

Zulagen, Zuschläge und andere Lohnbestandteile

Unterlagen zum Referat der Weiterbildungsveranstaltung des
Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts

Dienstag, 27. September 2005, Grand Casino Luzern

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro
Frei Steger Grosser Senti
Kriessernstr. 40
9450 Altstätten
www.9450.ch

FAA
Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht
Guisanstr. 92
9010 St. Gallen
www.faa.unisg.ch

Inhaltsverzeichnis

1 Vorbemerkungen	1
2 Leistungen an Angestellte.....	1
3 Zeit- und Leistungslohn.....	2
3.1 Zeitlohn	3
3.2 Leistungslohn	3
3.3 13. Monatslohn.....	3
3.3.1 Erscheinungsformen.....	4
3.3.2 Keine gesetzliche Pflicht zur Auszahlung.....	4
3.3.3 Mögliche Erscheinungsformen eines 13. Monatslohnes.....	4
3.3.4 Gemeinsamkeiten und rechtliche Charakteristika.....	5
3.3.4.1 (Zeit-)Lohn im Sinne von Art. 322 OR.....	5
3.3.4.2 Rechtsfolgen.....	6
3.3.4.2.1 Anspruch pro rata temporis.....	6
3.3.4.2.2 Sozialversicherung.....	6
3.3.4.2.3 Ferienlohn und Lohnfortzahlungspflicht	6
3.3.4.2.4 Überstunden	7
3.3.4.3 Unterschiede zum 'normalen' Monatslohn	7
4 Zulagen und Zuschläge.....	8
4.1 Sozialzulagen / -zuschläge.....	9
4.2 Inkonvenienzzulagen / -zuschläge	9
4.3 Zulagen / Zuschläge i. Z. m. Lage oder Umfang der Arbeitszeit.....	9
4.3.1 Allgemeines.....	9
4.3.2 Zuschlag für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit.....	9
4.3.3 Überstundenzuschlag nach Art. 321c OR.....	10
4.4 Zulagen / Zuschläge in Gesamtarbeitsverträgen.....	11
4.5 Vertraglich vereinbarte Zulagen / Zuschläge.....	11
4.6 „Falsche“ Zulagen / Zuschläge.....	12
4.6.1 Auslagenersatz oder Lohnzahlungen als Zulagen oder Zuschläge	12
4.6.2 Rechtliche Qualifikation.....	13

5 Fragen im Zusammenhang mit Zulagen und Zuschlägen	13
5.1 Allgemeines.....	13
5.2 Lohncharakter von Zulagen / Zuschlägen	13
5.2.1 Klagbarer Anspruch.....	13
5.2.2 Anspruch pro rata temporis	14
5.2.3 Diskriminierungsverbot.....	14
5.2.4 Kündigungsparität.....	14
5.2.5 Sozialversicherung	14
5.2.6 Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung.....	15
5.2.6.1 Fälle einer Lohn(fort)zahlungspflicht.....	15
5.2.6.2 Berechnung des Lohnanspruches	16
5.2.6.2.1 Allgemeine Grundregel	16
5.2.6.2.2 Sozialzulagen.....	17
5.2.6.2.3 Inkonvenienzzulagen	17
5.2.6.2.4 Zulagen / Zuschläge i. Z. m. Lage und Umfang der Arbeitszeit	18
5.2.6.2.5 Zusammenfassung.....	19
5.3 Bemessung und Berechnung von Zulagen / Zuschlägen	19
5.3.1 Allgemeines.....	19
5.3.2 Sozialzulagen	19
5.3.3 Gesamtarbeitsvertragliche Zulagen / Zuschläge	20
5.3.4 Vertraglich vereinbarte Zulagen / Zuschläge	20
5.4 Die Berechnung von Zulagen und Zuschlägen im Einzelnen	20
5.4.1 Stundenlohn als Basis	21
5.4.2 Welcher Lohn gilt als 100%?	21
5.4.3 Überstundenzuschlag nach Art. 321c OR.....	21
5.4.4 Zuschläge und Zulagen gemäss Arbeitsgesetz	22
5.4.4.1 Zwingende Vorschriften des Arbeitsgesetzes	22
5.4.4.2 Art. 33 ArGV 1	23
5.4.4.3 Gleiche Berechnungsgrundsätze für sämtliche Zuschläge	23
5.4.4.4 Berücksichtigung von Lohnzuschlägen?.....	23
5.4.4.5 Gleiche Berechnungsmethode für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit.....	23
5.4.4.5.1 Keine Berücksichtigung von Gratifikationen.....	24
5.4.4.5.2 Berücksichtigung des 13. Monatslohnes?.....	24
5.4.4.5.3 Verhältnis zum Leistungslohn	25
6 Schlusswort.....	26
Literaturverzeichnis.....	27
Abkürzungsverzeichnis.....	28

1 Vorbemerkungen

Die Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe Zulagen und Zuschläge ausbezahlt sind, verursacht in der Praxis häufig Kopfzerbrechen. Je nach Art sind Zulagen oder Zuschläge unterschiedlich zu behandeln und berechnen sich unterschiedlich. Insbesondere von Interesse ist dabei deren Verhältnis zu anderen Leistungen an Angestellte (13. Monatslohn, Gratifikation etc.). Die vorliegende Arbeit hat das Ziel, die verschiedenen Arten von Zulagen und Zuschlägen zu kategorisieren und sowohl deren Berechnung als auch Fragen im Zusammenhang mit deren Auszahlung zu klären.

2 Leistungen an Angestellte

Die Entschädigung der oder des Angestellten als Gegenleistung zur geleisteten Arbeit ist ein begriffsnotwendiges Element des Arbeitsvertrages¹. Das Gesetz, vielmehr aber noch die Praxis, sehen eine Vielzahl von Leistungen vor, die sich zum Teil sehr stark unterscheiden. Auch wenn in der Lehre keine einheitliche Gliederung sämtlicher Lohnformen oder -arten zu finden ist², gibt es doch Einigkeit über die grundlegenden Unterscheidungs- bzw. Gliederungsmerkmale bezüglich geldwerter Leistungen an Angestellte.

Bei den Leistungen an Angestellte ist in einem ersten Schritt zu unterscheiden zwischen solchen, die mit der erbrachten Arbeitsleistung in Zusammenhang stehen, und solchen, die sich aus dem Bestand des Arbeitsverhältnisses ergeben³. Letzteres betrifft namentlich Spesen- oder Auslagenersatz⁴.

Im vorliegenden Zusammenhang von näherem Interesse ist die erste Gruppe, d.h. Zahlungen als Entgelt für erbrachte Arbeit, wobei die Gratifikation üblicherweise als Sondervergütung qualifiziert und nicht als Lohn betrachtet wird⁵. Grafisch ergibt sich daraus folgende Darstellung⁶:

1 STREIFF/VON KAENEL, Art. 319 N 2.

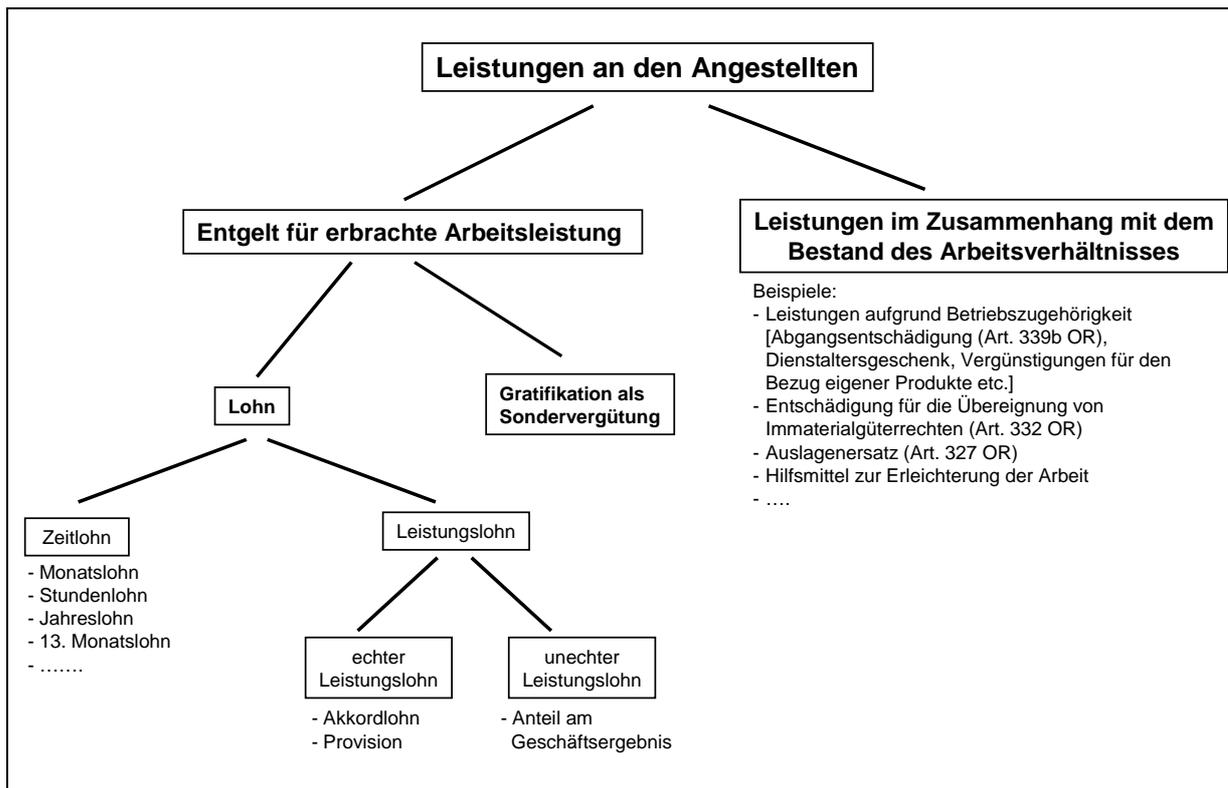
2 Vgl. dazu: PORTMANN, Rz 320 ff.; BK-REHBINDER, Übersicht zu Art. 322; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Übersicht zu Art. 322; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz 167 ff.; VISCHER, S. 105 ff.

3 In Anlehnung an SENTI, Leistungslohn, S. 680.

4 Art. 327a ff. OR.

5 SENTI, Leistungslohn, S. 675 ff.; Immerhin sei die Bemerkung erlaubt, dass SCHÖNENBERGER/STAEHELIN diese als 'ausserordentliche Zulage' bezeichnen (vgl. dort, Art. 322 N 2).

6 In Anlehnung an SENTI, Leistungslohn, S. 680.



3 Zeit- und Leistungslohn

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Zeit- und Leistungslohn. Beim Zeitlohn berechnet sich die Höhe der Vergütung nach der Dauer der Arbeitszeit, ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis⁷. Der Lohnanspruch entsteht durch Zeitablauf, ohne dass eine bestimmte Arbeitsleistung oder ein Arbeitserfolg vorliegen muss⁸. Der Zeitlohn, als Zahlung pro bestimmte Zeiteinheit, wird üblicherweise als Stunden-, Monats- oder Jahreslohn vereinbart und dient als Grundlage für die Berechnung verschiedener Abzüge und Zulagen.

Demgegenüber bemisst sich der Leistungslohn nach dem erarbeiteten Output⁹ oder dem eingetretenen Erfolg¹⁰. Im Unterschied zum Zeitlohn schwankt die Höhe des Leistungslohnes und hängt von diversen Einflussfaktoren ab¹¹.

