

Variable Löhne: Hürden und Fragen aus der Praxis

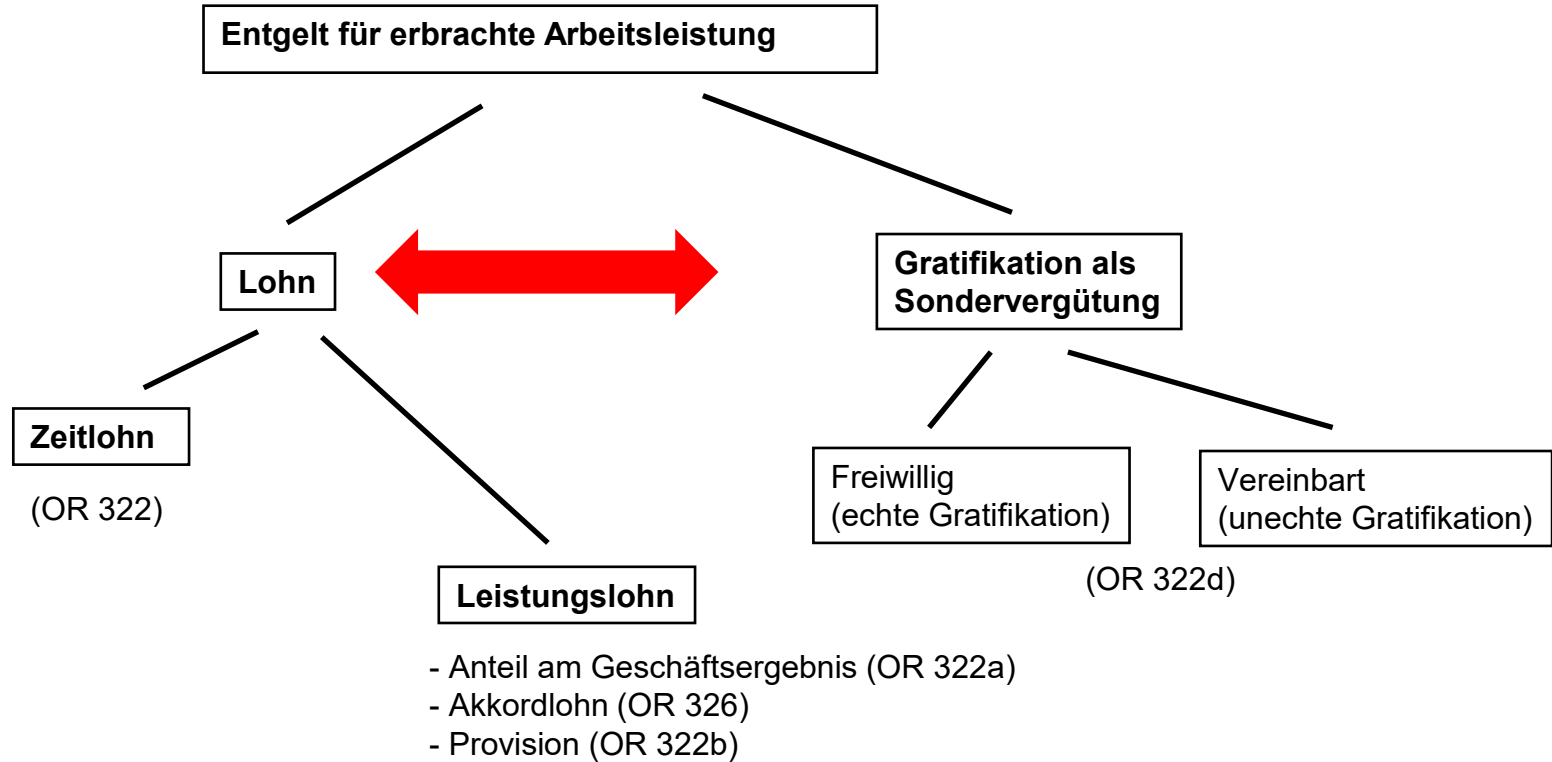
Christoph Senti

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter ZHAW,

www.9450.ch

advokatur
— 9450 —

Lohn oder Gratifikation?



Zentrales Unterscheidungsmerkmal: Ermessen

[BGer 4C.122/2010](#), E. 2:

„Sie [die Gratifikation] hängt immer in einem gewissen Masse vom **Willen des Arbeitgebers** ab. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278; 109 II 447 E. 5c S. 548).“

[KGer SG BZ.2006.90](#), E. 2:

„Die Gratifikation nach Art. 322d OR ist eine **Sondervergütung**, welche die Arbeitgeberin zusätzlich zu einem Festlohn ausrichtet, wobei ihr ein **mehr oder weniger grosses Ermessen** über die Ausrichtung an sich oder deren Höhe zusteht. (...) Eine zumindest gewisse **Ermessensabhängigkeit bleibt damit Tatbestandsvoraussetzung** der Gratifikation (...).“

Was ist Ermessen?

