Höhe der letzten Jahre geschuldet sein.

Wegfall mit Kündigung?

Gemäss Bundesgericht ist der Lohnanspruch im Gegensatz zur Gratifikation zumindest in dem Sinne bedingungsfeindlich, als die Auszahlung eines Lohnbestandteils nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses zum massgeblichen Stichtag abhängig gemacht werden kann. Denn der Austausch von Arbeit gegen Lohn als essenzielles Element des Arbeitsvertrags schliesse die Möglichkeit aus, zu vereinbaren, dass der Lohn für schon geleistete Arbeit von solchen Bedingungen abhängig gemacht wird. Das ist in der Lehre umstritten.

Insbesondere sei auch die häufig in Bonusreglementen anzutreffende Regelung, dass während einer gewissen Zeit gesperrte Aktienboni an die Gesellschaft zurückfallen, wenn das Arbeitsverhältnis während der Sperrfrist aufgelöst wird, nur bei einer Gratifikation zulässig.

Gemäss Art. 156 OR gilt eine Bedingung auch dann als erfüllt, wenn der Arbeitgeber wider Treu und Glauben den Bedingungseintritt verhindert, z.B. indem er nur zur Vereitelung des Anspruchs kurz vor dem Stichtag kündigt oder ein Geschäft nicht genehmigt.

Bei der unechten Gratifikation kann auch bei nicht bedingtem Anspruch auf Ausrichtung der Gratifikation ihre Höhe im Rahmen der zulässigen Ermessensausübung des Arbeitgebers durchaus von Kriterien wie der Kündigung des Arbeitsverhältnisses beeinflusst werden. Denn die Gratifikation ist in der Regel nicht nur eine Belohnung für geleistete Arbeit, sondern auch Motivation für zukünftigen Arbeitseinsatz. Das weitere Verbleiben im Betrieb stellt regelmässig ein sachliches Kriterium für die Ermessensausübung des Arbeitgebers dar.

Bei der unechten Gratifikation hat das Bundesgericht die Kürzung um ein Drittel (sog. «Zukunftsdrittel») bei Fälligkeit der Gratifikation während des gekündeten Arbeitsverhältnisses nicht beanstandet und als durchaus üblich bezeichnet.

Pro-rata-Anspruch bei Lohn

Wenn ein Arbeitnehmer vor Ablauf der Bonusperiode ausscheidet, stellt sich die Frage, ob der Bonus anteilmässig für die gearbeitete Zeit (pro rata temporis) geschuldet ist.

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach bei Lohn die Bedingung des bestehenden bzw. ungekündigten Arbeitsverhältnisses unzulässig ist, folgt bei Lohn ein zwingender Anspruch pro rata bei vorzeitigem Ausscheiden. Die Parteien können demzufolge auch nichts Gegenteiliges vereinbaren.

Auf die Gratifikation hingegen hat der Arbeitnehmer nach Art. 322d Abs. 2 OR nur dann einen Pro-rata-Anspruch, wenn die Parteien dies vereinbart haben.

Mitarbeiterbeteiligungen

Grössere Arbeitgeber beteiligen oft Arbeitnehmer am Unternehmen (z.B. mittels Aktien und Optionen), um diese zu guten Leistungen anzuspornen und dafür zu belohnen. Zur Bindung der beteiligten Arbeitnehmer an das Unternehmen werden regelmässig sogenann-

te Vesting-Klauseln vorgesehen, welche die bedingt gewährten Beteiligungsrechte verfallen lassen, falls das Arbeitsverhältnis beispielsweise vor Verstreichen der festgelegten Periode endet.

Vesting-Klauseln sind grundsätzlich zulässig. Wenn aber der Arbeitgeber die Kündigung ohne sachliche Rechtfertigung ausspricht, nur mit dem Ziel, die definitive Zuteilung der Beteiligungen an den Arbeitnehmer zu vereiteln, wird eine Vesting-Klausel unwirksam. Dasselbe kann eintreten, wenn eine Vesting-Periode ungewöhnlich lange bemessen ist.

Grundsätzlich wenden die Gerichte auch auf Mitarbeiterbeteiligungen die vorgenannte Praxis zum Bonus an, was die Gültigkeit von Vesting-Klauseln infrage stellen kann, wenn die Mitarbeiterbeteiligung als Lohnbestandteil qualifiziert wird.

Dieser Arbeitnehmerschutz entfällt allerdings, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligung vornehmlich als Anleger handelt, der das mit der Anlage verbundene Risiko in der Erwartung eines hohen Kapitalgewinns aus freien Stücken akzeptiert. Diesfalls gelten die Bestimmungen der Beteiligungsvereinbarung ohne Rücksicht auf zwingende Vorschriften des Arbeitsrechts. Ob die Beteiligung sich als Bestandteil des Arbeitsvertrags oder als davon losgelöste Investition ausnimmt, ist stets aufgrund der Verhältnisse des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei erscheint insbesondere wesentlich, ob Beteiligungen bzw. Optionen Lohnbestandteil bilden, was sich aus verschiedenen Indizien ergeben kann. Erwirbt der Arbeitnehmer die Beteiligungen käuflich, ist regelmässig von einem Handeln als Investor auszugehen (insbesondere wenn der Preis nicht besonders vorteilhaft ist).

AUTOREN



Marc Ph. Prinz, LL.M., ist Partner und Leiter der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER. Er berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.



Gian Geel, LL.M., ist Rechtsanwalt und Mitglied der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER. Er berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.



Fragen & Antworten: Bonus – Anspruch oder freiwillige Leistung?

