

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch

Aktuelle Fragen des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrechts

Dienstag, 30. Oktober 2012

NKF

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch



Aktuelle Rechtsfragen rund um den Bonus

Dr. Andreas Casutt / Dr. Valerie Meyer Bahar

NKF

Ausgangslage und Fragestellung



Anspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung?

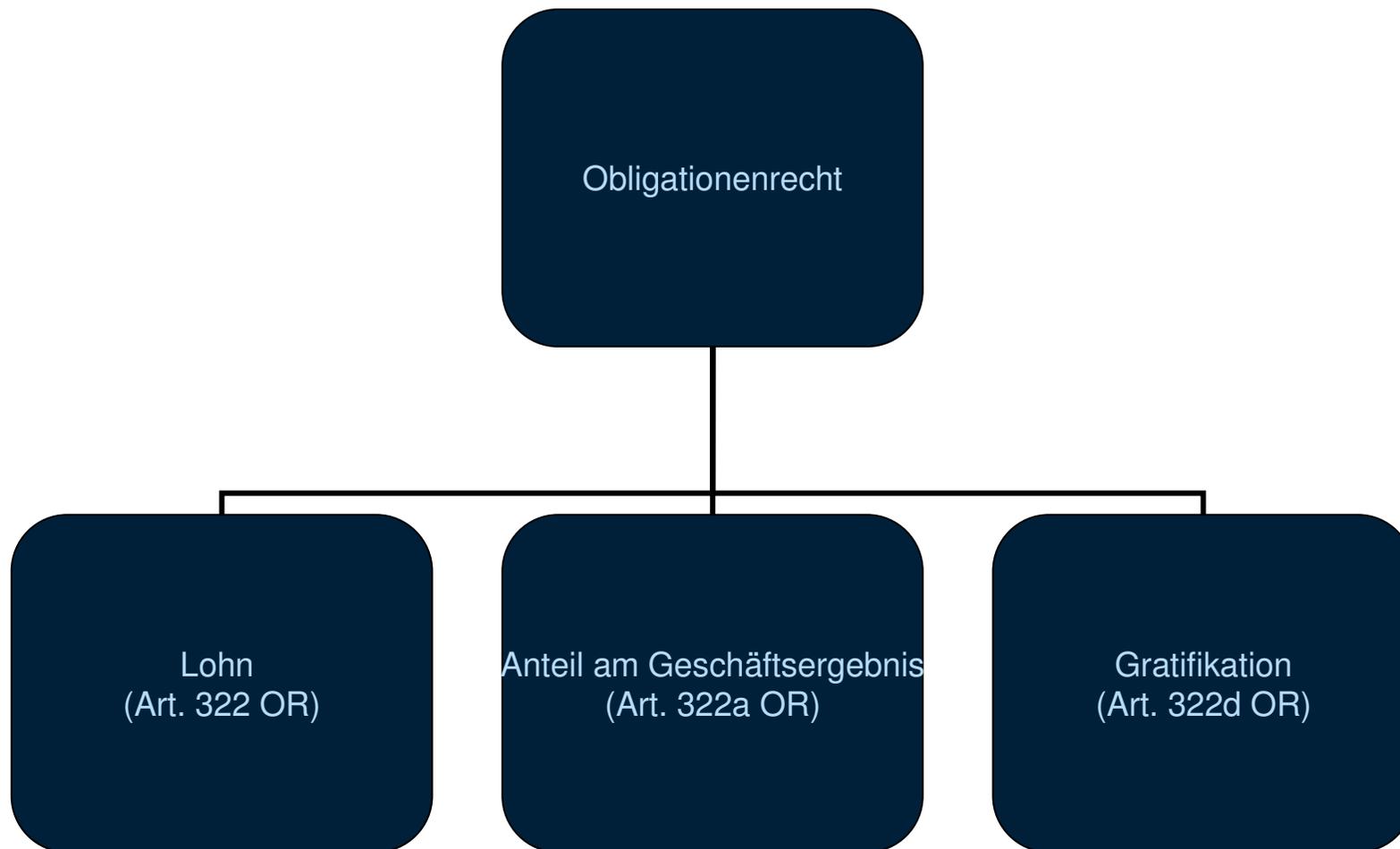
Vertragsklauseln (Beispiele)



Beispiel 1: Die Arbeitgeberin zahlt dem Arbeitnehmer, sofern dessen Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Auszahlung der Gratifikation (...) nicht von einer Partei gekündigt ist, zusätzlich zum Jahresgehalt eine individuell festzusetzende, leistungs- und erfolgsabhängige Gratifikation. Diese ist vom Erfüllungsgrad der jährlich zu vereinbarenden persönlichen und geschäftlichen Ziele abhängig und beträgt bei voller Zielerreichung CHF []. Bei schlechtem Geschäftsgang kann die Arbeitgeberin die Gratifikation herabsetzen oder ganz wegfallen lassen.

