

# Anspruch der Arbeitnehmenden auf Gratifikation und 13. Monatslohn

In der Schweiz erhalten zirka 90 Prozent aller Arbeitnehmenden eine Jahresendzulage, entweder in der Form einer Gratifikation, eines 13. Monatslohnes, einer besonderen Treueprämie oder als so genanntes Weihnachtsgeld. Immer wieder kommt es im Bereich dieser Sondervergütungen infolge unvollständiger oder unklarer Vereinbarungen oder aus Unkenntnis der Rechtslage zu Meinungsverschiedenheiten.

Die Gratifikation ist eine nicht im Voraus bezifferbare Sondervergütung, die zusätzlich zum Normallohn bei bestimmten Anlässen wie Weihnachten, Abschluss des Geschäftsjahres oder anderen ausgerichtet wird. Sie bildet keinen festen Lohnbestandteil. Anders sieht es bei im Voraus bezifferbaren Sondervergütungen aus, wie beispielsweise dem 13. Monatslohn. Sie stellen einen festen Lohnbestandteil dar und sind weder vom Geschäftsergebnis noch von den Leistungen oder dem sonstigen Verhalten des Arbeitnehmenden abhängig. Wird beispielsweise der 13. Monatslohn unter dem Titel «Gratifikation» oder mit dem Zusatz «als Gratifikation» versprochen, gilt nach herrschender Lehre und der Meinung verschiedener Gerichte diese Zulage dennoch als 13. Monatslohn.

## Mündliche oder stillschweigende Vereinbarung reicht für einen Anspruch

Voraussetzung, dass eine solche Sondervergütung entsteht, gleich ob als echte Gratifikation oder als fester Lohnbestandteil, ist immer eine entsprechende vertragliche Vereinbarung der Parteien – vom Gesetzgeber vorgesehen ist ein solcher Anspruch nicht. Die Vereinbarung kann formlos, das heisst mündlich, aber auch stillschweigend getroffen werden. Als eine stillschweigend getroffene Vereinbarung gilt namentlich die jahrelange (während mindestens zwei Jahren) vorbehaltlose Auszahlung einer Sondervergütung. Durch ein solches Verhalten verliert die Zulage den Charakter der Freiwilligkeit und wird zu einer vertraglich vereinbarten Schuld. Bei gleichbleibendem Geschäftsgang und bei gleicher oder ähnlicher Leistung des Arbeitnehmenden wird der Arbeitgebende zur Ausrichtung im bisherigen Ausmass verpflichtet.



### Der Autor

Prof. Dr. **Edi Class** ist Rechtsanwalt und Konsulent bei der Kanzlei Bratschi, Wiederkehr & Buob Rechtsanwälte.

Eine Gratifikation wird jedoch auch bei mehrjähriger vorbehaltloser Auszahlung nie zum 13. Monatslohn. Ihre Höhe bleibt vom Geschäftsgang, von den Leistungen und dem Verhalten des Arbeitnehmenden abhängig. Der Arbeitgebende hat dann einen Ermessensspielraum, in dessen Rahmen er Leistung, Verhalten und Geschäftsgang für die Höhe der Gratifikation berücksichtigen kann. Die Freiheit ist eingeschränkt durch den im Arbeitsrecht wichtigen Gleichbehandlungsgrundsatz – der sich auf Art. 328 OR stützt –, wonach ein Arbeitnehmender nicht willkürlich schlechter gestellt werden darf als seine Kollegen.

Erhält die Mehrheit der Belegschaft eine freiwillige Gratifikation, so müssen triftige Gründe vorliegen, einzelnen Arbeitnehmenden eine solche zu verweigern. Gemäss Bundesgericht ist allerdings ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann anzunehmen, wenn aus dieser Handlung «eine verletzend Geringschätzung gegenüber der Arbeitnehmerpersönlichkeit zum Ausdruck kommt». Bedeutend strenger ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bezüglich der Gleichbehandlung der Geschlechter. Die Gratifikation fällt ebenfalls unter den Lohnbegriff von Artikel 3 des Gleichstellungsgesetzes. Somit dürfen Frauen und Männer aufgrund ihres Geschlechtes nicht diskriminiert werden.

## Kürzung um ein Drittel ist bei Kündigung gerechtfertigt

Bezüglich der Höhe der Gratifikation ist in erster Linie auf die vertragliche Vereinbarung abzustellen. Fehlt diese, so ist die Usanz, die im Betrieb geübt wird, massgebend. Gibt es keine Usanz, so hat der Arbeitgebende grundsätzlich nach «billigem Ermessen» zu handeln. Er hat also nachvollziehbare, transparente Berechnungsgrundsätze der Gratifikationshöhe zu berücksichtigen. Unsachlich und daher anfechtbar wäre es, einem Mitarbeiter, der sich gegenüber der Firma loyal verhält, nur deshalb die Gratifikation zu kürzen, weil er sich in seinem Privatbereich politisch betätigt, obwohl er damit nicht in Konflikt mit den Firmeninteressen gerät.

Befindet sich ein Arbeitnehmender im Zeitpunkt der Fälligkeit der Gratifikation in gekündigter Stellung, so rechtfertigt es sich beim Fehlen einer anderen Abmachung, diese um zirka ein Drittel zu kürzen, da dieser Teil von der Gerichtspraxis auch als Ansporn für zukünftige Leistungen gedacht ist. Ist jedoch die Kündigung durch den Arbeitgebenden erfolgt, so muss geprüft werden, ob diese nicht gerade bezweckt, den Anspruch auf Gratifikation nichtig zu machen. Ein solches Verhalten könnte den Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung erfüllen.

## Rückzahlungspflicht nach Kündigung ist umstritten

Endet das Arbeitsverhältnis, bevor die entsprechende Lohnzahlung fällig wird, so stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmende den entsprechenden Pro-rata-Anteil an dieser Sondervergütung geltend machen kann. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1. Handelt es sich um eine zum Voraus bestimmbare Zulage, so ist grundsätzlich ein Pro-rata-Anteil geschuldet, ausser es wurde vertraglich etwas anderes vereinbart.
2. Handelt es sich um eine nicht zum Voraus frankenmässig bestimmbare Zulage, so ist kein Pro-rata-Anteil geschuldet, ausser dies sei vertraglich so zugesichert.

Zusammenfassend gilt Folgendes: Ein Pro-rata-Anspruch ist immer dann geschuldet, wenn dies vertraglich so vereinbart wurde. Ohne vertragliche Regelung besteht ein Pro-rata-Anspruch nur bei der frankenmässig zum Voraus bezifferbaren Zulage.

In Lehre und Rechtsprechung ist es umstritten, ob eine Gratifikation unter dem Vorbehalt der Rückzahlungspflicht ausbezahlt werden kann. Beispiel: Der oder die Arbeitnehmende wird verpflichtet, bei einer Kündigung innerhalb von zwei Jahren die bezogenen Gratifikationen zurückzubezahlen. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine solche Vereinbarung gestützt auf Artikel 323b Absatz 3 OR nicht möglich ist (Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebenden sind nichtig).

Edi Class