

- e) CRAMER, CONRADIN: Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer, in: AJP 2008, S. 535 ff.

In der Öffentlichkeit werden kontroverse Diskussionen über die Zulässigkeit der Ausrichtung von Bonusvergütungen und deren Angemessenheit geführt. Dabei wird der aus den angelsächsischen Ländern stammende vielfältige Begriff «Bonus» unbesehen übernommen und nicht berücksichtigt, dass dieser Begriff kein gesetzlicher ist, sondern vielmehr ein solcher der Umgangssprache. Die Gerichte prüfen daher bei der Geltendmachung einer «Bonusförderung» jeweils, unter welchen Rechtsnormen der Bonus als variable Vergütung einzuordnen ist (ermessensabhängige Vergütung als Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR; ermessensfeindliche Erfolgsvergütung gemäss Art. 322a OR; ermessensfeindliche Leistungsvergütung als Akkordlohn gemäss Art. 319 Abs. 1 i.V.m. Art. 326 und 326a OR und als Provision i.S.v. Art. 322b OR).

Vorab sei darauf hingewiesen, dass sich der Autor mit der arbeitsrechtlichen Einordnung der verschiedenen Bonusarten in seiner Dissertation «Der Bonus im Arbeitsvertrag» (Schriften zum Arbeitsrecht, Heft 66, Bern 2007) eingehend auseinandergesetzt hat. Dass er sich im vorliegend zu besprechenden AJP-Beitrag nun auch zum Bonus als Malus äussert und damit zur Frage, inwieweit die Abwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer rechtlich zulässig ist, ist zu begrüssen. Die Gerichte haben sich zu dieser Frage leider bis anhin kaum geäussert. Einzig das Kantonsgericht Graubünden hat sich in einem Urteil aus dem Jahre 2005 mit der Frage der Verlustbeteiligung eingehend auseinandergesetzt. Das Gericht musste unter anderem eine Vertragsklausel beurteilen, welche festhielt, dass ein allfälliger Betriebsverlust – auch über das Jahresgehalt hinaus – vollumfänglich zu Lasten des Arbeitnehmers ging. Das Gericht hielt fest, dass eine Vereinbarung einer Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers zulässig sei, sofern diese eine blosser Lohnbemessung bleibe und nicht zur Haftung ohne Verschulden führe. Zu Recht wies es darauf hin, dass eine Verlustbeteiligung den Charakter eines Ansporns behalten soll und darum in jenen Fällen unzulässig sei, wo die Mehrheit des Lohnes bei Verlust weg falle (KGer GR vom 20. Juni 2005, in: JAR 2006, S. 475 ff.). Die Lektüre dieses Urteils ist zu empfehlen.

Der Autor äussert sich im ersten Teil seines Beitrags zu den einzelnen Varianten möglicher Verlustbeteiligungen und analysiert anschliessend die Frage deren zulässigen Umfangs. Zum Schluss zeigt er die rechtlichen Folgen auf, wenn eine Arbeitgeberin von ihrer vertraglichen Bonuskürzungsmöglichkeit bei schlechten Geschäftszahlen keinen Gebrauch macht.

Der Autor macht zu Recht darauf aufmerksam, dass in der Praxis Geschäftsverluste bei der Bonusberechnung oder der Bonusbemessung entgegen einer verbreiteten Meinung regelmässig berücksichtigt werden. Dies mit der zutreffenden Begründung, dass ein Bonus mindestens teilweise am Geschäftsergebnis anknüpft und daher je nach Entwicklung höher oder geringer ausfallen kann.

Der Autor weist sodann darauf hin, dass die Vertragsparteien ein Festlohnkürzungsrecht des Arbeitgebers bei einem Verlust vereinbaren können. Dieses besteht darin, dass der Festlohn mit einer Ermessens-, Leistungs- oder Erfolgskomponente verbunden wird, die zu einer Lohnkürzung berechtigt. Dies ist gemäss zutreffender Ansicht des Autors möglich, weil der vom Kürzungsrecht erfasste Lohnanteil nur bedingt geschuldet ist. Dass in der Praxis solche als Malus-Vereinbarungen ausgestaltete Boni bloss eine geringe Rolle spielen und im Vergleich zu einem zum Festlohn hinzukommenden Bonus unter psychologischen Gesichtspunkten wohl kaum geeignet und motivierend sind, hebt der Autor zu Recht hervor.

