

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht



Universität St.Gallen

Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse von Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, Universität St. Gallen¹

Inhalt

I.	Einführung	2
II.	Rechtliche Einordnung der Boni	3
1.	Erscheinungsformen	3
2.	Lohn oder Gratifikation?	4
a.	Bedeutung der Unterscheidung	4
b.	Arten des Leistungslohns ausserhalb der Gratifikation	5
c.	Unterscheidungskriterien für Gratifikation und festen Lohn nach Lehre und Rechtsprechung	8
d.	Kritische Würdigung der Unterscheidung	9
3.	Tantiemen?	10
4.	Folgerungen für die Rechtsnatur	12
III.	Probleme von Leistungslohnkomponenten	12
1.	Rechtliche Probleme	12
2.	Tatsächliche Probleme	14
3.	Probleme der Lohnhöhe und der Lohnschere	15
IV.	Boni und staatliche Unterstützung	16
1.	Boni bei schlechtem Geschäftsgang?	16
2.	Boni bei Insolvenz?	16
3.	Boni und staatliche Unterstützung?	16
V.	Folgerung	17

Literatur:

ALEXANDRE BERENSTEIN/PASCAL MAHON, Labour Law in Switzerland, Bern 2001;

MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung Kommentar, St. Gallen/Zürich 2008;

PETER BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992 [zitiert: neues Aktienrecht];

PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. Zürich 2004 [zitiert: Aktienrecht];

JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996;

¹ Vortrag gehalten an der St. Galler Bankrechtstagung 2009 des IRP-HSG, Publiziert in: recht 2009, S. 115 - 132.

- JEAN-LOUIS DUC/OLIVIER SUBILIA**, Commentaire du Contrat individuel de travail, Lausanne 1998;
- THOMAS GEISER**, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen - veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996 [zitiert: Neue Arbeitsvertragsformen];
- THOMAS GEISER**, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn? in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schaffhauser/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Hangartner, S. 809 ff.;
- THOMAS GEISER**, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP 2001, S. 382 ff.;
- PETER KURER**, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, 2002;
- HANS MERZ**, Berner Kommentar, 1966 [zitiert: Berner Kommentar]
- HANS MERZ**, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1988 [zitiert: Vertrag und Vertragsschluss]
- ROLAND MÜLLER**, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Habil. St.Gallen, Zürich 2005;
- HANSJÖRG PETER**, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998;
- VANESSA POLCAN/MANUEL STENGEL**, Innerbetriebliche Krisenbewältigung. Individualarbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberin, in: Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, 4. Band der Schriftenreihe der Assistierenden der Universität St.Gallen (HSG), St. Gallen 2009, S. 230 ff.;
- MANFRED REHBINDER**, Berner Kommentar, 1985;
- RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI**, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998;
- GIACOMO RONCORONI**, Lavoro su chiamata e lavoro occasionale, in: Caimi/Ometta/Corti (Hrsg.), Il ticino e il diritto, Lugano 1997, S. 591 ff.;
- CHRISTOPH SENTI**, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 2002, S. 669 ff.;
- ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 2006;
- ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Arbeitsvertrag, Zürich 2006;
- FRANK VISCHER**, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/4, Basel 2005;
- WOLFGANG WIEGAND**, Die Finanzmarktkrise und die *clausula rebus sic stantibus*, dargestellt am Beispiel der Bonuszahlungen, Jusletter 9. Februar 2009;
- RÉMY WYLER**, Droit du travail, Bern 2008.

I. Einführung

1.1. Im Rahmen der Diskussionen um Effizienzsteigerung der Unternehmen, Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse und Unternehmertum sind in den letzten rund dreissig Jahren in vielen Betrieben einschliesslich des Staats leistungsabhängige Salarierungen eingeführt worden. Dabei handelte es sich allerdings um nichts grundsätzlich Neues. Eine der ältesten Formen der leistungs- bzw. ergebnisorientierten Salarierung ist die Akkordlohnarbeit². Das Recht kannte aber auch schon immer weitere Formen der erfolgsabhängigen Entschädigung von Arbeitsleistungen.

1.2. Die Problematik dieser Entschädigungsformen bestand schon immer darin, dass damit ein Teil des Unternehmerrisikos auf die Arbeitnehmer übertragen wird. Dies widerspricht dem Grundgedanken des Arbeitsvertrages. Wesen dieses Vertrages ist es, dass der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt und die Arbeitgeberin sich dafür verpflichtet Lohn zu bezahlen.³ Was mit der Arbeit geschieht und wie sie verwendet wird, bestimmt die Arbeitgeberin. Entsprechend besteht das für die abhängige Arbeit typische Unterordnungsverhältnis mit dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin und diese trägt *grundsätzlich* das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko.⁴ Jede Leistungsentlohnung verschiebt dieses Risiko zu Lasten des Arbeitnehmers. Das ist – wie das Gesetz mit aller Deutlichkeit zeigt – auch zulässig. Der Gesetzgeber hat bewusst gewisse Formen des Leistungslohns, wie eben den Akkordlohn oder die Gewinnbeteiligung⁵, zugelassen. Er hat aber auch bei den geregelten Formen des Leistungslohns dieser Übertragung des wirtschaftlichen Risikos klare Schranken

Schriftliche Fassung eines an der St. Galler Bankrechtstagung des IRP-HSG am 16. Juni 2009 gehaltenen Vortrages.

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, Ordinarius für Privat- und Handelsrecht an der Universität St.Gallen (HSG).

² Art. 326 OR.

³ Art. 319 OR.

⁴ Vgl. VISCHER, S. 121 ff.; RONCORONI, S. 591 ff.

⁵ Art. 322a OR.

gesetzt. So ist die Arbeitgeberin beispielsweise beim Akkordlohn verpflichtet, dem Arbeitnehmer genügend Arbeit zuzuweisen.⁶ Kann sie dies nicht, ist der Lohn dennoch geschuldet, wobei die Arbeitgeberin in diesem Fall dem Arbeitnehmer auch andere als Akkordlohnarbeit zuweisen kann.⁷ Mit diesen Regeln wollte der Gesetzgeber einem möglichen Missbrauch solcher Abreden entgegenwirken.

1.3. Neu an dieser Entwicklung der letzten Jahre war nun aber, dass die erfolgsgerichtete Entlohnung in Wirtschaftszweige und Arbeitnehmerkategorien eingedrungen ist, bei denen solches früher unüblich war. Dies hat zwar **wenig neue rechtliche Fragen** aufgeworfen. Es lässt aber die alten Fragen in neuem Licht erscheinen, weil sich damit die Interessenlage verändert hat und die Interessen der Parteien in einem veränderten wirtschaftlichen Kontext zu beurteilen sind.

1.4. Zu beachten ist schliesslich, dass die entsprechenden Fragen eine sehr **unterschiedliche Bedeutung** haben, je nach dem, ob die **Wirtschaft boomt** oder ob die Unternehmen in einer **Krise** stecken. Mit der im letzten Jahr aufgetretenen Weltwirtschaftskrise sind völlig andere Fragen in diesem Zusammenhang ins Zentrum gerückt. Darauf ist im Folgenden zurück zu kommen.

II. Rechtliche Einordnung der Boni

2.1. Der Arbeitsvertrag ist – wie bereits erwähnt – dadurch charakterisiert, dass die eine Partei ihre Arbeitsleistung der anderen zur Verfügung stellt, während die andere dafür ein Entgelt entrichtet⁸. Der Arbeitnehmer verspricht – im Gegensatz zum Werkvertrag⁹ – keinen Erfolg¹⁰. Es gehört zum Wesen des Arbeitsvertrages, dass die **Arbeitgeberin das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko** trägt. Höhe und Art des Lohnes sind Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung. Dabei herrscht grundsätzliche Vertragsfreiheit. Diese wird nur durch wenige Grundsätze und einige wenige Detailregelungen eingeschränkt.

2.2. Im vorliegenden Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass das **Gesetz den Begriff des "Bonus" nicht kennt**. Er muss folglich in bestehende Rechtskategorien eingeordnet werden. Dabei kann sich selbstverständlich auch weisen, dass es sich um etwas Eigenständiges handelt, ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Kategorien.

1. Erscheinungsformen

2.3. Der Begriff des "Bonus" stammt offenbar aus der amerikanischen Rechtsprache.¹¹ Er hat sich in der Schweiz wohl gerade deshalb so rasant verbreitet, weil er kein juristischer Begriff ist und damit auch **nichts über die Art der entsprechenden Entschädigung aussagt**. Es kommt immer darauf an, was die Parteien im Einzelnen vereinbart haben.

2.4. Beim Bonus hat sich – im Gegensatz zu anderen rechtlich nicht definierten Vertragsregelungen – auch **keine einheitliche Erscheinungsform** heraus kristallisiert. Das beginnt schon beim Inhalt des Bonus. Es kann sich um eine Geld- oder eine Sachleistung handeln. Häufig werden Aktien ausgerichtet. Es kann sich auch um Optionen auf Aktien handeln, weil dies häufig für den Arbeitnehmer steuerrechtlich von Vorteil ist und das langfristige Interesse am Gedeihen des Unternehmens besser sichern soll¹².

⁶ Art. 326 Abs. 1 OR.

⁷ Art. 326 Abs. 2 OR.

⁸ Art. 319 OR.

⁹ Art. 363 OR.

¹⁰ VISCHER, S. 21.

¹¹ Vischer, S. 108.

¹² Zu den Optionen vgl. insbes. WYLER, S. 796 ff.