Kaum ein Thema ist im Arbeitsrecht so umstritten wie die rechtliche Einordnung des Bonus und die daraus resultierenden Konsequenzen. Hier die wichtigsten Fragen und Antworten.

■ Von Marc Ph. Prinz und Gian Geel

Frage: Was ist ein Bonus aus rechtlicher Sicht?

Antwort: Das Gesetz definiert den Begriff «Bonus» nicht. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich beim Bonus je nach den Umständen des Einzelfalls um eine freiwillige Gratifikation oder einen variablen Lohnbestandteil.

Frage: Wann ist ein Bonus Lohnbestandteil?

Antwort: Beim Bonus handelt es sich insbesondere dann um einen (einklagbaren) Lohnbestandteil, wenn ein Anspruch des Arbeitnehmers auf den Bonus vereinbart wurde und der Arbeitgeber bezüglich der Ausrichtung und der Bestimmung der Höhe des Bonus kein Ermessen hat. Das ist z.B. regelmässig der Fall, wenn der Bonusplan eine Berechnung des Bonus basierend auf Kennzahlen (z.B. Unternehmenszahlen oder persönlicher Umsatz) vorsieht. Umstritten ist die Frage, ob der Arbeitgeber den Bonus zwar nach im Bonusreglement festgelegten, objektiven Kriterien berechnen, sich aber gleichzeitig im Reglement oder Arbeitsvertrag das freie Ermessen darüber vorbehalten darf, überhaupt einen Bonus auszurichten. Unseres Erachtens ist diese Frage zu bejahen. Es handelt sich um eine betragsmässige ermessensunabhängige Gratifikation.

Frage: Was ist bei der Auszahlung einer Gratifikation zu beachten?

Antwort: Bei der Auszahlung einer freiwilligen Gratifikation ist unbedingt der (möglichst schriftliche) Hinweis anzubringen, dass es sich um eine freiwillige Zahlung handelt, auf die kein Anspruch besteht. Denn die Gerichtspraxis geht davon aus, dass ein Bonus nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn er während mindestens dreier aufeinanderfolgender Jahre vorbehaltlos ausgerichtet wurde. Dies gilt selbst dann, wenn die Freiwilligkeit von Bonuszahlungen explizit im Arbeitsvertrag festgehalten wurde.

Dies wird allerdings angesichts der (meist) schwankenden Bonushöhe regelmässig nur den Grundsatz betreffen, dass eine Gratifikation auszurichten ist (unechte Gratifikation). Will der Arbeitgeber dieser Rechtsfolge entgegen, so muss er regelmässig, wenn er den Bonus ausrichtet, auf dessen Freiwilligkeit hinweisen. Selbst die stete, jahrzehntelange Wiederholung des Freiwilligkeitsvorbehalts kann allerdings dazu führen, dass der Vorbehalt aus Sicht des Arbeitnehmers zur leeren Floskel wird, z.B. wenn der Bonus trotz schlechtem Geschäftsgang oder ungenügender Leistung ausbezahlt wurde.

Frage: Ist der 13. Monatslohn freiwillig?

Antwort: Nein. Der 13. Monatslohn ist – wie die Bezeichnung schon sagt – Lohnbestandteil. Denn sowohl der Anspruch darauf als auch dessen Höhe (ein Monatslohn) sind vertraglich vereinbart. Bei Austritt während des Jahres hat der Arbeitnehmer somit Anspruch auf eine anteilige Ausrichtung des 13. Monatslohns (pro rata temporis).

Frage: Fallen auf Bonuszahlungen Sozialabgaben an?

Antwort: Ja. Der sozialversicherungsrechtliche Lohnbegriff ist weiter als der zivilrechtliche. Auch freiwillige Gratifikationen fallen darunter. Auf der Lohnabrechnung muss ein Bonus entsprechend – unabhängig von seiner zivilrechtlichen Qualifikation – gesondert aufgeführt werden.

Frage: Haftet immer der Arbeitgeber für einen einklagbaren Bonus?

Antwort: Meistens ja. Ausnahmsweise kann aber allenfalls lediglich die Muttergesellschaft für einen einklagbaren Bonus haften (sog. Passivlegitimation), wenn es sich um ein Bonusprogramm der Muttergesellschaft handelt und sämtliche diesbezüglichen Dokumente



erkennbar für den Arbeitnehmer immer von ihr kamen.

Frage: Kann der Arbeitgeber das Bonusreglement anpassen?

Antwort: Ja. In aller Regel müssen aber die betroffenen Arbeitnehmer zustimmen. Eine stillschweigende Zustimmung kann angenommen werden, wenn für die Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von einem (stillschweigenden) Einverständnis zu der zugestellten Neuregelung ausgeht und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde. Trifft dies zu, hat der Arbeitnehmer seine Ablehnung gegen die vorgeschlagene Neuregelung innert angemessener Frist zum Ausdruck zu bringen. Tut er dies nicht und nimmt allenfalls sogar in den kommenden Jahren den nach den neuen Regeln bestimmten Bonus vorbehaltlos an, ist von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen.

Ob eine einseitige Abänderung des Bonusreglements (ohne Zustimmung des Arbeitnehmers) durch den Arbeitgeber zulässig ist, ist umstritten. Unseres Erachtens ist das zumindest dann möglich, wenn sich der Arbeitgeber die einseitige Abänderung vertraglich vorbehalten hat.

AUTOREN



Marc Ph. Prinz, LL.M., ist Partner und Leiter der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER. Er berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.



Gian Geel, LL.M., ist Rechtsanwalt und Mitglied der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER. Er berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.