- **Zivilgesetzbuch / Obligationenrecht**

- ➔ Keine Definition. Sofern Ermessen erwähnt, richtet sich dieses an die Gerichte.
Bsp.: Art. 651a ZGB: «Das Gericht (...) bestimmt deren Höhe nach freiem Ermessen.»

- **Öffentliches Recht**

- ➔ Behörden/Gerichten steht im Rahmen von Gesetz und Rechtsprechung die Freiheit zu, nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Gesetzlicher Handlungsspielraum, weil Tatbestand und/oder Rechtsfolge einer Norm nicht genau festgelegt (WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis allg. Verwaltungsrecht, Bd. I, Rz 1454).

- **Ermessen im Sinne der Gratifikation des Arbeitsvertragsrecht**

- ➔ «Wille», «subjektive Einschätzung», «bon vouloir» der Arbeitgeberin (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 322d N 2 und 9).

Ermessen bei der Gratifikation: Beispiele (1)

- **Arbeitgeber bestimmt Bemessungskriterien**
 - ➔ AGeberin bestimmt im Zeitpunkt der Auszahlung die Kriterien und/oder deren Gewichtung, welche die Höhe der Gratifikation bestimmen.
- ☝ Gilt nicht, wenn die Kriterien/Ziele *zu Beginn* der relevanten Geschäftsperiode mit dem ANehmer vereinbart oder ihm bekannt gegeben werden (Budget-, Mitarbeiterziele etc.). (vgl. BGer 4C_395/2005, E. 5.4).
- **Subjektive Leistungsbeurteilung durch Arbeitgeber**
 - ➔ Bemessungskriterien sind definiert. AGeberin hat jedoch Ermessen bei der Beurteilung, ob / in welchem Umfang die gesetzten Ziele erreicht wurden. (Bspw. BGer 4A_169/2021 E. 3.1.2 oder BGer 4A_513/2013 und 4A_519/2013 E. 7.3: «Einhaltung von Compliance- und Auditvorschriften»).

Erkennen bei der Gratifikation: Beispiele (2)

- **Erkennen bei Festlegung des gesamten Bonustopfes**
 - ➔ AGeberin hat Freiheit bei Festlegung der gesamten, an die ANehmenden auszahlenden Bonussumme (BGE 139 III 155, E. 4.2). Gilt m.E. selbst dann, wenn die Bonussumme anschliessend nach einem festen Schlüssel verteilt wird.
- **Vertraglich vereinbarter Maximalbetrag schadet nicht**
 - ➔ «Der Gratifikationscharakter kann auch nicht aufgrund des fixierten Maximalbetrages der Vergütung in Frage gestellt werden, denn entscheidend ist einzig, dass ein Spielraum bei der Festsetzung des Betrages besteht.» (BGer 4A_28/2009, E. 2.4).
- **Gemischte Vereinbarungen (teilweise rechenbar, teilweise mit Ermessen)**
 - ➔ Wenn Elemente isoliert betrachtet werden können, liegt eine gemischte Vereinbarung vor. Numerisch bzw. rechnerisch bestimmbarer Teil gilt als Lohn, ermessensabhängiger Teil als Gratifikation (BGer 4C.325/2002; BGer 4C.97/2006).

Schranken bei der Ausübung des Ermessens (1)

- **Willkürverbot?**

- ➔ Bemessung der Gratifikation gestützt auf «sachfremde» Kriterien?
«Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss" anzusehen sind.» (BGE 129 III 276, E. 3.1).

[Vgl. aber: BGer 4A_403/2025 E. 3.1.: Verhinderung des Eintretens einer vertraglichen Bedingung als Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht (OR 156) führt zur Schadenersatzpflicht (OR 97)]

- ➔ Willkürverbot im öffentlich-rechtlichen Sinne greift bei Privatpersonen nicht
(CHRISTOPH ROHNER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 9 BV, Rz 18).

- ➔ Diskriminierungsverbot als Argument für Willkürverbot? M.E.:
Willkürverbot: Ungleichbehandlung ohne (*sachlichen*) Grund
- versus -

Diskriminierung: Verbot der Ungleichbehandlung aus einem *verwerflichen* Grund

[BGer 4A_651/2017, E 3.3: «(...) où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur (...)»; BGer 4C.364/2004, E. 3.1: Wenn AGeber mit seinem Entscheid «(...) eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit (...)» zum Ausdruck bringt.]