2.5. Grosse Unterschiede bestehen darin, ob ein eigentlicher Plan **mit mehr oder weniger festen Kriterien** besteht und ob der Gesamtbetrag für die Bonuszahlungen im Voraus festgelegt wird oder nicht. Soweit die Verteilung nach im Voraus festgelegten Kriterien erfolgt, können diese Kriterien mehr **individuell oder mehr kollektiv** ausgerichtet sein. Sie können sich nach dem Erfolg der Arbeit des einzelnen Mitarbeiters oder nach dem Erfolg des gesamten Unternehmens oder der Unternehmenseinheit oder gar eines ganzen Konzerns richten. Letzteren Falls ist zu beachten, dass es nicht auf das wirtschaftliche **Ergebnis** der Arbeitgeberin sondern **einer Dritten**, nämlich der Konzernmutter, ankommt. Schliesslich ist zu beachten, dass namentlich bei Aktienoptionen häufig gar nicht die Arbeitgeberin den Bonus ausgerichtet, sondern eine Dritte, nämlich die an der Börse kotierte Konzernmutter (oder -schwester).

2.6. Alle diese Unterschiede sind zu beachten, wenn es gilt Rechtsfragen im Zusammenhang mit Boni zu beurteilen. Ohne die **konkrete Bonusabrede** – oder einseitige Bonusregelung – zu kennen, lässt sich somit regelmässig überhaupt nichts Konkretes aussagen.

2. Lohn oder Gratifikation?

a. Bedeutung der Unterscheidung

2.7. Jedes Entgelt ist Lohn im Sinne der Definition des Arbeitsvertrages. Für verschiedene Lohnarten gelten aber **verschiedene Regeln**. Beim Leistungslohn finden sich insbesondere Besonderheiten bezüglich der Berechnung, der Fälligkeit und bei der Frage, was geschuldet ist bzw. wie vorzugehen ist, wenn die Arbeitsleistung nicht ordentlich erbracht werden kann.

2.8. Im Zusammenhang mit Boni waren in der Vergangenheit und sind derzeit hauptsächlich **drei Fragen von Bedeutung**:

- Sind Bonusregelungen überhaupt zulässig, bzw. gibt es Schranken für ihre Zulässigkeit?
- Ist der Bonus auch geschuldet, wenn der Arbeitnehmer die Stelle gekündigt hat?
- Ist der Bonus auch geschuldet, wenn das Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt?

2.9. Für die beiden letzten Fragen ist die Frage von Bedeutung, ob es sich beim Bonus um eine **Gratifikation oder um einen (festen) Lohnbestandteil handelt**. Die Terminologie zeigt dabei schon die eine Schwierigkeit auf. Das Gesetz umschreibt die Gratifikation als eine Sondervergütung, die "neben dem Lohn"¹³ bei besonderen Anlässen ausgerichtet wird. Man könnte folglich meinen, es handle sich *nicht* um Lohn. Art. 322d OR, der die Gratifikation regelt, steht aber unter dem Kapitel "I. Lohn" mit dem Randtitel "4. Gratifikation" gleichgeordnet mit "2. Anteil am Geschäftsergebnis" und "3. Provision". Von daher ist das, was von der Arbeitgeberin "neben dem Lohn" ausgerichtet wird, offenbar auch "Lohn": Lohn im weiteren Sinn im Gegensatz zum Lohn im engeren Sinn oder eben "festem" Lohn oder "gewöhnlichem" Lohn¹⁴. Das ist auch zweifellos richtig, denn jedes Entgelt, welches ein Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung von der Arbeitgeberin erhält, ist Lohn im eigentlichen Sinn.

2.10. Die entscheidenden Unterschiede zwischen "festem", "gewöhnlichem" Lohn einerseits und der Gratifikation andererseits sind, dass die Ausrichtung der Gratifikation **immer ein freiwilliges Element enthält** und dass sie zudem – im Gegensatz zu den anderen Lohnarten

¹³ So wörtlich Art. 322d Abs. 1 OR.

¹⁴ Staehelin, N 1 zu Art. 322d OR.

– bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur dann pro rata temporis geschuldet wird, wenn dies vereinbart ist.¹⁵

2.11. Damit ist die **Gratifikation** allerdings ein **Zwitter** und diese Doppelnatur ist auch Quelle aller mit der Gratifikation verbundenen Schwierigkeiten. Wie **STAEHELIN** zutreffend festhält, stellte die Gratifikation ursprünglich eine gänzlich freiwillige Leistung dar. Mit zunehmender Bedeutung der Gratifikation verlor sie aber immer mehr von ihrer Freiwilligkeit¹⁶. Sie wurde damit Teil der vertraglichen Verpflichtung und damit entstanden auch die Schwierigkeiten. Diese Entwicklung hängt wesentlich mit der Veränderung ihrer Funktion zusammen. Solange sie eine *unerwartete* Belohnung für gute Arbeit in einem Unternehmen war, konnte auch kein Vertrauen in ihre Ausrichtung bestehen. Soll sie aber *Anreiz* für gute Leistungen sein, hat der Arbeitnehmer ein schutzwürdiges Interesse daran, diese Zahlung auch zu erhalten, wenn er seinerseits eine gute Leistung erbracht hat.

b. Arten des Leistungslohns ausserhalb der Gratifikation

2.12. Die Rechtswirklichkeit zeigt, dass ein leistungsorientierter Lohn in verschiedenen Formen auftreten kann. Zu unterscheiden ist zwischen Formen, welche die **einzelne Leistung** honorieren und solchen, bei denen das **Ergebnis des ganzen Unternehmens** oder einzelner Teile im Vordergrund stehen. Unter die erste Kategorie fallen insbesondere der Einzelakkord und die Provision. Zur zweiten Art zählen der Gruppenakkord und die Beteiligung am Geschäftsergebnis.

2.13. Im Weiteren erfolgt eine Unterscheidung danach, ob die entsprechende Form im Gesetz geregelt ist oder nicht. Die Gesetzgebung wird nie vollständig sein. So liegt es auf der Hand, dass die Wirklichkeit immer wieder **neue vertragliche Ausgestaltungen** schafft, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat und auch nicht denken konnte. Die schweizerische Rechtsordnung geht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit aus¹⁷. Es ist deshalb ohne weiteres erlaubt, Vereinbarungen zu treffen, die im Gesetz nicht vorgesehen sind. Allerdings müssen dabei gewisse Schranken beachtet werden, namentlich sind die zwingenden Bestimmungen einzuhalten. Zwingende Bestimmungen finden sich aber immer nur bezüglich Sachverhalten, die im Gesetz überhaupt geregelt sind. Soweit in Ausnutzung der Vertragsfreiheit etwas Neues geschaffen wird, erweist sich die Feststellung, ob die entsprechende Vereinbarung gegen zwingendes Recht verstösst oder nicht, als besonders schwierig. In erster Linie ist zu prüfen, ob eine bestimmte zwingende Norm nicht über ihren Wortlaut hinaus den nicht ausdrücklich geregelten Fall miterfasst. Es ist nach der **Zweckbezogenheit** der Norm zu fragen¹⁸. Anschliessend muss festgestellt werden, ob die Norm nur einen bestimmten Weg verbieten will oder ob ein bestimmter Erfolg verpönt ist. Trifft letzteres zu, gilt auch jeder andere, im Gesetz nicht erwähnte Weg zu diesem Ziel als unzulässig, weil er eine **Gesetzesumgehung** darstellt¹⁹. Schliesslich bleibt immer noch zu prüfen, ob eine eigentliche **Gesetzeslücke** in dem Sinn vorliegt, dass das Gesetz diesen Sachverhalt überhaupt nicht regelt, was eine gerichtliche Ergänzung des Gesetzes notwendig macht²⁰. Die Annahme zwingenden Rechts kann sich aufdrängen, wenn feststeht, dass der Gesetzgeber bei einem von ihm gesehenen, ähnlichen Interessenkonflikt eine entsprechende Norm geschaffen hat²¹. Die Tatsache, dass ein bestimmtes Institut im Gesetz nicht geregelt ist, bedeutet somit nicht, dass es nicht bezüglich dieses Instituts zwingende Bestimmungen geben kann.

¹⁵ Art. 322d OR.

¹⁶ **StaeHELIN**, N 1 zu Art. 322d OR.

¹⁷ **MERZ**, Vertrag und Vertragsschluss, Rz. 82 ff.

¹⁸ **MERZ**, Berner Kommentar, N 51 ff. zu Art. 2 ZGB; vgl. auch **GEISER**, Neue Arbeitsvertragsformen, Rz. 2.23. ff.

¹⁹ **MERZ**, Berner Kommentar, N 90 ff. zu Art. 2 ZGB.

²⁰ Art. 1 Abs. 2 ZGB.

²¹ **GEISER**, Neue Arbeitsvertragsformen, Rz. 2.25.

2.14. Weil Vertragsfreiheit besteht, ist eine **abschliessende Aufzählung** der verschiedenen Arten von Leistungslohn **nicht möglich**. Einige besonders wichtige Arten werden im Folgenden kurz dargestellt.

aa. Individualakkord

2.15. In der Regel wird der Lohn nach Zeiteinheit berechnet. Es besteht aber auch die Möglichkeit, die Entlohnung nach dem **individuellen Arbeitsergebnis** zu bemessen²². Damit wird dem Arbeitsvertrag ein werkvertragliches Element beigemischt, ohne dass der Erfolg – wie beim Werkvertrag – geschuldet wäre²³. Tritt der Erfolg trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht ein, muss der Lohn dennoch bezahlt werden²⁴. Der Arbeitserfolg dient nur zur Bemessung der arbeitgeberischen Leistung. Unter Akkord im Sinne des Gesetzes fällt jeder Lohn, der nach dem Arbeitsergebnis berechnet wird, *auf das der Arbeitnehmer direkt Einfluss hat*²⁵, soweit es sich nicht um die speziell im Gesetz geregelte Provision handelt²⁶. Kein Akkordlohn liegt somit vor, wenn sich die Vergütung nach einem Geschäftserfolg richtet, auf den die Arbeitnehmerin nicht *unmittelbar* einwirken kann²⁷.