In einem weiteren Abschnitt befasst sich der Autor mit der Frage des zulässigen Umfangs von Verlustbeteiligungen. Vorab weist er darauf hin, dass die Lehre die Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers überwiegend ablehnt mit der Begründung, dass eine solche nur in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart werden kann. Der Arbeitnehmer darf nach überwiegender Auffassung nicht verpflichtet werden, seinem Arbeitgeber in schlechten Zeiten etwas zu bezahlen, statt für seine Arbeitstätigkeit entlohnt zu werden. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

Im mittleren Teil seiner juristischen Abhandlung setzt sich der Autor mit der Frage der Zulässigkeit der Berücksichtigung von Verlustvorträgen auseinander und hält fest, dass gemäss herrschender Rechtslehre (die sich allerdings auf einen älteren Bundesgerichtsentscheid beruft, BGE 81 II 145, 151 f.) die Berechnungsgrundlage erfolgsabhängiger Boni zeitlich insofern nicht ausgedehnt werden darf, als Verlustvorträge aus vorigen Geschäftsperioden berücksichtigt werden. Der Autor teilt diese Auffassung allerdings nicht uneingeschränkt. Er weist darauf hin, dass eine Bonusvereinbarung, die neben Verlust- auch Gewinnvorträge berücksichtigt, möglich sein müsse, weil Vorträge ohnehin im Bilanzgewinn, welcher nach der Lehre als Berechnungsgrundlage zulässig sei, enthalten seien und sich ferner im Gesetz keine Anhaltspunkte dafür fänden, dass nach jedem Geschäftsjahr «Tabula Rasa» erstellt werden müsse.

In einem weiteren Abschnitt wirft der Autor die Frage auf, in welchem Umfang ein Geschäftsverlust die Gesamtvergütung eines Arbeitnehmers

beschneiden darf. In einer Auslegeordnung erwähnt er die von der Rechtsprechung und Lehre aufgestellten Kriterien für die Eingrenzung von Bonusvereinbarungen wie z.B. das vom Bundesgericht genannte «Akzessorietätskriterium» (dies allerdings im Zusammenhang mit ermessensabhängigen Boni, BGE 129 III 276; Urteil 4C.340/2005 vom 24.01.2006, E.2.1), ferner Art. 27 Abs. 2 ZGB, sodann das Truckverbot (welches der Autor jedoch als ungeeignet ablehnt), sowie die allgemeinen Auffangtatbestände wie die Übervorteilung oder die Sittenwidrigkeit.

Der Autor äussert sich sodann zur interessanten Frage, ob bei Boni, die als Anteil am Geschäftsergebnis i.S.v. Art. 322a OR zu qualifizieren sind, die Vorschrift von Art. 349a Abs. 2 OR, die sich ja vom Wortlaut und der systematischen Einordnung her nur auf den Handelsreisenden bezieht, analog angewendet werden könne. Obwohl die herrschende Lehre und das Bundesgericht (Urteil vom 11. Oktober 1994, in: JAR 1995, S. 102 ff., 106) die analoge Anwendung bejahen, vertritt der Autor eine andere Auffassung. Seiner Ansicht nach soll sich die Regelung von Art. 349a Abs. 2 OR, wonach die Provisionen ein «angemessenes Entgelt» ergeben müssen, wenn der Lohn eines Handelsreisenden ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision besteht, nur auf den Handelsreisenden (Aussendienstmitarbeiter) beschränken. Der Autor relativiert seine Aussage jedoch mit dem Hinweis, dass es nicht schlüssig sei, warum der Anspruch auf ein «angemessenes Entgelt» nur dem Handelsreisenden, nicht aber auch dem Arbeitnehmer im Innendienst zustehen soll. Er ergänzt seine Aussage durch die zutreffende Bemerkung, dass die Besserstellung des Handelsreisenden gegenüber dem Arbeitnehmer im Innendienst vor dem Gleichheitsgedanken nicht standzuhalten vermöge. Meiner Meinung nach gibt es in der Tat keine triftigen Gründe, die Anwendung der Schutzbestimmung von Art. 349a OR nur auf den Aussendienstmitarbeiter zu begrenzen. Gerade der Gleichheits- und Sozialgedanke des Arbeitsrechts erfordert es nämlich, dass auch dem im Innendienst tätigen Arbeitnehmer ein bestimmter «Mindestlohn» garantiert wird.

Dass die Arbeitgeberin das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen hat, ist ein unbestrittener Grundsatz. Zutreffend weist der Autor darauf hin, dass die Spezialnormen zur erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütung von Art. 322a, 322b und 326 OR es dem Arbeitgeber ermöglichen, einen Teil des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer zu übertragen. Im Zusammenhang mit der Risikoverteilung bei variablen Lohnbestandteilen weist der Autor auf einen wichtigen Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich hin, welcher vom Bundesgericht bestätigt wurde (vgl. JAR 1987, S. 301 ff., 302, 307 f.). Dieser hält fest, dass eine Risiko-

überwälzung zulässig ist, wenn «*einwandfrei feststeht, dass der Misserfolg nicht bloss auf fehlende Qualifikation oder mangelnde Konkurrenzfähigkeit des Produktes, sondern auf schuldhaft ungenügende Arbeitsleistung (...) zurückzuführen ist*». Dies betrifft Boni, die von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängig sind. Zutreffend erwähnt der Autor, dass bei nicht vom Arbeitnehmer zu beeinflussenden Bonusparametern die Rechtslage anders zu beurteilen und es den Parteien verwehrt sei, unter dem Titel von Art. 322a OR die gesamte Vergütung des Arbeitnehmers dem Geschäftsrisiko zu unterstellen.

Am Schluss seines Beitrags setzt sich der Autor mit den rechtlichen Folgen auseinander, wenn ein Arbeitgeber bei schlechten Geschäftszahlen und namentlich bei Verlusten trotz vertraglicher Grundlage nicht von seiner Bonuskürzungsmöglichkeit Gebrauch macht. In Übereinstimmung mit dem Autor ist festzuhalten, dass der Arbeitgeber selbstverständlich die Möglichkeit hat, einen höheren Bonus als vertraglich zugesichert auszurichten und auch Leistungsziele grosszügiger als erreicht zu deklarieren. Im Zusammenhang mit einer langjährigen, regelmässigen Bonusausrichtung trotz ausdrücklichem Freiwilligkeitsvorbehalt weist der Autor zu guter Letzt auf einen «*leading case*» des Bundesgerichtes hin (BGE 129 III 276, 281), welcher festhält, dass eine Gratifikation und damit auch ein ermessensabhängiger Bonus als vereinbart gelte, «*wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt wird, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen*» werde.

Es ist das Verdienst des Autors, einen wertvollen Beitrag zur Problematik der Abwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer geleistet zu haben.

*Denis Humbert*

- f) ENRIQUEZ, MIGUEL: Die gewillkürte Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – Rechtsdogmatische Grundlagen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Gestaltungsrecht, Zürich 2008

Mit der Besprechung einer Dissertation, deren Titel und Untertitel eine vertiefte wissenschaftliche Bearbeitung annehmen lassen, deren Literaturverzeichnis mit fast 400 Einträgen beeindruckend ist und deren Fussnoten mengenmässig wohl fast die Hälfte des Geschriebenen ausmachen, übernimmt ein arbeitsrechtlicher Praktiker, wie der Rezensent einer ist, eine schwierige Aufgabe und müsste an der Überprüfung der Wissenschaftlich-