⁷ VISCHER, S. 105.

⁸ VISCHER, S. 105; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 5; BK-REHBINDER, Art. 322 N 30.

⁹ Bsp.: Akkordlohn: Entlohnung nach der Anzahl gefertigter Einheiten (Art. 326 ff. OR)

¹⁰ Bsp.: Gewinn- oder Umsatzbeteiligung: Beteiligung an dem von der Unternehmung erarbeiteten Gewinn oder Umsatz (Art. 322a ff. OR).

¹¹ BK-REHBINDER, Art. 322 N 31; Vgl. zur rechtlichen Qualifikation und Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Leistungslohn: SENTI, Leistungslohn, S. 7 ff.

3.1 Zeitlohn

Der Zeitlohn bemisst sich nach einem Lohnsatz pro Zeiteinheit¹². Üblicherweise vereinbaren die Vertragsparteien einen Lohn pro Stunde, Monat oder pro Jahr. Stundenlöhne kommen häufig dann zur Anwendung, wenn die oder der Angestellte kein festes, im Voraus bestimmtes Pensum arbeitet und von den Parteien gewünscht wird, die effektiv geleistete Arbeit zu entschädigen. Angestellten im Stundenlohn werden häufig die Ferien in Form eines Zuschlages ausbezahlt. Eine solche Abgeltung der Ferien ist jedoch nur gültig, sofern dies im schriftlichen Arbeitsvertrag (falls vorhanden) vereinbart und der Ferienzuschlag in jeder einzelnen Lohnabrechnung separat ausgewiesen wird¹³.

Bei fest vereinbarter Arbeitszeit erfolgt eine Auszahlung des Lohnes häufig in Form eines Monats- oder Jahreslohnes. Unregelmässige Arbeitszeiten werden bei dieser Art der Entlohnung nicht in Form von Lohnschwankungen weitergegeben, sondern mit Mehr- oder Minderstunden verrechnet¹⁴.

3.2 Leistungslohn

Anstatt die Höhe in Abhängigkeit einer bestimmten Periode zu bemessen, orientieren sich diverse Vergütungssysteme an der, vom Arbeitnehmer, einer Gruppe oder der ganzen Unternehmung erarbeiteten Leistung. Die Abhängigkeit der Lohnhöhe von einem bestimmten Betriebsergebnis setzt einen Anreiz zur Leistungssteigerung. Die Erscheinungsformen von Leistungslohnen sind vielfältig und nicht alle sind gesetzlich geregelt¹⁵. Häufig anzutreffende Formen von Leistungslohn sind Beteiligung an Umsatz oder Gewinn in Form von Provisionszahlungen¹⁶.

3.3 13. Monatslohn

Eine spezielle Erscheinungsform des Zeitlohnes ist der 13. Monatslohn¹⁷. Gewisse Autoren¹⁸ und einige Gesamtarbeitsverträge¹⁹ bezeichnen den 13. Monatslohn als Zulage. Der 13. Monatslohn ist in seiner typischen Form eine häufig einmalige, bedingungslos geschuldete und im Voraus bestimmte Zahlung. Vorliegend wird auf diese Art von Zeitlohn näher eingegangen, da sich bei der Berechnung von Zulagen und Zuschlägen diverse Fragen stellen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung des 13. Monatslohnes.

¹² ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 4.

¹³ BGE 129 III 493; Vgl. dazu die diesbezüglichen Bemerkungen von SENTI, in AJP 1/2004, S. 104 ff.

¹⁴ Überstunden oder variable Arbeitszeitmodelle wie bspw. Gleit- oder Jahresarbeitszeit.

¹⁵ Vgl. dazu ausführlich: SENTI, Leistungslohn, AJP 6/2002, S. 669 ff.

¹⁶ Art. 322a OR.

¹⁷ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 12.

¹⁸ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 323 N 4.

¹⁹ Art. 41 LGAV Metallgewerbe oder Art. 41 GAV für das Schweizerische Isoliergewerbe.

3.3.1 Erscheinungsformen

Ursprünglich implizierte der Begriff „13. Monatslohn“ wohl eine Zahlung an die oder den Angestellten am Jahresende in der Höhe eines ordentlichen Monatslohnes. In der Praxis sind jedoch inzwischen sehr vielfältige Variationen dieser Entschädigung zu beobachten, welche den Begriff „13. Monatslohn“ deutlich überstrapazieren²⁰. Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages richtet sich nicht nach dessen Wortlaut, sondern nach dessen Inhalt bzw. dem wirklichen Willen der Parteien²¹. Von Bedeutung ist also, was die Vertrags- bzw. Tarifparteien vereinbarten und wie diese Vereinbarung ausgestaltet wurde.

3.3.2 Keine gesetzliche Pflicht zur Auszahlung

Mit Ausnahme von Lohnvorschriften in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen, liegt die Festsetzung der Lohnhöhe in der Autonomie der Vertragsparteien²². Das Obligationenrecht sieht keine Pflicht zur Ausrichtung eines 13. Monatslohnes vor, entsprechend steht es den Vertragsparteien frei, ob überhaupt ein 13. Monatslohn ausbezahlt werden soll. Zudem können Arbeitgeber und -nehmer die Ausgestaltung einer solchen Zahlung zum Jahresende²³ mehr oder weniger frei bestimmen.

3.3.3 Mögliche Erscheinungsformen eines 13. Monatslohnes

Wurde die Auszahlung eines 13. Monatslohnes vereinbart, richten sich dessen Modalitäten nach der entsprechenden Vertragsvereinbarung:

a) Höhe der Zahlung

Die Höhe eines 13. Monatslohnes muss nicht zwingend ein ordentliches Monatsgehalt umfassen. In der Praxis sind nicht selten Vereinbarungen mit höheren oder tieferen Beträgen anzutreffen. Insbesondere bei variablen Monatsgehältern wird zur Vereinfachung häufig die Zahlung einer konkreten Summe vereinbart, welche sich nicht zwingend mit dem ordentlichen oder durchschnittlichen Monatsgehalt zu decken braucht²⁴. Der Begriff des 13. Monatslohnes ist im Grundsatz eher weit im Sinne einer „Jahresendzahlung“ zu fassen.

²⁰ Sogar Gratifikationen werden gelegentlich als 13. Monatslohn bezeichnet (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 10).

²¹ Art. 18 OR.

²² VISCHER, S. 99. Ebenfalls vorbehalten sind Lohnvorschriften im Zusammenhang mit der Tätigkeit ausländischer Angestellter in der Schweiz (Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen, vom 8. Oktober 1999, SR 823.20 und Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, vom 6. Oktober 1986, SR 823.21).

²³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 9.

²⁴ Bsp.: „Am Ende des Jahres erhält der Angestellten einen 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 5'000.-.“

b) Berechnungsgrundlage

Bemisst sich die Zahlung in Abhängigkeit des im laufenden Jahr ausbezahlten Lohnes, stellt sich die Frage nach der exakten Berechnungsgrundlage. Vereinbarungen sind in verschiedenster Hinsicht möglich:

- Ist der zu Beginn des Jahres, am Ende des Jahres oder der durchschnittlich ausbezahlte Lohn relevant?²⁵
- Sind Zulagen, Überstundenzuschläge, Boni, Lohnersatzzahlungen²⁶ etc. auch beim 13. Monatslohn zu berücksichtigen?
- Führen längere Absenzen zu einer Kürzung des 13. Monatslohnes?²⁷
- Wird eine allfällige ausbezahlte Gratifikation angerechnet?

Auch wenn die Höhe dieser Zahlung frei vereinbart werden kann, ergeben sich gewisse Zuschläge oder Abzüge aus zwingenden gesetzlichen Vorschriften. Auf diesen Aspekt und die damit verbundenen Implikationen wird näher einzugehen sein²⁸.

c) Auszahlungsmodalitäten

Steht die Höhe des 13. Monatslohnes fest, so ist die vertragliche Vereinbarung auf die Auszahlungsmodalitäten hin zu prüfen: Wird der Lohn am Ende des Jahres, im November²⁹, im Juni³⁰ oder mehrmals jährlich³¹ ausgerichtet?

Ein 13. Monatslohn kann sowohl in Bezug auf dessen Höhe als auch die Auszahlungsmodalitäten fast beliebig ausgestaltet werden. Die diesbezüglichen Auswirkungen auf die übrigen Leistungen an die oder den Angestellten³² sind im konkreten Einzelfall zu prüfen.

3.3.4 Gemeinsamkeiten und rechtliche Charakteristika

Auch wenn die Erscheinungsformen des 13. Monatslohnes sehr vielfältig sind, bestehen doch einige Gemeinsamkeiten, die dessen (rechtlichen) Charakter bestimmen.

3.3.4.1 (Zeit-)Lohn im Sinne von Art. 322 OR

Der 13. Monatslohn ist Lohn im Sinne von Art. 322 OR, d.h. eine Zahlung des Arbeitgebers als Gegenleistung für die von der oder dem Angestellten erbrachte Arbeitslei-

²⁵ Dies ist insbesondere dann von Interesse, wenn es während des Jahres zu Lohnerhöhungen oder -kürzungen kam. Vgl. dazu das Obergericht TG im Entscheid RB 1989 Nr. 12, in SJZ 87 (1991) S. 87 f. und für die Gratifikation: ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322d N 29.

²⁶ Versicherungsleistungen bei Krankheit, Unfall, Militär etc.

²⁷ Zu denken ist diesbezüglich an Krankheit oder Militärdienst über die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht hinaus oder bspw. auch ein mehrmonatiger unbezahlter Urlaub.

²⁸ Vgl. dazu unten, Ziff. 5.4.4, S. 22.

²⁹ Als Vorweihnachtsgeschenk.

³⁰ Als Feriengeld.

³¹ Bspw. hälftig, je im Dezember und Juni zu 50%.

³² Berechnung des Ferienlohnes, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Zulagen und Zuschläge etc.

stung.

Weiter gilt der 13. Monatslohn typischerweise als Zeitlohn³³. „Der Zeitlohn entsteht und wächst mit dem Ablauf des Zeitabschnittes, für den sich der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber mit seiner Arbeitskraft zur Verfügung stellt. (...) Der Arbeitserfolg spielt für die Bemessung des Zeitlohnes keine Rolle.“³⁴ Im Unterschied zum Leistungslohn³⁵ hängt die Auszahlung eines 13. Monatslohnes also nicht vom Eintreten gewisser Bedingungen wie bspw. Umsatzhöhe oder Gewinn ab³⁶.

Die Gratifikation unterscheidet sich wesentlich vom 13. Monatslohn. Sie wird als „Sondervergütung“ bezeichnet und folgt in Bezug auf Anspruch, Höhe und Bemessung eigenen Regeln³⁷.

3.3.4.2 Rechtsfolgen

3.3.4.2.1 Anspruch pro rata temporis

Der 13. Monatslohn ist - da Zeitlohn - mit dem Ablauf einer bestimmten Periode voraussetzungslos geschuldet und daher bei Ein- oder Austritt während des Jahres pro rata temporis zu bezahlen³⁸. Selbstredend besitzt die oder der Angestellte einen klagbaren Anspruch auf dessen Ausrichtung³⁹.