2.16. Für die rechtliche Ausgestaltung erweist es sich als zentral, ob sich der **Lohn ausschliesslich nach dem Arbeitsergebnis** richtet oder ob eine Mischung mit Zeitlohn erfolgt²⁸. Letzteres ist insbesondere in dem Sinn möglich, dass eine Mindestlohngarantie besteht und für jedes erarbeitete Produkt eine zusätzliche Entlohnung erfolgt oder für jedes über eine bestimmte Zahl hinausgehende Stück ein bestimmter Betrag geschuldet wird²⁹. Ausschliesslich Akkordarbeit liegt auch vor, wenn der feste, nach Zeit berechnete Lohnanteil so tief ist, dass dieser nach Meinung beider Parteien regelmässig erheblich überschritten werden wird³⁰. Diesfalls gehen die Parteien nämlich davon aus, dass es keinen Zeitlohn ohne Akkordlohn geben wird. Die Grenze liegt dort, wo der garantierte Zeitlohn wesentlich unter dem üblichen Lohnniveau liegt³¹.

bb. Gruppenakkord

2.17. Der Gruppenakkord unterscheidet sich vom Individualakkord dadurch, dass sich die Entlohnung nicht nach der Leistung eines einzelnen Arbeitnehmers richtet, sondern dass auf das Resultat einer ganzen Gruppe von *zusammen arbeitenden* Personen abgestellt wird³².

2.18. In aller Regel wird die **Gruppe durch die Arbeitgeberin zusammengestellt**. Diesfalls handelt es sich um eine sogenannte *Betriebsgruppe*³³. Zwischen den einzelnen Arbeitnehmern besteht dann keinerlei vertragliche Bindung³⁴. Entsprechend können die einzelnen Gruppenmitglieder bei Schlechterfüllung gegeneinander keine Schadenersatzansprüche erheben. Jeder Arbeitnehmer verfügt über einen individuellen Arbeitsvertrag mit der Arbeitgeberin. In seltenen Fällen besteht demgegenüber eine sogenannte *Eigengruppe*. In diesem Fall haben sich die Gruppenmitglieder vertraglich zusammengetan und bieten sich der Arbeitgeberin gemeinsam als Gruppe an³⁵. In der Regel bilden sie eine einfache Gesellschaft. Das Verhältnis der Gruppenmitglieder untereinander richtet sich nach den entsprechenden Vereinbarungen. Jedes Gruppenmitglied schliesst aber gleichzeitig einen Einzelarbeitsvertrag mit der Arbeitgeberin

²² STAEHELIN, N 1 zu Art. 326 OR.

²³ VISCHER, S. 22.

²⁴ BGE 97 II 142; REHBINDER, N 10 zu Art. 326 OR; VISCHER, S. 22; STREIFF/VON KAENEL, N 4 zu Art. 319 OR; BERENSTEIN/MAHON, Rz. 343.

²⁵ REHBINDER, N 3 zu Art. 326 OR.

²⁶ Art. 322b f. OR.

²⁷ REHBINDER, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 326 OR.

²⁸ Vgl. nachfolgend Rz. 3.8.

²⁹ STAEHELIN, N 5 zu Art. 326 OR; STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 326 OR.

³⁰ STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 326 OR; REHBINDER, N 15 zu Art. 326 OR.

³¹ STAEHELIN, N 5 zu Art. 326 OR.

³² STAEHELIN, N 4 zu Art. 326 OR.

³³ VISCHER, S. 99 f.

³⁴ STAEHELIN, N 4 zu Art. 326 OR.

³⁵ VISCHER, S. 99.

ab. Diese kann deshalb von jedem Gruppenmitglied die Arbeit fordern und muss auch für jedes Mitglied den Lohn einzeln ausrichten³⁶. Schliesslich ist auch ein *gestuftes Arbeitsverhältnis* möglich³⁷. Das heisst, die Arbeitgeberin schliesst einzig mit dem Gruppenleiter einen Arbeitsvertrag ab. Dieser stellt seinerseits die Gruppenmitglieder an³⁸. Die Arbeitgeberin darf nur vom Gruppenleiter die Vertragserfüllung verlangen. Die einzelnen Gruppenmitglieder sind als Erfüllungsgehilfen des Gruppenleiters anzusehen.

cc. Provision

2.19. Bei der Provision erhält der Arbeitnehmer eine in der Regel in Prozenten festgelegte Vergütung auf den von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäften³⁹. Sie ist insofern dem Akkordlohn nahe verwandt, als es sich um einen eigentlichen Leistungslohn handelt⁴⁰. Das Entgelt hängt von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers ab, nicht vom Betriebsergebnis. Es kann aber auch eine *Bezirks- oder Rayonprovision* vorgesehen werden. Der Arbeitnehmer hat dann Anspruch auf Provision bei allen Geschäften, die mit Kunden in einem bestimmten örtlichen Gebiet abgeschlossen werden, unabhängig davon, ob er tatsächlich zum Geschäftsabschluss etwas beigetragen hat oder nicht⁴¹.

2.20. Da es sich um Lohn handelt, ist die **Provision verdient**, wenn die Arbeitsleistung erbracht worden ist, nicht erst, wenn die Arbeitgeberin mit dem Kunden den Vertrag abschliesst⁴². Der Anspruch steht indessen bis zum Abschluss des Rechtsgeschäfts unter einer Suspensiv- und anschliessend bis zur Abwicklung des Geschäfts unter einer Resolutivbedingung⁴³. Dass der Anspruch bereits mit der Arbeitsverrichtung entsteht, erhält im Zusammenhang mit den Fristen im SchKG Bedeutung⁴⁴. Entsprechend ist die Provision auch noch auf Geschäften geschuldet, welche auf Grund einer Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden⁴⁵. Ob das Geschäft für die Arbeitgeberin tatsächlich interessant ist, bleibt ohne Bedeutung. Die Provision fällt jedoch nachträglich dahin, wenn das Geschäft ohne Verschulden der Arbeitgeberin nicht abgewickelt werden kann⁴⁶. Dafür trägt die Arbeitgeberin die Beweislast⁴⁷.

2.21. Es ist zulässig, die Provision als einziges Entgelt vorzusehen, so dass keinerlei fester Lohnbestandteil besteht⁴⁸. Häufig tritt sie aber **zu einem festen Entgelt** hinzu⁴⁹. Damit soll dem Arbeitnehmer ein gewisses minimales Einkommen garantiert werden.

dd. Anteil am Geschäftsergebnis

2.22. Im Unterschied zur Provision wird beim Anteil am Geschäftsergebnis nicht auf die individuelle Leistung abgestellt, sondern auf das **Ergebnis der gesamten Unternehmung**⁵⁰. Naturgemäss ist die Möglichkeit des Arbeitnehmers zur Beeinflussung des Ergebnisses hier kleiner als bei der Provision, was sich bei den Leistungshindernissen auswirkt.

2.23. Die **Ausgestaltung** der Beteiligung hängt von der Parteiabrede ab.⁵¹ Die Parteien können namentlich eine Gewinnbeteiligung oder eine Beteiligung am Umsatz vorsehen. In **sach-**

³⁶ VISCHER, S. 99 f.

³⁷ STAEHELIN, N 4 zu Art. 326 OR und N 7 ff. zu Art. 321 OR; vgl. BGE 112 II 43.

³⁸ VISCHER, S. 100.

³⁹ STAEHELIN, N 1 zu Art. 322b OR; VISCHER, S. 101.

⁴⁰ REHBINDER, N 3 zu Art. 322b OR.

⁴¹ REHBINDER, N 1 zu Art. 322b OR.

⁴² STAEHELIN, N 6 zu Art. 322b OR; Geiser, AJP 2001, S. 386 f.; a.M. REHBINDER, N 5 zu Art. 322b OR; wohl auch STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 322b OR.

⁴³ Art. 322b Abs. 3 OR.

⁴⁴ STAEHELIN, N 6 zu Art. 322b OR; a.M. offenbar PETER, N 32 zu Art. 219 SchKG.

⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL, N 4 zu Art. 322b OR.

⁴⁶ Art. 322b Abs. 3 OR.

⁴⁷ STAEHELIN, N 17 zu Art. 322b OR.

⁴⁸ JAR 1985, S. 91; STREIFF/VON KAENEL, N 5 zu Art. 322b OR.

⁴⁹ BERENSTEIN/MAHON, Rz. 345.

⁵⁰ REHBINDER, N 1 zu Art. 322a OR.

⁵¹ STAEHELIN, N 11 zu Art. 322a OR.

licher Beziehung ist bei der Gewinnbeteiligung – vorbehaltlich einer anderen Abrede – auf den *Geschäftserfolg* abzustellen⁵². Nicht berücksichtigt werden deshalb regelmässig ausserordentliche Gewinne, welche durch den Verkauf von Beteiligungen usw. entstehen.⁵³ Art. 322a Abs. 1 OR hält fest, dass für die Berechnung das Geschäftsjahr und die gesetzlichen Vorschriften sowie die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze massgebend sind. Da es sich um Lohn und nicht um Tantiemen handelt,⁵⁴ kommt Art. 677 OR nicht zur Anwendung; somit müssen nicht zuerst die gesetzlichen Reserven geäufnet und eine Dividende an die Aktionäre ausgerichtet werden⁵⁵. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Grundsätze über die Gewinnberechnung einen sehr grossen Ermessensspielraum belassen. Von daher sind auch Streitigkeiten vorprogrammiert. Deshalb lohnt es sich, im Arbeitsvertrag möglichst genau festzuhalten, was unter Gewinn verstanden wird bzw. welcher Umsatz massgebend sein soll.