Schranken bei der Ausübung des Ermessens (2)

- **Gleichbehandlungspflicht?**
 - ➔ Generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden?
- STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH: **nein** (Art. 328 N 2 m. V. a. THOMAS GEISER), allerdings mit Vorbehalt bei Gratifikationen (Art. 322d N 5, m. w. V.).
Andere AUTOREN: **eher ja**, jedoch mit gewichtigen Einschränkungen
- Bundesgericht: BGE 129 III 276, E. 3.1, BGer 4C.364/2004, E. 3.1: **nein**,
... dann aber: BGer 4A_651/2017, E. 3.3, mit Verweis auf BGE 129 III 276: **ja**
- ➔ Selbstverständlich **ja**, bei gesetzlichen Spezialfällen (Gleichstellungsgesetz (Art. 3 GIG), lohnmassige Gleichbehandlung ausländischer Mitarbeitender (vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 24), Paritätslohnanspruch Heimarbeitnehmende (Art. 4 Abs. 1 HArG)).

Schranken bei der Ausübung des Ermessens (3)

- **Diskriminierungsverbot**

- ➔ Unbestritten. Die Diskriminierung von Arbeitnehmenden verstösst sowohl gegen Art. 328 OR als auch Art. 28 ff. ZGB (bspw. ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13).

- **Treu und Glauben**

- ➔ Unbestritten. «Immerhin kann ein nur einzelne Arbeitnehmer begünstigendes Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben, dass auch davon nicht erfasste Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen. Dann muss die Arbeitgeberin diese nur einzelnen Arbeitnehmern zugedachte begünstigende Behandlung auch den andern zukommen lassen, weil sie nach Treu und Glauben als vertraglich vereinbart anzusehen ist (...).» (BGE 129 III 276 E. 3.1).

Rechtsfolgen: Lohn vs. Gratifikation (1)

Leistungslohn

Gratifikation

Rechtsgrundlage	OR 322a (Anteil am Geschäftsergebnis) OR 322b (Provision) OR 326 (Akkordlohn)	OR 322d (Gratifikation)
Klagbarer Anspruch?	ja	ja: vereinbarte [unechte] Gratifikation nein: freiwillige [echte] Gratifikation
Lohn(fort)zahlungspflicht?	ja (Arbeitsverhinderung, Ferien, Freistellung)	nein
Zahlungsbedingungen	bedingungslos geschuldet (BGer 4C.395/2005; 4A_158/2019, 4A_506/2023)	Bedingungen möglich (BGer 4C.395/2005; 4A_158/2019, 4A_506/2023)
- Zahlung nur in ungekündigter Stellung	unzulässig	möglich
- Zahlung pro rata temporis	zwingend (zur Fälligkeit vgl. BGer 4A_126/2021)	freiwillig (vgl. Art. 322d Abs. 2)
Truckverbot?	ist zu beachten (vgl. aber BGE 130 III 495; 131 III 615: Mitarbeiterbeteiligungsvertrag)	irrelevant

Rechtsfolgen: Lohn vs. Gratifikation (2)

Leistungslohn

Gratifikation

Bemessungskriterien?	Zwingende Bestimmungen zum «Lohn» sind zu respektieren, bspw.: - geschl. Diskriminierungsverbot (GIG) - Lohnfortzahlung Krankheit - Lohnzahlung bei Freistellung	Grosse Freiheiten; Zulässig ist bspw.: - Kürzung wegen Krankheit (BGer 4C.310/2002) - Kürzung bei freiwilligem Mutterschaftsurlaub (BGer 4A_597/2023) - keine Gleichbehandlungspflicht (solange nicht diskriminierend (vgl. oben, S. 8)) - kein Willkürverbot (vgl. oben, S. 7)
weitere zwingende Vorschriften	- Fälligkeit (OR 323) - Lohnrückbehalt (OR 323a) - Lohnsicherung (OR 323b) - Verrechnungsgrenze (OR 323b As. 2) - Abtretungsverbot (OR 325) - etc.	

Bonusvereinbarung als Beispiel (vgl. Beilage)

- **Zweiteiliger Bonus:**
 - Bonus 1: Anteil am Geschäftsergebnis (EBIT) und
 - Bonus 2: Gratifikation

=> Isolierte Betrachtung möglich, somit eine gemischte Vereinbarung, deren Rechtsfolgen unterschiedlich geregelt werden können.
- **Handlungsspielraum zur rechtlichen Ausgestaltung:**
 - spezifisch nach der jeweiligen Rechtsform;
 - Ausgestaltung als Zusatzvereinbarung mit Möglichkeit zur Teilkündigung;
 - nicht geregelt: Gerichtsstand, anwendbares Recht etc.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Kontakt

Christoph Senti
Dr. iur., Fachanwalt SAV Arbeitsrecht,
Lehrbeauftragter ZHAW,
advokatur 9450
Kriessernstrasse 40
9450 Altstätten
christoph.senti@9450.ch
www.9450.ch



advokatur
— 9450 —