

Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer

535



CONRADIN CRAMER
Dr. iur., Advokat,
VISCHER Anwälte und
Notare, Basel

Gewinne belohnt, Verluste aber nicht bestraft würden¹. Die Frage stellt sich, inwieweit die Abwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer rechtlich zulässig ist. Im Folgenden sollen zunächst einzelne Varianten möglicher Verlustbeteiligungen dargestellt werden, um danach die an grundsätzliche Wertungsfragen des Arbeitsrechts rührende Frage des zulässigen Umfangs von Verlustbeteiligungen zu analysieren. Schliesslich wird darauf eingegangen, welche rechtlichen Konsequenzen es haben kann, wenn eine Arbeitgeberin von ihrer vertraglichen Bonuskürzungsmöglichkeit bei schlechten Geschäftszahlen keinen Gebrauch macht.

II. Arten der Verlustbeteiligung

1. Variante 1: Vom Gewinn abhängiger Bonus

Die Entlohnung eines bonusberechtigten Arbeitnehmers lässt sich aufteilen in einen unbedingt geschuldeten Festlohn und einen bedingt geschuldeten, vom Unternehmensgewinn, der persönlichen Leistung oder auch gewissen Ermessenskriterien abhängigen Bonus. In welcher Form ein Bonus ausgereicht wird, ob durch Barüberweisung oder durch Zuteilung von gesperrten oder nicht gesperrten Beteiligungspapieren, ist nicht entscheidend².

Entgegen einer möglicherweise populären Meinung werden Geschäftsverluste bei der Bonusberechnung oder der Bonusbemessung regelmässig berücksichtigt. So ist üblich, dass ein Bonus mindestens teilweise am Geschäftsergebnis anknüpft. Die Berechnungsgrundlage kann dabei das Geschäftsergebnis des Gesamtunternehmens, das Geschäftsergebnis eines Betriebsteils, der den Gewinn mindestens teilweise spiegelnde Aktienkurs oder auch eine andere Bilanzkennzahl sein. Je nach Entwicklung der Berechnungsgrundlage fällt der Bonus höher oder geringer aus. Bei solchen durchaus «gewöhnlichen» Boni spielt der Gewinn bzw. eben der Verlust neben anderen Parametern eine Rolle.

Möglich sind auch explizit negativ ausgestaltete Gewinnbeteiligungsklauseln wie etwa «Der Zielbonus kann bei

Inhaltsübersicht

- I. Übersicht
- II. Arten der Verlustbeteiligung
 1. Variante 1: Vom Gewinn abhängiger Bonus
 2. Variante 2: Eigentliche Malusvereinbarung
 3. Verlustbeteiligung über im Eigentum des Arbeitnehmers stehende Beteiligungspapiere
- III. Umfang der Zulässigkeit von Verlustbeteiligungen
 1. Unzulässigkeit von die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags tangierenden Verlustbeteiligungen
 2. Umstrittene Zulässigkeit der Berücksichtigung von Verlustvorträgen
 3. Mögliche Leitplanken für die Prüfung der Zulässigkeit von den Geschäftsverlust berücksichtigenden Boni
 4. «Angemessenheit» der Gewinnbeteiligung durch analoge Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR
 5. Risikoverteilung im Arbeitsrecht als Grenze
 - a) Grundsatz
 - b) Risikoverteilung bei variablen Lohnbestandteilen
- IV. Nichtüberwälzung von Verlusten durch die Arbeitgeberin trotz vertraglicher Grundlage

I. Übersicht

Im Zuge der beträchtlichen Verluste in der Finanzdienstleistungsbranche diskutiert eine breite Öffentlichkeit darüber, ob die gängigen Bonusvergütungsprogramme negative Geschäftszahlen genügend berücksichtigen. Auch abseits des Boulevards wird in den Medien der Verdacht geäussert, dass

¹ Vgl. die Kommentare «Vor lauter Zuckerbrot die Peitsche vergessen» und «Von «klebrigen» Boni und «klebrigen» Managern», in: NZZ vom 5. Februar 2008, 28, und vom 9. Februar 2008, 23 f.

² Allgemein zu den gängigen Bonusarten und ihrer Ausrichtung CONRADIN CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, Rz. 14 ff.; vgl. auch die Übersicht in BGer-Urteil 4A.115/2007 vom 13. Juli 2007, E. 4.3.

einem Geschäftsverlust um 50% gekürzt werden». Selbstverständlich kann jede Bedingung positiv oder negativ formuliert werden. Dieselbe Bedingung könnte freundlicher ausgedrückt heissen «Der Zielbonus kann sich bei einem Geschäftsgewinn verdoppeln».

2. Variante 2: Eigentliche Malusvereinbarung

Möglich wäre eine Lohnabrede, wonach der Arbeitnehmer bei Gewinn einen Bonus erhält, bei Verlust aber einen Einschlag auf seinen Festlohn gewärtigen müsste, also gleichsam einen Malus erlitte. Die Parteien vereinbaren dabei ein Gestaltungsrecht zu Gunsten der Arbeitgeberin, das diese zur einseitigen Kürzung des Lohnes berechtigt³. Der vom Kürzungsrecht erfasste Lohnanteil ist nur bedingt geschuldet. Im Ergebnis kann ein solches Kürzungsrecht einem umgekehrten Bonus – einem «Malus» also – entsprechen, wenn ein Festlohn mit einer Ermessens-, Leistungs- oder Erfolgskomponente verbunden wird, die zu einem Lohnabzug berechtigt. Im Sinn eines Malus wird bei Verlust nicht nur kein Bonus ausgerichtet, sondern ein vereinbarter Ausgangslohn gekürzt.

Es stellt sich die Frage, ob es überhaupt einen qualitativen Unterschied zwischen Variante 1 und 2 gibt. In Variante 1 beschlägt der Geschäftsverlust nur den Bonus. In Variante 2 greift er auch in den vereinbarten Festlohn ein. Doch kann kein Festlohn sein, was nicht unbedingt geschuldet ist. Insofern ist bei genauer Betrachtung der Festlohn bei Variante 2 teilweise eine Bonusvergütung und zwar in demjenigen Umfang, in dem bei einem Verlust der tatsächliche Festlohn gekürzt werden kann. Die Verlustbeteiligung ist also nach beiden Varianten nichts anderes als eine unterschiedlich und unterschiedlich glücklich formulierte Bonusvereinbarung.

In der Praxis dürften begrifflich als Malusvereinbarungen ausgestaltete Boni eine geringe Rolle spielen. Allenfalls dort, wo die Arbeitgeberin sich lediglich für besonders schlechte Geschäftsjahre eine Notbremse vorbehalten will, mag es sinnvoll sein, den derart bedrohten Lohnanteil trotzdem als «Festlohn» zu bezeichnen⁴. Ob eine negative Bonusausgestaltung unter arbeitspsychologischen Gesichtspunkten je Vorteile gegenüber einem zum Festlohn hinzukommenden Bonus hat, ist fraglich.

³ MANFRED REHBINDER, BK (1985) Art. 322 OR N 19.

⁴ Zu beachten ist bei ermessensabhängigen Vergütungen, dass ein schützenswertes Vertrauen des Arbeitnehmers in eine bestimmte Bonushöhe (bzw. eine Nichtvornahme des Abzugs) unter Umständen schneller anzunehmen ist, wenn ein betraglich fixierter Lohn mit einer nicht eindeutigen Abzugsmöglichkeit vereinbart ist.

3. Verlustbeteiligung über im Eigentum des Arbeitnehmers stehende Beteiligungspapiere

Nicht zu vergessen ist, dass zahlreiche Arbeitnehmer über Aktienbeteiligungsprogramme unentgeltlich oder zu günstigen Konditionen Aktien ihrer Arbeitgeberin erwerben. Das kann dazu führen, dass Arbeitnehmer mit einem beträchtlichen Teil ihres Vermögens im Arbeitgeberunternehmen investiert sind⁵. Insofern ein Geschäftsverlust den Aktienkurs beeinflusst, erhalten die Arbeitnehmer nicht nur einen geringeren Erfolgsbonus, sondern erleiden Buchverluste in ihrem Vermögen. Solche Verluste lassen sich für den Arbeitnehmer dann nicht vermeiden, wenn die im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms erworbenen Aktien oder Option mit einer Verkaufssperre belegt sind.

III. Umfang der Zulässigkeit von Verlustbeteiligungen

1. Unzulässigkeit von die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags tangierenden Verlustbeteiligungen

Die meist nicht klar definierte Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers wird in der Lehre unter dem Stichwort der «eigentlichen Verlustbeteiligung»⁶ nur teilweise thematisiert und überwiegend abgelehnt⁷. Eine Verlustbeteiligung könne nur in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Dem ist dann nichts hinzuzufügen, wenn eine Verlustbeteiligung die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages tangiert, also der Arbeitnehmer verpflichtet werden soll, der Arbeitgeberin in schlechten Zeiten etwas zu bezahlen, statt für seine Arbeitstätigkeit entlohnt zu werden. Solche Abreden können kein Arbeitsvertrag sein⁸. Sobald aber ein auch nur geringer Festlohn unbedingt geschuldet bleibt, führt der Verweis auf das

⁵ So erklärte etwa der CEO der UBS AG, über drei Viertel seines Vermögens in Aktien seiner Arbeitgeberin angelegt zu haben, vgl. Tages Anzeiger vom 18. Dezember 2007, 23.

⁶ Der Begriff wird ohne Definition von THOMAS GEISER, AJP 4/2001, 382 ff., 389 und CHRISTOPH SENTI, AJP 6/2002, 669 ff., 675 verwendet.

⁷ Ablehnend GEISER (FN 6), 389 und SENTI (FN 6), 675; vgl. aber die differenzierenden Ausführungen von STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, Art. 322a OR N 8, ferner KGer GR vom 20. Juni 2005, in: JAR 2006, 475 ff., 482.

⁸ Eine Konversion der nichtigen Lohnabrede im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts dürfte in solchen Fällen ausgeschlossen sein: Die Reduktion der vereinbarten Verlustbeteiligung auf das gerade noch zulässige Mass würde daran scheitern, dass dieses zulässige Mass zu weit vom hypothetischen Willen der Parteien entfernt liegt.

Gesellschaftsrecht nicht weiter, da die vom Arbeitsvertragsrecht verlangte Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung – mindestens in formeller Hinsicht – gewahrt bleibt.

2. Umstrittene Zulässigkeit der Berücksichtigung von Verlustvorträgen

Nach der Lehre soll es nicht angehen, die Berechnungsgrundlage für erfolgsabhängige Boni zeitlich insofern auszuweiten, als Verlustvorträge aus vorigen Geschäftsperioden berücksichtigt werden⁹. Die restriktive Lehrmeinung ist auf einen Entscheid des Bundesgerichts von 1955 zurückzuführen. Dieses führte damals aus, «es hiesse die Natur der Gewinnbeteiligung (...) verkennen und entspräche nicht dem anerkannten Grundsatz, dass Verluste aus vorhergehenden Jahren den Gewinnanspruch des Angestellten nicht verkürzen dürfen, wollte man die nachträgliche Berücksichtigung früher entstandener Betriebskosten zulassen»¹⁰. In concreto ging es um Gratifikationszahlungen für die vorige Geschäftsperiode, welche die Arbeitgeberin der nächstjährigen Rechnung belastete, um den Gewinnanteil ihres entlassenen Arbeitnehmers zu schmälern. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Parteien mangels anderer Vereinbarung als Gewinn den «durch den eigentlichen Betrieb erzielten Geschäftsgewinn» verstanden haben wollten. «Daraus folgt, dass (...) nur solche Betriebskosten vom Gewinn in Abzug gebracht werden dürfen, die während der entsprechenden Rechnungsperiode entstanden sind»¹¹. Das Bundesgericht hat also nicht derart kategorisch entschieden, wie es im ersten Zitat anklingt.

Sofern eine Bonusvereinbarung neben Verlust- auch Gewinnvorträge berücksichtigt, spricht nach der hier vertretenen Auffassung nichts gegen sie, da Vorträge implizit ohnehin im Bilanzgewinn, der nach der Lehre als Berechnungsgrundlage zulässig ist, enthalten sind. Im Gesetz findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass nach jedem Geschäftsjahr tabula rasa erstellt werden muss. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Arbeitgeberin, die auf Grund widriger einmaliger Umstände einen Verlust erleidet, schlechter gestellt werden soll, als eine, die immer knapp an der Verlustgrenze operiert. Es kann nicht die Auffassung des Gesetzgebers gewesen sein, die mit jeder Gewinnbeteiligung verbundene teilweise Risikoverlagerung von der Arbeitgeberin auf den Arbeitnehmer im Grundsatz zuzulassen, eine konsequente Verknüpfung des Gewinnanteilsanspruchs mit dem nachhaltigen Gedeihen des Unternehmens aber zu unterbinden.

3. Mögliche Leitplanken für die Prüfung der Zulässigkeit von den Geschäftsverlust berücksichtigenden Boni

Vom speziellen Fall der Berücksichtigung von Verlustvorträgen abgesehen, ist unbestritten, dass Bonusvereinbarungen den Geschäftsverlust berücksichtigen dürfen. Die Frage nach der Zulässigkeit von Verlustbeteiligung ist mithin keine qualitative, sondern eine quantitative¹²: In welchem Umfang darf ein Geschäftsverlust die Gesamtvergütung eines Arbeitnehmers beschneiden?

Rechtsprechung und Lehre offerieren einen bunten Strauss von möglichen Kriterien für die Eingrenzung von Bonusvereinbarungen¹³: Das Bundesgericht hat unter dem Stichwort der wirtschaftlich und nicht formell verstandenen Akzessorietät der Gratifikation ein Instrument zur Einschränkung von Bonusabreden gefunden. Das Akzessorietätskriterium ist aber bis anhin vorwiegend auf ermessensabhängige Boni angewendet worden¹⁴. Dies gilt auch für die vor allem in der Lehre populäre Einschränkung über die übermässige wirtschaftliche Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB. Ungeeignet zur Domestizierung moderner Bonusformen sind historische Reminiszenzen wie das Truckverbot, das sich aus dem Fabrikgesetz ins moderne Arbeitsrecht gerettet hat. Ohnehin zu wenig griffig sind allgemeine Auffangtatbestände wie die Übervorteilung oder die Sittenwidrigkeit, die höchstens Fälle von krasser Ausnutzung eines Arbeitnehmers erfassen können. Neben diesen hier nur in Stichworten aufgeführten Ansätzen, verdienen zwei weitere Kriterien eine nähere Betrachtung: erstens die von der herrschenden Lehre geforderte Einschränkung von Gewinnbeteiligungsklauseln über die analoge Anwendung des Angemessenheitskriteriums von Art. 349a Abs. 2 OR und zweitens die im Zusammenhang mit variablen Lohnbestandteilen nur selten thematisierte arbeitsrechtliche Risikoverteilung gemäss Art. 324 OR.

4. «Angemessenheit» der Gewinnbeteiligung durch analoge Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR

Boni, die auf das Geschäftsergebnis abstellen und kein Ermessenselement kennen, lassen sich regelmässig unter Art. 322a OR subsumieren. Die herrschende Lehre fordert bei solchen «Anteilen am Geschäftsergebnis» die analoge Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR, der dem überwiegend mit Provisionen entlohnten *Handelsreisenden* «ein ange-

⁹ So z. B. JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, Art. 322a OR N 1 Abs. 2; REHBINDER/PORTMANN, BSK (2003) Art. 322a OR N 6; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 109; STREIFF/VON KAENEL (FN 7), Art. 322a OR N 5.

¹⁰ BGE 81 II 145, 151 f.

¹¹ BGE 81 II 145, 151, Hervorhebung beigegefügt.

¹² Im Ergebnis ähnlich STREIFF/VON KAENEL (FN 7) Art. 322a OR N 8 a.E., nach denen eine Verlustbeteiligung unzulässig ist, wenn mehr als die Hälfte des Lohnes bei Verlust wegfiel.

¹³ Vgl. CRAMER (FN 2), Rz. 172 ff.

¹⁴ BGE 129 III 276; vgl. neustens BGer-Urteil 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006, E. 2.1.

messenes Entgelt für die Tätigkeit» garantiert¹⁵. Das Bundesgericht scheint ebenfalls der analogen Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR zugeneigt¹⁶.

Die vermeintliche Notwendigkeit einer analogen Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR wird in der Lehre nur anhand ihrer Rechtsfolge begründet: Gäbe es keinerlei Einschränkung für reine Gewinnbeteiligungslöhne, hätte dies die stossende Folge, dass auch ein einfacher Angestellter auf Ge- und Verderb dem Unternehmenserfolg ausgeliefert sein könnte. Möglicherweise würde er in einem schwachen Jahr gar keinen Lohn bekommen, obwohl das Unternehmen in seiner Substanz durchaus aufrecht steht. Je geringer der Einfluss des einzelnen Arbeitnehmers auf die Gewinnentwicklung seiner Arbeitgeberin ist, desto unbilliger erscheint diese Rechtsfolge. Zudem steht die volle Gewinnabhängigkeit des Lohnes in einem gewissen Widerspruch zum arbeitsrechtlichen Subordinationsverhältnis und ist vielmehr kennzeichnend für die Entschädigung eines Einfluss nehmenden und für die Geschäftstätigkeit haftenden Gesellschafters.

Fraglich ist allerdings, ob sich die geschilderten unerwünschten Rechtsfolgen über den bequemen Weg der analogen Anwendung der Spezialbestimmung von Art. 349a Abs. 2 OR auf den allgemeineren Fall vermeiden lassen. Ein Analogieschluss darf und muss dann gezogen werden, wenn eine Lücke im Gesetz der Rechtsprechung keine andere gleichwertige Wahl lässt. Das ist nicht leichthin anzunehmen¹⁷. Zur Ortung einer Lücke sind die gängigen Auslegungsmethoden heranzuziehen.

Einsichtig ist, dass Art. 349a Abs. 2 OR *historisch* gesehen auf den Handelsreisenden beschränkt war: Die Bestimmung wurde bei der Arbeitsrechtsrevision von 1971 unverändert aus dem Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden übernommen¹⁸, ohne dass über eine Verallgemeinerung auch nur diskutiert worden wäre. Das historische Auslegungsmoment verdient besonderes Gewicht, da der Gesetzgeber bis in die neuste Zeit immer wieder Gelegenheit hatte, seinen ablehnenden Willen gegenüber Mindestlöhnen zu manifestieren¹⁹. Der *Wortlaut* von Art. 349a Abs. 2 OR beschränkt sich auf die «Tätigkeit des Handelsreisenden», *systematisch* ist die Vorschrift im Zweiten Abschnitt des Zehnten Titels des OR über die besonderen

Einzelarbeitsverträge eingeordnet. Dies alles sind Indizien, die gegen eine ausserplanmässige Lücke des Arbeitsvertragsrechts sprechen.

Dennoch käme ein Analogieschluss in Frage, wenn der zu beurteilende Sachverhalt wertungsmässig demjenigen entspräche, den das Gesetz mit einer ausdrücklichen Regelung erfasst hat, und die *lex specialis* sich mithin als zu eng erwiese. Für eine solche teleologische Lücke spricht Einiges: Tatsächlich ist es nicht schlüssig, warum der Anspruch auf angemessenes Entgelt «nur dem Reisenden, nicht aber dem Arbeitnehmer im Innendienst zustehen soll»²⁰. Die Besserbehandlung des Handelsreisenden gegenüber anderen erfolgs- oder leistungsabhängig Entlohnten vermag nach der Lehre vor dem Gleichheitsgedanken nicht standzuhalten²¹. Diese Beurteilung ist zu relativieren. Der Gesetzgeber wollte eben gerade den Handelsreisenden, der als Arbeitnehmer im Aussendienst weiter weg von «den Entscheidungen» ist, besonders schützen.

Mit der Feststellung des Ungenügens der gesetzgeberischen Arbeit an sich ist ohnehin noch nichts gewonnen. Sie könnte nämlich ebenso für die Nichtanwendbarkeit der speziellen Norm von Art. 349a Abs. 2 OR sprechen wie für ihre Verallgemeinerung. Der Verallgemeinerung zugänglich kann die Vorschrift von Art. 349a Abs. 2 OR nur sein, wenn sie den an sie gerichteten weiteren Anforderungen überhaupt gerecht werden könnte. Dabei sind Zweifel angebracht: So greift Art. 349a Abs. 2 OR bereits bzw. erst dann, wenn der Lohn des Handelsreisenden «vorwiegend in einer Provision» besteht. Übertragen auf ein Lohnmodell, das zu über 50% vom Unternehmensgewinn abhängt, würde das bedeuten, dass bereits der unter 50% liegende Festlohnanteil für sich ein «angemessenes Entgelt» sein müsste²². Als Umkehrbeispiel dient ein einfacher Angestellter, dessen Lohn zu 40% gewinnabhängig ist. Er genösse keinen Schutz durch Art. 349a Abs. 2 OR, obwohl eine Lohnreduktion um 40% bei schlechtem Geschäftsgang ihm womöglich nur noch ein Auskommen unter dem betriebsrechtlichen Existenzminimum lassen würde. Die Grenze von 50% ist eine willkürliche. So kämen Arbeitnehmer mit anteilig hohen Erfolgsvergütungen in den Genuss eines Mindestlohnes, Arbeitnehmer mit hohem Festlohnanteil aber nicht. Die formale 50% Grenze wird dem Einzelfall nicht gerecht²³. Zu erwähnen bleibt, dass die Übernahme des Erfordernisses der Schriftlichkeit, das Art. 349a Abs. 2 OR vorsieht, methodisch problema-

¹⁵ MANFRED REHBINDER, BK (1985) Art. 322a OR N 5; RÉMY WYLER, Droit du travail, Bern 2008, 161; REHBINDER/PORTMANN, BSK (2003) Art. 322a OR N 5; DOMINIQUE PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Bern 2005, Rz. 224; VISCHER (FN 9), 108; zurückhaltend SENTI (FN 6), 675.

¹⁶ BGer-Urteil 4C.6/2003 vom 24. April 2003, E. 2.2, Abs. 2 a.E.; nur implizit in BGer-Urteil vom 11. Oktober 1994, in: JAR 1995, 102 ff., 106; vgl. auch CAP GE vom 25. Mai 2005, in: JAR 2006, 441 ff., 443.

¹⁷ BGE 100 IB 137, 157 ff.

¹⁸ Art. 9 des BG vom 13. Juni 1941, AS 1941, 1049 ff.; vgl. zur Übernahme ins OR BBl 1967 II 241, 411.

¹⁹ Vgl. CONRADIN CRAMER, Der unhistorische Gesetzgeber, AJP 5/2006, 515 ff., 526 f.

²⁰ FRANK VISCHER, (FN 9), 300; in diesem Sinn auch ADRIAN STAEHELIN, ZK (1996) Art. 347 OR N 1.

²¹ Besonders kritisch gegenüber dem Gesetzgeber MANFRED REHBINDER, BK (1992) Art. 349a OR N 8.

²² Zur Definition der Angemessenheit in Lehre und Rechtsprechung siehe hinten Ziff. 5.b).

²³ So auch CHRISTOPH OLIVER SCHMID, Möglichkeiten und Grenzen von leistungs- und erfolgsorientiertem Lohn im privatrechtlichen Arbeitsvertrag, St. Gallen 2000, 304.

tisch wäre, da ein Formzwang gemäss Art. 11 Abs. 1 OR nur durch Gesetz und nicht durch einen richterlichen Analogieschluss begründet werden kann²⁴. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die singuläre Vorschrift von Art. 349a Abs. 2 OR in ihrem Mauerblümchendasein zu belassen.

5. Risikoverteilung im Arbeitsrecht als Grenze

a) Grundsatz

Im Grundsatz unbestritten ist in Rechtsprechung und Lehre, dass die Arbeitgeberin das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen hat²⁵. Dieser Grundsatz ist im Gesetz nirgends ausdrücklich festgeschrieben. Er ergibt sich jedoch aus der Wertung von Art. 324 OR, wonach auch die Arbeitgeberin, die unverschuldet in Annahmeverzug gerät, entgegen den allgemeinen Regeln für diesen Verzug einzustehen hat. Diese aufgrund von Art. 362 Abs. 1 OR zwingende Risikozuweisung entspricht einem Grundsatzentscheid, der nicht auf die Regelung von Verzugs- und Unmöglichkeitfolgen beschränkt bleibt, sondern der Verallgemeinerung zugänglich ist²⁶. Die Risikotragung der Arbeitgeberin für Umstände, die nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen, ergibt sich aus dem für den Arbeitsvertrag begriffswesentlichen *Subordinationsverhältnis*. Mit der Unterordnung verbunden ist ein Verantwortungstransfer vom Arbeitnehmer an die Arbeitgeberin. Die Lohnfortzahlungspflicht ist mit anderen Worten als Ausdruck eines übergeordneten Prinzips der *Beschränkung der Risikoüberwälzung* zu verstehen²⁷.

Die Spezialbestimmungen zur erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütung von Art. 322a, 322b und 326 OR ermöglichen wiederum, einen Teil des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer zurück zu übertragen. Mit dieser Risikorückübertragung verbunden ist – abgesehen von übervorteilenden Fällen – immer auch die Einräumung einer in einem vertretbaren Verhältnis zum Risiko stehenden Gewinnchance²⁸. Allerdings kann die *lex specialis* den für das Arbeitsrecht als Sozialrecht eminent wichtigen Grundentscheid zur Risikoverteilung nicht vollends verdrängen. Diese Einschränkung des Grundsatzes «*lex specialis derogat legi generali*» rechtfertigt sich gerade bei Lohnvergütungen,

da andernfalls die in Art. 324 OR getroffenen Wertungen bezüglich eines essentielle des Arbeitsvertrags keine Geltung hätten. Die grundsätzliche Wertung des Gesetzes steht zu den Spezialbestimmungen zum Lohn in einem Spannungsverhältnis, das nicht ohne wertende Entscheide aufzuschlüsseln ist. Zu untersuchen ist, ob das Treffen dieser – notwendig immer diskutablen – Wertentscheide bezüglich der Problematik angemessener ist als eine pauschale, über das Ziel hinausschiessende und der unterschiedlichen Ausgangslage bei leistungs- oder erfolgsabhängigen Boni nicht gerecht werdende Analogie zur singulären Bestimmung von Art. 349a Abs. 2 OR.

b) Risikoverteilung bei variablen Lohnbestandteilen

Von der erwünschten Rechtsfolge her gesehen, wird sich das zulässige Mass des variablen Lohnanteils in erster Linie nach dessen Beeinflussbarkeit durch den Arbeitnehmer zu richten haben. Je grösser der Einfluss des Arbeitnehmers auf die Höhe des Bonusanteils ist, desto eher liegt diese in seiner Risikosphäre und desto grösser darf diese Höhe relativ zur Gesamtvergütung sein. Bei Boni, die von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängig sind, ist das Problem der mangelnden Beeinflussbarkeit der variablen Vergütung kaum gegeben. Eine Risikoüberwälzung kann nicht unzulässig sein, wenn «einwandfrei feststeht, dass der Misserfolg nicht bloss auf fehlende Qualifikation oder mangelnde Konkurrenzfähigkeit des Produktes, sondern auf schuldhaft ungenügende Arbeitsleistung (...) zurückzuführen ist»²⁹. Bei Leistungslöhnen (Provisionen, Akkordansätzen und Leistungsprämien) können die Voraussetzungen derart sein, dass es völlig in der Hand des Arbeitnehmers liegt, ein Ziel zu erreichen oder nicht.

Anders ist die Ausgangslage bei nicht vom Arbeitnehmer zu beeinflussenden Bonusparametern. Nicht zu beeinflussen ist meist der Geschäftsgewinn, sofern er sich nicht ausnahmsweise auf eine kleine, rechnerisch isolierbare Betriebseinheit bezieht. Will man den Grundsatz der Risikoverteilung mit der hier vertretenen Auffassung über den unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 324 OR hinaus als übergeordnete Wertung des schweizerischen Arbeitsrechts sehen, ist es den Parteien verwehrt, unter dem Titel von Art. 322a OR die gesamte Vergütung des Arbeitnehmers dem Geschäftsrisiko zu unterstellen.

Damit ist noch nicht gesagt, dass der Arbeitnehmer unter allen Umständen Anspruch auf eine «angemessene Vergütung» im Sinn von Art. 349a Abs. 2 OR hat. Das Erfordernis der «Angemessenheit» einer das Betriebsrisiko überwälzenden Bonusklausel ist angesichts des Verzichts auf

²⁴ BRUNO SCHMIDLIN, BK (1986) Art. 11 OR N 174.

²⁵ BRÜHWILER (FN 9), Art. 324 OR N 2; GEISER (FN 6) 382; REHBINDER/PORTMANN, BSK (2003) Art. 324 OR N 3; STREIFF/VON KAENEL (FN 7), Art. 324 OR N 5. – Vgl. CAP GE vom 22. April 1998, in: JAR 1999, 163 ff., 164.

²⁶ In diesem Sinn auch CHRISTOPH OLIVER SCHMID (FN 23), 283; STREIFF/VON KAENEL (FN 7), Art. 322a OR N 2.

²⁷ Mit ähnlicher Argumentation GOTTFRIED G. DELBRÜCK, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1981, 76.

²⁸ Vgl. DOMINIQUE PORTMANN (FN 15), Rz. 213 f.

²⁹ OGer ZH vom 14. April 1986, in: JAR 1987, 301 ff., 302, bestätigt in BGer-Urteil vom 12. November 1986, in: JAR 1987, 307 f.

Mindestlöhne und der freien Vereinbarkeit von ganz geringen Festlöhnen restriktiv auszulegen. Andernfalls liefe man Gefahr, dem bonusberechtigten Arbeitnehmer mit geringem Festlohn mehr Schutz zukommen zu lassen als dem schlecht entlohnten Arbeitnehmer ohne Chance auf einen Erfolgsbonus. Der Schutzgedanke ist bei den der Risikoverteilung zugrunde liegenden Grenzen für erfolgsabhängige Vergütungen jedoch ein anderer als bei absoluten Mindestlöhnen: Ein geringer Festlohn ist unbedingt geschuldet und der Arbeitnehmer geht mit Abschluss des Arbeitsvertrags kein Risiko ein. Demgegenüber ist ein übermässig am Unternehmenserfolg orientierter Gesamtlohn für den Arbeitnehmer nicht voraussehbar und planbar; er geht ein Risiko ein, das gemäss den Wertungen des Arbeitsvertragsrechts nicht unbeschränkt sein darf.

Zur Annäherung an den zulässigen variablen Erfolgslohnanteil ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Marktlohn zu Rate zu ziehen. Sofern die Tätigkeit des Arbeitnehmers marktüblich mit einer starken Gewinnbeteiligungskomponente abgegolten wird, könnte als Referenzlohn ohnehin nicht der durchschnittliche Lohn eines Arbeitnehmers in einem Betrieb mit positiver Gewinnentwicklung genommen werden, sondern nur das marktübliche Verhältnis von Gewinnbeteiligung zu Festlohn. Von diesem Problem der Ermittlung eines branchenüblichen Marktlohnes abgesehen, ist es dem Arbeitnehmer unbenommen, mit der Lohnabrede ein Risiko einzugehen. Einerseits gibt ihm die Gewinnbeteiligung die Chance, in guten Jahren mehr als den üblichen Lohn zu verdienen, andererseits muss er gewärtigen, in mageren Jahren mit weniger als der marktüblichen Vergütung zu leben. Der zwingend unbedingt auszurichtende Lohn liegt demnach unter dem branchenüblichen Marktlohn.

Das zulässige Lohnminimum kann bei vom Arbeitnehmer nicht zu beeinflussenden Erfolgsboni nach der hier vertretenen Auffassung auch unterhalb des im Rahmen von Art. 349a Abs. 2 OR postulierten angemessenen Lohns liegen. Die Suche nach dem im Licht der zwingenden arbeitsrechtlichen Risikoverteilung «angemessenen» Festlohnanteil muss sich nicht an den Angemessenheitsbegriff in der Spezialvorschrift von Art. 349a Abs. 2 OR halten. Angemessen im Sinn von Art. 349a Abs. 2 OR wäre die nur aus Provisionen bestehende Vergütung nach einem Bundesgerichtsentscheid von 2003, «si elle assure au voyageur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales»³⁰. Als Richtlinie sei auch zu berücksichtigen, was in der Branche üblich ist³¹. Damit hat das Bundesgericht die kantonale Rechtsprechung gestützt, wonach das betriebsrechtliche Existenzmini-

um nicht relevant ist³², sondern dem Handelsreisenden ein Lohn zusteht, den er auf dem Arbeitsmarkt in seiner besonderen Situation durchschnittlich verdienen kann³³. In der Praxis dürfte als Orientierungspunkt damit im Wesentlichen der branchenübliche Marktlohn für einen Arbeitnehmer mit ähnlicher Ausbildung und Erfahrung dienen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese weite Definition der «Angemessenheit» eines Festlohnes ausserhalb des direkten Anwendungsbereichs von Art. 349a Abs. 2 OR ein zu weitgehender und vom Gesetz nicht geschützter Eingriff in die Vertragsfreiheit. Eine Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf alle Erfolgslöhne würde zu Mindestlöhnen jenseits des je Geforderten führen. Die bundesgerichtliche Definition der Angemessenheit ist, zusätzlich zu den erwähnten dogmatischen Bedenken, der Hauptgrund, der gegen eine analoge Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR auf alle Arten von erfolgsabhängigen Boni spricht.

Allerdings kann aus dem allgemeinen Risikoverteilungsgedanken bei geringeren Löhnen auch eine Vergütung, die zu weniger als der Hälfte aus einer Erfolgsbeteiligung besteht, und deshalb bei einer analogen Anwendung nicht von Art. 349a Abs. 2 OR geschützt wäre, nicht mehr genügen. Beim einfachen Angestellten kann bereits eine Gewinnbeteiligung, die weniger als 50 % des Gesamtlohnes ausmacht, zu einer aus Sicht des Arbeitnehmerschutzes untragbaren Risikoüberwälzung führen. Das Beispiel zeigt, dass die absolute Höhe der Gesamtvergütung entscheidend ist für den Grad der möglichen Risikoüberwälzung.

IV. Nichtüberwälzung von Verlusten durch die Arbeitgeberin trotz vertraglicher Grundlage

Trotz klar formulierten Berechnungsvorgaben schlägt in der Praxis ein Geschäftsverlust häufig nicht automatisch auf den Bonus des Arbeitnehmers durch. Mitunter fängt die Arbeitgeberin eine Bonuskürzung wegen schlechten Geschäftsgangs durch eine – freiwillige – stärkere Gewichtung anderer Parameter auf oder sie deklariert offen, dass sie auf eine vertraglich mögliche Bonuskürzung bewusst verzichtet. In der Kritik von Aktionären stehen namentlich die Aussagen einzelner Unternehmen, sie würden bei einer vollen vertraglich möglichen Bonuskürzung wertvolle Arbeitnehmer verlieren. Gerade im hart umkämpften Markt um gewisse Kaderarbeitnehmer in der Finanzdienstleistungsbranche, hüten sich Arbeitgeberinnen aus Angst vor einem personellen Ausbluten davor, ihre Arbeitnehmer den Geschäftsverlust zu

³⁰ BGE 129 III 664, 670 unter Berufung auf ADRIAN STAEHELIN, ZK (1996) Art. 349a OR N 4.

³¹ BGE 129 III 664, 670 und BGer-Urteil 4C.81/2001 vom 13. Juli 2001, E. 5a.

³² TAPP TI vom 25. April 1994, in: JAR 1995, 233; OGer ZH vom 14. April 1986, in: JAR 1987, 301 ff., 302; ADRIAN STAEHELIN, ZK (1996) Art. 349a OR N 4.

³³ MANFRED REHBINDER, BK (1992) Art. 349a OR N 6.

deutlich spüren zu lassen. In solchen Konstellationen scheint das strukturelle Machtgefälle zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer, von dem das schweizerische Arbeitsrecht implizit ausgeht, nicht mehr gegeben³⁴.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist es einer Arbeitgeberin selbstverständlich im Rahmen ihres Ermessens unbenommen, einen höheren Bonus als vertraglich geschuldet auszurichten oder auch Leistungsziele grosszügig als erreicht zu deklarieren. Die Arbeitgeberin sollte sich immerhin bewusst sein, dass eine Bonusausrichtung trotz Nichterreichen von Unternehmenszielen die These stützt, dass gewisse Löhne ohne Bonus nicht mehr marktkonform wären und die vertraglichen Ermessens- und Ausrichtungsvorbehalte oft über das eigentlich von der Arbeitgeberin intendierte Mass hinauschiessen³⁵.

Wird ein Bonus über mehrere Bonusperioden hinweg mehrmals ausgerichtet, obwohl die vertraglichen Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, ist es durchaus möglich, dass der Arbeitnehmer nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen darf, der Kürzungsvorbehalt oder generell das Berechnungskriterium gelte nicht mehr. In der Anwendung des Arbeitsrechts, das grundsätzlich auch hoch bezahlte Bonusbezüger schützt, ist die Bereitschaft der Gerichte gross, über ausdrückliche Vertragsabreden zu Gunsten eines weit verstandenen Vertrauensprinzips hinwegzusehen. So hat das Bundesgericht in einem Leitenstreich von 2002 festgehalten, dass eine langjährige Bonusausrichtung trotz ausdrücklichen Freiwilligkeitsvorbehalts ein Verpflichtungsbewusstsein der Arbeitgeberin nur, aber immerhin dann zeige, «wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang»³⁶. Es erscheint nicht abwegig, dass diese Rechtsprechung dereinst auch für die Geltung von Berechnungskriterien bei Erfolgsboni Anwendung findet. Eine Arbeitgeberin, die sicher sein will, dass gilt, was in der schriftlichen Bonusabrede geschrieben steht, tut gut daran, diese an eine geänderte Ausrichtungspraxis anzupassen. Sofern die Arbeitgeberin die Bonusausrichtung trotz Kürzungsmöglichkeit als einmalig ansieht, sollte sie diese Einmaligkeit deutlich kommunizieren, um sich die Kürzungsmöglichkeit in kommenden Geschäftsjahren zu erhalten.

Pratiquement toutes les sortes de bonus existant aujourd'hui connaissent une participation aux pertes du travailleur, en tant que revers pour ainsi dire de la participation aux bénéfices. Toutefois, la licéité de la participation aux pertes prête à discussion, lorsque des pertes commerciales réduisent considérablement l'indemnité globale du travailleur. A la quasi-unanimité, la doctrine exige que la disposition spéciale de l'art. 349a al. 2 CO, qui garantit au voyageur de commerce une rémunération convenable, s'applique à tous les accords prévoyant une participation aux bénéfices. Toutefois, les critères fixés à l'art. 324 CO pour la répartition des risques dans les rapports de travail semblent plus adéquats, afin de consolider le principe d'une restriction de la liberté contractuelle pour les salaires variables. Contrairement à l'art. 349a al. 2 CO, le principe général du risque, qui s'applique à l'intégralité du droit du travail au nom d'une analogie générale, ne constitue pas une limite formelle figée une fois pour toutes. Il convient, d'ailleurs, de ne pas méconnaître le fait que ces deux opinions suppriment finalement, dans le droit du travail suisse, toute exigence d'un salaire minimum pour les salaires en fonction du résultat ou au mérite. Eu égard à la liberté contractuelle largement préservée, dans le droit suisse, pour la fixation d'indemnités échappant à toute appréciation, il convient de faire en tout cas preuve de retenue au moment de corriger les accords entre parties à la lumière de la répartition générale du risque ou – contrairement à l'opinion soutenue ici – en appliquant par analogie l'art. 349a al. 2 CO.

En contraste avec la question de l'étendue de la perte qui peut être répercutée sur les travailleurs, ceux-ci peuvent se réjouir des scrupules qu'ont certaines employeuses à effectuer les réductions de bonus convenues par contrat, même en cas de pertes commerciales. Cette générosité qui se nourrit de la crainte de voir partir de précieux collaborateurs peut, cependant, se retourner contre l'employeuse: selon la jurisprudence récente, les réserves contractuelles en matière d'octroi de bonus ne peuvent garder durablement leur validité que si elles sont mises en oeuvre. Il n'est donc pas à exclure que des critères de calcul, convenus par contrat, restent lettre morte en cas de litige, s'ils n'ont jamais été respectés.

(trad. LT LAWYER, Fribourg)

³⁴ Dazu CRAMER (FN 2), Rz. 332.

³⁵ Vgl. CRAMER (FN 2), Rz. 384 ff.

³⁶ BGE 129 III 276, 281; vgl. auch BGer-Urteil 4C.475/2004 vom 30. Mai 2005.