2.24. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist das **Geschäftsjahr** für die Berechnung massgebend. Die Umsatzbeteiligung berücksichtigt – anders als bei der Provision – nur Geschäfte, welche in der entsprechenden Geschäftsperiode tatsächlich umsatzwirksam geworden sind. Dauert das Arbeitsverhältnis nur während eines Teils der massgebenden Geschäftsperiode, so besteht der Anspruch "pro rata temporis"⁵⁶.

ee. **Prämien**

2.25. Prämien sind im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Darunter können aber jene Formen des Leistungslohns verstanden werden, bei denen eine **zusätzliche Vergütung** zur Belohnung einer besonders befriedigenden Leistung versprochen und ausgerichtet wird.⁵⁷ Es obliegt den Parteien die Kriterien im Einzelnen zu vereinbaren. Auf Grund der Vertragsfreiheit können sie frei gewählt werden. Entscheidend ist auch hier, ob ein klagbarer Anspruch vereinbart ist, oder ob die Ausrichtung der Prämie in das freie Ermessen der Arbeitgeberin gestellt wird, so dass es sich um eine Art Gratifikation handelt⁵⁸. Dabei handelt es sich um eine Frage der Vertragsauslegung.⁵⁹

c. Unterscheidungskriterien für Gratifikation und festen Lohn nach Lehre und Rechtsprechung

2.26. Wie bereits dargelegt⁶⁰ hängt die Ausrichtung einer Gratifikation immer mindestens teilweise von einem **freiwilligen Element** ab. Von daher kann die Leistung der Arbeitgeberin niemals ausschliesslich in einer Gratifikation bestehen. Diese kommt vielmehr immer zum eigentlichen Lohn dazu.⁶¹ Die Freiwilligkeit kann sich sowohl auf die Ausrichtung als solche oder ausschliesslich auf die Höhe beziehen. Möglich ist auch, dass zwar die Berechnung nach festen Kriterien erfolgt, aber die Frage, ob überhaupt eine entsprechende Zahlung ausgerichtet wird, im freien Ermessen der Arbeitgeberin bleibt. Die Freiwilligkeit kann sich auch daraus ergeben, dass die festgesetzten Kriterien derart weich sind, dass ihre Beurteilung nicht als objektiv nachprüfbar angesehen werden kann, d.h. dass es auf die subjektive Einschätzung der Arbeitgeberin ankommt.⁶² Ob diese Freiwilligkeit gegeben ist oder nicht, muss auf Grund der Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung beurteilt werden. Dabei ist auch die konkrete betriebliche Praxis zu beachten. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass

⁵² VISCHER, S. 109.

⁵³ STAEHELIN, N 4 zu Art. 322a OR.

⁵⁴ Vgl. hinten Rz. 2.31. ff.

⁵⁵ STAEHELIN, N 5 zu Art. 322a OR.

⁵⁶ STAEHELIN, N 2 zu Art. 322a OR.

⁵⁷ BGE 129 III 279; VISCHER, S. 100; REHBINDER, N 4 zu Art. 322a OR.

⁵⁸ DUC/SUBILA, N 6 zu Art. 322a OR verwenden diese Begriff offenbar nur, wenn es sich um einen festen Anspruch handelt.

⁵⁹ VISCHER, S. 101.

⁶⁰ Vorn Rz. 2.10 f.

⁶¹ Vgl. BGE 129 III 276; BGE 131 III 621; BGer 4A 28/2009 vom 26.3. 2009 (zur Veröff. best.), E. 2.3.; BGer 4A 506/2008 vom 11.2.2009, E. 3.1.

⁶² BGer 4A 28/2009 vom 26.3. 2009 (zur Veröff. best.), E. 2.3.

eine feste Vereinbarung vorliegt, wenn die Gratifikation dreimal hintereinander ohne ausdrücklichen und ernstgemeinten Vorbehalt der Freiwilligkeit ausbezahlt worden ist.⁶³

2.27. Entscheidend ist für die Rechtsprechung neben der Freiwilligkeit, dass die Gratifikation, um den Charakter als Sondervergütung zu bewahren, neben dem Lohn **nur eine zweitrangige Bedeutung** haben darf.⁶⁴ Im Sinne einer Faustregel, welche Abweichungen nach oben und nach unten zulässt, geht in Lehre und Rechtsprechung immer wieder die Aussage um, dass eine Gratifikation nicht mehr als ein Drittel des gesamten Entgelts ausmachen könne. Im Sinne einer blossen Faustregel lässt sich dies vertreten. Es kann sich aber nicht um ein zuverlässiges Kriterium handeln.

d. Kritische Würdigung der Unterscheidung

2.28. Wie aufgezeigt werden konnte, ist die Unterscheidung zwischen eigentlichem Lohn und Gratifikation mit Blick auf die Rechtsfolgen von grosser Bedeutung. Von daher ist es äusserst unglücklich, dass sich keine klaren Kriterien für eine Abgrenzung finden lassen. Die von Lehre und Praxis entwickelten **Kriterien** sind zwar durchaus **zutreffend**. Sie sind aber **wenig praktikabel** und werden zudem auch häufig in einem in einer fragwürdigen Weise angewendet.

2.29. Die Grundproblematik liegt zweifellos darin, dass es sich auch bei der Gratifikation um eine Gegenleistung für eine erbrachte Arbeitsleistung und damit **nicht um eine Schenkung** handelt. Rechtsgrund ist der Arbeitsvertrag. Ein Vertrag zeichnet sich aber durch gegenseitige Verpflichtungen aus. Freiwilligkeit einer Leistung steht dazu allemal in einem gewissen Widerspruch. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer auf die Ausrichtung vertrauen durfte oder nicht. Vertraute er tatsächlich auf die Ausrichtung einer entsprechenden Zahlung, war dies für die Arbeitgeberin erkennbar und stellte sie den Sachverhalt nicht klar, so durfte der Arbeitnehmer auf die Ausrichtung vertrauen. Sobald die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind und die Leistung vereinbart war, handelt es sich nicht mehr um eine Gratifikation. **Will die Arbeitgeberin das Verhalten des Arbeitnehmers durch die Aussicht auf eine bestimmte Leistung beeinflussen, so darf aber der Arbeitnehmer auf die Ausrichtung vertrauen, wenn er sich entsprechend verhält.** Es lässt sich schwierig begründen, wie die Arbeitgeberin einerseits dem Arbeitnehmer im Voraus kommunizieren können soll, es winke eine Prämie bei einem bestimmten Verhalten oder Ergebnis, und sich im Nachhinein dann auf den Standpunkt stellen kann, die Prämie sei bei Eintritt der entsprechenden Voraussetzungen nicht geschuldet. Rechtsprechung und Lehre vermischen hin und wieder die Frage der Beurteilung, ob die Voraussetzungen eingetreten sind mit der Frage der Freiwilligkeit. Wenn welche Kriterien als Voraussetzung der **Ausrichtung** vorgesehen werden, welche ein grosses subjektives Ermessen der Arbeitgeberin für die Beurteilung belassen, kann m.E. daraus nicht auf Freiwilligkeit geschlossen werden. Wohl kann die Arbeitgeberin diesfalls die Leistung verweigern, weil sie die Voraussetzungen als nicht gegeben ansieht. Sie ist aber m.E. zur Leistung verpflichtet, wenn sie selber die Voraussetzungen als eingetreten beurteilt. Sie kann nicht plötzlich aus einem vollständig anderen Grund die Leistung verweigern. Zudem muss sich die Feststellung, die Voraussetzungen seien nicht erfüllt, zumindest vertreten lassen. Auch wenn sich eine solche Feststellung selbst mit Blick auf alle Subjektivität der Beurteilung nicht halten lässt, muss m.E. die Leistung erbracht werden und es kann nicht mehr von einer Gratifikation ausgegangen werden. Dieser Zusammenhang wird in der Praxis teilweise verkannt.

⁶³ BGer 4A 506/2008 vom 11.2.2009, E. 3.1. mit Hinweis auf BGE 131 III 621; BGer 4A 509/2008 vom 3.2.2009, E. 4.1.

⁶⁴ BGer 4A 28/2009 vom 26.3.2009 (zur Veröff. best.), E. 2.3.

2.30. Einer gewissen **Konkretisierung bedürfte die Frage der Akzessorietät**. Diese ist aber bis jetzt weder von der Praxis noch von der Lehre vorgenommen worden. Es liegt auf der Hand, dass Lohnschwankungen bei grossen Gehältern für die betroffene Person eher tragbar sind als bei kleineren. Das hat auch das Bundesgericht in diesem Zusammenhang immer wieder betont.⁶⁵ Zu beachten ist aber auch, dass je nach Wirtschaftszweig und Anstellungsart das Verhalten der Personen anders ist. In gewissen Berufszweigen sind Einkommensschwankungen üblich und die Leute können damit umgehen. In anderen Bereichen ist dies sehr viel weniger üblich. Das ist m.E. bei der Frage, ob es sich um eine akzessorische Vergütung handelt oder nicht, auch zu berücksichtigen. Wesentlich kann aber hier auch die Funktion der entsprechenden Vergütung sein. Handelt es sich um einen wesentlichen Grund für die Annahme der einen Stelle und nicht der anderen, d.h. wird diese Vergütung von der Arbeitgeberin auf dem Arbeitsmarkt als wesentliches Element der Anstellungsbedingungen hervorgehoben, so spricht dies in sehr starkem Masse für eine feste Vereinbarung. Auch dieses Element ist in Praxis und Lehre zum Teil wenig beachtet worden.