Beispiel 2: Die Arbeitgeberin kann nach freiem Ermessen und ohne Begründung eines Rechtsanspruches eine Gratifikation entrichten, die sich unter anderem am persönlichen Einsatz des Arbeitnehmers und der Ertragslage der Firma orientiert. Jede Gratifikationsausrichtung erfolgt als einmalige und unverbindliche Leistung im Sinne einer ausserordentlichen Belohnung für geleistete Dienste sowie Ansporn für die künftige Tätigkeit.

Gesetzliche Regelung



Gesetzliche Regelung: Gratifikation

Art. 322d OR Gratifikation

¹ Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.

² Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.

Abgrenzung

| Dreiteilung der Sondervergütungen gestützt auf den Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf deren Zahlung | | | |
|---|------|---------------|-------|
| dem Grundsatz nach | ja | ja | nein |
| der Höhe nach | ja | nein | nein |
| | Lohn | Gratifikation | |
| | | unechte | echte |

Abgrenzung: Rechtsfolgen

Lohn

- Rechtsanspruch des Arbeitnehmers
- Lohnzahlung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (auch während Freistellung)
- Grundlage für an Lohn anknüpfende Leistungen, z.B. Ferienlohn, Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung, Strafzahlung bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter fristloser Kündigung

Gratifikation

- Ermessen des Arbeitgebers
- Zahlung kann erheblich schwanken und auch ganz ausbleiben
- Zahlung kann an Bedingungen geknüpft werden, namentlich den Bestand eines (ungekündigten) Arbeitsverhältnisses in einem bestimmten Zeitpunkt (Ende des Geschäftsjahres; Leistung der Bonuszahlung)

Abgrenzung: Rechtliche Qualifikation

Rechtliche Qualifikation anhand der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall

- Abrede zwischen den Parteien
- Handhabung im betrieblichen Alltag
- Höhe der Zahlung

Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung

Übersicht

Wann wird der vermeintlich freiwillig zahlbare Bonus zu Lohn?

- Fehlende Freiwilligkeit / fehlendes Ermessen des Arbeitgebers
- Konkludente Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung
- Fehlende Akzessorietät des Bonus

Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung

Bonus als Lohn bei fehlender Freiwilligkeit / fehlendem Ermessen (1/2)

BGE 4A_28/2009
16.3.2009 E. 2.3
BGE 129 III 276 E. 2
BGE 131 III 615 E. 5.2

- Grundsatz:
„Die **Gratifikation** wird (...) ganz oder zumindest teilweise **freiwillig** ausgerichtet (...).“

- Keine Gratifikation, sondern **Lohn** bei **fehlendem Ermessen / fehlender Freiwilligkeit** der Bonuszahlung:

BGE 136 III 313 E. 2

- **Anspruch und Höhe** der Bonuszahlung sind vertraglich **im Voraus festgelegt**
„Ein **im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag** kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar.“

BGE 4A_115/2007
13.7.2007 E. 4.3.4

- Höhe des Bonus bestimmt sich nach **klaren Messgrößen**
„Gewährt der Bonus dem Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist für die Berechnung dieses Ergebnis massgebend (...). Da bezüglich eines solchen **objektiv bestimmbaren Bonus** ein **Ermessensspielraum fehlt**, ist nicht von einer Gratifikation, sondern von einem variablen Lohnbestandteil auszugehen (...).“

BGE 4C.395/2005
1.3.2006 E.3.5.3

- „(...) ist darauf abzustellen, ob die Parteien die **Vergütung** für den Fall, dass bestimmte Ziele erreicht werden, **verbindlich vereinbart** haben. Trifft dies zu, so handelt es sich um Lohn, der nicht verweigert werden kann, wenn die Ziele tatsächlich erreicht wurden.“

Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung

Bonus als Lohn bei fehlender Freiwilligkeit / fehlendem Ermessen (2/2)

- Kein Rechtsanspruch, wenn persönliche **Leistungsziele nicht messbar** formuliert sind und deren Erreichen zumindest teilweise von der **subjektiven Einschätzung** des Arbeitgebers abhängt

BGE 4A_28/2009

*„Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (...). Dies ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der **subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung** durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (...).“*

Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung

Konkludente Verpflichtung des Arbeitgebers (1/2)

- Konkludente Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Gratifikation bei **regelmässiger, ununterbrochener und vorbehaltloser Zahlung** während mindestens dreier Jahre

BGE 129 III 267 E. 2

*„Die Verpflichtung zur Ausrichtung [der Gratifikation] kann im (...) Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages (...). Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während **mindestens drei aufeinander folgenden Jahren** ausgerichtet worden ist (...).“*

BGE 131 III 615 E. 5

*„En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant **plus de trois années consécutives** sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif (...).“*

Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung

Konkludente Verpflichtung des Arbeitgebers (2/2)

- Verpflichtung des Arbeitgebers zur Bonuszahlung trotz Vorbehalts, wenn die **Zahlung über lange Zeit erfolgte** und der **Vorbehalt nie in Anspruch** genommen wurde, obwohl dafür ein **Anlass bestanden** hätte:

BGE 129 III 276 E. 2.3 *„Ein Vorbehalt der Freiwilligkeit ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, **leere Floskel** angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt wird, dieser **Vorbehalt** aber **nie in Anspruch genommen** wird (...). Das rechtfertigt sich aber nur, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung einzelner Mitarbeiter (...).“*

Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung

Höhe der Bonuszahlung / Fehlende Akzessorietät (1/2)

BGE 129 III 276 E. 2.1

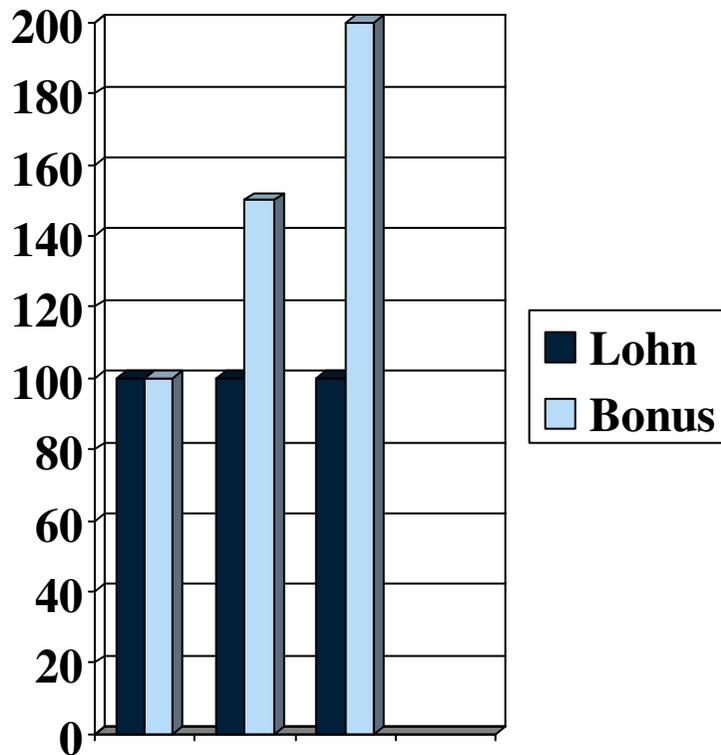
„Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. (...) Entsprechend ist die Gratifikation eine **Sondervergütung**, die **zum Lohn hinzutritt** (...). (...) auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird (...). Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn.

(...) **Grenze** (...) kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. (...).