3.3.4.2.2 Sozialversicherung

Das Sozialversicherungsrecht betrachtet den 13. Monatslohn als Lohn im eigentlichen Sinne, weshalb bei dessen Auszahlung die gesetzlichen Abzüge vorzunehmen sind⁴⁰. Auch wenn gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts das Sozialversicherungsrecht als eigenständiger Rechtsbereich nicht an privatrechtliche Definitionen und Begriffe gebunden ist⁴¹, passt es sehr gut in das Gesamtbild, dass der 13. Monatslohn in Bezug auf den rechtlichen Charakter dieser Zahlung dem 'normalen' Monatslohn gleichgestellt wird.

3.3.4.2.3 Ferienlohn und Lohnfortzahlungspflicht

Während der Ferien haben Angestellte Anspruch auf denjenigen Lohn, welchen sie

³³ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 12; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 9.

³⁴ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 5.

³⁵ SENTI, Leistungslohn, S. 671.

³⁶ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 12, m.w.V.

³⁷ Art. 322d OR; Vgl. dazu eingehend: SENTI, Leistungslohn, S. 675.

³⁸ SENTI, Leistungslohn, S. 5; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 12; Obergericht TG im Entscheid RB 1989 Nr. 12, in SJZ 87 (1991) S. 87 f.

³⁹ BK-REHBINDER, Art. 322d N 4. Dies im Unterschied zur Gratifikation nach Art. 322d OR.

⁴⁰ Alters- und Hinterlassenenversicherung: Art. 5 Abs. 2 AHVG; Arbeitslosenversicherung: Art. 3 AVIG i.V.m. Art. 5 AHVG; Invalidenversicherung: Art. 3 IVG i.V.m. Art. 5 AHVG; Unfallversicherung: Art. 115 UVV i.V.m. Art. 22 UVV und Art. 5 AHVG; Berufliche Vorsorge: Art. 7 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 5 AHVG.

⁴¹ Dieser Grundsatz wird vor allem bei der (sozialversicherungsrechtlichen) Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit erwähnt (BGE 122 V 171).

im Falle einer Arbeitsleistung verdient hätten⁴². Dasselbe gilt im Falle einer Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers infolge unverschuldeter Arbeitsverhinderung⁴³. In beiden Fällen wird während des Arbeitsunterbruches der ordentliche Lohn weiterhin ausbezahlt und am Ende des Jahres erhält die oder der Angestellte den 13. Monatslohn in derjenigen Höhe ausbezahlt, wie wenn das ganze Jahr hindurch (ohne Ferien bzw. ohne Arbeitsverhinderung) gearbeitet worden wäre. Kommt es, bspw. im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, zu einer Auszahlung des Ferienlohnes, ist bei dessen Berechnung ein anteiliger 13. Monatslohn mit zu berücksichtigen. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass das Arbeitsverhältnis länger gedauert hätte, wenn die Ferien in Form von bezahlter Freizeit bezogen worden wären und auch für diese Zeit ein Anspruch auf einen 13. Monatslohn pro rata temporis bestünde.

Der 13. Monatslohn ist also sowohl bei der Berechnung des Ferienlohnes als auch bei einer Lohnfortzahlungspflicht infolge Arbeitsverhinderung zu berücksichtigen. Auch in diesem Zusammenhang zeitigt der 13. Monatslohn dieselben Rechtsfolgen wie der ‚normale‘, am Ende eines Monats ausbezahlte Zeitlohn.

3.3.4.2.4 Überstunden

Bei der Auszahlung von Überstunden stellt sich die Frage, ob ein 13. Monatslohn bei der Berechnung des Stundenlohnes mit zu berücksichtigen ist. Nach Ansicht diverser Autoren⁴⁴ und auch der hier vertretenen Auffassung⁴⁵ ist der 13. Monatslohn bei der Berechnung der Überstundenentschädigung miteinzurechnen. Dies allerdings nur, sofern der 13. Monatslohn am Ende des Jahres in einer vorausbestimmten Höhe⁴⁶ geschuldet ist und sich nicht gestützt auf die im Laufe des Jahres ausbezahlte Lohnsumme errechnet⁴⁷. Zudem können die Vertragsparteien eine anderweitige Regelung vereinbaren, da sowohl die Zahlung oder Berechnung von Überstunden(zuschlägen) als auch des 13. Monatslohnes dispositives Recht darstellt⁴⁸.

3.3.4.3 Unterschiede zum ‚normalen‘ Monatslohn

Im Unterschied zum monatlich ausbezahlten Lohn erfolgt die Auszahlung beim 13. Monatslohn nur wenige Male, üblicherweise am Ende des Jahres oder Halbjahres. Wesentlichster Unterschied zum ‚normalen‘ Monatslohn ist also dessen Fälligkeit. Zudem kann der 13. Monatslohn in der vertraglichen Vereinbarung von der Höhe des ordentlichen Lohnes abhängig gemacht werden. Dies im Unterschied zu Letzterem,

⁴² Art. 329d OR, ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 329d N 1 OR; BK-REHBINDER, Art. 329d N 2, VISCHER, S. 89 (§ 8 IV 2 e).

⁴³ Art. 324a OR; BK-REHBINDER, Art. 324a N 21; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 324a N 48.

⁴⁴ STREIFF/VON KAENEL, Art. 321c N 12, m.V.a. KUHN, 6/4.1.4.

⁴⁵ SENTI, Überstunden, S. 29.

⁴⁶ Bspw. in der Höhe eines ordentlichen Monatsgehalts, oder als fest bestimmter Betrag.

⁴⁷ Bspw. Vereinbarung eines 13. Monatslohnes in der Höhe eines Zwölftels des im laufenden Jahr ausbezahlten Lohnes (SENTI, Überstunden, S. 29): In diesem Fall käme es zu einer doppelten Auszahlung.

⁴⁸ Art. 321c Abs. 3 OR.

welcher in aller Regel in Form eines bestimmten Betrages fixiert bzw. vereinbart ist⁴⁹.

4 Zulagen und Zuschläge

Nicht ohne Weiteres in obenstehende Darstellung einordnen lassen sich Zahlungen, die zusätzlich zum Lohn ausgerichtet werden. Zulagen und Zuschläge hängen mehrheitlich von der Auszahlung eines Lohnes und/oder dessen Höhe ab. Im vorliegenden Zusammenhang wird einzig auf solche Zulagen und Zuschläge eingegangen, die in Geld ausbezahlt werden. Namentlich nicht näher von Bedeutung sind also *Zeitzuschläge*, bspw. im Zusammenhang mit wiederkehrender Nachtarbeit⁵⁰.

Zulagen und Zuschläge lassen sich in drei Gruppen aufteilen, wobei gleichzeitig zwischen gesetzlichen, gesamt- und einzelarbeitsvertraglichen Zulagen und Zuschlägen zu unterscheiden ist. Zudem sind in der Praxis verschiedene Leistungen an Angestellte anzutreffen, welche zwar als Zulage oder Zuschlag bezeichnet werden, in Wirklichkeit aber nicht als solche zu qualifizieren sind. Nachfolgend eine - nicht abschliessende - Übersicht:

	Sozialzulagen / -zuschläge	Inkonvenienzzulagen / -zuschläge	Zulagen / Zuschläge i. Z. m. Lage oder Umfang der Arbeitszeit
Gesetz	- Kinder- ⁵¹ - Familien- - Ausbildungs- - Orts- - Geburtszulagen		Zuschlag für: - Überstundenarbeit (Art. 321c OR) - Überzeitarbeit (Art. 13 ArG) - Nacharbeit (Art. 17b ArG) - Sonntagsarbeit (Art. 19 ArG)
Vertrag/ GAV		- Zulagen für Arbeit in Wasser und Schlamm ⁵² - Zulagen für Untertagsarbeiten ⁵³ - Lärmzulagen - Staubzulagen	Zuschlag für: - Überstundenarbeit ⁵⁴ - dauernde Nachtarbeit ⁵⁵ - Samstagarbeit ⁵⁶ - Sonntagsarbeit ⁵⁷ - Schichtarbeit ⁵⁸ - Pikettdienst
„Falsche“ Zulagen / Zuschläge⁵⁹:			
- Zahlungen als Auslagen- oder Spesenersatz: Zulage für auswärtige Verpflegung, Benützung des Privatautos etc.			
- Verdeckte Lohnerhöhungen: Teuerungszulage			
- Vorzeitige oder vereinfachte Abgeltung von Lohnansprüchen: Ferienzulage / -zuschlag			

⁴⁹ Dies gilt natürlich nur für den Zeit-, nicht aber den Leistungslohn.

⁵⁰ Art. 17b Abs. 2 ArG.

⁵¹ Bspw. SG: Kinderzulagengesetz, vom 11.4.1996, sGS 371.1).

⁵² Bspw. Art. 57 Landesmantelvertrag Bauhauptgewerbe

⁵³ Bspw. Art. 58 Landesmantelvertrag Bauhauptgewerbe

⁵⁴ Art. 53 LMV Bauhauptgewerbe

⁵⁵ Bspw. Art. 55 Landesmantelvertrag Bauhauptgewerbe

⁵⁶ Anhang 13, Art. 7 LMV Bauhauptgewerbe; Art. 44 Gesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Isoliergewerbe.

⁵⁷ Art. 56 LMV Bauhauptgewerbe.

⁵⁸ Bspw. Art. 59 Landesmantelvertrag Bauhauptgewerbe .

⁵⁹ Vgl. dazu unten, Ziff. 4.6, S. 12.

4.1 Sozialzulagen / -zuschläge

Die Sozialzulagen als erste Gruppe basieren auf öffentlichem Recht. Da der Bund bisher von seiner Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über Familienzulagen noch keinen Gebrauch gemacht hat (Art. 116 Abs. 3 BV), gelten die diesbezüglichen kantonalen Vorschriften⁶⁰.

Sozialzulagen hängen in aller Regel nicht von der Höhe des ausbezahlten Lohnes oder vom Beschäftigungsgrad der oder des Angestellten ab. Deren Auszahlung erfolgt aufgrund von Faktoren, die, wenn überhaupt, nur mittelbar mit dem Arbeitsverhältnis zu tun haben (Anzahl Kinder, Geburt, Wohnort etc.).

4.2 Inkonvenienzzulagen / -zuschläge

Die zweite Gruppe von Zulagen und Zuschlägen stellt ein Entgelt für erschwerte Arbeitsbedingungen dar, daher der häufig anzutreffende Begriff „Inkonvenienzzulagen“. Solche Zulagen finden sich vor allem in Einzel- oder Gesamtarbeitsverträgen. Die Ausrichtung von Inkonvenienzzulagen oder -zuschlägen hängt davon ab, ob die Arbeit unter den erschwerten Bedingungen geleistet wurde⁶¹.

4.3 Zulagen / Zuschläge i. Z. m. Lage oder Umfang der Arbeitszeit

4.3.1 Allgemeines

Die dritte Gruppe von Zulagen und Zuschlägen betrifft Zusatzleistungen im Zusammenhang mit der Lage oder dem Umfang der zu leistenden Arbeitszeit. Zu den gesetzlichen Zuschlägen gehören der Zuschlag für Überzeit- Nacht- oder vorübergehende Sonntagsarbeit. Auf vertraglicher Basis finden sich häufig weitere Zuschläge, namentlich für Schichtarbeit oder Pikettdienst⁶². Die Pflicht zur Zahlung von Überstundenzuschlägen nach Art. 321c OR ist zwar eine gesetzlich vorgesehene Regelung, welche aber im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung, einem Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag abgeändert werden kann.

4.3.2 Zuschlag für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit

Art. 13 ArG verpflichtet den Arbeitgeber, die nicht kompensierte Überzeit seiner Angestellten mit einem Lohnzuschlag von 25% auszusahlen.