3. Tantiemen?

2.31. Tantiemen sind Gewinnanteile, welche Mitgliedern des Verwaltungsrates und diesen nahestehenden Personen ausgerichtet werden.⁶⁶ Die Literatur zum Arbeitsvertragsrecht äussert sich zu Tantiemen regelmässig nur im Zusammenhang mit der Abgrenzung zur Gewinnbeteiligung im Sinne von Art. 322a OR. Es wird regelmässig ausgeführt, dass die strengen Voraussetzungen zur Ausrichtung von Tantiemen⁶⁷ beim Gewinnanteil als Lohn nicht eingehalten werden müssen.⁶⁸ Es finden sich aber **kaum Ausführungen zur Unterscheidung**⁶⁹.

2.32. Ein wesentlicher und unbestrittener Unterschied zwischen dem Gewinnanteil nach Art. 322a OR und den Tantiemen besteht darin, dass ein **Gewinnanteil** im Sinne der genannten Bestimmung **nur ausgerichtet** werden kann, wenn ein **Arbeitsverhältnis vorliegt**. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so kann es sich nicht um einen Leistungslohn handeln, sondern höchstens – aber nicht zwingend – um eine **Tantieme**. Diese setzt ihrerseits voraus, dass der Empfänger **Mitglied des Verwaltungsrates** ist. Ist er dies nicht, kann es sich nicht um eine Tantieme handeln.⁷⁰ Es ist nun aber sehr wohl möglich, dass ein Verwaltungsrat auch für diese Tätigkeit zu seiner Gesellschaft in einem Arbeitsverhältnis steht⁷¹.

2.33. Kein Abgrenzungskriterium können die Voraussetzungen für die Ausschüttung einer Tantieme bieten, nämlich dass

- die Statuten die Ausrichtung vorsehen,⁷²
- ein ausreichender Bilanzgewinn vorliegt,⁷³
- die Zuweisung von 5% des Jahresgewinns an die gesetzliche Reserven erfolgt ist,⁷⁴
- eine Mindestdividende von 5% an die Aktionäre ausgerichtet worden ist,⁷⁵
- ein GV-Beschluss vorliegt⁷⁶ und
- die Tantieme nicht vollständig unangemessen ist und nicht die Rechte der Minderheitsaktionäre verletzt.⁷⁷

⁶⁵ BGE 129 III 279 f.; 131 III 521.

⁶⁶ Art. 677 OR.

⁶⁷ Realisieren eines Gewinnes, Speisung der Reserven und Ausrichtung einer Mindestdividende (Art. 677 OR).

⁶⁸ STREIFF/VON KAENEL, N 6 zu Art. 322a OR; STAEHELIN, N 5 und 8 zu Art. 322a OR; POLCAN/STENGEL, S. 238.

⁶⁹ Einige Ausführungen dazu finden sich bei MÜLLER, S. 275 f.

⁷⁰ Vgl. KÜRER, N 1 ff. zu Art. 677 OR.

⁷¹ Vgl. dazu Müller, pass.

⁷² Art. 627 Ziff 2 OR; KÜRER, N 6 f. zu Art. 677 OR.

⁷³ Art. 677 OR; KÜRER, N 9 zu Art. 677 OR.

⁷⁴ Art. 671 Abs. 1 OR; KÜRER, N 10 zu Art. 677 OR.

⁷⁵ Art. 677 OR; KÜRER, N 10 zu Art. 677 OR.

⁷⁶ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR; KÜRER, N 8 zu Art. 677 OR.

⁷⁷ Vgl. BGE 105 II 120.

2.34. Ein Abstellen auf diese Kriterien hätte zur Konsequenz, dass von der Rechtsfolge her die Natur der Vergütung bestimmt würde. Es müssen sich aber vielmehr die **Rechtsfolgen aus der Natur des Instituts ergeben**. Folglich hat die Subsumtion nicht von den Rechtsfolgen her, sondern vom Wesen des entsprechenden Rechtsinstituts her zu erfolgen. **BÖCKLI** hatte schon 1992 festgestellt, dass nicht das Wesen der Tantieme dieser den "Garaus gemacht" habe, sondern die Behandlung im Unternehmenssteuerrecht als Gewinnverwendung.⁷⁸

2.35. Von daher fragt es sich, **ob nicht jede vom Gewinn** der Aktiengesellschaft abhängende Entlohnung eines Verwaltungsrates als **Tantieme** im Sinne von Art. 677 OR anzusehen ist. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung die Gesellschaft und die an ihr Berechtigten davor schützen, dass sich die Verwaltungsräte ungerechtfertigte Vorteile bzw. gerechtfertigte Vorteile ohne Zustimmung der Generalversammlung zuschanzen. Es ist deshalb nicht zu sehen, warum die Bestimmung nur eingeschränkt zur Anwendung gelangen soll. Die einzigen Tatbestandselemente für die Umschreibung einer Tantieme in Art. 677 OR bestehen darin, dass es sich um

- einen Gewinnanteil handeln muss,
- der an einen Verwaltungsrat ausbezahlt wird.

2.36. Letzteres (Ausbezahlung an einen Verwaltungsrat) stellt im vorliegenden Zusammenhang keine Schwierigkeit dar. Fraglich kann nur erscheinen, was ein Gewinnanteil ist. Der Umstand, dass das Unternehmen die entsprechenden Zahlungen als Aufwand verbucht, weil es keine Ertragssteuern darauf bezahlen will, kann nicht ausschlaggebend sein. Vielmehr fragt sich, ob die Verbuchung zu Recht auf diese Weise erfolgt ist. Es kann sich somit ausschliesslich **fragen, ob die Ausrichtung notwendig ist**, um eine bestimmte Person als Verwaltungsrat zu gewinnen. Dann handelt es sich um eine betriebsnotwendige Ausgabe und es rechtfertigt sich in der Tat, sie nicht als Gewinn anzusehen. In aller Regel wird sich aber diese Notwendigkeit nicht nachweisen lassen. Die derzeitige Wirtschaftslage zeigt, dass sehr wohl neue Verwaltungsräte – ja sogar Verwaltungsratspräsidenten – gefunden werden konnten, ohne dass zurzeit solche Zuwendungen ausgerichtet werden. Bei den am Gewinn orientierten Vergütungen der Verwaltungsräte handelt es sich somit um eine Gewinnausschüttung. Damit lässt sich aber kaum bestreiten, dass es sich **um Tantiemen handelt**.⁷⁹

2.37. **BÖCKLI** unterscheidet von den Tantiemen die "sogenannte feste Entschädigung"⁸⁰ und hält dann – entgegen der hier vertretenen Meinung – fest, dass deren Höhe sich auch nach der wirtschaftlichen Lage der Unternehmung richten könne. Zu beachten ist allerdings, dass auch er von einer **festen Entschädigung** ausgeht und ausdrücklich auf Art. 322a OR und damit auf den Anteil am Geschäftsergebnis als Lohn verweist. Diese Ausführungen zeigen m.E. dass auch für ihn die Tantieme nur ausgeschlossen werden kann, wenn ein **fester Anspruch vereinbart** ist und es sich somit nicht um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt. Das hat insofern Konsequenzen, als die Subsumtion unter die Tantieme wohl auch nach dieser Auffassung nur ausgeschlossen werden kann, wenn der Beschluss über die Ausrichtung eines Gewinnanteils und dessen Berechnung und Verteilung unter den einzelnen Verwaltungsräten **im Voraus** fest gefasst wird. Jede zusätzliche Entschädigung nach Kenntnis des Abschlusses bzw. Abschätzen des mutmasslichen Ergebnisses muss als Tantieme angesehen werden und ist an die strengen Voraussetzungen von Art. 677 OR gebunden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist allerdings noch ein Schritt weiter zu gehen und jegliche gewinnorientierte Entschädigung der Verwaltungsräte als Tantieme anzusehen.

⁷⁸ **BÖCKLI**, neues Aktienrecht, Rz. 1421.

⁷⁹ A.M. allerdings ohne Begründung: **BÖCKLI**, Aktienrecht, 13-243.

⁸⁰ **BÖCKLI**, Aktienrecht, 13-239.

4. Folgerungen für die Rechtsnatur

2.38. Für die Rechtsnatur der Boni ist somit als erstes danach zu unterscheiden, ob die Ausrichtung für die **Tätigkeit als Verwaltungsrat erfolgt oder** in einer **anderen Stellung** innerhalb des Unternehmens. Handelt es sich um eine Tätigkeit **als Verwaltungsrat**, sind Boni **Tantiemen** und es müssen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sein.

