



## Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen

CHRISTOPH SENTI

695

Die Höhe des an den Arbeitnehmer zu bezahlenden Lohnes kann von einem Monat auf den anderen schwanken. Dies führt zur Frage, wie die Lohnhöhe zu bestimmen ist, wenn der Arbeitnehmer trotz fehlender Arbeitsleistung Anspruch auf denjenigen Lohn hat, welchen er verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte. Dieses Problem stellt sich nicht nur bei Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers wegen Krankheit, Unfall oder anderen Gründen. Ebenso gilt es den hypothetisch verdienten Lohn bei Zahlung des Ferienlohnes, Annahmeverzug des Arbeitgebers, Freistellung des Arbeitnehmers oder bei der Berechnung des hypothetischen Verdienstes infolge einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung zu bestimmen. Die vorliegende Publikation unternimmt den Versuch einer systematischen Betrachtung.

Le montant du salaire devant être versé au travailleur peut varier d'un mois à l'autre. Cela soulève la question de savoir comment le montant du salaire doit être déterminé lorsque, en dépit de l'absence de prestation de travail, le travailleur peut prétendre au même salaire que celui qu'il aurait gagné s'il avait travaillé. Ce problème ne se présente pas seulement lorsque le travailleur est empêché de travailler pour cause de maladie, d'accident ou tout autre motif. Le salaire hypothétique doit aussi être déterminé en cas de paiement du salaire afférent aux vacances, en cas de demeure de l'employeur, en cas de libération du travailleur de son obligation de travailler ou en cas de licenciement immédiat injustifié. La présente publication tente d'analyser la question de manière systématique.

### Inhaltsübersicht

1. Drei Gründe für variable Lohnzahlungen
2. Leistungslohn als variable Entlohnung
  - 2.1. Anteil am Geschäftsergebnis
  - 2.2. Provision
  - 2.3. Akkordlohn
3. Pflicht zur Lohn(fort)zahlung
  - 3.1. Lohnfort- oder Lohnersatzzahlungen trotz fehlender Arbeitsleistung
  - 3.2. Weitere Fälle mit dem Lohn als Bemessungsgrundlage
4. Rechtsgrundlagen
  - 4.1. Allgemeine Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts
  - 4.2. Spezialgesetzliche Regelungen
    - 4.2.1. Sonderbestimmungen zum Akkordlohn
    - 4.2.2. Vorschriften betreffend Lohnzulagen oder -zuschläge
    - 4.2.3. Handelsreisendenvertrag
    - 4.2.4. Heimarbeitsvertrag
    - 4.2.5. Gesamtarbeitsverträge
    - 4.2.6. Sozialversicherungsrecht
5. Allgemeine Grundsätze und Überlegungen
  - 5.1. Grundprinzip des Anspruches auf den hypothetischen Verdienst
  - 5.2. Lohnausfall- und Referenzperiodenprinzip
  - 5.3. Konkretes Vorgehen bei der Pauschalmethode
    - 5.3.1. Dauer der Referenzperiode
    - 5.3.2. Für die Referenzperiode relevante Lohnbestandteile
    - 5.3.3. Periode des zu berechnenden Lohnausfalles
  - 5.4. Referenzperiodenprinzip als im Einzelfall untaugliche Ersatzlösung
  - 5.5. Doppelzahlungen und Überentschädigung
  - 5.6. Rechtlicher Charakter der Ersatzzahlungen
6. Einzelfragen
  - 6.1. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit: Krankentaggeldversicherung
    - 6.1.1. Vertragliche Vereinbarungen und deren Gleichwertigkeit
    - 6.1.2. Leistungslohn als versicherter Verdienst
    - 6.1.3. Analoge Anwendbarkeit von Art. 349c Abs. 2 OR

- 6.1.4. Doppelzahlungen und Überentschädigung
- 6.1.5. Arbeitsunfähigkeit infolge Unfall: Unfallversicherung
- 6.1.6. Kurzabsenzen und Feiertage
- 6.1.7. Ferienzuschlag auf Provisionen zur Abgeltung des Ferienlohnes?
- 6.1.8. Anrechenbare Provisionen: Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches
7. Variable Entlohnung als Folge variabler Arbeitszeiten oder zulagen- bzw. zuschlagspflichtiger Arbeitsleistungen
  - 7.1. Schwankende Arbeitszeiten oder zulagenpflichtige Arbeitsleistungen
  - 7.2. Einzelfragen
    - 7.2.1. Anrechenbare Arbeitszeit bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit
    - 7.2.2. Anspruch auf durchschnittliche Arbeitszeit während der Kündigungsfrist
    - 7.2.3. Anrechnung von Lohnzulagen oder -zuschlägen
8. Schlussbemerkungen

### 1. Drei Gründe für variable Lohnzahlungen

Es gibt drei Gründe, weshalb Lohnzahlungen an den Arbeitnehmer von einem Monat auf den anderen schwanken: Erstens können die Vertragsparteien eine Lohnzahlung vereinbart haben, deren Höhe von der Leistung des Arbeitnehmers<sup>1</sup> oder dem Geschäftsergebnis abhängt<sup>2</sup>. In

CHRISTOPH SENTI, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter HSG, Altstätten.

<sup>1</sup> Echter Leistungslohn, vgl. hinten, Ziff.2.2 und 2.3.

<sup>2</sup> Unechter Leistungslohn, vgl. unten Ziff. 2.1 und 2.3.

diesem Fall ergibt sich die Lohnhöhe nicht aus der geleisteten Arbeitszeit, sondern in Abhängigkeit des Erfolges. Zweitens kann die Lohnhöhe deshalb schwanken, weil ein fester Stundenlohn vereinbart wurde, jedoch nur die geleistete Arbeitszeit abgerechnet wird und das geleistete Arbeitsvolumen schwankt<sup>3</sup>. Drittens können Zulagen oder Zuschläge zu einem schwankenden Monatslohn führen. Zu denken sind etwa an Schicht-, Nacht-, Sonntags- oder Überzeitarbeit. In allen Fällen stellt sich das Problem, dass die Höhe des zu zahlenden Lohnes irgendwie bestimmt werden muss, wenn die Arbeitgeberin eine Lohn(fort-)zahlungspflicht trifft, obwohl der Arbeitnehmer keine Arbeit geleistet hat.

Vorliegende Publikation befasst sich schwergewichtig mit der Thematik variabler Lohnzahlungen infolge von Leistungslöhnen. Auf die anderen beiden Fallgruppen wird am Schluss kurz eingegangen<sup>4</sup>.

## 2. Leistungslohn als variable Entlohnung

Die Vertragsfreiheit eröffnet den Parteien die Möglichkeit, im Rahmen der zwingenden Vorschriften eine Vergütung zu vereinbaren, deren Charakteristika und Modalitäten sich nicht mit einer einzigen, im Gesetz vorgesehenen Lohnart decken<sup>5</sup>. Dabei werden oft Fantasiebezeichnungen gewählt, um deren Eigenart hervorzuheben<sup>6</sup>. Steht fest, dass es sich bei einer solchen Eigenkreation um Lohn im Sinne des Gesetzes handelt, sind die gesetzlich zwingenden Rechtsfolgen unabhängig von allfällig abweichenden Vereinbarungen zu respektieren<sup>7</sup>. Aus diesem Grund sind in einem ersten Schritt die im Gesetz vorgesehenen Arten von Leistungslöhnen näher zu betrachten.

Bei variablen Löhnen kann zwischen echtem und unechtem Leistungslohn unterschieden werden<sup>8</sup>. Beim echten Leistungslohn hängt die Höhe der Vergütung direkt von der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers ab<sup>9</sup>. Beim unechten Leistungslohn spielt zwar die Leistung

des betreffenden Arbeitnehmers ebenfalls eine Rolle, die Höhe der Vergütung wird jedoch durch weitere Faktoren bestimmt, welche der Arbeitnehmer nur beschränkt oder überhaupt nicht beeinflussen kann<sup>10</sup>.

### 2.1. Anteil am Geschäftsergebnis

Der Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR ist eine Lohnart, deren Höhe vom Gewinn, Umsatz oder sonst einer Finanzkennzahl abhängt. Dabei können die Vertragsparteien nicht nur die für sie relevante Kennzahl bestimmen, sondern auch die Art und Weise der Berechnung frei vereinbaren<sup>11</sup>. Art. 322a Abs. 1 OR ist dispositives Recht<sup>12</sup>.

Die Höhe des relevanten Umsatzes oder Gewinnes einer Unternehmung oder eines Profitcenters hängt nicht ausschliesslich von der individuellen Leistung des betreffenden Arbeitnehmers ab. Insbesondere bei der Gewinnbeteiligung spielen diverse andere Faktoren eine mitentscheidende Rolle. Denkbar ist z.B., dass eine Unternehmung auch dann einen Gewinn erwirtschaftet, wenn der Geschäftsführer (Arbeitnehmer) eine gewisse Zeit lang keine Arbeit leistet. Entsprechend handelt es sich bei dieser Lohnart um einen unechten Leistungslohn, weil die für die Höhe des Lohnes bestimmende Grösse nicht direkt und unmittelbar von der Arbeitsleistung des Mitarbeiters abhängt<sup>13</sup>.

Bemessungsgrundlage für den Anteil am Geschäftsergebnis kann eine beliebige Kennzahl sein. «Beliebig» nicht nur in Bezug auf die Art der Kennzahl selbst<sup>14</sup>, sondern auch in Bezug auf die relevante organisatorische Einheit, in welcher diese Kennzahl gemessen wird<sup>15</sup>. Ohne besondere Abrede gilt das Geschäftsjahr als Bemessungsbasis, es können jedoch auch kürzere Bemessungs- bzw. Abrechnungsperioden definiert werden<sup>16</sup>.

Vom Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches zu unterscheiden ist die Frage der Fälligkeit des Anteils am

<sup>3</sup> Unregelmässige Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf, Pikettdienste etc. Vgl. hinten, Ziff. 7.

<sup>4</sup> BGer 4A\_380/2011, E. 5.1.4 (Carried Interest Pool).

<sup>6</sup> Bonus, Superprovision, Long Term Incentive, Special Award etc.

<sup>7</sup> Art. 19 OR.

<sup>8</sup> Vgl. dazu: CHRISTOF SENTI, AJP/PJA 6/2002, Ziff. 3.2, S. 671; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR; 7. A., Zürich, 2012, Art. 322 N 2; ROGER PETER MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011, N 354.

<sup>9</sup> Lohn bei Einzelakkord, individuelle Umsatzprovision: SENTI (FN 8), 671; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322 N 2.

<sup>10</sup> Anteil am Geschäftsergebnis, Lohn bei Gruppenakkord: SENTI (FN 8), Ziff. 3.2, 671; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322 N 2.

<sup>11</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322a N 2.

<sup>12</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322a N 14.

<sup>13</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322 N 2.

<sup>14</sup> Bspw. Umsatz, Gewinn, Deckungsbeitrag, Lagerumschlag, Delkreder, Cash-Flow etc. (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 8], Art. 322a N 2); vgl. auch MORF (FN 8), N 485 ff.

<sup>15</sup> Bspw. die eigene Unternehmung, eine Tochter- oder Schwestergesellschaft, die konsolidierte Bilanz eines Konzerns oder auch nur eines Profitcenters, einer Abteilung oder gar eines einzelnen Projektes oder geografisch abgegrenzten Marktes (vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 8], Art. 322a N 9).

<sup>16</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322a N 12; MORF (FN 8), N 465 ff., 475 ff.

Geschäftsergebnis. Diesbezüglich ist auf Art. 323 Abs. 3 OR zu verweisen, wonach die Zahlung zu erfolgen hat, sobald das Geschäftsergebnis festgestellt wurde, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres. Letztere Frist deckt sich mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts, wonach die ordentliche Generalversammlung zur Genehmigung der Jahresrechnung ebenfalls innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres durchzuführen ist<sup>17</sup>. Diese Regelung gilt nicht nur während des laufenden Arbeitsverhältnisses, sondern auch bei dessen Beendigung<sup>18</sup>.

Vereinbaren die Vertragsparteien eine Vergütung nach Art. 322a OR, stehen dem Arbeitnehmer Informations- und Einsichtsrechte zu. Der Arbeitgeber hat seinem Angestellten oder einem gemeinsam bestimmten Fachexperten Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren und die nötigen Informationen zu liefern, soweit dies für die Überprüfung der Ansprüche des Arbeitnehmers notwendig ist<sup>19</sup>. Wurde eine Gewinnbeteiligung vereinbart, hat der Arbeitnehmer zudem Anspruch auf eine Kopie der Erfolgsrechnung<sup>20</sup>.