Bei den Zuschlägen für Nachtarbeit unterscheidet das Arbeitsgesetz zwischen vorübergehender und dauernder Nachtarbeit⁶³. Bei vorübergehender Nachtarbeit ist ein Lohnzuschlag von 25% zu bezahlen⁶⁴, bei dauernder Nachtarbeit ein Zeitzuschlag

⁶⁰ VISCHER, S. 35.

⁶¹ Vgl. dazu BK-REHBINDER, Art. 329d N 3; MÜLLER, ArG-Kommentar, Art. 13 Abs. 1 N 1; HUG, Art. 13 N 3.

⁶² ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 12.

⁶³ Vgl. Art. 17b Abs. 1 und 2 ArG.

⁶⁴ Art. 17b Abs. 1 ArG.

von 10% gutzuschreiben⁶⁵.

Bei vorübergehender Sonntagsarbeit hat der Arbeitgeber einen Lohnzuschlag von 50% zu bezahlen⁶⁶, während bei dauernder Sonntagsarbeit kein Lohnzuschlag geschuldet ist.

4.3.3 Überstundenzuschlag nach Art. 321c OR

Vom Zuschlag für Überzeitarbeit nach den Vorschriften des Arbeitsgesetzes zu unterscheiden ist der Zuschlag für Überstundenarbeit. Überzeitarbeit liegt vor, wenn die im Arbeitsgesetz vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wird⁶⁷. Überstundenarbeit leistet die oder der Angestellte, wenn die Arbeitszeit das *vertraglich vereinbarte* Ausmass übersteigt⁶⁸.

Art. 321c OR sieht vor, dass Überstundenarbeit mit Freizeit von gleicher Dauer kompensiert werden kann. Falls keine Kompensation erfolgt, ist Überstundenarbeit mit einem Zuschlag von 25% auszuzahlen⁶⁹. Im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung einem Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag kann von dieser Regelung abgewichen werden. Möglich ist nicht nur eine Auszahlung von Überstunden ohne Zuschlag, sondern auch deren Abgeltung in Form einer Pauschale oder eine Vereinbarung, wonach eine angemessene Anzahl Überstunden im Monatslohn inbegriffen ist⁷⁰. Bezüglich der Abgeltung von Überstunden steht es den Vertragsparteien offen, eine anderweitige als die in Art. 321c OR vorgesehene Regelung zu treffen. Einzige Voraussetzung ist das Vorliegen einer schriftlichen Vereinbarung⁷¹. Sofern die Vertragsparteien eine von Art. 321c OR abweichende Vereinbarung trafen, handelt es sich beim Überstundenzuschlag an sich um einen vertraglich vereinbarten Lohnzuschlag. Die Auszahlung und Berechnung von Überstundenzuschlägen richtet sich in diesem Fall nach der vertraglichen Vereinbarung. Als solche kann auch eine betriebliche Praxis gelten, wobei in diesem Fall aber die Frage zu stellen ist, ob damit die Formvorschriften gemäss Art. 321c Abs. 3 OR eingehalten werden.

Auf die gesetzliche Regelung in Art. 321c OR ist nur dann abzustellen, wenn im Arbeitsvertrag nicht von dieser Vorschrift abgewichen wird. In diesem Fall handelt es sich nicht um einen vertraglichen, sondern um einen gesetzlichen Zuschlag.

⁶⁵ Art. 17b Abs. 2 ArG.

⁶⁶ Art. 19 Abs. 3 ArG.

⁶⁷ 45 bzw. 50 Stunden (Art. 9 Abs. 1 ArG).

⁶⁸ Vgl. dazu eingehend, SENTI, Überstunden, S. 17 f.

⁶⁹ Art. 321c Abs. 3 OR.

⁷⁰ SENTI, Überstunden, S. 17.

⁷¹ Art. 321c Abs. 3 OR.

4.4 Zulagen / Zuschläge in Gesamtarbeitsverträgen

In Gesamtarbeitsverträgen finden sich vor allem Vorschriften über Inkonvenienzzulagen⁷² sowie Zulagen oder Zuschläge im Zusammenhang mit Nacht-, Sonntags-, Schicht oder Überstundenarbeit. Sofern ein entsprechender Gesamtarbeitsvertrag als allgemeinverbindlich erklärt wurde, stellt dieser zwingendes Recht dar und ist für sämtliche Unternehmen in dessen Anwendungsbereich verbindlich. In diesem Fall haben sämtliche, im Gesamtarbeitsvertrag enthaltene Zulagen oder Zuschläge Gesetzescharakter: Deren Auszahlung ist zwingend und den Vertragsparteien steht keine Möglichkeit der Wegbedingung offen.

Abweichungen zu Gunsten der Angestellten sind jedoch ohne Weiteres möglich. Art. 357 Abs. 2 OR bildet die gesetzliche Grundlage für das so genannte Günstigkeitsprinzip, welches erlaubt, vom Gesamtarbeitsvertrag abweichende Regelungen zugunsten der oder des Angestellten zu treffen⁷³. Das Günstigkeitsprinzip ist zwingendes Recht⁷⁴, kann also weder in Gesamt- noch Einzelarbeitsverträgen wegbedungen werden.

4.5 Vertraglich vereinbarte Zulagen / Zuschläge

Über das gesetzliche Minimum hinaus können weitere Zulagen und Zuschläge ausgerichtet werden. Dabei handelt es sich um einzelarbeitsvertraglich vereinbarte Leistungen, deren Ausrichtung und Bemessung die Vertragsparteien grundsätzlich frei vereinbaren können.

In der Praxis findet sich eine Vielzahl vertraglich vereinbarter Zulagen. Zum Einen besteht die Möglichkeit, öffentlich-rechtlich oder in Gesamtarbeitsverträgen vorgeschriebene Zulagen und/oder Zuschläge über das obligatorische Minimum hinaus auszurichten (überobligatorische Zulagen oder Zuschläge). Zu denken ist dabei an die Auszahlung eines Nachtzuschlages über die nach Arbeitsgesetz geforderten 10%, oder die Aufstockung von Sozialzulagen. Zum Anderen finden sich aber auch Zulagen oder Zuschläge, die kein öffentlich-rechtliches oder gesamtarbeitsvertragliches Pendant kennen (freiwillige Zulagen oder Zuschläge): Zulagen für Pikettdienst, Zulagen für Diensterrfindungen⁷⁵, Alters-, Weiterbildungszulagen und Ähnliches. Bezüglich der Bemessung und Ausrichtung solcher Leistungen sind die Vertragsparteien an sich frei. Als einzige Einschränkung zu erwähnen ist, dass auch vertraglich vereinbarte Zulagen den (zwingenden) Vorschriften bezüglich Entlohnung folgen. Die Grenze der Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung von Zulagen bilden also die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Lohngestaltung.

⁷² Schmutz-, Lärm-, Staub-, Wasserzulagen etc.

⁷³ OR-REHBINDER/PORTMANN, Art. 357 N 38; ZK-SCHÖNENBERGER/VISCHER, Art. 357 N 20.

⁷⁴ ZK-SCHÖNENBERGER/VISCHER, Art. 357 N 19, m.V.a. N 25ff.

⁷⁵ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 332 N 11.

Zulagen gelten nicht erst im Falle einer ausdrücklichen (schriftlichen) Vertragsvereinbarung als geschuldet. Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung kann auch eine betriebliche Übung sein⁷⁶. Bezahlt die Arbeitgeberin bei der Geburt eines eigenen Kindes an jede oder jeden Angestellten eine einmalige Geburtszulage, so besteht die Möglichkeit, dass aus einer solchen betrieblichen Übung auch für diejenigen Angestellten ein Anspruch entsteht, welche noch nie von einer solchen Zulage profitierten.

4.6 „Falsche“ Zulagen / Zuschläge

4.6.1 Auslagenersatz oder Lohnzahlungen als Zulagen oder Zuschläge

Gelegentlich werden auch solche Leistungen als Zulagen oder Zuschläge bezeichnet, welche an sich nicht in diese Kategorie gehören. So gewährt der Landesgesamtarbeitsvertrag für das Metallgewerbe⁷⁷ eine *Zulage bei auswärtiger Arbeit*. In Absatz 1 jener Bestimmung wird jedoch ausdrücklich deklariert, dass es sich um einen Ersatz für die Mehrkosten handelt, die der oder dem Angestellten durch die Notwendigkeit einer auswärtigen Verpflegung entstehen⁷⁸. Eine solche Leistung stellt an sich keinen Lohn oder Lohnbestandteil, sondern einen Auslagenersatz nach Art. 327a ff. OR dar. Dasselbe gilt für die *Zulage für die Benützung eines privaten Fahrzeuges*⁷⁹. Bei diesen sogenannten 'Zulagen' handelt es sich effektiv um einen Auslagenersatz in Form einer Pauschale.

Ebenfalls nicht als Zulage im eigentlichen Sinn zu bezeichnen ist die *Teuerungszulage*. Mit Ausrichtung einer Teuerungszulage soll der oder dem Angestellten eine Reallohninbusse infolge Inflation ausgeglichen werden. Faktisch handelt es sich bei einer solchen Zulage um eine im Voraus vereinbarte Erhöhung des Lohnes im Umfang der eingetretenen Inflation⁸⁰. Je nach Ausgestaltung dieser Leistung kann es sich allerdings auch um eine Gratifikation handeln⁸¹.

Auch die Auszahlung eines 13. Monatslohnes wird in diversen Gesamtarbeitsverträgen als (Jahresend-)Zulage bezeichnet⁸², oder der Ferienanspruch wird in Form eines Zuschlages mit dem Laufenden Lohn ausbezahlt⁸³. Wie bei der Teuerung, handelt es sich bei der Auszahlung eines 13. Monatslohnes oder des Ferienzuschlages - streng genommen - nicht um einen Zuschlag oder eine Zulage, sondern schlicht und

⁷⁶ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 30.

⁷⁷ LGAV für das Metallgewerbe vom August 2000.

⁷⁸ Art. 45.1 LGAV Metallgewerbe; Auch der allgemeinverbindliche GAV für das Schweizerische Isoliergewerbe (vom Juni 2002) sieht einen Auslagenersatz vor, welcher unter anderem als 'Orstzulage' bezeichnet wird (vgl. dort, Art. 45.2): Ähnlich: Art. 60 LMV Bauhauptgewerbe.

⁷⁹ Art. 46 LGAV Metallgewerbe. Art. 46 GAV für das Schweizerische Isoliergewerbe (vom Juni 2002).

⁸⁰ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322 N 9, m.V.a. SAE 1983, S. 9; BK-REHBINDER, Art. 322 N 40.

⁸¹ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 13; BK-REHBINDER, Art. 322 N 40.

⁸² ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, 323 N 4; Art. 41 LGAV Metallgewerbe, welcher den 13. Monatslohn als 'Jahresendzulage' bezeichnet. Gleich: Art. 41 GAV für das Schweizerische Isoliergewerbe (vom Juni 2002).

⁸³ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 329d N 15.

einfach um die Auszahlung des vereinbarten Lohnes, zum Teil zusammen mit dem jeweils geschuldeten Monatsgehalt (Ferienzuschlag) oder aber erst am Ende des Jahres (13. Monatslohn).