3.39. Handelt es sich beim Empfänger **nicht um einen Verwaltungsrat** kann der Bonus ein fester Lohnbestandteil sein und den für Lohn geltenden Regeln unterliegen. Es besteht ein fester Anspruch auf die Ausrichtung, wenn die vereinbarten Voraussetzungen erfüllt sind, was der Arbeitnehmer kontrollieren darf und der Bonus ist namentlich auch bei einer vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses pro rate temporis auszurichten. Erweist sich, dass der Bonus **nicht fest vereinbart** ist, steht es grundsätzlich im freien Ermessen der Arbeitgeberin, ob sie ihn ausrichten will oder nicht, und es besteht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich kein Anspruch mehr auf Ausrichtung. Welche Variante vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Immer wenn der **Bonus dazu dienen soll, einen klaren Anreiz für ein bestimmtes Verhalten zu schaffen, muss er als versprochen, d.h. als fest vereinbart gelten.**

III. Probleme von Leistungslohnkomponenten

1. Rechtliche Probleme

3.1. Leistungslohn, der in irgendeiner Form vom wirtschaftlichen Ergebnis abhängt, sei es in Form einer Provision auf bestimmten Geschäften oder als Anteil eines bestimmten Ergebnisses, weist immer die Schwierigkeit auf, dass die **Bemessungsgrundlage sehr genau umschrieben werden muss**. Je mehr Ermessen dabei einer Partei absichtlich oder verdeckt eingeräumt wird, umso grösser ist die Gefahr anschliessender Streitigkeiten.

3.2. Die Höhe der Beteiligung richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung. Fraglich ist, ob der **Lohn auch ausschliesslich in einem Anteil am Geschäftsergebnis** bestehen kann⁸¹. Eine solche Vereinbarung hätte zur Folge, dass ein Arbeitnehmer unter Umständen einmal für seine Arbeit gar nichts erhält, was dem Wesen des Arbeitsvertrages widerspricht. Die Vereinbarung muss deshalb sicherstellen, dass der Arbeitnehmer in jedem Fall ein Entgelt erhält, auch wenn das Unternehmen vollständig schief läuft.⁸² Einigkeit besteht insofern, dass **keine eigentliche Verlustbeteiligung** möglich ist⁸³. Eine solche kann nur in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Zudem ist wohl Art. 349a Abs. 2 OR analog anwendbar, so dass eine Vereinbarung, die ausschliesslich oder überwiegend eine Gewinnbeteiligung vorsieht, nur Gültigkeit erlangt, wenn damit ein **ausreichendes Entgelt** erzielt wird⁸⁴.

3.3. Im Gesetz ausdrücklich geregelt ist der **Anspruch des Arbeitnehmers auf Kontrolle**. Er hat Anspruch auf Einsicht in alle für die Berechnung seines Anspruchs wesentlichen Geschäftsunterlagen und kann zur Nachprüfung nötigenfalls auch eine Sachverständige beiziehen, die bei Uneinigkeit vom Gericht zu bezeichnen ist⁸⁵. Das muss für alle Arten des Leistungslohns gelten. Im Einzelnen bestehen aber Unterschiede. Die Gewinn- und Verlustrechnung hat nur bei einer Gewinnbeteiligung ausgehändigt zu werden⁸⁶, nicht auch bei einer Umsatzbeteiligung⁸⁷. Sie soll dem Arbeitnehmer eine Nachkontrolle ermöglichen. Das Gesetz schreibt für den Fall einer Umsatzbeteiligung nicht vor, dass auch eine Aufstellung über die

⁸¹ Dafür: BRÜHWILER, II zu Art. 322a OR; dagegen: STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 322a OR.

⁸² STAEHELIN, N 1 zu Art. 322a OR; REHBINDER, N 5 zu Art. 322a OR; VISCHER, S. 108; GEISER, AJP 2001, S. 389; SENTI, S. 675.

⁸³ STREIFF/VON KAENEL, N 8 zu Art. 322a OR.

⁸⁴ VISCHER, S. 108; STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 322a OR.

⁸⁵ Art. 322a Abs. 2 OR.

⁸⁶ Art. 322a Abs. 3 OR.

⁸⁷ STREIFF/VON KAENEL, N 11 zu Art. 322a OR.

Umsätze gegeben werden muss. Mit Blick auf die Regelung bei der Provision ist aber dem Arbeitnehmer hier ebenfalls eine schriftliche Abrechnung auszuhändigen.

3.4. Besondere Fragen stellen sich beim Leistungslohn auch im Zusammenhang mit **Leistungsstörungen**. Weil das Geschäftsergebnis regelmässig nicht von einem Arbeitnehmer allein abhängt, sondern von der Tätigkeit des ganzen Betriebes, haben in der Regel Arbeitsverhinderungen des einzelnen Arbeitnehmers keine Wirkung auf das Ergebnis. Eine **Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Unfall oder ähnlichem**⁸⁸ beeinflusst somit grundsätzlich den Anspruch auf einen Anteil am Geschäftsergebnis nicht. Nur wenn die Arbeitsunfähigkeit länger dauert, so dass die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, kann eine Kürzung pro rata temporis vorgenommen werden, weil der Lohn diesfalls nicht für die ganze Dauer der Bemessungsperiode geschuldet ist. Als heikler erweist sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn die Arbeitsverhinderungen auf Gründe zurückgeführt werden müssen, welche zum Betriebsrisiko bzw. in den Verantwortungsbereich der Arbeitgeberin gehören. Gemäss **Art. 324 OR** hat diesfalls die Arbeitgeberin den Lohn trotzdem auszurichten. Das widerspricht aber dem Grundgedanken der Beteiligung am Betriebsergebnis, die den Arbeitnehmer das Betriebsrisiko wenigstens teilweise mittragen lassen will. Insofern besteht wohl nur an einem tatsächlich erzielten Geschäftsergebnis eine Beteiligung, so dass bei einer im Verantwortungsbereich der Arbeitgeberin begründeten Arbeitsverhinderung mangels positiven Geschäftsergebnisses auch nichts bezahlt werden muss⁸⁹. Soweit allerdings die Arbeitsverhinderung auf eine schuldhafte Vertragsverletzung der Arbeitgeberin zurückzuführen ist, kann nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen⁹⁰ Schadenersatz geschuldet sein.

3.5. Zweifellos für die Praxis eines der grössten Probleme liegt in der Frage, ob es sich bei der erfolgsorientierten Entschädigung um einen **festen Lohnbestandteil oder um eine Gratifikation** handelt.⁹¹ Die Frage hatte in der Vergangenheit hauptsächlich Bedeutung, weil die Bonussysteme der Banken regelmässig vorsehen, dass der Bonus nicht mehr ausgerichtet wird, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Auszahlung das Unternehmen verlassen hat oder in gekündigter Stellung ist. Eine solche Vereinbarung ist nur zulässig, wenn es sich um eine Gratifikation handelt, nicht aber bei einem festen Lohnbestandteil. Das Anliegen der Banken, welches hinter dieser Vereinbarung liegt, ist offensichtlich und auch legitim. Sie wollen keinen Bonus mehr bezahlen, wenn der Arbeitnehmer zur Konkurrenz geht, von dieser ein Handgeld erhält und überdies noch einen Teil des Kundenstamms mitnimmt. Fraglich erscheint allerdings, ob es sich bei der entsprechenden Vereinbarung um das dafür geeignete Instrument handelt. Die Banken verwickeln sich dann auch regelmässig in Widersprüche, als sie den Bonus teilweise doch auch jenen Arbeitnehmern ausbezahlen, welche den Betrieb verlassen haben, sofern sie nicht bei einem Konkurrenzunternehmen arbeiten, weil sie sich beispielsweise Pensionieren liessen oder den Beruf gewechselt haben.

3.6. Gewollt ist eigentlich ein **Konkurrenzverbot** mit einer befreienden Konventionalstrafe.⁹² Die Regelung soll das Interesse des Arbeitnehmers daran vermindern, mit samt der Kundschaft zur Konkurrenz zu gehen. Das ist legitim. Die Gültigkeit und Wirksamkeit eines Konkurrenzverbotes ist aber an eine Vielzahl von Voraussetzungen gebunden. Ob die bei den genannten Bonusvereinbarungen immer erfüllt sind, scheint fraglich. Zudem sind als solche bezeichnete Konkurrenzverbote im Bankensektor offenbar nicht üblich. Fraglich erscheint auch, ob bei einem Kundenberater bei einer Bank ein Konkurrenzverbot überhaupt zulässig

⁸⁸ Art. 324a OR.

⁸⁹ Was zeigt, dass eine Vereinbarung, die ausschliesslich eine Beteiligung am Geschäftsergebnis vorsieht, dem Wesen des Arbeitsvertrages widerspricht.

⁹⁰ Art. 97 ff. OR.

⁹¹ Vgl. BGE 129 III 276; 131 III 615; BGer 4A 28/2009 vom 26.3. 2009 (zur Veröff. best.); BGer 4A 506/2008 vom 11.2.2009; BGer 4A 509/2008 vom 3.2.2009.

⁹² Art. 340b Abs. 2 OR.

ist. Bundesgericht und Lehre lassen ein Konkurrenzverbot nämlich nicht zu, wenn die Kunden dem Arbeitnehmer nicht wegen den bei der Arbeitgeberin erworbenen Kenntnissen, sondern wegen dessen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten folgen.⁹³ Wie es sich damit beim Bankkundenberater verhält, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden. Es ist aber ein Trugschluss zu glauben, man könne bei einer allfälligen Unzulässigkeit eines Konkurrenzverbotes auf eine entsprechende Bonusregelung ausweichen. Vielmehr muss die Unzulässigkeit des Konkurrenzverbotes zur Folge haben, dass die das gleiche Ziel bezweckende Bonusregelung rechtswidrig ist. Es muss auch hier von der Rechtsnatur auf die Wirkungen geschlossen werden und die rechtliche Subsumtion darf nicht von den gewollten bzw. eben gerade nicht gewollten Rechtsfolgen her vorgenommen werden.