Die Auszahlung des Anteils am Geschäftsergebnis hat in gesetzlicher Währung zu erfolgen, sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben<sup>21</sup>. Ein Anteil am Geschäftsergebnis kann also sowohl in Schweizer Franken, als auch – sofern vereinbart – in einer ausländischen Währung, in WIR oder in Form eines Naturallohnes (Mitarbeiteraktien) ausgerichtet werden<sup>22</sup>.

## 2.2. Provision

Bei der Provision vereinbaren die Vertragsparteien eine Vergütung bei Abschluss eines bestimmten Geschäfts<sup>23</sup>. Die Höhe der Vergütung wird in der Regel als fester Betrag (pro Vertragsabschluss) oder als Prozentsatz in Abhängigkeit des, aus dem konkreten Geschäft heraus erzielten Umsatzes definiert. Demgegenüber bildet die Bemessungsgrundlage beim Anteil am Geschäftsergebnis nicht der Umsatz eines einzelnen Vertragsabschlusses, sondern die Bilanzkennzahl als Summe aller Geschäfte einer Berechnungsperiode<sup>24</sup>.

Im Unterschied zum Anteil am Geschäftsergebnis hängt die Höhe der von einem Arbeitnehmer erzielten Provision ausschliesslich von seinem eigenen Verkaufserfolg ab<sup>25</sup>. Ihm wird der durch ihn erzielte (Verkaufs-)Erfolg direkt in Form einer Prämie gutgeschrieben, weshalb die Provision nach Art. 322b ff. OR als echter Leistungslohn zu qualifizieren ist.

Bemessungsgrundlage ist eine beliebig definierbare Grösse, welche sich aber stets aus einem abgeschlossenen Geschäft ergeben muss<sup>26</sup>. Art. 322b Abs. 1 OR, welcher die Provision definiert, ist zwar halbzwingendes Recht<sup>27</sup>, da die Gesetzesbestimmung jedoch die Bemessungsgrundlage selbst nicht definiert, kann diese durch die Vertragsparteien frei vereinbart werden. Wie beim Anteil am Geschäftsergebnis<sup>28</sup> muss sich die Provisionsabrede nicht auf die eigene Arbeitgeberin oder die eigene organisatorische Einheit beziehen. Verkauft ein Arbeitnehmer nicht nur die Produkte seiner eigenen Arbeitgeberin, sondern der gesamten Firmengruppe, kann auch eine Provision für den Verkauf von Produkten anderer Gesellschaften vereinbart werden. In allen Fällen hängt der Provisionsanspruch des Arbeitnehmers aber davon ab, dass er den Geschäftsabschluss realisiert hat<sup>29</sup> oder ihm dieser aufgrund bestimmter Kriterien zugerechnet wird<sup>30</sup>.

In zeitlicher Hinsicht ist bezüglich Bemessungsgrundlage zu beachten, dass das Arbeitsvertragsrecht eine Provisionierung im Grundsatz nur auf den laufenden Geschäften zulässt, da der Provisionsanspruch mit Vertragsabschluss entsteht und per Ende eines jeden Monats abzurechnen ist<sup>31</sup>. Insofern beschränken sich die vertraglich zulässigen Modelle meines Erachtens auf das System einer Gegenwartsbemessung.

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf die Provision entsteht mit dem rechtsgültigen Vertragsabschluss mit dem Dritten<sup>32</sup>. Verweigert der Arbeitgeber treuwidrig den Vertragsabschluss, ist die Provision trotzdem geschuldet<sup>33</sup>. Bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung und bei

<sup>17</sup> Art. 699 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 339 Abs. 3 OR.

<sup>19</sup> Art. 322a Abs. 2 OR.

<sup>20</sup> Art. 322a Abs. 3 OR.

<sup>21</sup> Art. 323b Abs. 1 OR.

<sup>22</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 323b N 2. Unzulässig ist aufgrund des Truckverbotes hingegen die Regelung, dass der Arbeitnehmer mit dem in Schweizer Franken ausbezahlten Lohn Aktien kaufen oder diesen in WIR oder sonst wie tauschen muss.

<sup>23</sup> Art. 322b Abs. 1 OR.

<sup>24</sup> Vgl. dazu eingehend: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322a N 13.

<sup>25</sup> MORF (FN 8), N 524.

<sup>26</sup> Der sich aus einem einzelnen Geschäftsabschluss ergebende Umsatz, Deckungsbeitrag, Gewinn, Cashflow etc.

<sup>27</sup> Art. 362 OR.

<sup>28</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.1.

<sup>29</sup> Art. 322b Abs. 1 OR.

<sup>30</sup> Bspw. Bei Provisionen auf sämtlichen Geschäftsabschlüssen in seinem Verkaufsgebiet.

<sup>31</sup> Art. 322b Abs. 1 OR i. V. m. Art. 323 Abs. 2 OR.

<sup>32</sup> Art. 322b Abs. 1 OR, wobei damit der Vertragsabschluss des Verpflichtungsgeschäfts gemeint ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 8], Art. 322b N 2).

<sup>33</sup> Art. 156 OR; HANS-PETER EGLI, in: Jolanta Kostkiewicz Kren et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich 2002, Art. 322b N 2 OR.

Versicherungsverträgen können die Vertragsparteien schriftlich vereinbaren, dass der Provisionsanspruch auf jeder einzelnen Rate mit Ihrer Fälligkeit oder ihrer Leistung entsteht<sup>34</sup>. Bleibt die spätere Vertragserfüllung aus, fällt der Provisionsanspruch nachträglich dahin, sofern dies nicht auf das Verschulden des Arbeitgebers zurückzuführen ist<sup>35</sup>.

Auch bei der Provision sind Bemessungsgrundlage und Fälligkeit auseinander zu halten. Die Fälligkeit der Provision während des laufenden Arbeitsverhältnisses richtet sich nach Art. 323 Abs. 2 OR: Sofern nicht eine kürzere Frist vereinbart wurde, ist die Provision am Ende jedes Monats auszurichten. Erfordert die Durchführung von Geschäften mehr als ein halbes Jahr, so kann die Fälligkeit für daraus entstehende Provisionen in Form einer schriftlichen Vereinbarung hinausgeschoben werden. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle daraus resultierenden Forderungen fällig<sup>36</sup>. In Abweichung von diesem Grundsatz kann die Fälligkeit für Provisionen durch schriftliche Abrede je nach Art des provisionsberechtigten Geschäfts von sechs Monaten bis zwei Jahre über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus aufgeschoben werden<sup>37</sup>.

Ein Provisionsanspruch kann im Übrigen auch erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen<sup>38</sup>. Leistete der Arbeitnehmer (während des Arbeitsverhältnisses) einen kausalen Beitrag zum Geschäftserfolg, kam der Vertrag aber erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustande, wird Provisionsanspruch, vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen, gleich bei dessen Entstehung zur Zahlung fällig.

Wie beim Anteil am Geschäftsergebnis<sup>39</sup>, profitiert auch bei der Provisionierung der Arbeitnehmer von Auskunfts- und Einsichtsrechten zur Überprüfung seiner Ansprüche<sup>40</sup>. Darüber hinaus hat der Arbeitnehmer für jeden Fälligkeitstermin Anspruch auf eine schriftliche Abrechnung unter Angabe der provisionspflichtigen Geschäfte, soweit er selber nicht zur Aufstellung der Provisionsabrechnung verpflichtet ist<sup>41</sup>.

Zur Auszahlung von Provisionen in Form von Geld oder Naturallohn kann auf die bereits gemachten Ausführungen zum Anteil am Geschäftsergebnis verwiesen werden<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Art. 322b Abs. 2 OR.

<sup>35</sup> Art. 322b Abs. 3 OR e contrario.

<sup>36</sup> Art. 339 Abs. 1 OR.

<sup>37</sup> Art. 339 Abs. 2 OR.

<sup>38</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322b N 2.

<sup>39</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.1.

<sup>40</sup> Art. 322c Abs. 2 OR.

<sup>41</sup> Art. 322c Abs. 1 OR.

<sup>42</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.1

### 2.3. Akkordlohn

Die dritte, im Gesetz geregelte Form von Leistungslohn ist der Akkordlohn<sup>43</sup>. Bei dieser Form von Leistungslohn hängt die Höhe der Lohnzahlung direkt von dem, durch den Arbeitnehmer erarbeiteten, Ergebnis (Output) ab. In der Praxis verbreitet ist der Zeitakkord (Stückzeitakkord) sowie der Geld- oder Stückakkord<sup>44</sup>.

Bemessungsgrundlage des Akkordlohnes ist der während einer bestimmten Zeiteinheit erarbeitete Output eines einzelnen Arbeitnehmers (Einzelakkord) oder einer Gruppe (Gruppenakkord).

Beim Einzelakkord resultiert eine Lohnzahlung in direkter Abhängigkeit vom Output des Arbeitnehmers, insofern ist diese Art der Entlohnung als echter Leistungslohn zu qualifizieren<sup>45</sup>. Nicht ausschliesslich von der individuellen Arbeitsleistung abhängig ist die Lohnhöhe beim Gruppenakkord, weshalb jene Entschädigungsform als unechter Leistungslohn zu bezeichnen ist<sup>46</sup>.

Die Zahlung des Akkordlohnes ist, wie der Zeitlohn, per Ende eines jeden Monats zur Zahlung fällig<sup>47</sup>.

Die Bestimmungen des Obligationenrechts zum Akkordlohn finden sich im Wesentlichen an zwei Orten: Art. 326 OR regelt diverse Fragen betreffend die Pflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung von genügend Arbeit<sup>48</sup>, die Pflicht zur Zuweisung von Zeitlohn bei mangelndem Arbeitspensum<sup>49</sup> und zur Zahlung des Lohnes bei Annahmeverzug des Arbeitgebers<sup>50</sup>. Thematisch ist diese Regelung eine konkretisierende Spezialvorschrift zu Art. 324 OR, welche dem Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko auferlegt<sup>51</sup>.

Die nachfolgende Gesetzesbestimmung (Art. 326a OR) will sicherstellen, dass der Arbeitnehmer, wenn er Akkordarbeit leistet, von Beginn weg den für ihn relevanten Akkordlohnsatz kennt<sup>52</sup>. Unterlässt der Arbeitgeber diese Information, hat er den Lohn zu bezahlen, welcher im Betrieb des Arbeitgebers (subsidiär: in derselben Branche) für gleichartige oder ähnliche Arbeiten bezahlt wird<sup>53</sup>.

<sup>43</sup> Art. 326 f. OR.

<sup>44</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 326a N 2; vgl. auch: <http://de.wikipedia.org/wiki/Akkordlohn>.

<sup>45</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322 N 2.

<sup>46</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 322 N 2.

<sup>47</sup> Art. 323 Abs. 1 OR.

<sup>48</sup> Art. 326 Abs. 1 und 2 OR.

<sup>49</sup> Art. 326 Abs. 3 OR.

<sup>50</sup> Art. 326 Abs. 4 OR.

<sup>51</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324 N 5.

<sup>52</sup> Eine ähnliche Bestimmung findet sich übrigens im Heimarbeitungsvertragsrecht (Art. 351a OR).

<sup>53</sup> Art. 326 Abs. 2 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 326 N 2.

### 3. Pflicht zur Lohn(fort)zahlung

#### 3.1. Lohnfort- oder Lohnersatzzahlungen trotz fehlender Arbeitsleistung

Im Arbeitsrecht sind verschiedene Konstellationen anzutreffen, welche den Arbeitgeber trotz fehlender Arbeitsleistung zur Lohnzahlung verpflichten. Diesbezüglich zu nennen sind:

1. *Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit oder -verhinderung*  
Ist die oder der Angestellte, aus Gründen, die in seiner Person liegen ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert (Krankheit, Unfall etc.), so trifft den Arbeitgeber in der Regel eine Lohnfortzahlungspflicht<sup>54</sup>.
2. *Lohnzahlung bei ferienbedingter Abwesenheit*  
Während der Ferien hat der Angestellte Anspruch auf den gesamten, auf jene Zeit entfallenden Lohn, inklusive einer angemessenen Entschädigung für ausfallenden Naturallohn<sup>55</sup>.
3. *Lohnzahlung während (kündigungsbedingter) Freistellung*  
Nicht selten wird ein gekündigter Angestellter bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses freigestellt. Während dieser Zeit besteht für den Gekündigten weiterhin ein Lohnanspruch im vollen Umfang<sup>56</sup>.
4. *Lohnfortzahlung bei Kurzabsenzen und Feiertagen*  
Der oder dem Angestellten sind die üblichen freien Stunden und Tage, und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren<sup>57</sup>. Zwar besteht bei solchen Kurzabsenzen und den gesetzlichen Feiertagen (mit Ausnahme des 1. August<sup>58</sup>) nicht zwingend eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers<sup>59</sup>. Wurde eine solche jedoch vereinbart oder ist diese üblich, ist der auf diese Freizeit entfallende Lohn zu schätzen.
5. *Annahmeverzug des Arbeitgebers*  
Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen in Annahmeverzug, so bleibt die Pflicht zur Lohnzahlung bestehen ohne Anspruch auf Nachforderung der Arbeitsleistung<sup>60</sup>.