4.6.2 Rechtliche Qualifikation

Die vertragliche Bezeichnung einer Leistung spielt insofern keine Rolle, als bei der Vertragsauslegung und Rechtsanwendung auf den effektiven, wirklichen Willen der Parteien abgestellt wird und nicht auf die (juristisch) falsche Bezeichnung⁸⁴. Für die rechtliche Qualifikation ist die Bezeichnung der Leistung als im Grundsatz unerheblich⁸⁵. Bei der rechtlichen Beurteilung solcher Leistungen ist immer auf deren wirklichen Charakter zu achten⁸⁶.

5 Fragen im Zusammenhang mit Zulagen und Zuschlägen

5.1 Allgemeines

Probleme im Zusammenhang mit Zulagen und Zuschlägen ergeben sich regelmässig in Bezug auf deren Auszahlung⁸⁷, deren Bemessung⁸⁸ und die Berechnung im konkreten Einzelfall⁸⁹. Nachfolgend wird auf diese Problemstellung eingegangen, vorweg aber noch kurz der rechtliche Charakter von Zulagen und Zuschlägen ausgeleuchtet.

5.2 Lohncharakter von Zulagen / Zuschlägen

Zulagen und Zuschläge haben in der Regel Lohncharakter⁹⁰, weshalb für diese Art von Leistungen die gesetzlichen Vorschriften und Grundsätze zur Lohnzahlung gelten. Dies gilt selbstverständlich nur für 'echte' Zulagen oder Zuschläge, nicht aber Leistungen, die als solche bezeichnet werden, in Wirklichkeit aber Auslagen- oder Spesenersatz darstellen⁹¹.

5.2.1 Klagbarer Anspruch

Im Unterschied zur Gratifikation sind Zulagen und Zuschläge, sofern vereinbart oder gesetzlich vorgeschrieben, fest geschuldet. Die Auszahlung oder Bemessung von vereinbarten oder gesetzlich vorgeschriebenen Zulagen oder Zuschlägen liegt also nicht im Ermessen des Arbeitgebers.

84 Art. 18 OR.

85 OR-WIEGAND, Art. 18 N 47.

86 So kann bspw. die als 'Teuerungszulage' bezeichnete Zahlung auch eine Gratifikation darstellen (ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 322 N 13).

87 Müssen Zulagen oder Zuschläge ausbezahlt werden?

88 Wie hoch ist die zu bezahlende Zulage oder Zuschlag (abstrakt, bspw. in % des Lohnes).

89 Ist eine Gratifikation oder ein 13. Monatslohn miteinzubeziehen bei der Berechnung?

90 VISCHER, S. 85.

91 Vgl. oben, Ziff. 4.6, S. 12.

5.2.2 Anspruch pro rata temporis

Wie der Zeitlohn, sind auch Zulagen oder Zuschläge geschuldet, sobald die Arbeitsleistung erbracht wurde. Entsprechend richtet sich deren Auszahlung in den meisten Fällen nach der effektiv geleisteten Arbeit. Sofern Zulagen oder Zuschläge aber in Form einer Pauschale über eine bestimmte Zeitperiode ausgerichtet werden, sind diese meines Erachtens pro rata temporis auszuzahlen, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb jener Periode endet⁹².

5.2.3 Diskriminierungsverbot

Art. 8 Abs. 3 BV statuiert den Grundsatz, dass Mann und Frau einen Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit haben. Dieser Grundsatz, konkretisiert im Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau⁹³, gilt nicht nur für die Höhe des vereinbarten Zeitlohnes, sondern für jedes Entgelt, das für geleistete Arbeit ausgerichtet wird, also auch für Zulagen⁹⁴.

5.2.4 Kündigungsparität

Das Obligationenrecht statuiert den Grundsatz der Kündigungsparität: Arbeitgeber und -nehmer dürfen keine verschiedenen Kündigungsfristen vereinbaren⁹⁵. Bei unterschiedlichen Fristen gilt für beide Parteien die Längere⁹⁶. Der Paritätsgrundsatz geht jedoch über diese formelle Gleichbehandlung hinaus und verlangt auch eine materielle Parität: „Gegen das Gebot der Parität verstösst auch die Vereinbarung eines sachlich nicht gerechtfertigten Nachteils, der nur die eine Partei (in der Regel den Arbeitnehmer) bei der Kündigung trifft, z.B. die Festlegung eines geringeren Lohnes (...)“⁹⁷. Eine Vereinbarung, wonach Zulagen oder Zuschläge nur bei ungekündigtem Vertragsverhältnis ausbezahlt oder gutgeschrieben werden, ist unzulässig.

5.2.5 Sozialversicherung

Zulagen oder Zuschläge werden überwiegend als massgebender Lohn im Sinne des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung⁹⁸ betrachtet: Art. 5 Abs. 2 AHVG erklärt „Teuerungs- und andere Lohnzulagen“ als AHV-pflichtiges Einkommen. Davon ausgenommen sind einzig Familienzulagen, die als Kinder-, Haus-

⁹² Bsp.: Infolge regelmässiger Einsatzpläne wird eine Lärm- oder Schmutzzulage nicht aufgrund der effektiven Einsätze, sondern in Form einer monatlichen Pauschale ausgerichtet. Ebenso denkbar ist die pauschale Auszahlung einer Weiterbildungszulage, welche die oder der Angestellte für eigene Weiterbildungen verwenden darf. Solche Leistungen sind - endet das Arbeitsverhältnis im Laufe des Monats - meines Erachtens pro rata auszuzahlen.

⁹³ vom 24. März 1995 (GIG).

⁹⁴ BGE 126 II 223 m.V.a. BGE 109 Ib 87.

⁹⁵ Art. 335a OR.

⁹⁶ Art. 335a OR.

⁹⁷ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 335a N 4.

⁹⁸ vom 20. Dezember 1946 (AHVG).

halts-, Heirats- und Geburtszulagen im orts- oder branchenüblichen Rahmen ausbezahlt werden⁹⁹.

Die meisten übrigen Sozialversicherungsgesetze stellen bei der Bestimmung des abrechnungspflichtigen Lohnes auf die Definition gemäss AHVG ab. Entsprechend deckt sich denn auch die Frage nach der Beitragspflicht¹⁰⁰.

5.2.6 Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung

5.2.6.1 Fälle einer Lohn(fort)zahlungspflicht

Im Arbeitsrecht sind verschiedene Situationen anzutreffen, welche den Arbeitgeber trotz fehlender Arbeitsleistung zur Lohnzahlung verpflichten. In diesen Fällen stellt sich regelmässig die Frage, welche Zulagen oder Zuschläge ausbezahlt sind, und falls ja, in welcher Höhe. Von Bedeutung ist die Frage einer abstrakten Lohnberechnung in folgenden Fällen:

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 eine Lohnfortzahlungspflicht¹⁰¹.

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 Naturallohn¹⁰².

3. Lohnfortzahlung 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.

4. 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 Arbeitsleistung¹⁰³.

⁹⁹ Art. 6 Abs. 2 lit. f AHVV i.V.m. Art. 5 Abs. 4 AHVG.

¹⁰⁰ Arbeitslosenversicherung: Art. 3 AVIG i.V.m. Art. 5 AHVG; Invalidenversicherung: Art. 3 IVG i.V.m. Art. 5 AHVG; Unfallversicherung: Art. 115 UVV i.V.m. Art. 22 UVV und Art. 5 AHVG; Berufliche Vorsorge: Art. 7 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 5 AHVG.

¹⁰¹ Art. 324a OR.

¹⁰² Art. 329d OR.

¹⁰³ Art. 324 OR.

5. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber

Kündigt der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag fristlos ohne triftigen Grund, so hat der Angestellte Anspruch auf Schadenersatz. Zu entschädigen ist, was der Angestellte verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre¹⁰⁴.

Obwohl sich die Pflicht zur Lohn(fort)zahlung in diesen fünf Beispielen auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen abstützt, geht es immer darum, den Angestellten finanziell so zu stellen, wie wenn er gearbeitet hätte. Insofern richtet sich die Berechnung des Anspruchs meines Erachtens nach denselben Grundsätzen.

5.2.6.2 Berechnung des Lohnanspruches

5.2.6.2.1 Allgemeine Grundregel

Die oder der Angestellte hat Anspruch auf denjenigen Lohn, welcher ohne das Vorliegen der Arbeitsverhinderung verdient worden wäre¹⁰⁵. Die Frage, ob damit auch Zulagen und Zuschläge auszuzahlen sind, wird von diversen Autoren bejaht¹⁰⁶. Meines Erachtens ist eine differenzierte Betrachtungsweise notwendig.

Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass die oder der Angestellte denjenigen Lohn verdient, wie wenn gearbeitet worden wäre. Damit ist nur dann auf eine hypothetische Berechnung abzustellen, wenn über die erwartete Arbeitsleistung Unklarheit herrscht. Wurden beispielsweise die Einsatzpläne bereits erstellt, so ist nach jenen Grundlagen abzurechnen¹⁰⁷.

Besteht über das Ausmass der effektiv geleisteten Arbeit Unklarheit, ist eine hypothetische Rechnung vorzunehmen¹⁰⁸. Bei unregelmässigem Verdienst ist auf eine Durchschnittsberechnung, gestützt auf die vergangenen zwölf Monate, abzustellen, wobei saisonale Schwankungen zu berücksichtigen sind¹⁰⁹. Bezüglich der Frage, ob

¹⁰⁴ Art. 337c OR.

¹⁰⁵ Krankheit/Unfall: BK-REHBINDER, Art. 324a N 21f.; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 324a N 48; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9;
Lohnzahlung während der Ferien: ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 329d N 1; STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3; BK-REHBINDER, Art. 329d N 1;
Ungerechtfertigte fristlose Kündigung: BK-REHBINDER, Art. 337c N 3; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 337c N 8; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337c N 2.
Annahmeverzug des Arbeitgebers: ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 324 N 23; BK-REHBINDER, Art. 324 N 16.

¹⁰⁶ Krankheit/Unfall: BK-REHBINDER, Art. 324a N 22; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 324a N 48; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9;
Lohnzahlung während der Ferien: ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 329d N 1; STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3; BK-REHBINDER, Art. 329d N 1;
Ungerechtfertigte fristlose Kündigung: BK-REHBINDER, Art. 337c N 3; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 337c N 8.

¹⁰⁷ Bsp.: Eine Krankenschwester meldet sich arbeitsunfähig infolge Unfall. Da der Schichtplan bereits bekannt ist, ist auch klar, ob die verunfallte Person zur Nachtschicht eingeteilt wurde und somit einen entsprechenden Zuschlag erhält.

¹⁰⁸ GEISER, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall, Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, 1. November 2002, S. 8; m.V.a. STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3.

¹⁰⁹ GEISER, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall, Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, 1. November 2002, S. 8; m.V.a. STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3.

und welche Zulagen oder Zuschläge auch während der arbeitsfreien Zeit auszurichten sind, beurteilt sich meines Erachtens nicht für alle Zulagen und Zuschläge gleich.

5.2.6.2.2 Sozialzulagen

Auszuzahlen sind vorweg solche Zulagen oder Zuschläge, die „dauernd“¹¹⁰ sind bzw. „(...) nicht unmittelbar durch tatsächliche Arbeitsleistung ausgelöst werden(...)“¹¹¹. Dazu gehören in jedem Fall die Sozialzulagen (Kinder-, Familien-, Orts- oder Alterszulagen)¹¹².