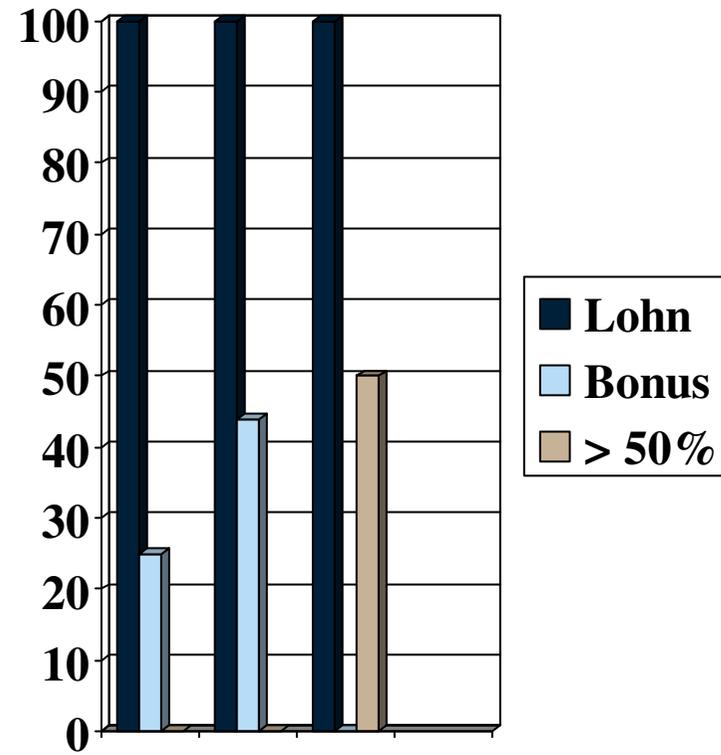
Ob die fragliche Leistung für die Parteien **zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung** und damit zum Lohn geworden oder eine blosse Zusatzvergütung und damit Gratifikation geblieben ist, hängt überdies von ihrer **Regelmässigkeit** ab. Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt. (...) Immerhin erscheint der **akzessorische Charakter** dann **kaum mehr gewahrt**, wenn die Gratifikation **regelmässig einen höheren Betrag** erreicht als der Lohn.“

Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Bonuszahlung

Höhe der Bonuszahlung / Akzessorietät (2/2)



Akzessorietät nicht gewahrt:
 ➔ **Anspruch** auf Bonuszahlung

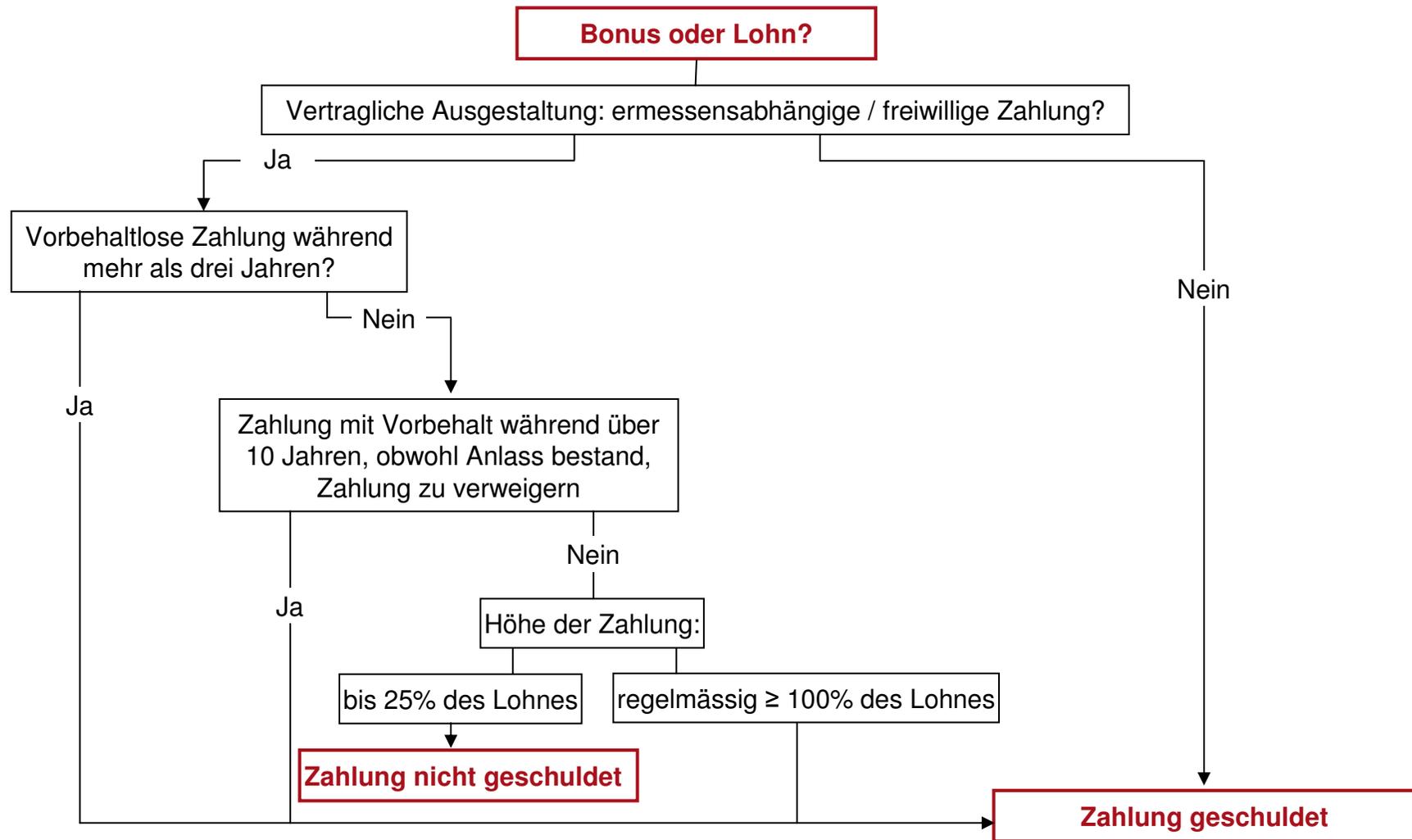


Akzessorietät gewahrt:
 ➔ **Kein Anspruch** auf Bonuszahlung

Einzelfragen

- Bonusanspruch aus Gleichbehandlungsanspruch?
- Bonusanspruch bei fehlender Zielvereinbarung?
- Bonusanspruch bei Freistellung?
- Bonusanspruch bei gekündigtem Arbeitsverhältnis?
- Zulässigkeit von Claw-Back Provisions?

Zusammenfassung



Schlussfolgerung

■ Vertragsgestaltung

Beispiel 1: Die Arbeitgeberin zahlt dem Arbeitnehmer, sofern dessen Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Auszahlung der Gratifikation (...) nicht von einer Partei gekündigt ist, zusätzlich zum Jahresgehalt eine individuell festzusetzende, leistungs- und erfolgsabhängige Gratifikation. Diese ist vom *Erfüllungsgrad* der jährlich zu vereinbarenden *persönlichen und geschäftlichen Ziele* abhängig und *beträgt bei voller Zielerreichung CHF []*. Bei schlechtem Geschäftsgang kann die Arbeitgeberin die Gratifikation herabsetzen oder ganz wegfallen lassen.

➡ *vertraglich geschuldete Zahlung bei Zielerreichung und damit Lohn*

Beispiel 2

Die Arbeitgeberin kann nach *freiem Ermessen* und ohne Begründung eines Rechtsanspruches eine Gratifikation entrichten, die sich unter anderem am *persönlichen Einsatz des Arbeitnehmers* und der Ertragslage der Firma orientiert. Jede Gratifikationsausrichtung erfolgt als *einmalige und unverbindliche Leistung* im Sinne einer ausserordentlichen Belohnung für geleistete Dienste sowie Ansporn für die künftige Tätigkeit.

➡ *ermessensabhängige Zahlung und damit Bonus*

Schlussfolgerung

■ Handhabung im betrieblichen Alltag

- Expliziter Freiwilligkeitsvorbehalt in Arbeitsvertrag und Mitarbeiterhandbuch
- Expliziter Freiwilligkeitsvorbehalt bei jeder Auszahlung
- Reduktion oder Entfallen der Bonuszahlung, wenn für deren Leistung kein Anspruch besteht

■ Bonushöhe

- Bonus bis zu 25% des Lohnes ist akzessorisch und damit unproblematisch
- Bonus bis ca. 50% des Lohnes dürfte jedenfalls bei höheren und hohen Einkommen noch als akzessorisch gelten
- Regelmässige Bonuszahlungen, die mehr als 50% des Lohnes betragen, können u.U. zum Lohnbestandteil werden
- Regelmässige Bonuszahlungen, die 100% oder mehr des Lohnes betragen, bilden Lohnbestandteil



Fragen?



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

NKF