2. Tatsächliche Probleme

3.7. Neben den rechtlichen Problemen führt die Bonusregelung auch zu einigen tatsächlichen Problemen. Je nach dem wie die Bonusregelung ausgestaltet ist, schafft sie **falsche Anreize**. Der Arbeitnehmer richtet sein Handeln auf eine kurzfristige Profitmaximierung aus und vernachlässigt das langfristige Wohlergehen des Unternehmens bzw. maximiert den wirtschaftlichen Vorteil nur für seinen Bereich und nicht für das ganze Unternehmen. Diese Probleme wollen selbstverständlich mit einer sorgfältigen Formulierung der Ziele und der für die Ausschüttung massgebenden Kriterien vermieden werden. Das ist allerdings meist gar nicht so einfach. Ein grösseres Interesse an einem längerfristigen Wohlergehen des Unternehmens soll regelmässig mit so genannten Stock-Options-Plans erreicht werden. Abgesehen davon, dass auch hier der Erfolg sehr zweifelhaft sein kann, ist mit diesen Instrumenten regelmässig eine Vielzahl weiterer rechtlicher Probleme verbunden.⁹⁴

Zu glauben, diese rechtlichen Probleme seien durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gelöst, nachdem dieses - der Theorie von **WYLER** folgend⁹⁵ - bezüglich der Anwendbarkeit des Arbeitnehmerschutzrechts danach unterscheidet, ob die Beteiligung sich als Bestandteil des Arbeitsvertrags oder als davon losgelöste Investition ausnimmt⁹⁶, erweist sich sehr schnell als Irrtum. Die entscheidende Frage besteht nämlich genau in dieser Unterscheidung. Es ist schwer zu sehen, wann sich die Beteiligung nicht als Bestandteil des Arbeitsvertrages erweisen soll, wenn sie als Entschädigung für die Arbeitsleistung gedacht und den Arbeitnehmer als solchen in seinem Verhalten an der ihm übertragenen Arbeit beeinflussen soll.

3.8. Eine weitere Problematik jeder erfolgsabhängigen Entlohnung besteht in der ebenso banalen wie auch unbestreitbaren Erkenntnis, dass es wohl einfach ist, zusätzliche Vergütungen auszurichten, dass es aber sehr viel schwieriger ist, einem Mitarbeiter klar zu machen, er erhalte für die gleiche Arbeitsleistung weniger Lohn als im Vorjahr. Eine Lohnkürzung bereitet dem Arbeitnehmer regelmässig **Schwierigkeiten im Alltag**. Die meisten Leute geben im Wesentlichen aus, was sie verdienen. Eine Lohnneinbusse hat in der Regel auch eine Herabsetzung der Lebenshaltung zur Folge. Dies ist aber meist ohne Übergangsfrist gar nicht möglich. Das schweizerische Steuersystem verstärkt diese Problematik noch dadurch, dass die Einkommenssteuern stets im Nachhinein zu bezahlen sind. Hat jemand ein variables Einkommen, wird die entsprechende Steuerrechnung mindestens eins bis zwei Jahre auf sich warten lassen. Wohl liesse sich der genaue Steuerbetrag sofort berechnen und den entsprechenden Betrag zur Seite legen. Es ist aber nicht realistisch, dass die betroffene Person eine solche Rechnung anstellt. Bei Bankangestellten dürfte das Problem sich noch verschärfen. Selbst wenn er den Bonus nicht ausgibt, sondern spart, wird er unter Umständen im Zeitpunkt, in dem die Steuern bezahlt werden müssen, nur noch beschränkt vorhanden sein. Der Bankangestellte wird den

⁹³ BGE 44 II 56; 61 II 90; 101 Ia 450; Oger AG in JAR 1980, S. 147; JAR 1983, S. 211; TA TI in JAR 1991, S. 303; ZR 1994 Nr. 61; ZR 2001 Nr. 92; **STREIFF/VON KAENEL**, N 10 zu Art. 340 OR und **STAEHELIN**, N 17 zu Art. 340 OR.

⁹⁴ Vgl. dazu ausführlich: **WYLER**, S. 795 ff.

⁹⁵ **WYLER**, S. 807 ff.

⁹⁶ BGE 130 III 495 ff.; 131 III 615 ff.

entsprechenden Betrag, wenn er ihn spart, häufig an der Börse anlegen. Gehen die Geschäfte der Bank schlecht, so dass im folgenden Jahr kein Bonus ausbezahlt werden wird, wird ein Grund dafür aber häufig genau darin bestehen, dass die Börse sich nach unten bewegt hat und damit auch der gesparte Betrag nicht mehr vollständig vorhanden sein wird. All diese Probleme verstärken sich noch, wenn der Arbeitnehmer eine Scheidung hinter sich hat und die Alimente mit Blick auf die regelmässige Auszahlung eines Bonus in der Vergangenheit festgelegt worden sind. Eine Bank kann sich aber nicht leisten, dass ihre Angestellten in Scharen finanzielle Schwierigkeiten haben. Dies gefährdet schlicht das gute Funktionieren der Bank.

3. Probleme der Lohnhöhe und der Lohnschere

3.9. Im letzten Jahr sind die Bonuszahlungen der Banken in den Massenmedien regelmässig **heftig kritisiert** worden. Dabei ist allerdings - wie häufig in solchen Fällen - die Diskussion an den eigentlichen Problemen vorbei gegangen.

3.10. Bonuszahlungen können **weder pauschal positiv noch pauschal negativ bewertet** werden. Es liegt auf der Hand, dass es vielmehr immer auf die konkrete Ausgestaltung ankommt. Die öffentliche Meinung hat sich aber um die konkrete Ausgestaltung nicht gekümmert. Die Leute haben sich wohl vielmehr **an der Höhe der Entschädigungen an sich gestört**. Dann kann es aber nicht darauf ankommen, ob es sich um eine variable oder feste Vergütung handelt. Sinnvoller Weise geht es folglich nicht um eine Diskussion um die Boni der Bankangestellten, **sondern um die Höhe des Verdienstes in diesem Wirtschaftssektor**. Es versteht sich von selber, dass diese Diskussion nicht unbedingt im Interesse jener Personen liegt, welche hohe Entschädigungen bekommen. Entsprechend dürften durchaus auch jene Kreise teilweise ein Interesse daran haben, dass die Diskussion sich auf die Boni und nicht das eigentliche Thema bezieht.

3.11. Bei einer Diskussion um die Lohnhöhe ist zudem danach zu differenzieren, ob es nun um den **absoluten Betrag** geht oder um die **Lohnunterschiede** innerhalb unserer Gesellschaft. Die Lohnschere war aber in den letzten Jahren in der öffentlichen Diskussion ein Tabuthema. Es ist eine eminent politische Frage, ob sich die Öffentlichkeit und damit letztlich auch die Politik und der Staat damit befassen sollen oder nicht.

3.12. Der **Verfassung** ist **keine klare Antwort** auf diese Frage zu entnehmen. Sie kann auch hier nicht ausführlich behandelt werden. Auszugehen ist zweifellos von der Arbeitsmarktfreiheit als Teil der Vertragsfreiheit.⁹⁷ Die Löhne sollen die Parteien selbständig festlegen. Allerdings kennt unser Recht eine Vielzahl von Eingriffen in diese Freiheit. Die neue Verfassung bietet dafür insofern neben diversen Sondernormen auch eine allgemeine Grundlage, indem sie bei den Sozialzielen festhält, dass sich Bund und Kantone in Ergänzung zur persönlichen Verantwortung und zur privaten Initiative dafür einsetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können.⁹⁸ Daraus kann sehr wohl abgeleitet werden, dass Löhne, welche jemanden nötigen, trotz einer vollen Erwerbstätigkeit Sozialhilfe zu beziehen, verfassungswidrig sind.⁹⁹ Insofern kann sehr wohl ein Mindestlohn angenommen werden. Was allerdings an ein Einkommen dafür notwendig ist, lässt sich kaum abstrakt bestimmen. Vielmehr hängt das in hohem Masse vom allgemeinen Lebensstandard in unserer Gesellschaft ab. Von daher ist die Lohnschere sehr wohl von Bedeutung und es kann an einer gewissen Regelung ein öffentliches Interesse bestehen. Ein solches ist zweifellos auch auszumachen, wenn und soweit die Unterschiede den sozialen Frieden in einem erheblichen Masse stören, z.B. zu Unruhen führen. Allerdings sind

⁹⁷ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 12 Rz. 19.

⁹⁸ Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV.

⁹⁹ BIGLER-EGGENBERGER, N 58 zu Art. 41 BV; GEISER, FS Hangartner, S. 809 ff..

m.E. diese Normen zu allgemein und die genannten Gefahren zur Zeit zu klein, als dass ohne entsprechende ausdrückliche Grundlage in der Verfassung der Gesetzgeber die Möglichkeit hätte eine zahlenmässige Beschränkung der Maximallöhne im Verhältnis zu den tiefsten Löhnen in einem Unternehmen festzulegen. Der Verfassungsgeber hätte selbstverständlich die Möglichkeit eine solche Rechtsgrundlage zu schaffen.

IV. Boni und staatliche Unterstützung

4.1. Die öffentliche Diskussion über die Ausrichtung von Bonuszahlungen ist hauptsächlich daran entbrannt, dass Unternehmen, welche staatliche Hilfe in der derzeitigen Wirtschaftskrise beansprucht haben, solche Zahlungen weiterhin ausgerichtet haben. Es fragt sich, ob diese Zahlungen rechtmässig waren.

1. Boni bei schlechtem Geschäftsgang?

4.2. Ob Boni auch bei schlechtem Geschäftsgang auszurichten sind oder nicht, hängt von der konkreten Vereinbarung und Ausgestaltung des entsprechenden Entlohnungssystems ab. Entscheidend ist als erstes, ob es sich dabei um einen **Lohnbestandteil oder eine freiwillige Gratifikation** handelt. Letzterenfalls besteht selbstverständlich keine Verpflichtung zur Ausrichtung, weil diese Verpflichtung auch nicht bei gutem Geschäftsgang besteht.