5.2.6.2.3 Inkonvenienzzulagen

Die Auszahlung von Inkonvenienzzulagen wird davon abhängig gemacht, ob diese in den vergangenen Monaten in Form einer Pauschale oder nur im Einzelfall ausbezahlt wurden¹¹³. Erfolgt die Auszahlung von Zulagen oder Zuschlägen aufgrund einer Durchschnittsrechnung und unabhängig von dem, die Zulage auslösenden Ereignis, so handelt es sich um einen Lohnbestandteil, der auch während der arbeitsfreien Zeit auszurichten ist¹¹⁴. Bei Inkonvenienzzulagen wird aber darauf hingewiesen, dass diese als Entschädigung für die erschwerten Umstände der Arbeitsleistung bezahlt werden, welche während einer Arbeitsverhinderung gerade nicht anfallen¹¹⁵. Inkonvenienzzulagen oder -zuschläge ergeben sich aus einer gesamt- oder einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung. Nach Ansicht von REHBINDER steht den Vertragsparteien somit die Möglichkeit einer vertraglichen Regelung offen¹¹⁶.

Meines Erachtens besteht bei Inkonvenienzzulagen zwar eine Vertragsautonomie von Arbeitgeber und -nehmer, einer beliebigen Regelung stehen jedoch die gesetzlich zwingenden Grundprinzipien des Einzelarbeitsvertragsrecht entgegen. Ein solches Prinzip ist der Grundsatz, dass während einer Arbeitsverhinderung der *gesamte* Lohn zu bezahlen ist. Qualifiziert man Inkonvenienzzulagen als Lohn, so sind diese geschuldet, auch wenn die Parteien eine andere vertragliche Abmachung trafen. Eine vertragliche Wegbedingung von Inkonvenienzzulagen während Arbeitsunfähigkeit, Ferien oder aus anderen Gründen ist meines Erachtens höchstens dann möglich, wenn sich deren Auszahlung strikt nach den effektiv geleisteten Stunden richtet und nicht in Form einer Pauschale oder Durchschnittsrechnung ausbezahlt wird.

110 STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 9.

111 BK-REHBINDER, Art. 329d N 3.

112 BK-REHBINDER, Art. 329d N 3, STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3, ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 329d N 1.

113 BK-REHBINDER, Art. 329d N 3.

114 BK-REHBINDER, Art. 329d N 3.

115 BK-REHBINDER, Art. 329d N 3.

116 BK-REHBINDER, Art. 329d N 3.

5.2.6.2.4 Zulagen / Zuschläge i. Z. m. Lage und Umfang der Arbeitszeit

Bezüglich der Auszahlung von Zulagen oder Zuschlägen im Zusammenhang mit Lage oder Umfang der Arbeitszeit¹¹⁷ ist zu unterscheiden zwischen Zulagen für Nacht- oder Sonntagsarbeit einerseits und Überstunden- bzw. Überzeitzuschlägen andererseits.

Bezüglich Zuschlägen für Nacht- und Sonntagsarbeit gelten meines Erachtens dieselben Grundsätze wie bei den Inkonvenienzzulagen. Die Pflicht zur Auszahlung solcher Zuschläge hängt meines Erachtens davon ab, ob diese Vergütungen gestützt auf eine Durchschnittsrechnung¹¹⁸ oder effektive Einsätze ausgerichtet wurden. Je nachdem sind diese als eigentlicher Lohn, oder eben nur als Zuschläge für eine bestimmte, effektiv erbrachte Arbeitsleistung zu betrachten.

In Bezug auf Überstunden vertreten STREIFF/VON KAENEL die Ansicht, dass diese Mehrarbeit während den Ferien nur dann zu bezahlen ist, wenn diese seit langem mit grösserer Regelmässigkeit geleistet wurde und man fast von einer verlängerten Arbeitszeit sprechen könnte¹¹⁹. Werden Überstunden auch während der Absenz der oder des Angestellten vergütet, so hat dies - mutatis mutandis - auch für den Überstundenzuschlag nach Art. 321c OR zu gelten, sofern dieser nicht vertraglich wegbedungen wurde.

In Bezug auf die Ausrichtung einer Überzeimentschädigung (und damit auch den Zuschlag von 25%) liesse sich die Meinung vertreten, dass diese - analog zur Überstundenentschädigung - auch im Falle einer Lohnfortzahlungspflicht zu vergüten ist, wenn diese über eine längere Zeit mit grösserer Regelmässigkeit geleistet wurde¹²⁰. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass es sich bei Überzeitarbeit nicht um Mehrarbeit in Abweichung einer *vertraglichen* Vereinbarung handelt, sondern um die Überschreitung einer öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Höchstarbeitszeit. Überzeitarbeit sollte und kann deshalb nicht „über längere Zeit mit grösserer Regelmässigkeit“¹²¹ geleistet werden und eine Erhöhung der Arbeitszeit in Form einer konkludenten Vertragsänderung ist nichtig, da widerrechtlich¹²². Ob unter diesen Umständen Überzeitarbeitentschädigungen als Lohnbestandteil zu betrachten sind, ist meines Erachtens mehr als fraglich. Verneint man einen Anspruch von Überzeimentschädigung während der Lohn(fort)zahlungspflicht, so fällt auch der Anspruch auf den Überzeitzuschlag dahin.

¹¹⁷ Zuschlag für Überzeit-, Nacht-, Sonntagsarbeit, Pikettdienst etc.

¹¹⁸ Bsp.: Der Einsatzplan in einem Krankenhaus sieht regelmässige Nacht- und Sonntagsarbeit vor. Aufgrund eines Schichtplanes mit dem immer gleichen Rhythmus ergibt sich eine durchschnittliche Anzahl von Nacht- und Sonntagseinsätzen, welche auf der Lohnabrechnung zwar separat ausgewiesen, in der Regel aber nicht Einzelfallorientiert abgerechnet wird. Insbesondere kurzfristige Stellvertretungen oder die Ende Monat angebrochenen Wochentage werden nicht abgegrenzt.

¹¹⁹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3.

¹²⁰ Analog zur Meinung von STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3.

¹²¹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3.

¹²² Art. 20 OR i.V.m. Art. 9 ArG.

5.2.6.2.5 Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich somit folgende Faustregel in Bezug auf die Pflicht zur Zahlung von Zulagen oder Zuschlägen bei der Berechnung des hypothetischen Einkommens:

- Sozialzulagen: Feste, bzw. dauernde Zulage, ist zu berücksichtigen.
- Inkonvenienzzulagen: Unklar; Zu berücksichtigen, falls vertraglich vereinbart oder Lohnbestandteil im Sinne einer regelmässigen Leistung unabhängig von der effektiven Arbeitsleistung
- Zulage für Nacht- und Sonntagsarbeit: Unklar; Meines Erachtens nur zu berücksichtigen, wenn pauschal und nicht gestützt auf effektive Einsätze abgerechnet wird.
- Überstundenzuschlag: Nur zu bezahlen, wenn auch Überstunden ausbezahlt werden. Überstundenentschädigung ist geschuldet, wenn vereinbart oder mit hoher Regelmässigkeit Mehrarbeit geleistet wurde bzw. wird.
- Überzeitzuschlag: Nur zu bezahlen, wenn auch Überzeitarbeit ausbezahlt wird. Meines Erachtens nur in Ausnahmefällen geschuldet.

Zu betonen ist jedoch, dass es sich dabei nur um eine Orientierungshilfe handeln kann. Je nach Situation und Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung, welche sich auch in Form einer betrieblichen Praxis manifestieren kann, sind Zulagen oder Zuschläge anders als hier vorgeschlagen zu berücksichtigen.

5.3 Bemessung und Berechnung von Zulagen / Zuschlägen

5.3.1 Allgemeines

Die Höhe der zu bezahlenden Zulagen und Zuschläge richtet sich entweder nach Gesetz oder der vertraglichen Vereinbarung. Festgelegt wird diese entweder in Form eines festen Betrages¹²³ oder in Prozent des auszurichtenden Lohnes¹²⁴.

5.3.2 Sozialzulagen

Die Höhe der an die oder den Angestellten auszurichtenden Sozialzulagen sind meistens im (öffentlich-rechtlichen) Erlass in Form eines absoluten und konkreten Betrages geregelt¹²⁵.

¹²³ Bspw. Zuschlag von Fr. 10.- pro Tag oder Stunde.

¹²⁴ Art. 13 ArG: Überzeitzuschlag von 25%.

¹²⁵ Eine Übersicht bezüglich Höhe von Familienzulagen findet sich unter:
http://www.bsv.admin.ch/fam/beratung/d/FZ_010103_d.pdf

5.3.3 Gesamtarbeitsvertragliche Zulagen / Zuschläge

In Gesamtarbeitsverträgen finden sich sowohl Zulagen in absoluter Höhe als auch in Prozent des Monatslohnes¹²⁶. Die Art und Weise der Berechnung von Zulagen oder Zuschlägen ist im konkreten Einzelfall festzulegen. Die Berechnung von gesamtarbeitsvertraglich vorgeschriebenen Zulagen oder Zuschlägen ergibt sich primär aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesamtarbeitsvertrages selbst. Häufig aber finden sich dort nur rudimentäre Vorschriften bezüglich der Frage, welcher Lohn als „100%“ gilt, wenn ein Zuschlag von 25%, 50% oder 100% ausgerichtet werden soll. In diesem Fall ist die konkrete Berechnung des Zuschlages anhand einer Vertragsauslegung zu ermitteln.

5.3.4 Vertraglich vereinbarte Zulagen / Zuschläge

Wie oben erwähnt, ist unter dieser Kategorie zwischen überobligatorischen und freiwilligen Zulagen oder Zuschläge zu unterscheiden¹²⁷.

Bei frei vereinbarten Zulagen oder Zuschlägen ist es den Vertragsparteien auch überlassen, die Art und Weise der Berechnung dieser Leistungen festzulegen. Vereinbaren die Parteien bspw. die Ausrichtung einer Zulage für Dienstleistungen, sind sie auch frei zu bestimmen, ob bei deren Berechnung der 13. Monatslohn oder eine Umsatzprovision mit zu berücksichtigen ist.

Besteht für die Vertragsparteien die Möglichkeit, gesetzlich oder gesamtarbeitsvertraglich vorgeschriebene Zulagen oder Zuschläge autonom, d.h. abweichend von der zwingenden Regelung zu berechnen? Unbestritten ist, dass von den Vorschriften des Arbeitsgesetzes oder Gesamtarbeitsverträgen zu Gunsten der Angestellten abgewichen werden darf. Eine Regelung zum Vorteil der Angestellten kann darin bestehen, dass die Zulage entweder zu einem höheren Ansatz, oder in einer vorteilhafteren Art und Weise berechnet wird. Vereinbaren die Vertragsparteien eine vereinfachte Abrechnung, dafür aber zu einem höheren Satz, so ist die oder der Angestellte im Ergebnis vermutlich besser gestellt, wie wenn ihm das gesetzliche Minimum ausgerichtet würde¹²⁸. Von zentraler Bedeutung ist meines Erachtens, ob die oder der Angestellte denjenigen Lohn bzw. diejenigen Zulagen oder Zuschläge erhält, die nach den zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder Gesamtarbeitsvertrages auszurichten sind. Relevant ist also der Endbetrag, nicht aber die Berechnungsmethode. Solange die oder der Angestellte *insgesamt* besser gestellt ist im Vergleich zur zwingenden Regelung, spielt es meines Erachtens keine Rolle, wenn die Vertragsparteien die Zulagen oder Zuschläge anders berechnen, als das Gesetz dies vorsieht.