#### 3.2. Weitere Fälle mit dem Lohn als Bemessungsgrundlage

Abgesehen von den vorne erwähnten Fällen einer Lohn(fort)zahlungspflicht ohne Arbeitsleistung finden sich im Gesetz diverse weitere Fälle, bei welchen eine Zahlung in Abhängigkeit der Lohnhöhe zu leisten ist, obwohl der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringt. Es sind dies:

1. *Ungerechtfertigte fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber*  
Kündigt der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag fristlos ohne triftigen Grund, so hat der Angestellte Anspruch auf Schadenersatz. Abgesehen von der Pönale ist zu entschädigen, was der Angestellte verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre<sup>61</sup>.
2. *Strafzahlungen bei ungerechtfertigter fristloser oder missbräuchlicher Kündigung*  
Im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen<sup>62</sup> oder missbräuchlichen<sup>63</sup> Kündigung hat die kündigende Partei der anderen eine Entschädigung von bis maximal sechs Monatslöhnen zu bezahlen. Im Falle von schwankenden Monatslöhnen ist auf einen Durchschnittswert abzustellen<sup>64</sup>.
3. *Lohnfortzahlung im Todesfall*  
Das Einzelarbeitsvertragsrecht sieht vor, dass bei Tod der oder des Angestellten unterstützungsbedürftigen Hinterbliebenen der Lohn für einen weiteren Monat, und nach fünfjähriger Dienstdauer der Lohn für zwei Monate zu bezahlen ist<sup>65</sup>. Da offensichtlich keine Arbeitsleistung mehr erfolgen wird, ist der auszuzahlende Monatslohn zu schätzen. «Was Lohnbestandteil ist, bestimmt sich nach den gleichen Regeln wie bei der Lohnfortzahlungspflicht (...)»<sup>66</sup>.
4. *Abgangsentschädigung*  
Bei Beendigung eines Arbeitsvertrages nach zwanzig oder mehr Dienstjahren, ist eine Abgangsentschädigung zu bezahlen, sofern die oder der Angestellte 50 Jahre oder älter ist<sup>67</sup>. Die Höhe dieser Abgangsentschädigung kann vertraglich vereinbart werden, beträgt aber mindestens zwei Monatslöhne. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist sehr klein, da der

<sup>54</sup> Art. 324a OR.

<sup>55</sup> Art. 329d OR.

<sup>56</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324 N 13.

<sup>57</sup> Art. 329 Abs. 3 OR.

<sup>58</sup> Art. 110 Abs. 3 BV.

<sup>59</sup> Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329 N 12.

<sup>60</sup> Art. 324 OR.

<sup>61</sup> Art. 337c OR.

<sup>62</sup> Art. 337c Abs. 3 OR.

<sup>63</sup> Art. 336a Abs. 2 OR.

<sup>64</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 336a N 3.

<sup>65</sup> Art. 338 Abs. 2 OR.

<sup>66</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 338 N 5.

<sup>67</sup> Art. 339b OR.

Arbeitgeber seine (Arbeitgeber-)Beiträge an die Pensionskasse an die Abgangschädigung anrechnen darf<sup>68</sup>.

## 4. Rechtsgrundlagen

### 4.1. Allgemeine Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts

Die Gesetzesbestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts sind allgemein bekannt. Zu erwähnen sind Art. 324a f. OR (Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung), Art. 329d OR (Ferienlohn), Art. 324 OR (Freistellung oder Annahmeverzug des Arbeitgebers) oder Art. 329 OR (Kurzabsenzen).

## 4.2. Spezialgesetzliche Regelungen

### 4.2.1. Sonderbestimmungen zum Akkordlohn

Wie bereits erwähnt<sup>69</sup>, finden sich beim Akkordlohn in Art. 326 OR Sonderbestimmungen im Sinne einer *lex specialis* zu Art. 324 OR. Art. 326 Abs. 2 und 3 OR sehen vor, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, in gewissen Fällen auf Zeitlohnarbeit umzustellen<sup>70</sup>. In diesem Fall ist der vereinbarte Zeitlohn, oder, mangels Vereinbarung, ein Zeitlohn in der Höhe des vorher durchschnittlich verdienten Akkordlohnes zu bezahlen<sup>71</sup>. Art. 326 Abs. 4 OR sieht vor, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer auch dann bezahlen muss, wenn er ihm nicht genügend Akkord- oder Zeitlohnarbeit zuweisen kann. In solchen Fällen hat der Arbeitgeber denjenigen Lohn zu entrichten, welchen er bei Zuweisung von Zeitlohnarbeit zu bezahlen hätte<sup>72</sup>. Es wird also auf die Pflicht zur Zahlung des durchschnittlichen Lohnes nach Art. 326 Abs. 3 OR verwiesen<sup>73</sup>. Diese Regelung ist insofern erwähnenswert, als nicht – wie bei Art. 324 OR<sup>74</sup> – derjenige Lohn zu bezahlen ist, welchen der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte<sup>75</sup>. Vielmehr stellt *das Gesetz selbst* auf eine Durchschnittsbemessung ab, sofern kein Zeitlohn vereinbart wurde.

<sup>68</sup> Art. 339d OR.

<sup>69</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.3.

<sup>70</sup> Art. 326 Abs. 2 OR.

<sup>71</sup> Art. 326 Abs. 3 OR.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 326 Abs. 4 OR letzter Halbsatz.

<sup>73</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 326 N 6.

<sup>74</sup> Vgl. hinten, Ziff. 5.1.

<sup>75</sup> Was bei Akkordlohnarbeit unter Umständen deutlich über einem vereinbarten oder durchschnittlichen Lohn liegen kann.

### 4.2.2. Vorschriften betreffend Lohnzulagen oder -zuschläge

Es gibt eine Vielzahl unterschiedlicher Lohnzulagen und -zuschläge<sup>76</sup>, und entsprechend vielfältig sind denn auch die Rechtsquellen. Sozialzulagen sind in öffentlich-rechtlichen Gesetzen zu finden<sup>77</sup>. Die Pflicht zur Zahlung eines Zuschlages für Überstundenarbeit ergibt sich aus Art. 321c OR. Weitere Zulagen oder Zuschläge sind im Arbeitsgesetz geregelt<sup>78</sup>. Schliesslich bleiben die Inkonvenienzzulagen zu erwähnen, welche eine zusätzliche Vergütung für erlittene Arbeiterschwernisse darstellen. Solche Pflichten finden sich häufig in (allgemeinverbindlichen) Gesamtarbeitsverträgen<sup>79</sup>.

### 4.2.3. Handelsreisendenvertrag

Bei den besonderen Arten von Arbeitsverträgen findet sich in Art. 349c OR eine besondere Regelung bezüglich Lohnfortzahlungspflicht. Auch der Handelsreisende hat, als Arbeitnehmer, Anspruch auf Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung<sup>80</sup>. Während sich die Voraussetzungen und die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht nach den allgemeinen Voraussetzungen des Einzelarbeitsvertrages richten, kommt in Bezug auf die Berechnung am Provisionsanteil Art. 349c OR als *lex specialis* zum Tragen<sup>81</sup>.

Die Berechnung der «angemessenen» Entschädigung kann sich relativ schwierig gestalten. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH und STAEHELIN stellen fest, dass bei der Berechnung üblicherweise auf eine durchschnittliche Provision abzustellen ist, welche sich aus den zwölf der Arbeitsverhinderung vorangehenden Monaten ergibt<sup>82</sup>. Dieser Durchschnitt ist aufgrund der konkreten Verhältnisse

<sup>76</sup> Vgl. zur Gliederung: CHRISTOPH SENTI, Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn; in: AJP/PJA 3/2006, 289 ff., 293.

<sup>77</sup> Kinder-, Ausbildungs-, Geburtszulagen nach Art. 3 FamZG (Bundesgesetz über die Familienzulagen, vom 24. März 2006 (SR 836.2)).

<sup>78</sup> Vgl. Zuschläge für Nacht-, Schicht- oder Überzeitarbeit (Art. 13, 17b oder 19 ArG) und auch die Art der Berechnung ist – rudimentär – gesetzlich geregelt (Art. 33 ArGV 1).

<sup>79</sup> Vgl. bspw. Art. 57 oder 58 des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe.

<sup>80</sup> Art. 324 ff. i.V.m. Art. 355 OR; Art. 349c OR.

<sup>81</sup> BK-MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, Bern ab 1983, Art. 349c N 1; ZK-ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich 2006, Art. 349c N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 349c N 2.

<sup>82</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 349c N 2; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 349c N 2.

im Einzelfall nach oben oder unten zu korrigieren, z.B. aufgrund von saisonalen Schwankungen<sup>83</sup>.

Im Unterschied zur allgemeinen Vorschrift, wonach «der darauf entfallende Lohn»<sup>84</sup> zu bezahlen ist, sieht Art. 349c OR eine «angemessene Entschädigung»<sup>85</sup> für die ausgefallene Provision vor. «Angemessen» bedeutet meines Erachtens nicht, dass die Lohnfortzahlung möglichst demjenigen Niveau entsprechen muss, welches bei effektiver Tätigkeit verdient worden wäre (Lohnausfallprinzip). Vielmehr muss die Lohnfortzahlung angemessen (aber eben nicht gleich hoch) sein im Verhältnis zu dem, was bei effektiver Tätigkeit verdient worden wäre<sup>86</sup>.

Für die Praxis wohl wichtiger wird die Möglichkeit sein, die Lohnfortzahlung für Provisionen auszuschliessen, sofern diese 20 % des Lohnes nicht übersteigen<sup>87</sup>. Mit «Lohn» im Sinne des Gesetzestextes ist der gesamte Lohn und nicht nur das Fixgehalt gemeint<sup>88</sup>. Wenn die Wegbedingung der Lohnfortzahlung für Provisionen zulässig ist, muss es auch möglich sein, diese Provisionen in Form einer Pauschale oder gestützt auf eine vorformulierte Durchschnittsrechnung auszuzahlen.

#### 4.2.4. Heimarbeitsvertrag

Beim Heimarbeitsvertrag gilt eine Lohnfortzahlung infolge Arbeitsunfähigkeit nach Art. 324a OR einerseits oder eine Lohnzahlungspflicht bei Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Art. 324 OR andererseits nur, wenn der Arbeitnehmer ununterbrochen im Dienst des Arbeitgebers steht<sup>89</sup>. In allen anderen Fällen trifft den Arbeitgeber keine Lohn(fort)zahlungspflicht<sup>90</sup>.

#### 4.2.5. Gesamtarbeitsverträge

Wurde ein Gesamtarbeitsvertrag für allgemeinverbindlich erklärt, gilt dieser für alle, von dessen Geltungsbereich er-

fassten Unternehmen bzw. Arbeitnehmenden. In solchen Verträgen finden sich ebenfalls Vorschriften zur Höhe einer Lohn(fort)zahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung, Ferien oder Feiertagen. Die Ansätze, wie bei variablen Löhnen die Höhe der Entschädigung berechnet werden soll, sind unterschiedlich:

- Art. 30.1 GAV Coiffeurgewerbe<sup>91</sup> sieht für die Berechnung des Ferienlohnes vor, dass bei umsatzabhängiger Entlohnung für die Berechnung des Ferienlohnes auf den Durchschnitt der bezahlten Bruttolöhne der sechs letzten ganzen Monate vor Ferienbeginn abzustellen ist. Dabei sind Prämien, Verkaufsprovisionen und Gratifikationen allerdings nicht zu berücksichtigen.
- Bei der Lohnfortzahlungspflicht infolge Krankheit sieht der GAV Coiffeurgewerbe zwingend die Pflicht zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung vor, wobei sich die Höhe der Lohnfortzahlungspflicht nach dem AHV-pflichtigen Bruttolohn richtet<sup>92</sup>. Welche Bestandteile einer variablen Entlohnung von der Lohnfortzahlungspflicht erfasst sind und wie sich diese berechnen, richtet sich somit nach den Vorschriften des AHVG<sup>93</sup>, bzw. der Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML). Variable Entschädigungen werden also nach Massgabe der Vorschriften des AHVG in die Lohn(fort)zahlungspflicht importiert<sup>94</sup>.
- Bei Angestellten im Stundenlohn kann der Lohn aufgrund variabler Arbeitszeiten variieren, was ebenfalls Fragen zur Höhe der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit aufwirft. Art. 17 Ziff. 2 des GAV Sicherheitsdienste<sup>95</sup> sieht vor, dass sich der für die Berechnung der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit relevante Lohn bei Arbeitnehmenden der Kategorie C (Angestellte im Stundenlohn) nach dem durchschnittlichen AHV-pflichtigen Lohn der letzten neun Kalendermonate berechnet.