4.3. Handelt es sich um einen festen Lohnbestandteil, kommt es darauf an, **wovon vertraglich diese Leistungskomponente abhängt** und wie ihre Höhe zu berechnen ist. Ist ein Anteil am Geschäftsergebnis des gesamten Unternehmens vereinbart, fällt dieser Lohnbestandteil selbstverständlich weg, wenn das Gesamtunternehmen keinen Gewinn macht oder kürzt sich bei einem verminderten Gewinn. Zu beachten ist aber, dass sehr wohl die Beteiligung am Gewinn einer einzelnen Konzerngesellschaft vereinbart sein kann, so dass dieser Anteil auch geschuldet ist, wenn der Konzern als Ganzes ein negatives Resultat erzielt hat.

2. Boni bei Insolvenz?

4.4. Selbst wenn die Arbeitgeberin insolvent wird und in Konkurs fällt oder ein Nachlassverfahren über sie eröffnet wird, sind Leistungslohne geschuldet, sofern die Zahlung einer vertraglichen Vereinbarung entspricht und die entsprechenden Voraussetzungen des Leistungslohns erfüllt sind. Das ergibt sich zweifelsfrei aus dem SchKG. Lohnforderungen sind im Konkurs sogar privilegiert.¹⁰⁰ Das können sie nur sein, wenn sie überhaupt geschuldet sind. Der Konkurs, kann folglich nicht dazu führen, dass der Lohn für die Arbeit bis zur Konkurseröffnung nicht mehr geschuldet ist. Das gilt unabhängig von der Höhe der Lohnforderung und nach der derzeitigen Rechtslage auch für das Konkursprivileg.¹⁰¹ Streitig ist im geltenden Recht nur, ob das Privileg - unabhängig von der Höhe - auch für Arbeitnehmer gilt, welche ihrerseits wirtschaftlich die Arbeitgeberin beherrschen.¹⁰²

3. Boni und staatliche Unterstützung?

4.5. Auch wenn Unternehmen in der derzeitigen Krise staatliche Unterstützung erhalten, damit eine Insolvenz vermieden werden kann, führt das nicht zum Untergang des Anspruchs auf Lohn und damit auch des Leistungslohns, wenn ein solcher vereinbart ist und die entsprechenden Voraussetzungen für dessen Ausrichtung vorliegen. Wie aufgezeigt besteht der

¹⁰⁰ Art. 219 Abs. 4, erste Klasse, Bst. a SchKG.

¹⁰¹ Zur Zeit ist diesbezüglich eine Gesetzesrevision im Gang.

¹⁰² Vgl. BGE 118 III 46; PETER, N 31 zu Art. 219 SchKG; für die Anwendung des Privilegs auch in diesen Fällen vgl. ausführlich: MÜLLER, S. 428 ff.

Lohnanspruch auch, wenn das Unternehmen Konkurs geht. Etwas Schlimmeres kann aber der Arbeitgeberin gar nicht geschehen. Alle andern wirtschaftlichen Folgen, sind ein Minus gegenüber dem Konkurs. Entsprechend lässt sich auch nicht argumentieren, die derzeitige Krise und die staatliche Unterstützung lasse die Geltendmachung des Leistungslohns als rechtsmissbräuchlich erscheinen oder die entsprechende Vereinbarung falle mit Blick auf die **clausula rebus sic stantibus** dahin¹⁰³. Dass es Wirtschaftskrisen gibt, kann nie als unvorhersehbar angesehen werden. Unvorhersehbar ist höchstens ihr Zeitpunkt. Zudem handelt es sich beim wirtschaftlichen Misserfolg um das gewöhnliche Unternehmerrisiko, welches die Arbeitgeberin und nicht der Arbeitnehmer zu tragen hat.¹⁰⁴ Ein Grund, den Bonus nicht zu bezahlen, stellt die Staatshilfe demgegenüber dar, wenn es sich beim Bonus um eine bloss freiwillige Gratifikation handelt. Richtet die Arbeitgeberin trotz wirtschaftlichem Misserfolg die Gratifikation aus, läuft sie Gefahr, dass der Arbeitnehmer die Zahlung im Sinne einer Vertragsänderung verstehen und inskünftig davon ausgehen darf, dass es sich um einen fest vereinbarten Lohnbestandteil handelt.

4.6. Es ist den Parteien selbstverständlich unbenommen, **für die Zukunft** den Vertrag abzuändern und das variable oder feste Gehalt zu senken. Das setzt aber regelmässig eine gegenseitige Willensübereinkunft voraus wie für jede Vertragsänderung. Nötigenfalls kann die Arbeitgeberin mit einer Änderungskündigung einen gewissen Druck ausüben. Allerdings muss sie auch diesfalls die Kündigungsfristen einhalten.¹⁰⁵

V. Folgerung

5.1. Es liegt auf der Hand, dass die Politik ein erhebliches Interesse daran hat, dass Unternehmen, welche derzeit grosse wirtschaftliche Schwierigkeiten haben und vom Staat unterstützt werden, ihren leitenden Arbeitnehmern keine Löhne bezahlen, welche von der Öffentlichkeit als sehr hoch angesehen werden. Die staatlichen Massnahmen zur Stützung der Wirtschaft sind nur möglich, wenn sie auf eine breite Akzeptanz treffen. Daraus lässt sich aber sicher kein öffentliches Interesse ableiten, welches es dem Staat erlauben würde, in bestehenden Vertragsverhältnisse einzugreifen und privatrechtliche Vereinbarungen für ungültig zu erklären. Entsprechend **müssen auch staatliche unterstützte Unternehmen Boni für die letzten Jahre ausbezahlen, wenn diese vertraglich vereinbart und die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.**

5.2. Handelt es sich **demgegenüber um freiwillige Zahlungen**, d.h. Gratifikationen, erscheint es sehr fraglich, ob die staatliche Unterstützung nicht unter der stillschweigenden Voraussetzung erfolgt ist, dass solche freiwillige Zahlungen unterbleiben. Dabei ist die Abgrenzung zwischen freiwilliger Gratifikation und festem Lohnbestandteil alles andere als einfach. Von daher ist es im Ermessen des Managements, ob das Unternehmen eine Zahlung an einen Arbeitnehmer vornimmt oder es gegebenenfalls auf einen Prozess ankommen lässt. Es liegt auf der Hand, dass es sich ein Unternehmen - namentlich in der derzeitigen Krise - nicht leisten kann, in Massen arbeitsgerichtliche Streitigkeiten zu haben.

5.3. Ebenfalls zu beachten ist, dass der Staat seine Unterstützung selbstverständlich von der Voraussetzung abhängig machen kann, dass das unterstützte Unternehmen **in Zukunft keine Arbeitsverträge** mit Erfolgsbeteiligungen abschliesst, bzw. diese in einer bestimmten Art ausgestaltet. Es ist auch möglich zu verlangen, dass die bestehenden Verträge entsprechend angepasst werden. Das ist allerdings nur mit Änderungskündigungen bzw. einverständlich möglich.

¹⁰³ So offenbar WIEGAND, Jusletter 2009.

¹⁰⁴ Gl.M.: POLCAN/STENGEL, S. 245.

¹⁰⁵ Zur Änderungskündigung in diesem Zusammenhang vgl.: POLCAN/STENGEL, S. 257 ff.

5.4. Bezüglich der **Erfolgsbeteiligungen der Verwaltungsräte** ist m.E. zu prüfen, ob es sich dabei nicht in jedem Fall um Tantiemen handelt, welche den entsprechenden Grundsätzen unterliegen. Das hätte zur Folge, dass sie in Unternehmen mit Verlust für das letzte Jahr sicher nicht geschuldet wären und gegebenenfalls auch zurück verlangt werden könnten und müssten.

5.5. Zu beachten ist schliesslich, dass die **öffentliche Diskussion um die Boni** wohl am **eigentlichen Gegenstand vorbei** geht. Es kann nicht ernstlich um die Frage gehen, ob eine variable Entschädigung erfolgen soll oder nicht. Vielmehr geht es um die Frage, wie hoch diese bei den Führungskräften sein soll und wie gross die Lohnschere sein darf. Diese Fragen stellen sich aber nicht nur bei den Banken, sondern sehr wohl auch bei anderen Unternehmen. Es gibt Wirtschaftszweige, welche seit Jahren auch deshalb florieren, weil sie auf einem staatlich gelenkten und gestützten Markt tätig sind¹⁰⁶. Warum dort die Frage der Entschädigung anders beurteilt werden soll, ob bei Unternehmen die vom Staat direkt Mittel erhalten, dafür aber auf einem freien Markt agieren müssen, lässt sich nicht begründen.

Appetizer

Im Zusammenhang mit der Finanzkrise und der staatlichen Stützungsprogramme für die Grossbanken ist die Diskussion über die Boni der Bankangestellten auch in der Schweiz ins Lampenlicht gerückt. Es werden Beschränkungen dieser Zahlungen in den unterschiedlichsten Arten gefordert. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Fragen, was eigentlich Boni rechtlich sind und ob öffentliche Interessen bestehen, welche eine Einschränkung dieser Zahlungen ohne eine Änderung auf Gesetzes- oder Verfassungsstufe erlauben. Dabei kommt der Autor zum Schluss, dass es hin und wieder besser wäre, geltende Gesetze anzuwenden als neue zu schaffen.

¹⁰⁶ So zum Beispiel die pharmazeutische Industrie, bei der die Medikamente im wesentlichen von den Sozialversicherungen bezahlt werden.