5.4 Die Berechnung von Zulagen und Zuschlägen im Einzelnen

¹²⁶ Bsp.: Art. 44 Gesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Isoliergewerbe: Zuschlag von 100% für Arbeit an Sonn- und Feiertagen, sowie 50% für Samstags-, Abend- oder Nachtarbeit.

¹²⁷ Vgl. oben, Ziff. 4.5, S. 11.

¹²⁸ Zu denken ist bspw. an eine vereinfachte Berechnung des Zuschlages für Nachtarbeit (bspw. exkl. der Berücksichtigung des 13. Monatslohnes), dafür aber zu einem höheren Prozentsatz.

Nachfolgend wird ausschliesslich auf die Berechnung solcher Zulagen oder Zuschläge eingegangen, welche in Form eines prozentualen Zuschlages vorgeschrieben oder vereinbart sind.

5.4.1 Stundenlohn als Basis

Prozentuale Lohnzuschläge errechnen sich regelmässig in Abhängigkeit des relevanten Stundenlohnes. Der vereinbarte Lohn wird häufig in Form eines Monats- oder Jahressalär festgelegt, womit sich die Frage stellt, wie dieser Betrag auf die einzelne Stunde umzurechnen ist. Probleme ergeben sich in zweierlei Hinsicht: Erstens schwankt die in einem Monat zu leistende Arbeitszeit, da auf einen Monat unregelmässig viele Wochenenden fallen. Zweitens stellt sich regelmässig die Frage nach der Behandlung von Ferien- und Feiertagen oder Vorholtagen.

Zur Lösung dieses Problems finden sich in Gesamtarbeitsverträgen nicht selten Vorschriften bezüglich Umrechnung von Jahres- oder Monatslöhnen in Stundenlöhne.

Ohne solche Vorgaben ist der Stundenlohn unter Beizug von Lehre und Rechtsprechung selbst auszurechnen und festzulegen.

Üblicherweise erfolgt die Umrechnung vom Jahreslohn zum Stundenlohn nach folgender Division¹²⁹.

$$\text{Monatslohn} = \frac{\text{Jahreslohn}}{12} \quad \text{Stundenlohn} = \frac{\text{Monatslohn}}{21.75}$$

5.4.2 Welcher Lohn gilt als 100%?

Bei der Berechnung des Stundenlohnes stellt sich vorweg die Frage, ob und wie der Jahres- oder Monatslohn zu bereinigen ist. Ist die am Ende des Jahres ausbezahlte Gratifikation, oder ein 13. Monatslohn zu berücksichtigen? Welche Zulagen sind bei der Berechnung des relevanten Stundenlohnes miteinzubeziehen?

5.4.3 Überstundenzuschlag nach Art. 321c OR

Ist eine vertragliche Vereinbarung über die Berechnung des Überstundenzuschlages zulässig? Den Vertragsparteien des Einzelarbeitsvertrages steht es offen, den Überstundenzuschlag von 25%¹³⁰, oder sogar die Entschädigung für eine angemessene Anzahl geleisteter Überstunden insgesamt wegzubedingen¹³¹. Wenn die Höhe des Überstundenzuschlages frei vereinbart werden kann, muss es meines Erachtens auch zulässig sein, dessen Berechnungsmethode vertraglich festzulegen. Aus wirtschaftlicher Sicht spielt es keine Rolle, ob der oder dem Angestellten ein Überstundenzuschlag von 20% inklusive 13. Monatslohn oder ein Überstundenzuschlag von 25% ohne 13. Monatslohn ausbezahlt wird. Damit ist in einem ersten Schritt festzu-

¹²⁹ Vgl. dazu BGE 4C.424/1999 vom 16. März 2000, E. 8; SENTI, Überstunden, AJP 4/2003, S. 389ff.; Anderer Ansicht: MARTIN FARNER, Lohnberechnung, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich, 2004, S. 49ff.

¹³⁰ SENTI, Überstunden, S. 14.

¹³¹ Dies, indem eine angemessene Anzahl Überstunden als im Monatsgehalt inbegriffen erklärt wird (SENTI, Überstunden, S. 17; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 321c N 21).

stellen, dass es den Vertragsparteien offen steht, nicht nur die Entschädigung von Überstunden, sondern auch deren Berechnung vertraglich zu regeln. Erwähnenswert ist allerdings, dass Art. 321c Abs. 3 OR die Notwendigkeit einer schriftlichen Vereinbarung notwendig macht, und sich damit die Frage stellt, ob eine betriebliche Übung bezüglich Berechnung von Überstundenzuschlägen als Vereinbarung in Frage kommen kann.

Ohne vertragliche Vereinbarung richtet sich die Berechnung des Überstundenzuschlages nach den gesetzlichen Vorschriften. Bei der Berechnung des Überstundenzuschlages nach Art. 321c OR ist der 13. Monatslohn mit zu berücksichtigen¹³². Diese Erkenntnis ergibt sich aus der Überlegung, dass es sich beim 13. Monatslohn um einen Zeitlohn handelt, der sich gegenüber dem 'normalen' Monatslohn nur durch die Fälligkeit unterscheidet¹³³. Entsprechend handelt es sich um eine Entschädigung, die Lohnbestandteil darstellt und zu berücksichtigen ist.

5.4.4 Zuschläge und Zulagen gemäss Arbeitsgesetz

5.4.4.1 Zwingende Vorschriften des Arbeitsgesetzes

Das Arbeitsgesetz sieht für Überzeitarbeit und vorübergehende Nachtarbeit einen Lohnzuschlag von 25%¹³⁴ sowie für vorübergehende Sonntagsarbeit einen Lohnzuschlag von 50% vor¹³⁵. Diese Zuschläge sind zwingend auszurichten, können also nicht vertraglich wegbedungen werden¹³⁶. Im Entscheid BGE 126 III 337 ff. stellte das Bundesgericht fest, dass die Überzeitarbeit zwingend mit dem um 25% höheren Grundlohn zu entschädigen ist¹³⁷. Mit anderen Worten besteht nicht nur ein zwingender Anspruch auf einen Lohnzuschlag von 25%, sondern die oder der Angestellte hat auch einen zwingenden Anspruch auf Auszahlung der Überzeit zum 'ordentlichen' Stundenlohn¹³⁸. Der zwingende Charakter des Arbeitsgesetzes hat zur Folge, dass vertraglich nicht zuungunsten der Angestellten von der gesetzlichen Regelung abgewichen werden kann. Zu fragen ist entsprechend nach der Berechnungsmethode dieses Lohnzuschlages im Sinne der gesetzlichen Vorschriften.

¹³² MÜLLER, Überstundenarbeit, S. 142, STREIFF/VON KAENEL, Art. 321c N 12, m.V.a. KUHN, 6/4.1.4; SENTI, Überstunden, S. 29.

¹³³ Vgl. oben, Ziff. 3.3, S. 3.

¹³⁴ Art. 13 ArG, Art. 17b Abs. 1 ArG.

¹³⁵ Art. 19 Abs. 3 ArG.

¹³⁶ SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, S. 013-1, S. 017b-2 und S. 019-2; BGE 126 III 337 ff. E. 6.

¹³⁷ BGE 126 III 343: „elles [les heures supplémentaires] constituent du travail supplémentaire au sens de l'art. 12 LTr et doivent impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25% selon l'art. 13 LTr (...)“ (im Original nicht kursiv).

¹³⁸ Andernfalls könnte - um den zwingenden Zuschlag von 25% zu vermeiden - einfach vereinbart werden, dass bei Überzeit ein tieferer oder überhaupt kein Grundlohn ausgerichtet wird.

5.4.4.2 Art. 33 ArGV 1

Art. 33 ArGV 1 konkretisiert die Berechnung der Zuschläge und lautet wie folgt:

Art. 33 ArGV 1: Berechnung des Lohnzuschlages

¹ Der Lohnzuschlag für Überzeitarbeit, Nachtarbeit und Sonntagsarbeit ist bei Zeitlohn nach dem auf die Stunde berechneten Lohn, ohne Orts-, Haushaltungs- und Kinderzulagen, zu bemessen.

² Bei Akkordarbeit ist der Lohnzuschlag in der Regel nach dem in der Zahltagsperiode durchschnittlich erzielten Lohn, ohne Orts-, Haushaltungs- und Kinderzulagen, zu bemessen.

³ Für die Bewertung des Naturallohnes sowie der Bedienungs- und Trinkgelder sind die Vorschriften der Bundesgesetzgebung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung sinngemäss anwendbar.

⁴ Sind für die gleiche Zeitspanne verschiedene Vorschriften des Gesetzes über die Ausrichtung von Lohnzuschlägen anwendbar, so ist der für den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin günstigste Zuschlag auszurichten.

5.4.4.3 Gleiche Berechnungsgrundsätze für sämtliche Zuschläge

Absatz 1 erwähnt ausdrücklich Überzeit-, Nacht- sowie Sonntagsarbeit und macht bei der Berechnung keinerlei Differenzierung zwischen diesen drei Arten von Zuschlägen. Daraus darf meines Erachtens der Schluss gezogen werden, dass sämtliche Zuschläge nach derselben Art und Weise zu berechnen sind¹³⁹.

5.4.4.4 Berücksichtigung von Lohnzuschlägen?

Der Lohnzuschlag ergibt sich aus dem auf die Stunde berechneten Lohn, ohne Orts-, Haushaltungs- und Kinderzulagen. Bezüglich der Berechnung des Überzeitzuschlages unterscheiden MÜLLER¹⁴⁰ und HUG¹⁴¹ zwischen Sozialzulagen und anderen Zulagen, bzw. Inkonvenienzentschädigungen: Der Zuschlag nach Art. 33 ArGV 1 berechnet sich ohne Sozialzulagen, d.h. Orts-, Haushaltungs- und Kinderzulagen. Ob Inkonvenienzentschädigungen (Schmutz-, Schichtzulagen, Zulagen für einen bestimmten Arbeitserfolg etc.) zu bezahlen sind, machen die beiden Autoren meines Erachtens zu Recht davon abhängig, ob die Überzeitarbeit unter diesen erschwerten Bedingungen geleistet wurde¹⁴². Der für den Zuschlag relevante Stundenlohn ist also um die Inkonvenienzentschädigung zu erhöhen, wenn während der Überzeit-, Nacht- oder Sonntagsarbeit unter erschwerten Bedingungen gearbeitet wurde.

5.4.4.5 Gleiche Berechnungsmethode für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit

Da Art. 33 ArGV 1 bezüglich der Berechnung des Zuschlages nicht zwischen Überzeit-, Nacht- oder Sonntagsarbeit unterscheidet, gelten diese Grundsätze meines Erachtens für alle drei Arten von Zuschlägen. Damit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass bei der Berechnung sämtlicher der Zuschläge für Überzeit-,

¹³⁹ Gl. M. vermutlich MÜLLER, ArG-Kommentar, Art. 17b Abs. 1 und Art. 19 Abs. 3.

¹⁴⁰ MÜLLER, ArG-Kommentar, Art. 13 Abs. 1 N 1.

¹⁴¹ HUG, Art. 13 N 3.

¹⁴² MÜLLER, ArG-Kommentar, Art. 13 Abs. 1 N 1; HUG, Art. 13 N 3.

Nacht- oder Sonntagsarbeit die Sozialzulagen nicht zu berücksichtigen und Inkonvenienzzulagen nur dann miteinzurechnen sind, wenn die oder der Angestellte während der Überzeit-, Nacht- oder Sonntagsarbeit unter den erschwerten Bedingungen tätig war.

