



## Gratifikation oder Lohnbestandteil?

Boni beschäftigen die Gerichte regelmässig. Dabei stellt sich die Frage, wann der Bonus eine freiwillige, im Ermessen des Arbeitgebers liegende Gratifikation ist. Ein aktueller Bundesgerichtsentscheid bestätigt die bisherige Rechtsprechung.

■ Von Dr. Denis G. Humbert



**Streitfrage:** Wann ist der Bonus eine freiwillige Gratifikation und wann ein Lohnbestandteil?

Zwischen den Arbeitsvertragsparteien ist sehr häufig unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen es sich bei einem im Arbeitsvertrag vereinbarten Bonus um eine freiwillige Gratifikation oder um einen geschuldeten Lohnbestandteil handelt. Das Bundesgericht hatte kürzlich Gelegenheit, sich mit dieser Frage in seinem neuesten Entscheid vom 14. April 2016 im Detail auseinanderzusetzen (Urteil 4A\_565/2015).

### Ausgangslage

Folgender Sachverhalt lag dem Urteil zugrunde: Ein ehemaliger Mitarbeiter einer Privatbank klagte beim Arbeitsgericht Zürich einen Bonus von über CHF 300 000.– ein. Mit Urteil vom 26. Januar 2015 wies das Arbeitsgericht Zürich die Klage ab mit der Begründung, dass der Arbeitsvertrag unmissverständlich auf den fehlenden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers hingewiesen habe.

Ferner begründete es die Klageabweisung damit, dass ein Bonus nicht regelmässig (mindestens dreimal vorbehaltlos) ausgerichtet worden sei, weshalb der Mitarbeiter nicht in guten Treuen darauf vertrauen dürfe, dass der tatsächlich ausgerichtete Bonus einen Lohnbestandteil bilde. Schon gar nicht könne der

Freiwilligkeitsvorbehalt als leere Floskel verstanden werden, denn dies würde eine jahrzehntelange Ausrichtung voraussetzen.

Das Arbeitsgericht verwies hierbei auf BGE 129 III 276 E.2.3 und gelangte zum Schluss, dass der Bonus vorliegend eine freiwillige Gratifikation sei und daher vom ungekündigten Arbeitsverhältnis bei Bonusfähigkeit abhängig gemacht werden könne. Die Berufung des Klägers gegen diesen negativen Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Zürich teilweise aufgehoben, und das Gericht verpflichtete die Bank zur Zahlung von CHF 128 505.–. Im Übrigen wies es die Klage ab. Die Bank zog das obergerichtliche Urteil an das Bundesgericht weiter und beantragte die Aufhebung des Urteils und vollumfängliche Klageabweisung.

### Bundesgerichtsentscheid vom 14.4.2016

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Bank gut, hob das obergerichtliche Urteil auf und wies die Klage des Arbeitnehmers ab. Einleitend hielt das Bundesgericht in seinem jüngsten Urteil fest,

- dass sich eine Gratifikation gemäss Art. 322d OR gegenüber dem Lohn dadurch auszeichne, dass sie zum Lohn hinzutrete und immer in einem gewissen Masse vom

Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation werde damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet.

- dass Freiwilligkeit dann anzunehmen sei, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zustehe. Ein solches Ermessen ist gemäss Bundesgericht zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird.
- dass deshalb ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag keine Gratifikation sein könne. Das Bundesgericht verwies hierbei auf BGE 139 III 155 E.3.1 S. 156.
- dass im vorliegenden Fall die Ausrichtung des im Arbeitsvertrag vorgesehenen Bonus im Ermessen der Arbeitgeberin lag, ohne dass bestimmte Kriterien für die Auszahlung festgesetzt worden wären, weshalb gemäss Bundesgericht grundsätzlich davon auszugehen sei, dass der Bonus als freiwillige Zahlung vereinbart wurde.
- dass es ferner von der Höhe des Gesamteinkommens und vom Verhältnis des freiwilligen Bonus zum vereinbarten Lohn abhängen würde, ob ein im Ermessen des Arbeitgebers liegender Bonus eine freiwillige Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstelle.

### Akzessorietätsprüfung bleibt zentral

Das Bundesgericht bestätigte seine bisherige Rechtsprechung zum Bonus, indem es erneut darauf hinwies, dass ein solcher zum Lohnbestandteil wird, wenn er sich im Rahmen der sogenannten Akzessorietätsprüfung nicht bloss als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist. Wörtlich führte es hierzu in seinem Entscheid vom 14. April 2016 in seiner Erwägung 2.2.1 Folgendes aus:

«Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, muss eine Gratifikation gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben und darf im Rahmen der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen. Denn dem Arbeitgeber soll es verwehrt sein, die eigentliche Vergütung des Arbeitnehmers in Form einer (freiwilligen) Gratifikation auszurichten.» (BGE 139 III 155 E. 5.3 S. 158 ff.)



Daher kann es sich auch bei einem Bonus, dessen Ausrichtung nach der Vereinbarung der Parteien ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellt ist, um einen (variablen) Lohnbestandteil handeln, wenn sich die entsprechende Vergütung nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist. Unter dem Blickwinkel der Akzessorietät kann bei niedrigen Gesamteinkommen bereits ein im Verhältnis zum Lohn geringerer Bonus den Charakter eines (variablen) Lohnbestandteils aufweisen, da bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung hat als bei einem hohen Einkommen.

Das Bundesgericht äussert sich in seinem aktuellsten Urteil auch zur Frage, wie es denn bei mittleren und höheren Gesamteinkommen aussieht, und zwar wie folgt:

*«Bei mittleren und höheren Gesamteinkommen kann ein im Verhältnis zum Lohn sehr hoher Bonus, ein gleich hoher oder ein den Lohn übersteigender Bonus, der regelmässig bezahlt wird, trotz vereinbarter Freiwilligkeit ausnahmsweise einen (variablen) Lohnbestandteil darstellen (Erwägung 2.2.1).»*

Das Bundesgericht verwies hierbei auf seine zahlreichen Urteile (BGE 141 III 407 E.4.3.1 S. 408 ff.; 139 III 155 E.3.2 S. 156 ff.; 131 III 615 E. 5.2 S. 621; 129 III 276 E. 2.1 S. 279 ff.).

## Wegfall der Akzessorietätsprüfung bei mehr als 5-fachem Medianlohn

Der Kernpunkt der Begründung des Bundesgerichts findet sich in Erwägung 2.2.2. Für unser höchstes Gericht ist die Höhe des Gesamteinkommens des Arbeitnehmers massgebend, d.h. das Total seines Fixsalärs und des variablen Anteils (Bonus). Erzielt der Arbeitnehmer ein sehr hohes Gesamteinkommen, das seine wirtschaftliche Existenz bei Weitem gewährleistet bzw. die Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann gemäss Bundesgericht die Höhe des Bonus im Verhältnis zum Fix-Lohn kein entscheidendes Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter des Bonus zu entscheiden. Es bestätigte hierbei seine frühere Rechtsprechung (BGE 141 III 407 E.4.3.2 S. 409).

Das Bundesgericht hielt fest, dass diesfalls die Akzessorietätsprüfung entfallen würde. Es

wies darauf hin, dass eine ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige Bonus-Vergütung in jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren sei, auf die kein Anspruch bestehe, sofern der Arbeitgeber auch ohne den umstrittenen Bonus ein sehr hohes Einkommen aus der gesamten Entschädigung für seine Arbeitstätigkeit erzielen würde. Es stellte – in Bestätigung seines früheren Urteils BGE 141 III 407 E.5 S. 409 ff. – fest, dass als sehr hohe Entschädigung ein Einkommen angesehen werde, das den fünffachen sogenannten Medianlohn übersteigen würde.

### Medianlohn

Der Medianlohn ist gemäss Definition der mittlere Lohn und bedeutet, dass die eine Hälfte der Bevölkerung mehr und die andere weniger verdient. Er betrug 2014 CHF 6189.– pro Monat. Der Medianlohn ist nicht mit dem Durchschnittslohn identisch. Letzterer berechnet sich aus der Gesamtlohnsumme geteilt durch die Anzahl Köpfe.

**Beispiel:** In einer Gruppe von 5 Personen sind die Einkommen wie folgt verteilt:

- Person 1: CHF 60 000.–
- Person 2: CHF 70 000.–
- Person 3: CHF 80 000.–
- Person 4: CHF 90 000.–
- Person 5: CHF 200 000.–

Der Medianlohn beträgt hier CHF 80 000.–. Demgegenüber ist der Durchschnittslohn die Gesamtlohnsumme dividiert durch 5, d.h. CHF 100 000.–.

### Massgeblicher Beurteilungszeitraum

Laut dem Bundesgericht sind für die Höhe des Gesamtlohnes allein die tatsächlichen Einkünfte im Zeitpunkt ihrer Realisierung massgebend. Es wies – unter Hinweis auf BGE 141 III 412 – in der Erwägung 2.3. darauf hin, dass der massgebliche Zeitraum zur Beurteilung der Frage, ob ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag ein sehr hohes Einkommen erzielen würde, sich in der Regel nach einem Jahreslohn bestimmen würde, wobei auf die gesamten Einkünfte im letzten Jahr vor Vertragsbeendigung d.h., auf den Zeitpunkt des effektiven Geldzuflusses, abzustellen sei. Entscheidend ist also das gesamte Jahreseinkommen im letzten Jahr vor Vertragsbeendigung.

Das Bundesgericht stellte fest, dass sich die tatsächlichen Einnahmen des Bankmitarbeiters im letzten Jahr vor Beendigung seines Vertrages auf CHF 483 700.– beliefen und damit den fünffachen Medianlohn von CHF 367 725.– überstiegen. Es wies darauf hin, dass unter

diesen Umständen der Bankmitarbeiter keinen Anspruch auf den im Arbeitsvertrag in Aussicht gestellten freiwilligen Bonus habe und sich die Frage nach der Akzessorietät, also die Frage, ob der als freiwillige Leistung vereinbarte Bonus aufgrund der Gestaltung und Handhabung der Entlohnung (namentlich wegen dessen verhältnismässiger Höhe zum Grundlohn) als (variabler) Lohnbestandteil zu qualifizieren sei, sich nicht stellen würde.

### Was bedeutet das für die Praxis?

- Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Bonus ist keine freiwillige Gratifikation, sondern Lohnbestandteil (BGE 139 III 155 E.3.1 S. 156; BGer Urteil 4A\_565/2015 E.2.1).
- Der Bonus ist als freiwillige Gratifikation zu qualifizieren, wenn seine Höhe nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (BGer 4A\_28/2009 vom 26. März 2009 E.2.3 mit Hinweis; BGer 4A\_565/2005 vom 14. April 2016 E.2.1).
- Insbesondere bei niedrigem Gesamteinkommen wird ein im Ermessen der Arbeitgeberin liegender Bonus zum einklagbaren Lohnbestandteil, wenn sich dieser nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist (BGer 4A\_565/2015 vom 14. April 2016 E.2.2.1).
- Bei sehr hohem Gesamteinkommen (Bonus und Fixlohn), welches die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers erheblich übersteigt, ist die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein entscheidendes Kriterium mehr. Ein sehr hohes Gesamteinkommen liegt vor, wenn dieses den 5-fachen Medianlohn übersteigt (BGE 141 III 407 E.5 S. 409 ff.; BGer 4A\_565/2015 vom 14. April 2016 E.2.2.2).
- Für die Ermittlung des massgebenden Einkommens ist der vor der Vertragsbeendigung erzielte Jahreslohn, d.h. der Zeitpunkt der Zahlung, erheblich und nicht die Zuordnung einer Zahlung zu einem Geschäftsjahr.



### AUTOR

**Dr. Denis G. Humbert**, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, ist Partner in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Anwaltskanzlei Humbert Heinen Lerch Rechtsanwälte in Zürich.