<sup>83</sup> ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 349c N 2; BK-REHBINDER (FN 81), Art. 349c N 2.

<sup>84</sup> Art. 324a Abs. 1 OR.

<sup>85</sup> Art. 349c Abs. 1 OR.

<sup>86</sup> Vgl. bspw. auch die Verwendung dieses Begriffs in Art. 349a Abs. 2 OR, wo gerade nicht auf die Provision abgestellt wird, die sich aus einem hypothetischen Ergebnis errechnet. Vielmehr wird anhand anderer Kriterien versucht, ein «angemessenes» Lohnniveau zu evaluieren (ZK-STAEHELIN [FN 81], Art. 349a N 4).

<sup>87</sup> Art. 349c Abs. 2 OR.

<sup>88</sup> BK-REHBINDER (FN 81), Art. 349c N 3 OR; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 349c N 3 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 349c N 3; BSK OR-WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar zum Privatrecht, OR I, Art. 1–529, 5. A., Basel 2011, Art. 349c N 1.

<sup>89</sup> Art. 353b Abs. 1 OR.

<sup>90</sup> Art. 353 Abs. 2 OR.

<sup>91</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das schweizerische Coiffeurgewerbe, vom 27. April 2010.

<sup>92</sup> Art. 43.2 lit. a GAV Coiffeurgewerbe.

<sup>93</sup> Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.

<sup>94</sup> Vgl. bezüglich Coiffeurgewerbe bspw. die Regelung in Rz 4116 ff., wonach – im Gegensatz zum Ferienlohn gemäss Art. 30.1 GAV – auch Verkaufsprovisionen zum AHV-pflichtigen Lohn gehören (Rz 4117) und somit von der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit erfasst werden.

<sup>95</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen, vom 17. Juni 2014.

- Im Akkordlohn tätige Arbeitnehmer haben nach den Vorschriften des GAV Möbelindustrie<sup>96</sup> Anspruch auf einen Ferienlohn in der Höhe des durchschnittlichen Lohnes der letzten drei Zahltagsperioden<sup>97</sup>. Auch bei dieser Form einer variablen Entlohnung wird somit auf den Durchschnittslohn einer vergangenen Periode abgestellt.
- Bei bezahlten Feier- und Ruhetagen sieht derselbe GAV vor, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf den vollen Lohn hat, welchen der Arbeitnehmer an diesem Tag hätte verdienen können<sup>98</sup>.

Diese Beispiele zeigen, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, dass auch im Bereich allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge diverse Bestimmungen zu finden sind, welche die gesetzlich vorgesehene Lohn(fort)zahlungspflicht konkretisieren. Dabei wird meistens auf das allgemein anerkannte System des durchschnittlichen Lohnes der letzten drei, sechs oder mehr Monate abgestellt<sup>99</sup>.

#### 4.2.6. Sozialversicherungsrecht

Auch das Sozialversicherungsrecht beschäftigt sich mit der Frage des hypothetischen Verdienstes. Dabei geht es jedoch nicht um Leistungslohn, sondern variable Vergütungen im Rahmen von Arbeit auf Abruf. Ein Arbeitnehmer hat Anspruch auf Arbeitslosentaggelder, sofern er einen Arbeits- bzw. Verdienstausschlag im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet. Bei Arbeit auf Abruf sind unregelmässige Arbeitszeiten üblich, woraus ein schwankendes Einkommen resultiert. Da jedoch kein Anspruch auf ein bestimmtes Mindesteinkommen besteht, resultiert für den Arbeitnehmer während der Zeit ohne Abruf kein anrechenbarer Verdienstausschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG<sup>100</sup>. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt vor, wenn der Arbeitnehmer trotz Arbeit auf Abruf über längere Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen für den Arbeitgeber tätig war<sup>101</sup>. In diesem Fall wird von einer sogenannten Normalarbeitszeit ausgegangen, welche – trotz fehlendem Rechtsanspruch auf regelmässige Beschäftigung – zu einem Verdienstausschlag im Sinne von Art. 11

Abs. 1 AVIG führt und Anspruch auf Arbeitslosentaggeld begründet.

Für den Entscheid, ob eine (regelmässige) Normalarbeitszeit vorliegt, stellen Bundesgericht und SECO auf eine Durchschnittsberechnung ab und prüfen, wie hoch die von diesem Durchschnittswert abweichenden Schwankungen sind<sup>102</sup>. Gemäss Vorgaben des SECO kann von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden, wenn die geleisteten Arbeitszeiten nur in einem bestimmten Prozentsatz von der durchschnittlichen Arbeitszeit abweichen. Die Höhe dieses Prozentsatzes hängt von der Dauer der Durchschnittsbetrachtung ab und beträgt<sup>103</sup>:

- bei einem Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten (durchschnittliche Arbeitszeit der letzten zwölf Monate) maximal 20 % nach unten oder oben;
- bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten (durchschnittliche Arbeitszeit der letzten sechs Monate) maximal 10 % nach unten oder oben;
- bei einem Beobachtungszeitraum zwischen sechs und zwölf Monaten ist dieser Maximalwert proportional an die vorne erwähnten beiden Werte anzupassen.

In einem neueren Urteil vom 23. Januar 2014 ging das Bundesgericht über den Betrachtungszeitraum von zwölf Monaten hinaus. Es erklärte, dass bei langjährigen Arbeitsverhältnissen für die Bestimmung der (durchschnittlichen) Normalarbeitszeit nicht nur auf zwölf Monate, sondern auf den Durchschnittswert für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses abzustellen sei<sup>104</sup>. Zudem erklärte das Bundesgericht, dass bei der Prüfung, ob die Grenzwerte überschritten wurden, nicht auf einen einzelnen Monat<sup>105</sup>, sondern auf ein Jahr<sup>106</sup> abzustellen sei. Erwähnenswert sind im vorliegenden Zusammenhang meines Erachtens zwei Aspekte:

- a) Für den Entscheid, ob eine Normalarbeitszeit vorliege, stellen sowohl SECO als auch das Bundesgericht – wie im Privatrecht – auf Durchschnittsberechnungen gestützt auf das in der Vergangenheit geleistete Arbeitspensum ab.
- b) Im Unterschied zum Privatrecht erklärt das Bundesgericht in BGer 8C\_625/2013 jedoch, dass bei mehrjährigen Arbeitsverhältnissen für die Bestimmung der

<sup>96</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die schweizerische Möbelindustrie vom 20. August 2013.

<sup>97</sup> Art. 20.4 GAV Möbelindustrie.

<sup>98</sup> Art. 21.3 GAV Möbelindustrie.

<sup>99</sup> Vgl. hinten, Ziff. 5.2.

<sup>100</sup> STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC); Januar 2014, B95, abrufbar unter <http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/kreisschreiben>.

<sup>101</sup> SECO, AVIG-Praxis ALE (FN 100), B96.

<sup>102</sup> SECO, AVIG-Praxis ALE (FN 100), B97; BGer 8C\_625/2013 E. 2.2; BGer C 266/06.

<sup>103</sup> SECO, AVIG-Praxis ALE (FN 100), B97.

<sup>104</sup> BGer 8C\_625/2013, E 3.4 ff.

<sup>105</sup> Vgl. SECO, AVIG-Praxis ALE (FN 100), B97: «Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, (...)».

<sup>106</sup> BGer 8C\_625/2013, E 3.4 ff.

durchschnittlichen Arbeitszeit (Normalarbeitszeit) auch eine Vergleichsperiode von mehr als zwölf Monaten abzustellen ist und beim Bemessungszeitraum betreffend Schwankungen nicht ein einzelner Monat, sondern der Jahresdurchschnitt als relevante Grundlage gilt.

## 5. Allgemeine Grundsätze und Überlegungen

### 5.1. Grundprinzip des Anspruches auf den hypothetischen Verdienst

«Der Lohn soll gleich sein, wie wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hätte.»<sup>107</sup> Dieses Grundprinzip zur Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung<sup>108</sup> gilt auch in diversen anderen Fällen. Kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, hat er Anspruch auf denjenigen Lohn, welchen er bei Erbringung der Arbeitsleistung verdient hätte<sup>109</sup>. Dasselbe gilt für den Fall der Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber<sup>110</sup>, die Pflicht zur Lohnfortzahlung während der Ferien<sup>111</sup> oder für die Berechnung des hypothetischen Verdienstes bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung<sup>112</sup>. Wenn in all diesen Fällen der zu bezahlende Lohn nach demselben Grundprinzip zu errechnen ist, drängt sich auch in Bezug auf die möglichen Lösungsansätze und Methodik eine Gleichbehandlung auf<sup>113</sup>. Soweit ersichtlich gibt es kein allgemeines Argument für Unterscheidungen, namentlich in Bezug auf die Behandlung

von Zulagen oder Zuschlägen, Pauschalspesen, Betrachtungsperioden etc.

### 5.2. Lohnausfall- und Referenzperiodenprinzip

REHBINDER/STÖCKLI erläutern im Zusammenhang mit Akkordarbeit und Provisionsansprüchen beim Ferienlohn sehr anschaulich den Unterschied zwischen dem Lohnausfall- und dem Referenzperiodenprinzip<sup>114</sup>: «Das Lohnausfallprinzip (Methode der individuellen Berechnung) erfordert die Ermittlung der Schätzung, welche Erfolgsvergütungen der Arbeitnehmer erzielt hätte, wenn er weitergearbeitet hätte (...). Dieses Prinzip gewährt also einen Anspruch auf die mutmassliche Provision, die aufgrund von hypothetisch angenommenen Daten ermittelt wird.»<sup>115</sup> Bei dieser Methode geht es also darum herauszufinden, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte. Demgegenüber stellt das Referenzperiodenprinzip (Pauschalmethode) auf den Durchschnittswert der in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Erfolgsvergütungen ab. Der zu bezahlende Lohn richtet sich nach dem durchschnittlichen Einkommen einer vergangenen Periode<sup>116</sup>.

Einigkeit besteht darüber, dass das Lohnausfallprinzip gegenüber dem Referenzperiodenprinzip (bzw. der Pauschalmethode) vorrangig ist<sup>117</sup>, weil die gesetzliche Vorgabe lautet, dass der Arbeitnehmer «(...) wirtschaftlich so zu stellen ist, wie wenn er gearbeitet hätte (BGE 134 III 399 E.3.2.4.2). Da dies bei unregelmässigem Einkommen schwierig zu bestimmen ist, wird in solchen Fällen auf den bisherigen Durchschnittslohn während einer bestimmten Referenzperiode abgestellt. Das Bundesgericht bezeichnet dies als Pauschalmethode und will sie bei unregelmässigem Lohn der als individuelle Berechnungsweise bezeichneten Ermittlung des mutmasslichen Arbeitseinkommens vorziehen, solange diese nicht klarerweise zu einem nicht der Realität entsprechenden Ferienlohn führe»<sup>118</sup>.

Führt auch die Vergangenheitsbetrachtung nach dem Referenzperiodenprinzip zu keinem sinnvollen Ergebnis, hat das Gericht eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vorzunehmen<sup>119</sup>.

<sup>107</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9, mit Verweis auf Botschaft, 93.

<sup>108</sup> Art. 324a OR.

<sup>109</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324 N 11; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 324 N 23 mit Verweis auf BGE 107 V 177; BK-MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, Obligationenrecht; Bern ab 1983, Art. 324 N 18.

<sup>110</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324 N 13 mit Verweis auf ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. A., Zürich 2010, Rz 281; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324 N 18; und wohl auch ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 324 N 22 f.

<sup>111</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329d N 3 mit Verweis auf BGE 134 III 399 E. 3.2.4.2; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 2 mit Verweis auf BGE 129 III 495; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329d N 2.

<sup>112</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 337c N 3; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 337c N 2; BK-REHBINDER (FN 81), Art. 337c N 2.

<sup>113</sup> Gl. M. wohl BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 22 f., welche bei der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR auf die Bemerkungen zur Berechnung des Ferienlohnes (Art. 329d) verweisen.

<sup>114</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 5 ff.

<sup>115</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 5, mit Verweis auf BAG AP HGB § 63 Nr. 4, im Original teilweise in Fettschrift.

<sup>116</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 5; vgl. auch Pra 93 (2004) Nr. 67, S. 389, E. 7.3 = BGE 129 III 673.

<sup>117</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 5 ff.

<sup>118</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329d N 3 mit weiteren Verweisen.

<sup>119</sup> BGer 4C.173/2004 E. 4.2 mit Verweis auf BSK OR-MANFRED REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar zum Pri-

Damit lässt sich feststellen:

- a) das Referenzperiodenprinzip (Pauschalmethode) kommt nur deshalb (aber immer dann) zur Anwendung, wenn sich der hypothetische Verdienst aufgrund eines unregelmässigen Einkommens nicht nach dem Lohnausfallprinzip bestimmen lässt.
- b) Gibt es Anhaltspunkte im konkreten Fall, dass der hypothetisch erzielte Verdienst vom Ergebnis der Pauschalmethode abweicht, sind diese Faktoren zu berücksichtigen und das Ergebnis ist entsprechend anzupassen<sup>120</sup>. Treffend REHBINDER/STÖCKLI: «Es sei aber nochmals betont, dass dieser Massstab zurückzutreten hat, wenn sich abweichende Gesichtspunkte ergeben.»<sup>121</sup>
- c) Ergeben beide Methoden keine brauchbare Lösung, ist der hypothetische Verdienst nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen<sup>122</sup>.

### 5.3. Konkretes Vorgehen bei der Pauschalmethode

Wendet man die Pauschalmethode an, sind dabei drei Entscheidungen zu treffen:

1. Welche (vergangene) Referenzperiode als Grundlage für die durchschnittliche Lohnhöhe herangezogen werden?<sup>123</sup>
2. Welche Lohnbestandteile sind bei der Berechnung des Durchschnittslohnes zu berücksichtigen?<sup>124</sup>
3. Welche Periode ist für die Zeit des Lohnausfalles heranzuziehen?<sup>125</sup>

vatrecht, OR I, Art. 1 – 529, 5. A., Basel 2011, Art. 324a N 9. Gl. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 23 und ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 324a N 49, je mit weiteren Verweisen.

<sup>120</sup> Vgl. die Beispiele in BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329d N 3; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329d N 2; Pra 93 (2004) Nr. 67, S. 389, E. 7.3 = BGE 129 III 674.

<sup>121</sup> Vgl. die Beispiele in BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 7.

<sup>122</sup> BGer 4C.173/2004 E. 4.2 mit Verweis auf BSK OR-REHBINDER/PORTMANN (FN 119), Art. 324a N 9. Gl. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 23 und ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 324a N 49, je mit weiteren Verweisen.

<sup>123</sup> Bsp.: drei Monate, sechs Monate, zwölf Monate oder mehr als ein Jahr?

<sup>124</sup> Bsp.: Ist der durchschnittliche Gesamtlohn zu berücksichtigen oder nur der durchschnittliche Anteil an Provisionen, welche zusätzlich zum Fixlohn ausbezahlt wurden? Wie verhält es sich mit dem 13. Monatslohn, Gratifikationen und/oder Überstundenentschädigungen?

<sup>125</sup> Bsp.: Ein Arbeitnehmer ist während drei Monaten krank. Gilt als relevante Referenzperiode ein einzelner Monat oder sämtliche drei Monate zusammen?

#### 5.3.1. Dauer der Referenzperiode

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH erklären mit dem Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung: «Das Bundesgericht scheint nun allerdings eine möglichst lange Referenzperiode zu favorisieren.»<sup>126</sup> Tatsächlich erklärt dieses im zitierten Urteil, dass die pauschale Berechnungsmethode im Allgemeinen mit längerer Dauer der Referenzperiode die besser geeignete Methode sei<sup>127</sup>. Im Urteil ging es um die Berechnung des Ferienanspruches für ein Arbeitsverhältnis, welches 48 Monate gedauert hatte, ausschliesslich in Form von Provisionen entschädigt und (unzulässigerweise) vereinbart worden war, dass der Ferienlohn im ausbezahlten Salär enthalten sei<sup>128</sup>. Das Bundesgericht stellte für die Berechnung des Ferienlohnes, welchen es bei vier Wochen Ferien pro Kalenderjahr als Zuschlag von 8.33% definierte, nicht auf das Lohnniveau der letzten zwölf Monate ab, sondern auf die Lohnsumme für die Beschäftigung während der ganzen 48 Monate<sup>129</sup>. Dieser überjährige Betrachtungszeitraum deckt sich mit dem vorne erwähnten sozialversicherungsrechtlichen Bundesgerichtsurteil, wo dieses für die Berechnung des Normallohnes (also der Vergleichsbasis) ebenfalls auf die gesamte, mehrjährige Laufzeit des Arbeitsverhältnisses abstellte<sup>130</sup>.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH<sup>131</sup> kritisieren zu Recht, dass dieses Vorgehen bei Lohnänderungen während der Bemessungsperiode zu neuen Komplikationen führt. Aus dem Grundsatz, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf den hypothetischen Verdienst während des Ferienbezuges hat, wird abgeleitet, dass ihm der im Zeitpunkt des Ferienbezuges zustehende Lohn auszuzahlen ist<sup>132</sup>. Berücksichtigt die Bemessungsperiode einen (früheren) tieferen Lohn, verfälscht sich dadurch der für die Zahlung relevante Durchschnittslohn, bzw. die Berechnungsbasis für den Zuschlag von 8.33%.

Allgemein wird bei der Anwendung der Pauschalmethode eine Referenzperiode von zwölf Monaten favorisiert<sup>133</sup>. Eine kürzere Referenzperiode ergibt sich zwingend bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen. Je nach Umständen kann sich aber auch bei überjährigen Arbeits-

<sup>126</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329d N 3.

<sup>127</sup> Pra 93 (2004) Nr. 67, S. 389 f. = BGE 129 III 674 E. 7.3.

<sup>128</sup> Pra 93 (2004) Nr. 67, S. 381 ff. = BGE 129 III 664 ff.

<sup>129</sup> Pra 93 (2004) Nr. 67, S. 390. = BGE 129 III 674 f. E. 7.3.

<sup>130</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.2.6.

<sup>131</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329d N 3.

<sup>132</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329d N 3.

<sup>133</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 7; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 324a N 49 und 329d N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9 und 329d N 3 je mit Verweisen auf diverse Bundesgerichtsentscheide.

verhältnissen das Abstellen auf eine kürzere Referenzperiode aufdrängen. Sei dies infolge saisonaler Schwankungen im Verkauf, einer Lohnerhöhung, wegen einer Umstellung des Vergütungssystems, Vertragsänderungen in Bezug auf die Funktion oder das Verkaufsgebiet oder aus anderen Gründen.

Das Referenzperiodenprinzip ist eine Hilfskonstruktion, welche verwendet wird, weil sich der hypothetische Verdienstausschlag im Sinne des Lohnausfallprinzips nicht direkt bestimmen lässt. Wichtigste Maxime für die Definition einer Referenzperiode muss daher immer die Frage sein, ob man damit näher an den hypothetisch erzielten Verdienst herankommt oder nicht.

### 5.3.2. Für die Referenzperiode relevante Lohnbestandteile

Der Entscheid, welche Lohnbestandteile der betreffenden Referenzperiode zu berücksichtigen sind, richtet sich nach der Art des zu ermittelnden hypothetischen Verdienstes. Soll die Höhe des gesamten Ferienlohnes ermittelt werden, sind sowohl Fixlohn als auch Provisionen oder gar Naturallohn zu berücksichtigen. Sind nur die hypothetisch verdienten Provisionen zu berechnen, bleiben der während der Referenzperiode verdiente Fixlohn oder ein allfällig bezogener Naturallohn unbeachtlich.

Es sind nur Lohn oder Lohnbestandteile zu berücksichtigen. Sondervergütungen (Gratifikationen) oder Leistungen als Folge der Betriebszugehörigkeit bleiben unbeachtlich<sup>134</sup>.

Ebenso unbeachtlich sind Lohnbestandteile, welche in einem späteren Zeitpunkt fällig und daher erst später, aber trotz fehlender Arbeitsleistung ausbezahlt werden. Dazu gehören insbesondere der üblicherweise per Jahresende ausbezahlte 13. Monatslohn<sup>135</sup> oder Anteile am Geschäftsergebnis, welche per Ende des Geschäfts- oder Kalenderjahres ausbezahlt werden. Dies gilt natürlich allerdings nur unter dem Vorbehalt, dass diese Lohnbestandteile später auch effektiv ausgerichtet werden, was z.B. bei der Berechnung des hypothetischen Verdienstes infolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung oder einer Ferienentschädigung nach Beendigung des Arbeitsvertrages nicht der Fall ist. Welche Arten von Vergütungen als Lohn zu betrachten sind, ist nicht immer einfach zu klären, insbesondere im Bereich von Lohnzulagen oder -zu-

schlägen, wie das *Orange-Urteil* zeigte<sup>136</sup> oder die Frage der Berücksichtigung von regelmässig geleisteten Überstunden<sup>137</sup>.

Auch hier gilt meines Erachtens die Entscheidungsmaxime, dass der Referenzlohn denjenigen Lohn und diejenigen Lohnbestandteile enthalten soll, welche dazu führen, dass der während der arbeitsfreien Zeit hypothetisch erzielte Verdienst möglichst genau bestimmt wird.

### 5.3.3. Periode des zu berechnenden Lohnausfalles

Ist ein Mitarbeiter mehr als einen Monat krank oder wird er während einer mehrmonatigen Frist freigestellt, stellt sich die Frage, ob bei der Berechnung des hypothetischen Verdienstes auf einen einzelnen Monat oder die gesamte arbeitsfreie Periode abgestellt werden soll. Soweit ersichtlich, dürfte dieser Unterschied zu keinen unterschiedlichen Resultaten führen. Wird der während der Referenzperiode errechnete Durchschnittslohn auf einen Monat heruntergebrochen und mit der arbeitsfreien Zeit multipliziert, wird wohl dasselbe Ergebnis resultieren, wie wenn dieser Durchschnittslohn direkt mit dem Divisor für mehrere Monate dividiert wird<sup>138</sup>.

### 5.4. Referenzperiodenprinzip als im Einzelfall untaugliche Ersatzlösung

Sowohl Lehre<sup>139</sup> als auch das Bundesgericht<sup>140</sup> anerkennen, dass nur dann auf das Referenzperiodenprinzip bzw. die Pauschalmethode abzustellen ist, wenn sich im konkreten Einzelfall die Höhe des hypothetisch verdienten Lohnes nicht bestimmen lässt. Fälle, in welchen die Pauschalmethode zu falschen Ergebnissen führt, gibt es viele:

- a) Im Entscheid BGE 4C.173/2004 stellte sich das Problem, dass ein Arbeitnehmer kurz nach Einführung eines neuen Vergütungssystems krank wurde. Das alte Lohnsystem sah einen hohen Fixlohn mit tiefer Provision vor, das neue System einen tieferen Fixlohn

<sup>134</sup> Also keine Gratifikationen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 8], Art. 324a/b N 9) oder Vorteile, die dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit zukommen (BK-REHBINDER/STÖCKLI [FN 109], Art. 324a N 23).

<sup>135</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 22.

<sup>136</sup> BGE 132 III 172 = Pra 2006 Nr. 147; bestätigt in BGE 138 III 107 E. 3.

<sup>137</sup> Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 3.

<sup>138</sup> Bsp.: Der durchschnittliche Jahreslohn wird durch zwölf Monate multipliziert und anschliessend für die volle Freistellungsdauer von sechs Monaten wieder mal sechs gerechnet. Dies führt zu demselben Ergebnis, wie wenn man den durchschnittlichen Jahreslohn durch Zwei teilt.

<sup>139</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9 und Art. 329d N 3; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329d N 2.

<sup>140</sup> Zur Berechnung des hypothetischen Lohnes bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung: BGE 125 III 16 f.

mit einem höheren Provisionsanteil. Während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit wurde dem Arbeitnehmer der neue (tiefere) Fixlohn ausbezahlt, ergänzt durch eine auf den vergangenen Einkommen basierende (ebenfalls tiefere) Provision. Dies führte nach Auffassung des Bundesgerichts dazu, dass weder das Lohnausfallprinzip noch die Pauschalmethode tauglich waren, sondern der hypothetische Verdienst nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden musste<sup>141</sup>.

- b) Ein Arbeitnehmer ist infolge einer geplanten Operation während zwei Wochen arbeitsunfähig. Er informiert seine Kunden und erreicht, dass gewisse Kunden im Voraus bestellen und andere Kunden nach seiner Rückkehr aus dem Spital die derzeit noch bestehenden Lager wieder auffüllen. Dies ist ein typisches Beispiel, bei welchem der Arbeitnehmer in der Lage ist, mindestens einen Teil der während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausfallenden Verkäufe zu kompensieren<sup>142</sup>. In diesem Fall führte die Pauschalmethode zu einer Doppelentschädigung: Der Arbeitnehmer erhält eine Lohnfortzahlung für einen hypothetischen Lohnausfall, welcher vor und nach der Arbeitsunfähigkeit ganz oder zum Teil kompensiert wird. Diese Problematik stellt sich in der Regel bei Produkten, die von Kunden in regelmässigen Abständen beim gleichen Verkäufer bezogen werden, wobei die arbeitsfreie Zeit sowohl die Folge einer (un-)erwarteten Arbeitsverhinderung als auch eines Ferienbezuges sein kann.
- c) Sämtliche Aussendienstmitarbeiter (ohne Kompetenz zum Vertragsabschluss) beziehen zwei Wochen ihres jährlichen Ferienanspruches jeweils vom 15. bis 31. Juli. Während dieser Zeit ist der Betrieb geschlossen. Auch in diesem Fall fragt sich, ob die Pauschalmethode zu einem sinnvollen Ergebnis führt: Da der Betrieb geschlossen war, wären ohnehin keine Verträge abgeschlossen worden und damit auch keine Provisionsansprüche entstanden. Entsprechend hätte der Aussendienstmitarbeiter auch dann keinen höheren Lohn erzielt, wenn er gearbeitet hätte. Dem könnte aber entgegen gehalten werden, dass nicht die Ferien zu einem Provisionsausfall führten, sondern die zweiwöchige Betriebsschliessung des Arbeitgebers (Annahmeverzug nach Art. 324 OR). Letzteres führte wiederum zu einem Anspruch auf den erlittenen Provisionsausfall.

- d) Ein Aussendienstmitarbeiter bricht sich ein Bein. Er kann zwar seine Kunden nicht mehr besuchen, telefoniert dafür aber von zu Hause aus und schliesst praktisch gleich viele Verträge ab, wie wenn er gereist wäre. Eine solche Konstellation wirft nicht nur die Frage auf, welchen hypothetischen Verdienst der Arbeitnehmer erzielt hätte, sondern ob dieser überhaupt arbeitsunfähig war. Wenn der Arbeitnehmer trotz Beinbruch in der Lage war, einen Verkaufsumsatz zu erzielen, welcher mit einer arbeitsfähigen Verkaufsperiode vergleichbar ist, besteht die Vermutung, dass gar keine rechtlich relevante Arbeitsunfähigkeit vorlag. Zwar führt ein Beinbruch zu persönlichen Einschränkungen, von arbeitsrechtlicher Bedeutung ist jedoch nicht der Gesundheitszustand, sondern die funktionelle Einschränkung des Arbeitnehmers: «Krankheit ist überspitzt gesagt arbeitsrechtlich nicht von Belang, da die Art. 324a und 336c Rechtsfolgen lediglich an die Arbeitsverhinderung knüpfen. Nicht jede Krankheit im medizinischen Sinn muss zu einer Arbeitsverhinderung führen (...).»<sup>143</sup>
- e) Ein Manager ist infolge eines Unfalles während zwei Monaten arbeitsunfähig. Während dieser Zeit erhält er den vertraglich vereinbarten monatlichen Fixlohn. Gemäss Vertrag erhält der Arbeitnehmer per Ende des Kalenderjahres zusätzlich eine Umsatzbeteiligung (Art. 322a OR). Er macht geltend, dass ihm diese Umsatzbeteiligung pro rata zusätzlich für diese beiden Monate seiner Arbeitsunfähigkeit ausbezahlt sei. Dies deshalb, weil er Anspruch auf den hypothetischen Verdienst hat, welcher nicht nur den Fixlohn, sondern auch diese Umsatzbeteiligung umfasst. In diesem Fall dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass kein solcher Anspruch besteht, wenn dem Arbeitnehmer am Ende des Kalenderjahres die volle Umsatzbeteiligung ausbezahlt wird und keine Gründe ersichtlich sind, dass der Umsatz der Unternehmung bei Ausbleiben des Unfalles grösser gewesen wäre. Spannend in diesem Zusammenhang ist zudem die Frage nach der Höhe der ausbezahlten Taggelder der Unfallversicherung. Deckt der versicherte Verdienst sowohl den Fixlohn des Arbeitnehmers als auch einen Teil der variablen Vergütung (Umsatzbeteiligung), müsste am Ende des Jahres bei der Auszahlung der Umsatzbeteiligung wohl eine Kürzung vorgenommen werden, weil ein Teil dieses Anspruches bereits via Unfalltaggelder abgedeckt und ausbezahlt wurde.

<sup>141</sup> BGer 4C.173/2004 E. 4.2.

<sup>142</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9 und Art. 329d N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 23 und Art. 329d N 7.

<sup>143</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 10.

f) Ein Aussendienstmitarbeiter verkauft Schneefräsen. Aus ersichtlichen Gründen weisen die Verkaufsumsätze dieser Produkte massive saisonale Schwankungen auf. Die Umsatzspitzen werden jeweils vom September bis November erreicht, wenn vom Fachhandel die entsprechenden Bestellungen eingehen. Der Arbeitnehmer bezieht im erfahrungsgemäss umsatzschwächsten Verkaufsmonat März seine Ferien und verlangt, dass ihm als Ferienlohn sowohl der Fixlohn, als auch die durchschnittliche Provision der letzten zwölf Monate ausbezahlt wird.

Solche saisonale Schwankungen dürfen bei der Berechnung des hypothetischen Verdienstes berücksichtigt werden<sup>144</sup>. Zeigt z.B. der Jahresvergleich anderer Aussendienstmitarbeiter, dass der Umsatz im Monat März deutlich unter dem Jahresdurchschnitt liegt, führte die Vergütung einer durchschnittlichen Provision zu einer Überentschädigung.

All diese Beispiele zeigen auf, dass im konkreten Einzelfall die Pauschalmethode zu falschen Ergebnissen führt, weil anzunehmen ist, dass der hypothetische Verdienst während der fraglichen Zeit durch «Sonderereignisse» mehr oder weniger deutlich von einer Durchschnittsberechnung abweicht. Ob solche Abweichungen vorliegen und wie diese zu quantifizieren sind, ist nicht einfach zu bestimmen. Meines Erachtens sind sämtliche Arten von plausiblen Vergleichsberechnungen zulässig, sei dies durch Bestimmung eines überjährigen Durchschnitts<sup>145</sup>, durch den Vergleich mit der Vorjahresperiode<sup>146</sup>, dem Vergleich mit anderen Mitarbeitenden<sup>147</sup> oder auf andere Weise.

## 5.5. Doppelzahlungen und Überentschädigung

Insbesondere bei Provisionen stellt sich nicht selten das Problem von Doppelzahlungen bzw. Überentschädigungen: Während der Arbeitgeber den vollen Lohn trotz fehlender Arbeitsleistung bezahlt, können infolge von Vertragsabschlüssen zusätzliche Provisionsansprüche entstehen. Wie ist das Problem solcher Doppelzahlungen – im Allgemeinen – zu behandeln? In Bezug auf die Höhe des zu bezahlenden Lohnes stellte das Bundesge-

richt fest: «Somit muss er [der Arbeitnehmer] weder eine Lohnbusse in Kauf nehmen (...) noch hat er Anspruch auf einen höheren Lohn (...).»<sup>148</sup> Der Arbeitnehmer hat also Anspruch auf den Lohn, welchen er bei Erbringung der Arbeitsleistung verdient hätte, er «(...) darf aber auch keinen Gewinn erzielen.»<sup>149</sup>

Die Thematik der Doppelzahlung wird insbesondere bei der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR thematisiert, wenn der Arbeitnehmer während dieser Zeit ein öffentliches Amt ausübt oder als Zeuge auftritt und dafür entschädigt wird<sup>150</sup>. REHBINDER/STÖCKLI plädieren mit Berufung auf den Schutzzweck von Art. 324a OR für eine Anrechnungspflicht, sofern eine Doppelzahlung dazu führte, dass «(...) der Arbeitnehmer infolge seiner Nebentätigkeit sein Einkommen massgeblich vermehrt.»<sup>151</sup> Durch eine Anrechnungspflicht löst das Arbeitsvertragsrecht das Problem einer «Überentschädigung» ausdrücklich beim Arbeitgeberverzug<sup>152</sup> und der Schadenersatzberechnung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung<sup>153</sup>. Ebenso erwähnenswert ist das Verbot der Ferienarbeit nach Art. 329d Abs. 3 OR. Dieses zielt zwar primär auf den Schutz des Arbeitgebers (Verbot der Konkurrenzierung) und den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers (Vereitelung des Erholungszwecks) ab. Dass sich der Arbeitnehmer während seiner bezahlten Ferien nicht durch eine zusätzliche Nebentätigkeit bereichern soll, wird wohl aber ebenfalls der Absicht von Art. 329d Abs. 3 OR entsprechen<sup>154</sup>. Meines Erachtens gilt diese in Art. 324 Abs. 3 OR<sup>155</sup> und Art. 337 Abs. 3 OR<sup>156</sup> ausdrücklich erwähnte Schadenminderungspflicht als allgemeiner Grundsatz des Obligationenrechts<sup>157</sup> für das gesamte Arbeitsrecht und damit auch bei der Lohnfortzahlung während Arbeitsverhinderung<sup>158</sup> oder einer Freistellung<sup>159</sup>.

Sicherlich dürfte es aber der Rechtssicherheit dienen, dass im Einzelarbeitsvertrag oder entsprechenden Regle-

<sup>144</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 7.

<sup>145</sup> Bsp.: Wie hoch sind die Abweichungen über mehrere Jahre?

<sup>146</sup> Beispiel gemäss lit. f. Wie hoch war der Umsatz im März des Vorjahres?

<sup>147</sup> Bsp.: Wie viel haben andere Mitarbeitende in der fraglichen Periode verdient?

<sup>148</sup> Pra 93 (2004) Nr. 67, S. 389 = BGE 129 III 673 E. 7.3, mit Verweisen.

<sup>149</sup> ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329d N 1, mit Verweis auf BGE 129 III 493 ff. und 664 ff., BGE 118 II 137.

<sup>150</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 18.

<sup>151</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 10; gl. M. ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 324a N 15.

<sup>152</sup> Art. 324 Abs. 2 OR.

<sup>153</sup> Art. 337c Abs. 2 OR.

<sup>154</sup> Vgl. dazu: ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329d N 18; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329d N 16 f.; vgl. zum Problem der Doppelzahlung bei Ferienlohn auch BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 8.

<sup>155</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324 N 12.

<sup>156</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 337c N 5.

<sup>157</sup> Art. 44 Abs. 1 OR.

<sup>158</sup> Art. 324a OR.

<sup>159</sup> Art. 324 OR; vgl. dazu jedoch ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324 N 13.

menten die nötigen vertraglichen Vereinbarungen getroffen werden<sup>160</sup>.

## 5.6. Rechtlicher Charakter der Ersatzzahlungen

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die durch den Arbeitgeber ausgerichteten Zahlungen im Sinne eines hypothetischen Verdienstes «Lohn» darstellen, womit sämtliche Spezialvorschriften zum Lohn auch für diese Zahlung anwendbar sind<sup>161</sup>. Dies gilt mit Ausnahme der sofortigen Fälligkeit<sup>162</sup> auch für die Forderung des Arbeitnehmers auf Zahlung des hypothetischen Verdienstes bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung, obwohl diese Art von Leistung wegen der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht als Lohn, sondern Schadenersatz qualifiziert wird<sup>163</sup>.

## 6. Einzelfragen

### 6.1. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit: Krankentaggeldversicherung

#### 6.1.1. Vertragliche Vereinbarungen und deren Gleichwertigkeit

Die Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit wird häufig mit einer Krankentaggeldversicherung abgedeckt. Vertragliche Vereinbarungen, wonach die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR durch eine Krankentaggeldversicherung abgedeckt wird, sind zulässig, müssen allerdings schriftlich vereinbart und die vertragliche Lösung muss mindestens gleichwertig sein<sup>164</sup>.

Üblicherweise werden Versicherungen abgeschlossen, welche während 720 oder 730 innert 900 Tagen 80% des versicherten Verdienstes ausrichten. Solche Lösungen sind in der Regel gleichwertig<sup>165</sup>. Als gleichwertig erachtete das Bundesgericht auch eine Lohnfortzahlung in der

Höhe von 60% während eines vollen Jahres<sup>166</sup>, was aber nicht unbestritten ist, da ein Minimum von 80% des versicherten Verdienstes gefordert wird<sup>167</sup>.

#### 6.1.2. Leistungslohn als versicherter Verdienst

Sowohl Provisionen als auch der Akkordlohn oder Anteile am Geschäftsergebnis gelten als massgebender Lohn nach AHVG und sind AHV-pflichtig<sup>168</sup>. Gilt der AHV-pflichtige Lohn als versicherter Verdienst für die Bemessung der Krankentaggeldleistungen, sind solche Leistungslohnelemente im versicherten Verdienst und damit auch im ausbezahlten Krankentaggeld berücksichtigt. Die Bemessung des Lohnes während Krankheit beruht regelmässig auf einer vorgängigen Lohndeklaration durch den Arbeitgeber, womit die ausbezahlten Krankentaggelder nicht nach dem Lohnausfallprinzip, sondern der Pauschalmethode vergütet sind. Dies ist rechtlich deshalb unproblematisch, weil im Bereich der Lohnfortzahlung während Krankheit von der gesetzlichen Regelung mittels schriftlicher Vertragsvereinbarung abgewichen werden kann. Einzige Bedingung ist, wie bereits erwähnt<sup>169</sup>, dass die Vertragsabrede insgesamt gleichwertig zur gesetzlichen Lösung ist. Beim Vergleich ist aber nicht auf den konkreten Einzelfall abzustellen, sondern es ist eine abstrakte Beurteilung in Form eines gesamtheitlichen Vergleiches des einzelnen Arbeitsverhältnisses vorzunehmen<sup>170</sup>. Eine Abdeckung der Provisionsausfälle während Krankheit mittels einer Durchschnittszahlung ist also z.B. auch dann rechtsgültig, wenn sich ergibt, dass in dieser Zeit eine ausserordentlich hohe (einmalige) Provisionszahlung hätte verdient werden können, oder effektiv verdient wurde<sup>171</sup>.

#### 6.1.3. Analoge Anwendbarkeit von Art. 349c Abs. 2 OR?

In diesem Zusammenhang beachtlich ist die Spezialregelung für Aussendienstmitarbeitende nach Art. 349c Abs. 2 OR<sup>172</sup>, wonach durch schriftliche Vereinbarung die Lohnfortzahlungspflicht für Provisionen wegbedungen werden kann, sofern die Provision weniger als ein

<sup>160</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 18.

<sup>161</sup> D.h. Sozialabzüge, Verjährung, Fälligkeit etc. Für die Lohnfortzahlung bei Krankheit ausdrücklich: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 5 und BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 21.

<sup>162</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 337c N 14.

<sup>163</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 337c N 3. Zur Abrechnungspflicht von Sozialversicherungsbeiträgen vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 337c 15 mit Verweis auf BGE 123 V 5 E. 5.

<sup>164</sup> Art. 324a OR.

<sup>165</sup> Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 24; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 37 ff.

<sup>166</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 24 und BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 37, beide mit Verweis auf BGE 96 II 133 ff.

<sup>167</sup> Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 37; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 324a N 64.

<sup>168</sup> Art. 5 AHVG i. V. m. Art. 7 lit. a, d, und g AHVV.

<sup>169</sup> Vgl. vorangehend, Ziff. 6.1.1.

<sup>170</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 24; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 37.

<sup>171</sup> Welche dann aber durch den Arbeitgeber beansprucht wird; vgl. hinten, Ziff. 6.1.4.

<sup>172</sup> Vgl. dazu ausführlicher vorne, Ziff. 4.2.3.

Fünftel des Lohnes ausmacht. Eine andere, vielbeachtete Bestimmung des Handelsreisendenvertrages ist Art. 349a OR, welche sich zur Zulässigkeit rein erfolgsorientierter Lohnmodelle äussert. Es gilt als anerkannt, dass diese Bestimmung nicht nur für Handelsreisende gilt, sondern generell für sämtliche Arten von Einzelarbeitsverträgen<sup>173</sup>. Ob diese analoge Anwendbarkeit auch für 349c OR gilt, wäre zu prüfen und würde den Handlungsspielraum für vertragliche Vereinbarungen im Bereich der Provisionierung erhöhen.

#### 6.1.4. Doppelzahlungen und Überentschädigung

Wie ist zu verfahren, wenn ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer Krankentaggelder bezieht, welche die vermeintlich ausfallenden Provisionen ebenfalls abdecken, es aber während seiner Arbeitsunfähigkeit trotzdem zu einem Vertragsabschluss kommt?

Zusätzlich zu den bereits gemachten allgemeinen Ausführungen<sup>174</sup> kommt bei der krankheitsbedingten Lohnfortzahlungspflicht hinzu, dass sich der Arbeitgeber durch Abschluss einer Krankentaggeldversicherung von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit, sofern die Regelung gleichwertig ist<sup>175</sup>. Dies hat in Bezug auf die während einer krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung verdienten Provisionen zur Konsequenz, dass die Lohnansprüche mit Zahlung der Versicherungsleistung abgedeckt sind und dieser daher keine weiteren Provisionsansprüche mehr geltend machen kann. Streng genommen verliert der Arbeitnehmer seinen Provisionsanspruch also selbst dann, wenn im konkreten Fall das während der Krankheit verdiente Provisionseinkommen die Krankentaggelder übersteigt.

Ergibt sich eine solche Konstellation in der Praxis, werden jedoch regelmässig zwei weitere Aspekte hinzukommen, die es zu beachten gilt: Erstens stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer überhaupt arbeitsunfähig war, und zweitens finden sich in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Krankentaggeldversicherungen regelmässig Bestimmungen, welche es dieser erlauben, Leistungen Dritter anzurechnen (Taggeldkürzung) oder zuviel geleistete Zahlungen zurückzufordern (Rückforderung bei Überentschädigung).

#### 6.1.5. Arbeitsunfähigkeit infolge Unfall: Unfallversicherung

Die Unfallversicherung fällt als obligatorische Versicherung zusammen mit anderen Versicherungen unter den Anwendungsbereich von Art. 324b OR<sup>176</sup>. Nachdem sich der versicherte Verdienst bei der Unfallversicherung nach dem massgebenden Lohn nach AHVG richtet, sind auch Leistungslöhne wie Provisionen etc. bis zum UVG-Maximum<sup>177</sup> mitversichert<sup>178</sup>. Insofern dürften in den ausbezahlten Unfalltaggeldern Leistungslöhne in der Regel wohl berücksichtigt sein.

Im Unterschied zur Lohnfortzahlung bei Krankheit genügt es nach Art. 324b OR, wenn nicht der volle hypothetische Verdienst des Arbeitnehmers ersetzt wird, sondern nur vier Fünftel, also 80%<sup>179</sup>. Dies gilt auch für die nicht durch die obligatorische Versicherung abgedeckte Wartezeit von drei Tagen<sup>180</sup> und den Lohn, welcher das UVG-Maximum übersteigt<sup>181</sup>. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers beschränkt sich also auch in dem durch das UVG nicht abgedeckten Bereich auf 80% des darauf entfallenden Lohnes.

Auch wenn nicht der gesamte hypothetische Verdienst, sondern nur 80% zu vergüten sind, bleibt das Problem bestehen, dass bestimmt werden müsste, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte. In der Praxis wird dieses Problem wohl dadurch gelöst, als der Arbeitgeber während der Wartezeit einen Lohn zahlt, welcher dem, ab dem vierten Tag ausgerichteten Taggeld entspricht. Soweit der versicherte Verdienst das UVG-Maximum nicht überschreitet, ist der Lohn des Arbeitnehmers damit nach der Pauschalmethode abgedeckt<sup>182</sup>.

#### 6.1.6. Kurzabsenzen und Feiertage

«Dem Arbeitnehmer sind im Übrigen die üblichen freien Stunden und Tage und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren.»<sup>183</sup> Sofern den Arbeitgeber für Kurzabsenzen überhaupt eine Lohnfortzahlungspflicht trifft<sup>184</sup>, stellt sich auch in diesem Fällen die Frage des hypothe-

<sup>173</sup> BGE 139 III 215 E. 5.1 mit diversen Verweisen.

<sup>174</sup> Vgl. vorne, Ziff. 5.5.

<sup>175</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 14; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 34.

<sup>176</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324b N 2.

<sup>177</sup> Derzeit CHF 126'000.– pro Jahr (vgl. Art. 22 Abs. 1 UVV).

<sup>178</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 UVV i. V. m. Art. 5 AHVG und 7 AHVV.

<sup>179</sup> Art. 324b Abs. 1 OR.

<sup>180</sup> Art. 324b Abs. 3 OR, Art. 16 Abs. 2 UVG.

<sup>181</sup> Art. 324b Abs. 2 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 11.

<sup>182</sup> Wie bei der Krankentaggeld- erfolgt auch bei der Unfallversicherung die Deklaration des Lohnes gestützt auf eine Durchschnittsrechnung, welche sich am Lohn in der Vergangenheit orientiert.

<sup>183</sup> Art. 329 Abs. 3 OR.

<sup>184</sup> Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329 N 12 f.

tischen Verdienstes. Dasselbe gilt bei Feiertagen, welche ebenfalls nach Art. 329 OR zu beurteilen sind<sup>185</sup>. Auch diese sind – mit Ausnahme des 1. August<sup>186</sup> – nicht zwingend entschädigungspflichtig<sup>187</sup>.

Für die Lohnfortzahlungspflicht bei Kurzabsenzen und Feiertagen gilt ebenfalls der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer so zu entschädigen ist, wie wenn er gearbeitet hätte. Da es sich um verhältnismässig kurze Auszeiten handelt, ist vorweg zu prüfen, ob der Arbeitnehmer im Bereich des Leistungslohnes überhaupt einen Lohnausfall erlitten hat. Dies wird bei Akkordlohnarbeit in der Regel der Fall sein, nicht zwingend aber bei einem Aussen dienstmitarbeiter, welcher zusätzlich zum fixen Monatslohn eine Umsatzprovision<sup>188</sup> verdient oder am Umsatz beteiligt ist<sup>189</sup>. Je nach zu verkaufendem Produkt entsteht dem Mitarbeiter auch bei einem ganztägigen Arbeitsunterbruch womöglich gar kein Provisionsausfall<sup>190</sup>.

Bei Feiertagen ist zudem beachtlich, dass der Arbeitnehmer womöglich auch deshalb keinen Provisionsausfall erleidet, weil seine Kunden aufgrund des Feiertages ebenfalls nicht arbeiten. Der Arbeitnehmer hätte so oder so gar keine Verträge abschliessen können und hätte damit auch keine Provisionen verdient, wenn er gearbeitet hätte.

Gänzlich unproblematisch dürften Kurzabsenzen und Feiertage in Bezug auf Leistungslöhne nach Art. 322a OR sein: Lohnzahlungen in Form von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen per Ende des Geschäftsjahres werden wohl in aller Regel nicht durch einzelne Feiertage oder Kurzabsenzen tangiert.

### 6.1.7. Ferienzuschlag auf Provisionen zur Abgeltung des Ferienlohnes?

Können Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren, dass der Ferienlohn für das Provisionseinkommen mit einem Zuschlag von 8.33% abgegolten wird? Soweit die allgemeinen Voraussetzungen für die Zahlung des Ferienlohnes in Form eines Zuschlages erfüllt werden<sup>191</sup>, führt eine solche Vereinbarung meines Erachtens einzig dazu,

dass das Provisionseinkommen des Arbeitnehmers nach der Pauschalmethode berechnet wird: Wenn der Arbeitnehmer auf die ihm ausbezahlten Provisionen einen Ferienzuschlag erhält, entspricht diese Zahlung im Ergebnis dem durchschnittlich während der Ferien verdienten Provisionsniveau<sup>192</sup>.

### 6.1.8. Anrechenbare Provisionen: Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches

Wird das Provisionseinkommen eines Arbeitnehmers durch eine Ersatzzahlung wie Krankentaggelder oder einem nach der Pauschalmethode berechneten Ferienlohn beglichen, stellt sich die Frage, welche Provisionen damit abgegolten sind. Sind dies die Provisionen, deren Zahlung während der Arbeitsverhinderung fällig wurden<sup>193</sup>, oder diejenigen Provisionen, deren Anspruch während der Arbeitsverhinderung oder Ferien entstanden<sup>194</sup> sind? Mit Verweis auf REHBINDER/STÖCKLI<sup>195</sup> ist darauf hinzuweisen, dass es nicht auf die Fälligkeit oder gar den Zahlungstermin der (bereits entstandenen) Provisionsansprüche ankommt. Vielmehr sind diejenigen Provisionen von Bedeutung, deren Anspruch in der Periode der hypothetischen Lohnzahlung entstanden ist. Es geht also um die Provisionsansprüche derjenigen Verträge mit Kunden, welche während der arbeitsfreien Zeit abgeschlossen wurden<sup>196</sup>.

## 7. Variable Entlohnung als Folge variabler Arbeitszeiten oder zulagen- bzw. zuschlagspflichtiger Arbeitsleistungen

### 7.1. Schwankende Arbeitszeiten oder zulagenpflichtige Arbeitsleistungen

Das Lohnniveau des Arbeitnehmers kann deshalb schwanken, weil zwar ein fester Stundensatz vereinbart wurde, jedoch die geleistete Arbeitszeit schwankt oder verschiedene Arbeiten zu leisten sind, welche mit einer Lohnzulage oder einem Lohnzuschlag entschädigt werden. Mögliche Beschäftigungsarten, in welchen solche Lohnschwankungen vorkommen können sind<sup>197</sup>:

<sup>185</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329 N 14; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329 N 7 f.

<sup>186</sup> Art. 110 Abs. 3 BV.

<sup>187</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 329 N 14; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329 N 8; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329 N 15.

<sup>188</sup> Art. 322b OR.

<sup>189</sup> Art. 322a OR.

<sup>190</sup> Bspw. beim Verkauf von Investitionsgütern.

<sup>191</sup> Dazu gehören insbesondere eine schriftliche Vereinbarung, die Ausweisung des Zuschlages in den Lohnabrechnungen, etc., vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9.

<sup>192</sup> Dieses Vorgehen wählte das Bundesgericht selbst in Pra 93 (2004) Nr. 67, S. 390 = BGE 129 III 674 E. 7.3.

<sup>193</sup> Art. 323 Abs. 2 OR.

<sup>194</sup> Art. 322b OR.

<sup>195</sup> Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 329d N 8, mit ausführlicher Begründung.

<sup>196</sup> Art. 322b Abs. 1 OR.

<sup>197</sup> Vgl. zur Teilzeitarbeit die Übersicht in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 319 N 18 f.

- a) Arbeit auf Abruf, bei welcher der Arbeitnehmer unregelmässig zur Arbeit aufgefordert wird. Je nachdem, ob er Pikettdienst leistet, ist auch diese Arbeitszeit zusätzlich zu vergüten<sup>198</sup>. Da der Arbeitnehmer nur die effektiv geleistete Arbeitszeit (und allenfalls den Pikettdienst) vergütet erhält, schwankt das monatliche Einkommen.
- b) Unregelmässige Teilzeitarbeit, bei welcher der Arbeitnehmer von sich aus das zu leistende Arbeitspensum (in gewissem Ausmass) selber bestimmen kann. Auch hier wird lediglich die effektiv geleistete Arbeitszeit abgerechnet, was zu Lohnschwankungen führt. Die Charakteristika dieser Beschäftigungsform decken sich im Prinzip mit einer im Stundenlohn abgerechneten Gleitzeitarbeit.
- c) Diverse Arten von Arbeitsleistungen werden mit einem Zuschlag ausbezahlt. Zu erwähnen sind Schicht-, Nacht-, Sonntags- oder Überstunden- bzw. Überzeitarbeit. Fallen solche Arbeitsleistungen unregelmässig an, führt dies beim Arbeitnehmer zu einem variablen Einkommen.

Bei den vorne erwähnten Beispielen gemäss lit. a und b ist die Höhe des Stundenlohnes fest vereinbart. Die Schwankungen sind das Ergebnis unregelmässiger Arbeitszeiten, womit sich die Fragestellung ändert: Es ist nicht mehr danach zu fragen, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wie wenn er gearbeitet hätte<sup>199</sup>, sondern: Wie viele Stunden hätte der Arbeitnehmer gearbeitet, wenn er gearbeitet hätte?

Dieselbe Konstellation ergibt sich bei Lohnschwankungen als Folge von Lohnzulagen oder -zuschlägen<sup>200</sup>. Auch hier stellt sich nicht die Frage, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte, sondern welche Art von Dienst hätte er geleistet, wenn er gearbeitet hätte. Die Grundproblematik bleibt im Prinzip aber dieselbe: Der Rechtsanwender ist gezwungen, eine hypothetische Arbeitszeit oder eine hypothetische Art von geleisteten Diensten zu bestimmen.

## 7.2. Einzelfragen

### 7.2.1. Anrechenbare Arbeitszeit bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit

Welche Arbeitszeit ist dem Arbeitnehmer bei Krankheit gutzuschreiben, wenn die Unternehmung Jahresarbeits-

zeit praktiziert und der Arbeitnehmer krank wird? Hat er Anspruch auf diejenige (hohe oder tiefe) Zeitgutschrift, welche er gearbeitet hätte oder ist ihm eine durchschnittliche, quasi «neutrale» Tagesarbeitszeit gutzuschreiben? Nach Auffassung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH ist ihm die hypothetisch geleistete Arbeitszeit anzurechnen, da der Arbeitnehmer sonst nicht den «darauf entfallenden Lohn» erhalten würde. Zulässig ist nach Ansicht dieser Autoren jedoch auch die Anrechnung einer durchschnittlichen Arbeitszeit, wenn immer dieselbe Durchschnittszeit angerechnet wird, weil dies eine insgesamt gleichwertige vertragliche Abrede darstellt<sup>201</sup>.

Vermeintlich geleistete Überstunden- oder Überzeitarbeit ist dem an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer ebenfalls gutzuschreiben. Auch diese Art von Arbeitsleistung gehört zum «darauf entfallenden Lohn»<sup>202</sup>. Dies allerdings nur, wenn fest steht, dass solche Überstundenarbeit geleistet worden wäre. Sei dies, weil diese bereits angeordnet war oder diese über längere Zeit regelmässig geleistet wurde<sup>203</sup>.

### 7.2.2. Anspruch auf durchschnittliche Arbeitszeit während der Kündigungsfrist

Bei Arbeit auf Abruf schwankt nicht nur das monatliche Einkommen. Vielmehr hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Leistung einer minimalen Arbeitszeit (fehlender Beschäftigungsanspruch). Verzichtet nun ein Arbeitgeber nach erfolgter Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf den Abruf des Arbeitnehmers, wird die Kündigungsfrist Makulatur: Mangels Arbeitsleistung erzielt der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist kein Einkommen. Dazu erklärte das Bundesgericht im Urteil vom 14. Dezember 1998, dass auch beim Vertrag über Arbeit auf Abruf die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten sei<sup>204</sup>. Der völlige Verzicht auf den Abruf des Arbeitnehmers bedeute im Ergebnis nichts anderes als die Überwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer<sup>205</sup>. Der dem Arbeitnehmer zugesprochene Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist errechnete das Bundesgericht gestützt auf den Durchschnittslohn, berechnet nach Art. 37 Abs. 1 bis 3 AVIV<sup>206</sup>. Dieses Urteil ist ein weiteres Beispiel für die Bestimmung und Zusprechung desjenigen Lohnes, welchen der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte bzw. hätte arbeiten können. Da sich der

<sup>198</sup> BGE 124 III 249 ff.

<sup>199</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9, mit Verweis auf Botschaft (FN 9), 93.

<sup>200</sup> Vgl. vorangehend, Ziff. 7.1 lit. c.

<sup>201</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9.

<sup>202</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 23.

<sup>203</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 23.

<sup>204</sup> Pra 88 (1999) Nr. 111, S. 605 ff. = BGE 125 III 65 ff.

<sup>205</sup> Pra 88 (1999) Nr. 111, S. 608 f., E. 3 b bb.

<sup>206</sup> Pra 88 (1999) Nr. 111, S. 609, E. 3 b bb.

Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Annahmeverzug befand, sprach das Bundesgericht dem Arbeitnehmer einen Ersatzverdienst zu, welchen dieses nach der Pauschalmethode berechnete.

### 7.2.3. Anrechnung von Lohnzulagen oder -zuschlägen

Wie verhält es sich mit der Gutschrift von Lohnzulagen oder -zuschlägen für (nicht geleistete) Nacht-, Sonntags- oder Schichtarbeit, wenn der Arbeitnehmer infolge Krankheit, Freistellung oder Ferienbezug von der Arbeitspflicht befreit ist? REHBINDER/STÖCKLI plädieren dafür, dass auch Vergütungen für ausfallende Nacht- oder Sonntagsarbeit zu zahlen sind, wenn fest steht, dass diese Art von Diensten geleistet worden wären<sup>207</sup>.

Diese Auffassung deckt sich denn auch mit dem Leitentscheid des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2009<sup>208</sup>. Zur Berechnung des Ferienlohnes erklärte dieses: «Werden die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit erbrachten Leistungen regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet, so sind sie bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes (...) zu berücksichtigen.»<sup>209</sup>

Abgelehnt wird von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH jedoch die Pflicht einer *Zeitgutschrift* für nicht geleistete Nachtarbeit<sup>210</sup>, und zwar mit folgender Begründung: «Die Argumentation, auch solche müssten entgolten oder mindestens gutgeschrieben werden, weil der Arbeitnehmer ansonsten im Resultat nicht denselben Lohn erhalte, wäre an sich nachvollziehbar. Damit entfernt man sich jedoch zu weit vom Gesetzestext: Absatz 2 spricht von Lohn, und Zeitgutschriften sind nicht Lohn, sondern geben Anrecht auf zeitliche Kompensation.»<sup>211</sup>

(variablen) Leistungslohnes, zweitens aufgrund variabler Arbeitszeiten und drittens aufgrund unregelmässig zu leistender Dienste, welche mit einem Lohnzuschlag oder -zulage abgegolten werden. In allen drei Fällen ist das theoretische Vorgehen dasselbe, wenn derjenige Lohn zu bestimmen ist, welchen der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte. Mangels einer besseren Alternative wird regelmässig auf den durchschnittlichen Lohn einer vergangenen Periode von drei, sechs, zwölf oder mehr Monaten abgestellt. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die primäre Maxime lautet, den hypothetisch erzielten Verdienst in der fraglichen Zeitperiode zu bestimmen. Gibt es konkrete Anhaltspunkte, dass die Durchschnittsrechnung nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, ist dies zu korrigieren. Diese Grundsätze sind identisch, unabhängig davon, ob der hypothetische Lohn wegen einer Arbeitsverhinderung eines Ferienbezuges oder als Folge einer Freistellung bestimmt werden muss.

## 8. Schlussbemerkungen

Die Fallkonstellationen, in welchen ein hypothetisch erzieltes Einkommen bestimmt werden muss, sind überaus vielfältig und komplex. Lohnschwankungen können sich aus drei Gründen ergeben: Erstens als Folge eines

<sup>207</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 109), Art. 324a N 23 und Art. 329d N 2; ZK-STAEHELIN (FN 81), Art. 329d N 1.

<sup>208</sup> *Orange-Urteil*: BGE 132 III 172 ff. = Pra 95 (2006) Nr. 147, S. 1013 ff.

<sup>209</sup> Pra 95 (2006) Nr. 147, S. 1013 = BGE 132 III 172 (Regeste), vgl. E. 3.1.

<sup>210</sup> Art. 17b ArG.

<sup>211</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), Art. 324a/b N 9. Diesem Argument liesse sich allerdings das *Orange-Urteil* des Bundesgerichts entgegen halten.