

Flexibler Lohn

Rechtssichere Bonusmodelle

Bei der Einführung flexibler Gehaltsmodelle gilt es nicht nur personalstrategischen und motivationspsychologischen Fragen Aufmerksamkeit zu schenken. Auch arbeitsrechtliches Fachwissen ist gefragt, um komplexe Bonusmodelle umzusetzen.

Von Heinz Heller

Flexible Gehaltssysteme haben im Wesentlichen zwei Ziele: Personalkostenkontrolle und Schaffung von Leistungsanreizen. Bei modernen Bonussystemen scheint dabei zunehmend der «Mythos Motivation» in den Vordergrund zu rücken. Eine weitverbreitete Maxime lautet, die Konkurrenzfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt erfordere lohnpolitische Gleichschaltung. Diesem Trend folgen kleinere und mittlere Unternehmen manchmal leichthin. Chancen und Risiken flexibler Gehaltsmodelle sollten jedoch genau abgewogen werden – auch in rechtlicher Hinsicht.

Komplexität überfordert Gerichte

Bei grossen Unternehmen basieren Personalführung und Mitarbeiterentwicklung oft auf äusserst umfangreichen Reglementen. Dabei werden mittels einer sogenannten «Skills Matrix» Kompetenzen für alle Funktionen und Karrierestufen festgelegt. Unter dem Titel «Personalsteuerung» wird das ganze Gefüge in ein komplexes, zielgesteuertes Gehaltsmodell umgelegt. Ende Jahr wird in einer sogenannten Scorecard der Zielerreichungsgrad jedes Mitarbeitenden ausgewertet. Entsprechend setzt sich der

Gesamtbonus oft aus vielerlei Gehaltskomponenten zusammen, die alle Aspekte der Gehaltspolitik anteilmässig abbilden sollen. Lobenswert erscheint der Anspruch solcher Modelle auf Transparenz und Gleichbehandlung. Im Streitfall werden die Parteien und das Gericht allerdings mit einer kaum mehr fassbaren Komplexität konfrontiert. Deshalb droht bei Bonusstreitigkeiten nicht selten der kognitive Kollaps. Komplexität kann zwar durch Splitting in einzelne juristische Teilfragen bewältigt werden, dennoch zeigen Streitfälle immer wieder die Grenzen der Justiziabilität auf.

Richtlinien für Bonusabsprachen

Zur Analyse von Bonusabsprachen haben Lehre und Rechtsprechung Richtlinien entwickelt. Diese Regeln sind umstritten, teilweise widersprüchlich und dürfen keinesfalls starr oder pauschal angewendet werden. Im Sinne einer oberflächlichen Orientierungshilfe lassen sich jedoch folgende Grundsätze herausarbeiten:

Regel 1: «Bei der Beurteilung eines Vertrages [...] ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen» (Art. 18 Abs. 1 OR).

Die häufigste Ursache von Bonusstreitigkeiten bilden vertragsmechanisch nicht durchdachte Vertragsgrundlagen, widersprüchliche oder unvollständige Absprachen sowie Rechtsunkenntnis. Als verhänglich erweist sich zudem die Verwendung von aus dem angloamerikanischen Rechtsraum übernommenen Begriffen. In all die-



Bonusstreitigkeiten stellen die Rechtsprechung vor eine kaum zu bewältigende Komplexität.



sen Fällen ist der wirkliche Wille der Parteien zu bestimmen. Im Zweifelsfall ist nach der Unklarheitenregel von einer für den Arbeitnehmer günstigeren Abrede auszugehen. Schliesslich ist die Vertragsfreiheit im Bereich des Bonus erheblich eingeschränkt. Oft werden in entsprechenden Streitfällen aussergerichtliche Vergleiche gesucht und Stillschweigeklauseln erkaufte, die vor einer Klageepidemie im Unternehmen oder in der Branche schützen sollen.

Regel 2: Lohn ist bedingungsfeindlich. Sondervergütungen, die neben dem Lohn gewährt werden, sind bedingungsfreundlich.

Art. 322d Abs. 1 OR (Gratifikation) lautet: «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.» Vor diesem Hintergrund werden Lohn oder (feste) Lohnbestandteile und freiwillige Sondervergütungen (Gratifikationen) unterschieden. Während Lohn und Lohnbestandteile nicht an Bedingungen geknüpft werden können, dürfen Gratifikationen beliebig von Bedingungen abhängig gemacht werden, z.B. vom Bestand eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses. Dies hat das Bundesgericht mehrfach festgehalten. Diese Regel ist jedoch äusserst umstritten, da sie massiv in die Vertragsfreiheit eingreift. Zudem erscheint sie auch dogmatisch schwer haltbar, da Lohn per se keinen unverzichtbaren gesetzlichen Anspruch darstellt. Gerade bei angemessenem Grundlohn müssten bedingte flexible Lohnbestandteile denkbar bleiben.

Regel 3: Liegt die Höhe des Bonus ganz oder teilweise im Ermessen des Arbeitgebers, ist auf eine freiwillige Gratifikation zu schliessen.

Die Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR «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). Zähl- oder messbare, auf fixen Berechnungsformeln oder auf Kennzahlen basierende bonusrelevante Ziele werden üblicherweise als «harte» Ziele bezeichnet. «Harte» Bonusziele sprechen für das Vor-

liegen eines bedingungsfeindlichen festen Lohnbestandteils. Auf die Qualifikation als bedingungsfreundliche Gratifikation dagegen deuten «weiche» Bonusziele, die ganz oder teilweise von einer subjektiven Beurteilung abhängen – z.B. vom persönlichen Verhalten – und damit im Ermessen des Arbeitgebers liegen.

Regel 4: Übersteigt die freiwillige Sondervergütung regelmässig den Grundlohn, mutiert sie – zumindest teilweise – zum (fest vereinbarten) Lohnbestandteil.

Das Bundesgericht begründet diese Regel folgendermassen: «Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. Die Arbeitgeberin muss sich somit zu einem Entgelt verpflichtet haben. Eine bloss freiwillige Entschädigung genügt nicht. Entsprechend ist die Gratifikation eine Sondervergütung, die [akzessorisch] zum Lohn hinzutritt [...]. Die Lehre folgert richtig, dass es 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.» (BGE 129 III 276). Die Aussage, eine Gratifikation könne «zumindest teilweise» zum festen Lohnbestandteil mutieren, lässt Interpretationsspielraum. Eine denkbare Auslegung dieser Passage wäre beispielsweise, der Bonus mutiere nur in jenem Ausmass von der Gratifikation zum festen Lohnbestandteil, wie er den Grundlohn übersteige.

Regel 5: Eine freiwillige Sondervergütung kann durch Usanz und gelebte Verhältnisse zum festen Lohnbestandteil werden.

Arbeitsvertraglich freiwillige Gratifikationen werden in der Praxis zu einem festen Lohnbestandteil, wenn sie vorbehaltlos mehr als drei Mal in Folge ausbezahlt worden sind. Deswegen wird die Leistung von Sondervergütungen oft an Freiwilligkeitsvorbehalte gebunden. Nicht selten werden diese Gratifikationen dennoch konstant und über Jahre hinweg ausbezahlt – auch wenn z.B. aufgrund der Geschäftsentwicklung Anlass bestanden hätte, die Gratifikationen zu kürzen oder zu streichen. In sol-

chen Fällen scheint der Freiwilligkeitsvorbehalt zur inhaltsleeren Floskel zu verkommen, die ohne rechtliche Konsequenzen bleibt. In Grenzfällen kann bereits die Mitversicherung des Bonus bei der beruflichen Vorsorge ein Indiz dafür darstellen, dass die Parteien davon ausgegangen sind, der Bonus bilde einen festen Lohnbestandteil.

Regel 6: Wird ein zielgesteuerter Bonus zugesichert, sollten auch konkrete Ziele vorgegeben werden.

Mit dem Zielbonus ist die Höhe des maximal erreichbaren jährlichen Bonus festgelegt. Bonusziele dagegen definieren die Vorgaben, die erreicht werden müssen, damit man den maximalen Bonus ganz oder teilweise beanspruchen darf. Beides, Zielbonus wie Bonusziele, kann als vertragliche Nebenabrede einvernehmlich jährlich vereinbart oder – wenn der Arbeitsvertrag diesen Spielraum lässt – vom Arbeitgeber jährlich einseitig vorgegeben werden. Nicht zu empfehlen ist es, einen zielgesteuerten Bonus grundsätzlich vorzusehen, dann aber das Offerieren von Zielboni oder Bonuszielen zu unterlassen. Zwar hat das Bundesgericht in einem solchen Fall den Bonus als freiwillige Sondervergütung im vollen Ermessen des Arbeitgebers qualifiziert, auf die kein Anspruch besteht. In einem jüngeren Entscheid aus dem Jahr 2009 sprach das Arbeitsgericht Zürich aber einem Arbeitnehmer einen vollen Bonus zu, da der Arbeitgeber es unterlassen hatte, die für die Erreichung des Zielbonus massgebenden Bonusziele zu definieren. In der Literatur findet sich die Meinung, wenn eine in der Höhe offene Gratifikation fest zugesagt sei, dann aber vom Arbeitgeber verweigert werde, müsse der Richter die Höhe der Gratifikation nach billigem Ermessen festlegen.

Regel 7: Orientiert sich der flexible Lohn am Geschäftsergebnis, treffen den Arbeitgeber Offenlegungspflichten.

Boni werden oft an das Unternehmensresultat gebunden. Damit steht Mitarbeitern rechtlich ein «Anteil am Geschäftsergebnis» zu (Art. 322a OR). Würde ein Arbeitnehmer den bekannt gegebenen EBIT («earnings before interest and taxes») anzweifeln, müsste der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle «nötigen Aufschlüsse» zur Ermittlung des Geschäftsergebnisses geben, ihm insbesondere «Einsicht in die Ge-



schäftsbücher» gewähren (Art. 322a OR). Diese von Arbeitgebern in der Regel nicht erwünschten gesetzlichen Offenlegungspflichten werden oft übersehen.

Regel 8: Auch «weiche» Bonusziele sollten messbaren Kriterien angenähert werden.

Manche Unternehmen verwenden für die Mitarbeiterqualifikation seitenlange Checklisten. Mit solchen Bewertungsbogen lässt sich das Endergebnis je Beurteilungsaspekt berechnen, wobei die Teilaspekte der Be-

urteilung in eine Gesamtbeurteilung münden. So erfolgen Gesamtbeurteilungen nicht nach einem subjektiven Gesamteindruck der Führungsverantwortlichen, sondern nach einheitlichen Kriterien in einem einheitlichen Prozess. Derart systematisierte Personalbeurteilungsprozesse haben den Vorteil, sowohl für die Mitarbeiterqualifikation wie auch zur Beurteilung von Bonuszielen eingesetzt werden zu können. Grundsätzlich sollte «weichen» Bonuszielen jedoch kein grosser Anteil am Zielbonus zukommen, da sich hier im Streitfall oft Beweisprobleme stellen.

Regel 9: Bei der freiwilligen Gratifikation gilt das Gleichbehandlungsgebot (fast) nicht.

Das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verbietet bei der freiwilligen Gratifikation nur die persönlichkeitsverletzende Schlechterstellung, nicht aber die Besserstellung einzelner Mitarbeiter. Viele Arbeitnehmer sind sich dessen nicht bewusst. Das Verbot der Geschlechterdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz führt zwar zu ergänzenden Aspekten in dieser Frage. Freiwillige Gratifikationen bleiben aber primär Sache



Praxisbeispiel

Die vertragliche Bonusregelung eines internationalen Beratungsunternehmens könnte z.B. folgendermassen ausgestaltet sein: «Die Mitarbeiterin partizipiert am Bonusmodell der Unternehmensgruppe und erhält einen variablen Bonus. Dieser hängt von der persönlichen Zielerreichung, der Ergebnissituation des Geschäftsbereichs und der Gesamtunternehmung ab. Der Bonus wird nur ausgerichtet, wenn die Mitarbeiterin zum Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung in ungekündigtem Arbeitsverhältnis steht.»

Im Januar des laufenden Geschäftsjahres wird der Mitarbeiterin für das laufende Jahr ein Zielbonus von CHF 140'000 eröffnet. Das Grundgehalt beläuft sich auf CHF 100'000. Als Bonusziele werden ein Unternehmensziel, ein Abteilungsziel sowie zwei persönliche Ziele vorgegeben:

- **Unternehmensziel:** Liegt die EBIT-Marge über 7%, können 10% des Gesamtzielbonus beansprucht werden. Unter EBIT sind «earnings before interest and taxes» zu verstehen, demnach der Gewinn vor Steuern und Zinsen. Die EBIT-Marge (EBIT als prozentualer Anteil am Umsatz) beschreibt die Rentabilität eines Unternehmens.
- **Abteilungsziel:** 15% des Gesamtzielbonus werden fällig, wenn die externe Auslastung der Abteilung mehr als 80% beträgt. Unter externer Auslastung ist die Anzahl Personentage bei Kunden zu verstehen. Personentage können nicht gleichgesetzt

werden mit der Arbeitszeit, die Kunden verrechnet wird. Denn naturgemäss weist nicht jeder Personentag gleich viel Arbeitszeit oder gleich viele verrechenbare Stunden («billable hours») aus.

- **Persönliche Ziele:**

Bei entsprechendem persönlichem Verhalten können 25% des Zielbonus erreicht werden. Werden zudem mehr als 80% der geleisteten Arbeitszeit an den Kunden verrechnet («billable hours-Marge»), sind 50% des Zielbonus geschuldet. Kunden reagieren sensibel auf sogenannte «balloon hours», also verrechnete Arbeitsstunden, die künstlich aufgeblasen wurden oder auf ineffizienter Arbeitsweise beruhen.

Wenden wir die eingangs dargestellten Regeln auf unser Praxisbeispiel an, ergibt sich folgende Analyse: Vertragsmechanisch gut gelöst ist die prozentuale Zuteilung der einzelnen Bonuskomponenten am Gesamtbonus. Fehlt nämlich die mathematische Aufschlüsselung des Bonus auf die verschiedenen Bonuskomponenten, haben die Gerichte auf sogenannt «pflichtgemässes Ermessen» abzustellen.

Die «harten» Bonusziele in unserem Beispiel decken 75 Prozent des Zielbonus ab. Sie erweisen sich auf den ersten Blick als feste Lohnbestandteile. Die Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses dürfte demnach nicht durchsetzbar sein. Allerdings: Soweit die «harten» Bonusziele wie hier jährlich vom Arbeitgeber offeriert werden, kann darin ein Arbeitgeberermessen erkannt wer-

den. Auch die «harten» Bonusziele erscheinen jetzt wieder als freiwillige Gratifikation. In dem Moment aber, in dem der Arbeitgeber den Zielbonus und die «harten» Bonusziele definierte, gab er jedes Ermessen aus der Hand. Damit mutieren die harten Bonusziele wieder in feste Lohnbestandteile. Die Folge: Der Bonus ist im Umfang aller seiner festen Lohnbestandteile bei allen Leistungen, die an den Lohn anknüpfen, in die Lohnberechnung miteinzubeziehen. Dies gilt z.B. für den Ferien-, den Krankheits-, den Überstunden- oder den Freistellungslohn. Die Erörterung, wie weit in diesen Fällen die Berechnung des Lohns von der tatsächlichen Erreichung oder – im Fall der Freistellung – von der Erreichbarkeit der Bonusziele abhängt, mündet ihrerseits wieder in äusserst komplizierte Überlegungen.

Was würde gelten, wenn der Arbeitgeber in unserem Beispiel den ganzen Bonus (CHF 140'000) über viele Jahre hinweg an «weiche» Ermessensziele gebunden hätte? Dann könnte grundsätzlich eine freiwillige Gratifikation vorliegen. Da der Zielbonus das Grundgehalt (CHF 100'000) aber übersteigt, dürften sich zumindest Teile des Bonus als feste Lohnbestandteile entpuppen (vgl. Regel 4). Wenn der Bonus deswegen im Umfang von CHF 20'000 zu festem Lohnbestandteil mutieren würde, würde der restliche Bonus das Grundgehalt nicht mehr übersteigen: das Verhältnis wäre dann CHF 120'000 fester Lohn zu CHF 120'000 freiwillige Gratifikation. Das Akzessorietätsprinzip wäre gewahrt und der Restbonus über CHF 120'000 würde freiwilliger Bonus bleiben.



des Verhandlungsgeschicks, unabhängig vom Geschlecht. So machte beispielsweise eine Direktorin vor Bundesgericht vergeblich Geschlechterdiskriminierung geltend, als ihr nach einer gescheiterten Liebesbeziehung mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Bonus gestrichen wurde.

beitsverhältnisses abhängig sein dürfen. Diese Fragen stellen sich umso drängender, als die Rechtsprechung des Bundesgerichts offensichtlich nicht auf «Fairness» in der Lohngestaltungspolitik abzielen scheint. Dies zeigt sich deutlich bei Überstundenansprüchen, die oft von Arbeitnehmern mit

Alternativen zum Bonus

Motivationspsychologisch gesehen besteht die Gefahr, dass Boni die bonusorientierte Leistung ankurbeln, nicht aber die Gesamtleistung. Im Zuge der bonusgetriebenen Bankenkrise von 2008 wurde zudem argumentiert, Boni würden kurzfristiges Denken auf Kosten der Nachhaltigkeit fördern. Deshalb empfehlen sich Alternativen. Manchmal vermögen bereits gezielte freiwillige Einzelpremien für hervorragende Leistungen nachhaltig zu motivieren. In anderen Fällen wird flexible Arbeitszeit von Mitarbeitenden als Gewinn und Motivation empfunden. Unter Kostenaspekten stellt bereits eine durchdachte und disziplinierte Kontrolle von Mehrarbeitszeit eine echte Alternative zu flexiblen Lohnmodellen dar. Jedenfalls sollte aus juristischer Sicht einfachen Modellen stets der Vorrang gegenüber komplexen Bonusregelungen gegeben werden.



Bei Gratifikationen ist das Gleichbehandlungsgebot (fast) ausser Kraft.

Unausgewogene Bundesgerichtspraxis

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zu Recht kritisiert worden. Richtig ist, auch bei flexiblen Gehaltssystemen Arbeitnehmern ein angemessenes Grundgehalt zu sichern und deshalb gewisse Schranken vorzusehen. Das Bundesgericht hat seinen Beitrag geleistet, wenn die in den letzten Jahren oft kritisierten «Abzockerboni», die sich nicht selten auf ein Mehrfaches des Grundsalärs belaufen, als feste Lohnbestandteile und damit als rechtlich durchsetzbar erachtet wurden. Bei angemessenem Grundgehalt ist zudem unverständlich, warum nicht auch auf «harten» Bonuszielen basierende Boni vom Bestand eines ungekündigten Ar-

geringeren Löhnen geltend gemacht werden, da bei höheren Salären Überstunden regelmässig im Grundlohn enthalten sind. Wenn der Arbeitgeber seine gesetzliche Arbeitszeiterfassungspflicht missachtet und der Arbeitnehmer deswegen seine Überstunden nicht beweisen kann, führt dies nicht zu einer Beweislastumkehr zugunsten der Arbeitnehmer. Werden nicht angeordnete Überstunden zudem nicht jeden Monat gemeldet, soll deren Entschädigung nach Ansicht des Bundesgerichts grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden können. Aus Angst vor Kündigung trauen sich Arbeitnehmer aber oft nicht, Überstunden geltend zu machen. Insgesamt erscheint die Rechtsprechung des Bundesgerichts deshalb unausgewogen.

Kongresstipp

Fachkongress:
Arbeitsrecht für
Personalverantwortliche
Der 12. WEKA-Fachkongress liefert Antworten auf die häufigsten arbeitsrechtlichen Fragen. Profitieren Sie von praxisorientierten Referaten und individuellen Workshops.

Termin: 24. Oktober 2012
World Trade Center Zürich

Anmeldung und weitere Informationen:
www.praxisseminare.ch



Dr. iur. Heinz Heller ist Rechtsanwalt sowie Fachanwalt SAV für Arbeitsrecht. Er ist Gründer der Heller Rechtsanwälte AG, die vorwiegend Arbeitgeber und Topmanager berät.