5.4.4.5.1 Keine Berücksichtigung von Gratifikationen

Nicht zum „Lohn“ im Sinne von Art. 33 ArGV 1 gehört nach Ansicht des Bundesgerichts die Gratifikation. Da diese nicht Lohnbestandteil, sondern eine Sondervergütung darstellt, ist sie bei der Berechnung des Stundenlohnes nicht zu berücksichtigen¹⁴³. Meines Erachtens gilt dieser Grundsatz nicht nur für die Berechnung des Zuschlages für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit, sondern auch für die Berechnung des Überstundenzuschlages.

5.4.4.5.2 Berücksichtigung des 13. Monatslohnes?

Wie verhält es sich mit dem 13. Monatslohn? Sowohl das SECO¹⁴⁴ als auch das Bundesgericht¹⁴⁵ sprechen im Zusammenhang mit der Berechnung der Zuschläge vom 'Grundlohn' als Ausgangsgrösse. Auf den Grundlohn ist ein Zuschlag von 25% bzw. 50% zu bezahlen. Das SECO definiert diesen Begriff nicht näher¹⁴⁶. Im Entscheid BGE 126 III 343 verweist das Bundesgericht für die Berechnung des Zuschlages ausdrücklich auf den (französischen) Begriff 'Grundlohn'¹⁴⁷, auf welchen bei Überzeit ein Zuschlag von 25% auszuführen sei. „Grundlohn“ ist kein gesetzlich definierter Begriff¹⁴⁸. Diverse Autoren¹⁴⁹, das Bundesgericht¹⁵⁰ und auch kantonale Gerichte¹⁵¹ verwenden ihn jedoch weitgehend einheitlich: Zulagen und Zuschläge sind in keinem Fall ein Bestandteil des Grundlohnes, und auch der 13. Monatslohn wird in den meisten Fällen nicht als darin enthalten betrachtet¹⁵². Dieser Begriffssystematik entsprechend wäre also davon auszugehen, dass bei der Berechnung des Zuschlages für Überzeit-, Nacht- oder Sonntagsarbeit der 13. Monatslohn nicht zu berücksichtigen

¹⁴³ BGE 4C.310/2002, E. 6.1.

¹⁴⁴ SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, S. 017b-2.

¹⁴⁵ BGE 126 III 343; BGE 4C.310/2002, E.5.3 („salaire de base“).

¹⁴⁶ SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, S. 017b-2.

¹⁴⁷ BGE 126 III 342: „Salaire de base“; Bestätigt in BGE 4C.310/2002, E. 5.3.

¹⁴⁸ Der Begriff findet sich einzig im öffentlichen Recht, namentlich im Anhang 2 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV, SR 832.202), im Zusammenhang mit einem Beispiel für die Berechnung des Unfalltaggeldes.

¹⁴⁹ VISCHER, S. 85; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 329d N 1; 322 N 21c; Art. 321c N 23; Art. 358 N 7; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322 N 9; BK-REHBINDER, Art. 322 N 39 f.

¹⁵⁰ BGE 4P.39/2002, lit. A; BGE 111 III S. 362f.; BGE 4C.398/2001, E. 2; BGE 115 V 326; BGE 126 III 337 ff. („salaire de base“); BGE 115 V 326 („... Brutto-Grundlohn von Fr. 3'480.- und Schichtzulagen von unterschiedlicher Höhe ...“); Vgl. auch BGE vom 6. September 2004 (I 254/04 E. 2.1); BGE vom 28. März 2002 (I 487/00): „Das Spital X richtete ihr (bei einem Grundlohn ab 1998 von Fr. 2174.20 pro Monat für ein 60 %-Pensum [multipliziert mit 13 pro Jahr]) Lohnfortzahlungen aus und (...)“.

¹⁵¹ Arbeitsgericht Zürich, AN000457 vom 18.04.2001, in ZR 101 (2002), S. 231; ZR 101 (2002) Nr. 67, S. 231; ArbGer ZH 2003, Nr. 27, S. 50.

¹⁵² BGE 122 V 363; BGE 123 V 200; BGE 101 Ia 461; ZR 101 (2002) Nr. 67, S. 231; VISCHER, S. 85

ist.

In einer, in BGE 126 III 337 nicht publizierten Erwägung¹⁵³ errechnet das Bundesgericht den Zuschlag für Überzeitarbeit allerdings gestützt auf das Jahreseinkommen des Angestellten und berücksichtigt so den 13. Monatslohn¹⁵⁴. Im Unterschied zu seinen Ausführungen in den vorangehenden Erwägungen vermeidet es denn auch den Begriff Grundlohn¹⁵⁵ und spricht nur noch von einem Monatslohn¹⁵⁶. Zudem findet sich im Urteil die Erwähnung, dass die Berechnung des Überzeitzuschlages nicht bestritten, wenn auch minimal anzupassen ist. Im Hinblick auf dieses Urteil ist meines Erachtens davon auszugehen, dass das Bundesgericht die Ansicht vertritt, bei der Berechnung des Überzeitzuschlages ist der 13. Monatslohn mit zu berücksichtigen.

5.4.4.5.3 Verhältnis zum Leistungslohn

Zur Frage, ob ein Leistungslohn ebenfalls bei der Berechnung des Zuschlages für Überzeit-, Nacht- oder Sonntagsarbeit zu berücksichtigen ist, hilft einzig Art. 33 Abs. 2 ArGV 1: Gemäss jener Vorschrift ist bei Akkordarbeit der Lohnzuschlag „in der Regel nach dem in der Zahltagsperiode durchschnittlich erzielten Lohn“¹⁵⁷ zu berechnen. Beim Akkordlohn handelt es sich um einen echten Leistungslohn, d.h. der Erfolg kann, wie bei der Umsatzprovision, direkt und nachvollziehbar der oder dem Angestellten zugeordnet werden¹⁵⁸. Hinzu kommt, dass beim Akkordlohn auch nachvollziehbar ist, *wann* welcher Output produziert wurde und damit ein Lohnanspruch entstanden ist. In diesem Fall sieht die Verordnung zum Arbeitsgesetz also vor, bei der Berechnung des für den Zuschlag relevanten Stundenlohnes auf eine Durchschnittsrechnung abzustellen.

Ob auch beim unechten Leistungslohn so zu verfahren ist, wäre zu prüfen. Unechter Leistungslohn charakterisiert sich dadurch, dass der Erfolg nicht direkt von der oder dem Angestellten abhängt, sondern durch weitere Einflussfaktoren bestimmt wird¹⁵⁹. Gegen die Mitberücksichtigung solcher Lohnkomponenten bei der Berechnung des für den Zuschlag relevanten Stundenlohnes sprechen verschiedene Gründe: Erstens lässt sich der unechte Leistungslohn nicht dem während der Überzeit-, Nacht- oder Sonntagsarbeit geleisteten Output zuordnen. Zweitens ist im Zeitpunkt des Anspruches bzw. im Falle einer sofortigen Auszahlung nicht klar, ob und wenn ja in welcher Höhe überhaupt ein Leistungslohn anfallen wird¹⁶⁰. Drittens wäre auch von Interesse

¹⁵³ Vgl. den Originalentscheid BGE 4C.424/1999 vom 20. März 2000, E. 8.

¹⁵⁴ BGE 4C.424/1999, E. 8.

¹⁵⁵ Vgl. bspw. BGE 4C.424/1999, E.6: „salaire de base“

¹⁵⁶ BGE 4C.424/1999, E. 8: „salaire mensuel“

¹⁵⁷ Art. 33 Abs. 2 ArGV 1.

¹⁵⁸ Vgl. dazu die Abbildung oben, Ziff. 2, S. 1.

¹⁵⁹ Bsp.: Ein Angestellter erhält eine Gewinnbeteiligung am Jahresergebnis der gesamten Unternehmung. Die Höhe des Gewinns wird jedoch nicht nur durch seine Arbeitsleistung sondern viele andere Faktoren mitbestimmt.

¹⁶⁰ Es ist durchaus denkbar, dass eine, in der ersten Jahreshälfte erarbeitete Gewinnbeteiligung im zweiten Halbjahr aufgrund eines schlechten Geschäftsganges wieder dahinfällt.

und zu klären, welches denn die durchschnittliche Zeitperiode ist, anhand welcher der durchschnittliche Leistungslohn auf die einzelne Stunde umgebrochen werden soll. Während beim Akkordlohn mit „Zahltagsperiode“¹⁶¹ wohl der Monat gemeint ist, wird bspw. eine Gewinnbeteiligung häufig erst nach Abschluss der revidierten Jahresrechnung ausgerichtet.

Trotzdem aber ist festzustellen, dass es sich auch beim Leistungslohn um Lohn handelt, welcher sich nach den gesetzlichen Regeln und der Systematik der Lohnzahlungspflicht zu richten hat. Dieser allgemeinen Systematik entsprechend, ist daher im Grundsatz auch diese Art von Leistung an die oder den Angestellten bei der Berechnung des für den Zuschlag relevanten Stundenlohnes zu berechnen.

6 Schlusswort

Im Zusammenhang mit der Auszahlung und Berechnung von Zulagen und Zuschlägen stellen sich einige, vielfach ungelöste Probleme. Dies ist meines Erachtens insofern überraschend, als solche Leistungen weit verbreitet sind und angenommen werden dürfte, dass sich in der Praxis dazu entsprechende Lösungen herausgebildet haben. Grundsätzlich ist bei der Berechnung von Zulagen und Zuschlägen sehr stark auf den Einzelfall abzustellen. Allgemeingültige Aussagen sind kaum möglich. Dies hat seinen Grund im zum Teil sehr unterschiedlichen Charakter von Zulagen und Zuschlägen.

¹⁶¹ Art. 33 Abs. 2 ArGV 1.

Literaturverzeichnis

HUG, WALTHER (Hrsg)

Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971

MÜLLER MATTHIAS (zit. MÜLLER, Überstundenarbeit):

Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit, Zürich 1986.

MÜLLER, ROLAND (zit. Müller, ArG-Kommentar):

Kommentar zum Arbeitsgesetz, 6. Auflage, Zürich 2001.

REHBINDER, MANFRED (zit.: BK-REHBINDER):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt; Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR; Bern 1985.

REHBINDER, MANFRED (zit.: BK-REHBINDER):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt; Kommentar zu den Art. 331-355 OR; Bern 1992.

SCHÖNENBERGER, WALTER; STAEHELIN, ADRIAN (zit.: ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN):

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Band V, Teilband V 2c, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag: Art. 319-362 OR; 3. völlig neu bearb. Auflage, Zürich 1996.

SENTI, CHRISTOPH (zit.: Senti, Leistungslohn):

Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 6/2002, S. 669ff.

SENTI, CHRISTOPH (zit. Senti, Überstunden):

Überstunden, AJP 4/2003, S. 373ff.

STREIFF, ULLIN; VON KAENEL, ADRIAN:

Leitfaden zum Arbeitsvertrag; 5. Auflage, Zürich 1992.

VISCHER, FRANK:

Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005.

WIEGAND, WOLFGANG (zit. OR-WIEGAND):

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 3. Auflage, Basel 2003.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, vom 13. März 1964 (SR 822.11)
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BK	Berner Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
etc.	et cetera
f./ff.	folgende / fortfolgende
gl. M.	gleicher Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
i. Z. m.	im Zusammenhang mit
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.V.	mit weiteren Verweisen
N	Note
OR	Obligationenrecht
S.	Seite
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar