

Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen

Unterlagen zum Referat der Weiterbildungsveranstaltung des
Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht
28. November und 5. Dezember 2014, Grand Casino Luzern

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro

Frei Steger Senti

Kriessernstr. 40

9450 Altstätten

www.9450.ch

FAA-HSG

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht

Tellstrasse 2

9000 St. Gallen

www.faa.unisg.ch

Inhaltsverzeichnis

1	Summary.....	3
2	Drei Gründe für variable Lohnzahlungen	3
3	Leistungslohn als variable Entlohnung	3
3.1	Anteil am Geschäftsergebnis	4
3.2	Provision.....	5
3.3	Akkordlohn	7
4	Pflicht zur Lohn(fort)zahlung.....	8
4.1	Lohnfort- oder Lohnersatzzahlungen trotz fehlender Arbeitsleistung.....	8
4.2	Weitere Fälle mit dem Lohn als Bemessungsgrundlage	9
5	Rechtsgrundlagen	10
5.1	Allgemeine Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts	10
5.2	Spezialgesetzliche Regelungen.....	10
5.2.1	Sonderbestimmungen zum Akkordlohn	10
5.2.2	Vorschriften betreffend Lohnzulagen oder -zuschläge	11
5.2.3	Handelsreisendenvertrag.....	11
5.2.4	Heimarbeitsvertrag	12
5.2.5	Gesamtarbeitsverträge	12
5.2.6	Sozialversicherungsrecht.....	13

6	Allgemeine Grundsätze und Überlegungen	15
6.1	Grundprinzip des Anspruches auf den hypothetischen Verdienst	15
6.2	Lohnausfall- und Referenzperiodenprinzip.....	15
6.3	Konkretes Vorgehen bei der Pauschalmethode	16
6.3.1	Dauer der Referenzperiode	17
6.3.2	Für die Referenzperiode relevante Lohnbestandteile.....	18
6.3.3	Periode des zu berechnenden Lohnausfalles	19
6.4	Referenzperiodenprinzip als im Einzelfall untaugliche Ersatzlösung	19
6.5	Doppelzahlungen und Überentschädigung	21
6.6	Rechtlicher Charakter der Ersatzzahlungen.....	22
7	Einzelfragen	23
7.1	Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit: Krankentaggeldversicherung	23
7.1.1	Vertragliche Vereinbarungen und deren Gleichwertigkeit	23
7.1.2	Leistungslohn als versicherter Verdienst.....	23
7.1.3	Analoge Anwendbarkeit von Art. 349c Abs. 2 OR?	24
7.1.4	Doppelzahlungen und Überentschädigung	24
7.2	Arbeitsunfähigkeit infolge Unfall: Unfallversicherung.....	25
7.3	Kurzabsenzen und Feiertage.....	25
7.4	Ferienzuschlag auf Provisionen zur Abgeltung des Ferienlohnes?	26
7.5	Anrechenbare Provisionen: Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches	26
8	Variable Entlöhnung als Folge variabler Arbeitszeiten oder zulagen- bzw. zuschlagspflichtiger Arbeitsleistungen.....	27
8.1	Schwankende Arbeitszeiten oder zulagenpflichtige Arbeitsleistungen	27
8.2	Einzelfragen.....	28
8.2.1	Anrechenbare Arbeitszeit bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit	28
8.2.2	Anspruch auf durchschnittliche Arbeitszeit während der Kündigungsfrist.....	28
8.2.3	Anrechnung von Lohnzulagen oder -zuschlägen	29
9	Schlussbemerkungen.....	29
	Literaturverzeichnis.....	33

1 Summary

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, wie 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.

2 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 Arbeitnehmers¹ oder dem Geschäftsergebnis abhängt². In 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 schwankt³. 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 schweremwichtig mit der Thematik variabler Lohnzahlungen infolge von Leistungslohnen. Auf die anderen beiden Fallgruppen wird am Schluss kurz eingegangen⁴.

3 Leistungslohn als variable Entlöhnung

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 decken⁵. Dabei werden oft Fantasiebezeichnungen gewählt, um deren Eigenart hervorzuheben⁶. 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 respektie-

1 Echter Leistungslohn, vgl. unten, Ziff. 3.2 und 3.3.

2 Unechter Leistungslohn, vgl. unten Ziff. 3.1 und 3.3.

3 Unregelmässige Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf, Pikettdienste etc.

4 Vgl. unten, Ziff. 8.

5 BGer 4A_380/2011, E. 5.1.4 (Carried Interest Pool).

6 Bonus, Superprovision, Long Term Incentive, Special Award etc.

ren⁷. 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 werden⁸. Beim echten Leistungslohn hängt die Höhe der Vergütung direkt von der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers ab⁹. 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 kann¹⁰.

3.1 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 vereinbaren¹¹. Art. 322a Abs. 1 OR ist dispositives Recht¹².

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 bspw., 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 abhängt¹³.

Bemessungsgrundlage für den Anteil am Geschäftsergebnis kann eine beliebige Kennzahl sein. "Beliebig" nicht nur in Bezug auf die Art der Kennzahl selbst¹⁴, sondern auch in Bezug auf die relevante organisatorische Einheit, in welcher diese Kennzahl gemessen wird¹⁵. Ohne besondere Abrede gilt das Geschäftsjahr als Bemessungsbasis, es können jedoch auch kürzere Bemessungs- bzw. Abrechnungsperioden definiert werden¹⁶.

Vom Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches zu unterscheiden ist die Frage der Fälligkeit des Anteils am Geschäftsergebnis. Diesbezüglich ist auf Art. 323 Abs. 3 OR zu verweisen,

⁷ Art. 19 OR.

⁸ Vgl. dazu: SENTI, AJP 6/2002, Ziff. 3.2, S. 671; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 2; MORF, N 354.

⁹ Lohn bei Einzelakkord, individuelle Umsatzprovision: SENTI, AJP 6/2002, Ziff. 3.2, S. 671; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 2.

¹⁰ Anteil am Geschäftsergebnis, Lohn bei Gruppenakkord: SENTI, AJP 6/2002, Ziff. 3.2, S. 671; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 2.

¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322a N 2.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322a N 14.

¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 2.

¹⁴ Bspw. Umsatz, Gewinn, Deckungsbeitrag, Lagerumschlag, Delkredere, Cash-Flow etc. (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322a N 2); Vgl. auch MORF, N 485 ff.

¹⁵ 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, Art. 322a N 9).

¹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322a N 12; MORF, N 465 ff., 475 ff.

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 ist¹⁷. Diese Regelung gilt nicht nur während des laufenden Arbeitsverhältnisses, sondern auch bei dessen Beendigung¹⁸.

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 ist¹⁹. Wurde eine Gewinnbeteiligung vereinbart, hat der Arbeitnehmer zudem Anspruch auf eine Kopie der Erfolgsrechnung²⁰.

Die Auszahlung des Anteils am Geschäftsergebnis hat in gesetzlicher Währung zu erfolgen, sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben²¹. 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 werden²².

3.2 Provision

Bei der Provision vereinbaren die Vertragsparteien eine Vergütung bei Abschluss eines bestimmten Geschäfts²³. 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 Berechnungsperiode²⁴.

Im Unterschied zum Anteil am Geschäftsergebnis hängt die Höhe der von einem Arbeitnehmer erzielten Provision ausschliesslich von seinem eigenen Verkaufserfolg ab²⁵. 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 muss²⁶. Art. 322b Abs. 1 OR, welcher die Provisi-

17 Art. 699 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR.

18 Vgl. Art. 339 Abs. 3 OR.

19 Art. 322a Abs. 2 OR.

20 Art. 322a Abs. 3 OR.

21 Art. 323b Abs. 1 OR.

22 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, 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.

23 Art. 322b Abs. 1 OR.

24 Vgl. dazu eingehend: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322a N 13.

25 MORF, N 524.

26 Der sich aus einem einzelnen Geschäftsabschluss ergebende Umsatz, Deckungsbeitrag, Gewinn, Cashflow etc.

on definiert, ist zwar halbzwingendes Recht²⁷, da die Gesetzesbestimmung jedoch die Bemessungsgrundlage selbst nicht definiert, kann diese durch die Vertragsparteien frei vereinbart werden. Wie beim Anteil am Geschäftsergebnis²⁸ 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 realisierte²⁹ oder ihm dieser aufgrund bestimmter Kriterien zugerechnet wird³⁰.

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 ist³¹. 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 Dritten³². Verweigert der Arbeitgeber treuwidrig den Vertragsabschluss, ist die Provision trotzdem geschuldet³³. Bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung und bei Versicherungsverträgen können die Vertragsparteien schriftlich vereinbaren, dass der Provisionsanspruch auf jeder einzelnen Rate mit Ihrer Fälligkeit oder ihrer Leistung entsteht³⁴. Bleibt die spätere Vertragserfüllung aus, fällt der Provisionsanspruch nachträglich dahin, sofern dies nicht auf das Verschulden des Arbeitgebers zurückzuführen ist³⁵.

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 fällig³⁶. In Abweichung von diesem Grundsatz kann die Fälligkeit für Provisionen durch schriftliche Abrede je nach Art des provisionsberechtigten Geschäfts von 6 Monaten bis 2 Jahre über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus aufgeschoben werden³⁷.

27 Art. 362 OR.

28 vgl. oben, Ziff. 3.1.

29 Art. 322b Abs. 1 OR.

30 Bspw. Bei Provisionen auf sämtlichen Geschäftsabschlüssen in seinem Verkaufsgebiet.

31 Art. 322b Abs. 1 OR i. V. m. Art. 323 Abs. 2 OR.

32 Art. 322b Abs. 1 OR, wobei damit der Vertragsabschluss des Verpflichtungsgeschäfts gemeint ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322b N 2).

33 Art. 156 OR; EGLI, Handkommentar, Art. 322b N 2 OR.

34 Art. 322b Abs. 2 OR.

35 Art. 322b Abs. 3 OR e contrario.

36 Art. 339 Abs. 1 OR.

37 Art. 339 Abs. 2 OR.

Ein Provisionsanspruch kann im Übrigen auch erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen³⁸. 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 Geschäftsergebnis³⁹, profitiert auch bei der Provisionierung der Arbeitnehmer von Auskunfts- und Einsichtsrechten zur Überprüfung seiner Ansprüche⁴⁰. 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 ist⁴¹.

Zur Auszahlung von Provisionen in Form von Geld oder Naturallohn kann auf die bereits gemachten Ausführungen zum Anteil am Geschäftsergebnis verwiesen werden⁴².

3.3 Akkordlohn

Die dritte, im Gesetz geregelte Form von Leistungslohn ist der Akkordlohn⁴³. 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 Stückakkord⁴⁴.

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 Entlöhnung als echter Leistungslohn zu qualifizieren⁴⁵. Nicht ausschliesslich von der individuellen Arbeitsleistung abhängig ist die Lohnhöhe beim Gruppenakkord, weshalb jene Entschädigungsform als unechter Leistungslohn zu bezeichnen ist⁴⁶.

Die Zahlung des Akkordlohnes ist, wie der Zeitlohn, per Ende eines jeden Monats zur Zahlung fällig⁴⁷.

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 Arbeit⁴⁸, die Pflicht zur Zuweisung von Zeitlohn bei mangelndem Arbeitspensum⁴⁹ und zur Zahlung des Lohnes bei Annahmeverzug des Arbeitgebers⁵⁰.

38 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322b N 2.

39 Vgl. oben, Ziff. 3.1.

40 Art. 322c Abs. 2 OR.

41 Art. 322c Abs. 1 OR.

42 Vgl. oben, Ziff. 3.1

43 Art. 326 f. OR.

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

45 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 2.

46 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 2.

47 Art. 323 Abs. 1 OR.

48 Art. 326 Abs. 1 und 2 OR.

49 Art. 326 Abs. 3 OR.

Thematisch ist diese Regelung eine konkretisierende Spezialvorschrift zu Art. 324 OR, welche dem Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko auferlegt⁵¹.

Die nachfolgende Gesetzesbestimmung (Art. 326a OR) will sicherstellen, dass der Arbeitnehmer, wenn er Akkordarbeit leistet, von Beginn weg den für ihn relevanten Akkordlohnsatz kennt⁵². 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 wird⁵³.

4 Pflicht zur Lohn(fort)zahlung

4.1 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 Lohnfortzahlungspflicht⁵⁴.

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 Naturallohn⁵⁵.

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 Umfang⁵⁶.

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 gewähren⁵⁷. Zwar besteht bei solchen Kurzabsenzen und den gesetzlichen Feiertagen (mit Ausnahme des 1. August⁵⁸) nicht zwingend eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitge-

50 Art. 326 Abs. 4 OR.

51 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 5.

52 Eine ähnliche Bestimmung findet sich übrigens im Heimarbeitsvertragsrecht (Art. 351a OR).

53 Art. 326 Abs. 2 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 326 N 2.

54 Art. 324a OR.

55 Art. 329d OR.

56 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 13.

57 Art. 329 Abs. 3 OR.

58 Art. 110 Abs. 3 BV.

bers⁵⁹. 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 Arbeitsleistung⁶⁰.

4.2 Weitere Fälle mit dem Lohn als Bemessungsgrundlage

Abgesehen von den oben 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 wäre⁶¹.

2. Strafzahlungen bei ungerechtfertigter fristloser oder missbräuchlicher Kündigung

Im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen⁶² oder missbräuchlichen⁶³ 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 abzustellen⁶⁴.

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 ist⁶⁵. 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 (...).“⁶⁶.

59 Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329 N 12.

60 Art. 324 OR.

61 Art. 337c OR.

62 Art. 337c Abs. 3 OR.

63 Art. 336a Abs. 2 OR.

64 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336a N 3.

65 Art. 338 Abs. 2 OR.

66 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 338 N 5.

4. Abgangsentschädigung

Bei Beendigung eines Arbeitsvertrages nach 20 oder mehr Dienstjahren, ist eine Abgangsentschädigung zu bezahlen, sofern die oder der Angestellte 50 Jahre oder älter ist⁶⁷. Die Höhe dieser Abgangsentschädigung kann vertraglich vereinbart werden, beträgt aber mindestens 2 Monatslöhne. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist sehr klein, da der Arbeitgeber seine (Arbeitgeber-)Beiträge an die Pensionskasse an die Abgangsentschädigung anrechnen darf⁶⁸.

5 Rechtsgrundlagen

5.1 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).

5.2 Spezialgesetzliche Regelungen

5.2.1 Sonderbestimmungen zum Akkordlohn

Wie bereits erwähnt⁶⁹, 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 umzustellen⁷⁰. In diesem Fall ist der vereinbarte Zeitlohn, oder, mangels Vereinbarung, ein Zeitlohn in der Höhe des vorher durchschnittlich verdienten Akkordlohnes zu bezahlen⁷¹. 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 hätte⁷². Es wird also auf die Pflicht zur Zahlung des durchschnittlichen Lohnes nach Art. 326 Abs. 3 OR verwiesen⁷³. Diese Regelung ist insofern erwähnenswert, als nicht - wie bei Art. 324 OR⁷⁴ - derjenige Lohn zu bezahlen ist, welchen der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte⁷⁵. Vielmehr stellt *das Gesetz selbst* auf eine Durchschnittsbemessung ab, sofern kein Zeitlohn vereinbart wurde.

⁶⁷ Art. 339b OR.

⁶⁸ Art. 339d OR.

⁶⁹ Vgl. oben, Ziff. 3.3.

⁷⁰ Art. 326 Abs. 2 OR.

⁷¹ Art. 326 Abs. 3 OR.

⁷² Vgl. Art. 326 Abs. 4 OR letzter Halbsatz.

⁷³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 326 N 6.

⁷⁴ Vgl. unten, Ziff. 6.1.

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

5.2.2 Vorschriften betreffend Lohnzulagen oder -zuschläge

Es gibt eine Vielzahl unterschiedlicher Lohnzulagen und -zuschläge⁷⁶, und entsprechend vielfältig sind denn auch die Rechtsquellen. Sozialzulagen sind in öffentlich-rechtlichen Gesetzen zu finden⁷⁷. Die Pflicht zur Zahlung eines Zuschlages für Überstundenarbeit ergibt sich aus Art. 321c OR. Weitere Zulagen oder Zuschläge sind im Arbeitsgesetz geregelt⁷⁸. Schliesslich bleiben die Inkonvenienzzulagen zu erwähnen, welche eine zusätzliche Vergütung für erlittene Arbeiterschwernisse darstellen. Solche Pflichten finden sich häufig in (allgemeinverbindlichen) Gesamtarbeitsverträgen⁷⁹.

5.2.3 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 Arbeitsleistung⁸⁰. 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 Tragen⁸¹.

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 12, der Arbeitsverhinderung vorangehenden Monaten ergibt⁸². Dieser Durchschnitt ist aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall nach oben oder unten zu korrigieren, bspw. aufgrund von saisonalen Schwankungen⁸³.

Im Unterschied zur allgemeinen Vorschrift, wonach „der darauf entfallende Lohn“⁸⁴ zu bezahlen ist, sieht Art. 349c OR eine „angemessene Entschädigung“⁸⁵ 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 wäre⁸⁶.

⁷⁶ Vgl. zur Gliederung: SENTI, Zulagen, S. 293.

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

⁷⁸ 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).

⁷⁹ Vgl. bspw. Art. 57 oder 58 des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe.

⁸⁰ Art. 324 ff. i.V.m. Art. 355 OR; Art. 349c OR.

⁸¹ BK-REHBINDER, Art. 349c N 1; ZK-STAEHELIN, Art. 349c N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349c N 2.

⁸² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349c N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 349c N 2.

⁸³ ZK-STAEHELIN, Art. 349c N 2; BK-REHBINDER, Art. 349c N 2.

⁸⁴ Art. 324a Abs. 1 OR.

⁸⁵ Art. 349c Abs. 1 OR.

⁸⁶ 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

Für die Praxis wohl wichtiger wird die Möglichkeit sein, die Lohnfortzahlung für Provisionen auszuschliessen, sofern diese 20 % des Lohnes nicht übersteigen⁸⁷. Mit „Lohn“ im Sinne des Gesetzestextes ist der gesamte Lohn und nicht nur das Fixgehalt gemeint⁸⁸. 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 ausbezahlen.

5.2.4 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 steht⁸⁹. In allen anderen Fällen trifft den Arbeitgeber keine Lohn(fort)zahlungspflicht⁹⁰.

5.2.5 Gesamtarbeitsverträge

Wurde ein Gesamtarbeitsvertrag für allgemeinverbindlich erklärt, gilt dieser für alle, von dessen Geltungsbereich erfassten 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 Coiffeurgewerbe⁹¹ sieht für die Berechnung des Ferienlohnes vor, dass bei umsatzabhängiger Entlöhnung für die Berechnung des Ferienlohnes auf den Durchschnitt der bezahlten Bruttolöhne der 6 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 richtet⁹². Welche Bestandteile einer variablen Entlöhnung von der Lohnfortzahlungspflicht erfasst sind und wie sich diese berechnen, richtet sich somit nach den Vorschriften des AHVG⁹³, bzw. der Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML). Variable Entschädigungen werden also nach Massgabe der Vorschriften des AHVG in die Lohn(fort)zahlungspflicht impor-

anhand anderer Kriterien versucht, ein „angemessenes“ Lohnniveau zu evaluieren (ZK-Staehelin, Art. 349a N 4).

87 Art. 349c Abs. 2 OR.

88 BK-REHBINDER, Art. 349c N 3 OR; ZK-STAEHELIN, Art. 349c N 3 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349c N 3; BSK OR-PORTMANN, Art. 349c N 1.

89 Art. 353b Abs. 1 OR.

90 Art. 353 Abs. 2 OR.

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

92 Art. 43.2 lit. a GAV Coiffeurgewerbe.

93 Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.

tiert⁹⁴.

- 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 Sicherheitsdienste⁹⁵ 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.
- Im Akkordlohn tätige Arbeitnehmer haben nach den Vorschriften des GAV Möbelindustrie⁹⁶ Anspruch auf einen Ferienlohn in der Höhe des durchschnittlichen Lohnes der letzten drei Zahltagsperioden⁹⁷. Auch bei dieser Form einer variablen Entlöhnung wird somit auf den Durchschnittslohn einer vergangenen Periode abgestellt.
- Bei bezahlten Feiertagen und Ruhetagen sieht derselbe GAV vor, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf den vollen Lohn hat, welchen der Arbeitnehmer an diesem Tag hätte verdienen können⁹⁸.

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 abgestellt⁹⁹.

5.2.6 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. Verdienstauffall 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 Verdienstauffall nach Art. 11 Abs. 1 AVIG¹⁰⁰. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt vor, wenn der Arbeitnehmer trotz Arbeit auf Abruf über längere Zeit regelmässig und ohne erhebliche

⁹⁴ 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.

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

⁹⁶ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die schweizerische Möbelindustrie vom 20. August 2013.

⁹⁷ Art. 20.4 GAV Möbelindustrie.

⁹⁸ Art. 21.3 GAV Möbelindustrie.

⁹⁹ Vgl. unten, Ziff. 6.2.

¹⁰⁰ SECO, AVIG-Praxis ALE, B95.

Schwankungen für den Arbeitgeber tätig war¹⁰¹. In diesem Fall wird von einer sogenannten Normalarbeitszeit ausgegangen, welche - trotz fehlendem Rechtsanspruch auf regelmässige Beschäftigung - zu einem Verdienstaufschlag 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 sind¹⁰². 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 beträgt¹⁰³:

- bei einem Beobachtungszeitraum von 12 Monaten (Durchschnittliche Arbeitszeit der letzten 12 Monate) maximal 20% nach unten oder oben;
- bei einem Beobachtungszeitraum von 6 Monaten (Durchschnittliche Arbeitszeit der letzten 6 Monate) maximal 10 % nach unten oder oben;
- bei einem Beobachtungszeitraum zwischen 6 und 12 Monaten ist dieser Maximalwert proportional an die oben erwähnten beiden Werte anzupassen;

In einem neueren Urteil vom 23. Januar 2014 ging das Bundesgericht über den Betrachtungszeitraum von 12 Monaten hinaus. Es erklärte, dass bei langjährigen Arbeitsverhältnissen für die Bestimmung der (durchschnittlichen) Normalarbeitszeit nicht nur auf 12 Monate sondern auf den Durchschnittswert für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses abzustellen sei¹⁰⁴. Zudem erklärte das Bundesgericht, dass bei der Prüfung, ob die Grenzwerte überschritten wurden, nicht auf einen einzelnen Monat¹⁰⁵, sondern auf ein Jahr¹⁰⁶ 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 durchschnittlichen Arbeitszeit (Normalarbeitszeit) auch eine Vergleichsperiode von mehr als 12 Monaten abzustellen ist und beim Bemessungszeitraum betreffend Schwankungen nicht ein einzelner Monat, sondern der Jahresdurchschnitt als relevante Grundlage gilt.

¹⁰¹ SECO, AVIG-Praxis ALE, B96.

¹⁰² SECO, AVIG-Praxis ALE, B97; BGer 8C_625/2013 E. 2.2; BGer C 266/06.

¹⁰³ SECO, AVIG-Praxis ALE, B97.

¹⁰⁴ BGer 8C_625/2013, E 3.4 ff.

¹⁰⁵ Vgl. SECO, AVIG-Praxis ALE, B97: "Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, (...)".

¹⁰⁶ BGer 8C_625/2013, E 3.4 ff.

6 Allgemeine Grundsätze und Überlegungen

6.1 Grundprinzip des Anspruches auf den hypothetischen Verdienst

"Der Lohn soll gleich sein, wie wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hätte."¹⁰⁷ Dieses Grundprinzip zur Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung¹⁰⁸ 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 hätte¹⁰⁹. Dasselbe gilt für den Fall der Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber¹¹⁰, die Pflicht zur Lohnfortzahlung während der Ferien¹¹¹ oder für die Berechnung des hypothetischen Verdienstes bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung¹¹². 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 auf¹¹³. Soweit ersichtlich gibt es kein allgemeines Argument für Unterscheidungen, namentlich in Bezug auf die Behandlung von Zulagen oder Zuschlägen, Pauschalspesen, Betrachtungsperioden etc.

6.2 Lohnausfall- und Referenzperiodenprinzip

REHBINDER/STÖCKLI erläutern im Zusammenhang mit Akkordarbeit und Provisionsansprüchen beim Ferienlohn sehr anschaulich den Unterschied zwischen dem Lohnausfall- und dem Referenzperiodenprinzip¹¹⁴: "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."¹¹⁵ 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 tat-

¹⁰⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9, mit Verweis auf Botschaft, S. 93.

¹⁰⁸ Art. 324a OR.

¹⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 11; ZK-STAEHELIN, Art. 324 N 23 m. V. a. BGE 107 V 177; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324 N 18.

¹¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 13 mit Verweis auf BLESİ, Rz 281; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324 N 18; und wohl auch ZK-STAEHELIN, Art. 324 N 22 f.

¹¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329d N 3 m. V. a. BGE 134 III 399 E. 3.2.4.2; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 2 m. V. a. BGE 129 III 495; ZK-STAEHELIN, Art. 329d N 2.

¹¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 337c N 3; ZK-STAEHELIN, Art. 337c N 2; BK-REHBINDER, Art. 337c N 2.

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

¹¹⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 5 ff.

¹¹⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 5, m. V. a. BAG AP HGB § 63 Nr. 4, im Original teilweise in Fettschrift.

sächlich erzielten Erfolgsvergütungen ab. Der zu bezahlende Lohn richtet sich nach dem durchschnittlichen Einkommen einer vergangenen Periode¹¹⁶.

Einigkeit besteht darüber, dass das Lohnausfallprinzip gegenüber dem Referenzperiodenprinzip (bzw. der Pauschalmethode) vorrangig ist¹¹⁷, 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"¹¹⁸.

Führt auch die Vergangenheitsbetrachtung nach dem Referenzperiodenprinzip zu keinem sinnvollen Ergebnis, hat das Gericht eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vorzunehmen¹¹⁹.

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 anzupassen¹²⁰. Treffend REHBINDER/STÖCKLI: "Es sei aber nochmals betont, dass dieser Massstab zurückzutreten hat, wenn sich abweichende Gesichtspunkte ergeben."¹²¹
- c) Ergeben beide Methoden keine brauchbare Lösung, ist der hypothetische Verdienst nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen¹²².

6.3 Konkretes Vorgehen bei der Pauschalmethode

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

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

¹¹⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 5 ff.

¹¹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329d N 3 mit weiteren Verweisen.

¹¹⁹ BGer 4C.173/2004 E. 4.2 mit Verweis auf BSK OR-REHBINDER/PORTMANN, Art. 324a N 9; Gl. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 23 und ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49, je mit weiteren Verweisen.

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

¹²¹ Vgl. die Beispiele in BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 7.

¹²² BGer 4C.173/2004 E. 4.2 mit Verweis auf BSK OR-REHBINDER/PORTMANN, Art. 324a N 9; Gl. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 23 und ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49, je mit weiteren Verweisen.

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

6.3.1 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." ¹²⁶ Tatsächlich erklärt dieses im zitierten Urteil, dass die pauschale Berechnungsmethode im Allgemeinen mit längerer Dauer der Referenzperiode die besser geeignete Methode sei¹²⁷. 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 sei¹²⁸. Das Bundesgericht stellte für die Berechnung des Ferienlohnes, welchen es bei 4 Wochen Ferien pro Kalenderjahr als Zuschlag von 8.33% definierte, nicht auf das Lohnniveau der letzten 12 Monate ab, sondern auf die Lohnsumme für die Beschäftigung während der ganzen 48 Monate¹²⁹. Dieser überjährige Betrachtungszeitraum deckt sich mit dem oben erwähnten sozialversicherungsrechtlichen Bundesgerichtsurteil, wo dieses für die Berechnung des Normallohnes (also der Vergleichsbasis) ebenfalls auf die gesamte, mehrjährige Laufzeit des Arbeitsverhältnisses abstellte¹³⁰.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH¹³¹ 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 ist¹³². 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%.

¹²³ Bsp.: 3 Monate, 6 Monate, 12 Monate oder mehr als ein Jahr?

¹²⁴ 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?

¹²⁵ Bsp.: Ein Arbeitnehmer ist während 3 Monaten krank. Gilt als relevante Referenzperiode ein einzelner Monat oder sämtliche 3 Monate zusammen?

¹²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329d N 3.

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

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

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

¹³⁰ Vgl. oben, Ziff. 5.2.6.

¹³¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329d N 3.

¹³² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329d N 3.

Allgemein wird bei der Anwendung der Pauschalmethode eine Referenzperiode von 12 Monaten favorisiert¹³³. Eine kürzere Referenzperiode ergibt sich zwingend bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen. Je nach Umständen kann sich aber auch bei überjährigen Arbeitsverhältnissen 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 Verdienstauffall 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.

6.3.2 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 unbeachtlich¹³⁴.

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. Monatslohn¹³⁵ 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 bspw. 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 -zuschlägen, wie das Orange-Urteil zeigte¹³⁶ oder die Frage der Berücksichtigung von regelmässig geleisteten Überstunden¹³⁷.

¹³³ BK-REHBINDER/STÖCKLIN, Art. 329d N 7; ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 49 und 329d N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9 und 329d N 3 je mit Verweisen auf diverse Bundesgerichtsentscheide.

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

¹³⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 22.

¹³⁶ BGE 132 III 172 = Pra 2006 Nr. 147; Bestätigt in BGE 138 III 107 E. 3.

¹³⁷ vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 3.

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.

6.3.3 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 wird¹³⁸.

6.4 Referenzperiodenprinzip als im Einzelfall untaugliche Ersatzlösung

Sowohl Lehre¹³⁹ als auch das Bundesgericht¹⁴⁰ 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 BGer 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 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 musste¹⁴¹.
- b) Ein Arbeitnehmer ist infolge einer geplanten Operation während 2 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 ein Teil der während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfä-

¹³⁸ Bsp.: Der durchschnittliche Jahreslohn wird durch 12 Monate multipliziert und anschliessend für die volle Freistellungsdauer von 6 Monaten wieder mal 6 gerechnet. Dies führt zu demselben Ergebnis, wie wenn man den durchschnittlichen Jahreslohn durch zwei teilt.

¹³⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9 und Art. 329d N 3; ZK-STAEHELIN, Art. 329d N 2.

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

¹⁴¹ BGer 4C.173/2004 E. 4.2.

higkeit ausfallenden Verkäufe zu kompensieren¹⁴². In diesem Fall führte die Pauschal-methode 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 Pauschal-methode 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 (...)."143
- e) Ein Manager ist infolge eines Unfalles während 2 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 auszuzahlen sei. Dies deshalb, weil er Anspruch auf den hypothetischen Verdienst hat, welcher nicht nur den Fixlohn, sondern auch diese Umsatzbeteiligung umfasst.

¹⁴² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9 und Art. 329d N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 23 und Art. 329d N 7.

¹⁴³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 10.

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.

- 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 12 Monate ausbezahlt wird.

Solche saisonale Schwankungen dürfen bei der Berechnung des hypothetischen Verdienstes berücksichtigt werden¹⁴⁴. Zeigt bspw. 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 Durchschnitts¹⁴⁵, durch den Vergleich mit der Vorjahresperiode¹⁴⁶, dem Vergleich mit anderen Mitarbeitenden¹⁴⁷ oder auf andere Weise.

6.5 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 Bundesgericht fest: "Somit muss er [der Arbeitnehmer] weder eine Lohnbusse in Kauf nehmen (...) noch hat er Anspruch auf

144 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 7.

145 Bsp.: Wie hoch sind die Abweichungen über mehrere Jahre?

146 Bsp.: Beispiel gemäss lit. f: Wie hoch war der Umsatz im März des Vorjahres?

147 Bsp.: Wie viel haben andere Mitarbeitende in der fraglichen Periode verdient?

einen höheren Lohn (...)."¹⁴⁸ Der Arbeitnehmer hat also Anspruch auf den Lohn, welchen er bei Erbringung der Arbeitsleistung verdient hätte, er "(...) darf aber auch keinen Gewinn erzielen."¹⁴⁹

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 wird¹⁵⁰. 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."¹⁵¹ Durch eine Anrechnungspflicht löst das Arbeitsvertragsrecht das Problem einer "Überentschädigung" ausdrücklich beim Arbeitgeberverzug¹⁵² und der Schadenersatzberechnung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung¹⁵³. 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 entsprechen¹⁵⁴. Meines Erachtens gilt diese in Art. 324 Abs. 3 OR¹⁵⁵ und Art. 337 Abs. 3 OR¹⁵⁶ ausdrücklich erwähnte Schadenminderungspflicht als allgemeiner Grundsatz des Obligationenrechts¹⁵⁷ für das gesamte Arbeitsrecht und damit auch bei der Lohnfortzahlung während Arbeitsverhinderung¹⁵⁸ oder einer Freistellung¹⁵⁹.

Sicherlich dürfte es aber der Rechtssicherheit dienen, dass im Einzelarbeitsvertrag oder entsprechenden Reglementen die nötigen vertraglichen Vereinbarungen getroffen werden¹⁶⁰.

6.6 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 sind¹⁶¹. Dies gilt mit Ausnahme der sofortigen Fälligkeit¹⁶² auch für die Forderung des Arbeitnehmers auf

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

¹⁴⁹ ZK-Staehelin, Art. 329d N 1, mit Verweis auf BGE 129 III 493 ff. und 664 ff., BGE 118 II 137.

¹⁵⁰ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 18.

¹⁵¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 10; Gl. M. ZK-Staehelin, Art. 324a N 15.

¹⁵² Art. 324 Abs. 2 OR.

¹⁵³ Art. 337c Abs. 2 OR.

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

¹⁵⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 12.

¹⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 337c N 5.

¹⁵⁷ Art. 44 Abs. 1 OR.

¹⁵⁸ Art. 324a OR.

¹⁵⁹ Art. 324 OR; Vgl. dazu jedoch ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 13.

¹⁶⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 18.

¹⁶¹ D.h. Sozialabzüge, Verjährung, Fälligkeit etc.; Für die Lohnfortzahlung bei Krankheit ausdrücklich: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 5 und BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 21.

¹⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 337c N 14.

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 wird¹⁶³.

7 Einzelfragen

7.1 Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit: Krankentaggeldversicherung

7.1.1 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 sein¹⁶⁴.

Üblicherweise werden Versicherungen abgeschlossen, welche während 720 oder 730 innert 900 Tagen 80% des versicherten Verdienstes ausrichten. Solche Lösungen sind in der Regel gleichwertig¹⁶⁵. Als gleichwertig erachtete das Bundesgericht auch eine Lohnfortzahlung in der Höhe von 60% während eines vollen Jahres¹⁶⁶, was aber nicht unbestritten ist, da ein Minimum von 80% des versicherten Verdienstes gefordert wird¹⁶⁷.

7.1.2 Leistungslohn als versicherter Verdienst

Sowohl Provisionen als auch der Akkordlohn oder Anteile am Geschäftsergebnis gelten als massgebender Lohn nach AHVG und sind AHV-pflichtig¹⁶⁸. 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 erwähnt¹⁶⁹, 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 vorzunehmen¹⁷⁰. Eine Abde-

¹⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 337c N 3; Zur Abrechnungspflicht von Sozialversicherungsbeiträgen vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 337c 15 mit Verweis auf BGE 123 V 5 E. 5.

¹⁶⁴ Art. 324a OR.

¹⁶⁵ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 24; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 37 ff.

¹⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 24 und BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 37, beide mit Verweis auf BGE 96 II 133 ff.

¹⁶⁷ Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 37; ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 64 und .

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

¹⁶⁹ Vgl. vorangehend, Ziff. 7.1.1.

¹⁷⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 24; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 37.

ckung der Provisionsausfälle während Krankheit mittels einer Durchschnittszahlung ist also bspw. auch dann rechtsgültig, wenn sich ergibt, dass in dieser Zeit eine ausserordentlich hohe (einmalige) Provisionszahlung hätte verdient werden können, oder effektiv verdient wurde¹⁷¹.

7.1.3 Analoge Anwendbarkeit von Art. 349c Abs. 2 OR?

In diesem Zusammenhang beachtlich ist die Spezialregelung für Aussendienstmitarbeitende nach Art. 349c Abs. 2 OR¹⁷², wonach durch schriftliche Vereinbarung die Lohnfortzahlungspflicht für Provisionen wegbedungen werden kann, sofern die Provision weniger als ein 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 Einzelarbeitsverträgen¹⁷³. Ob diese analoge Anwendbarkeit auch für 349c OR gilt, wäre zu prüfen und würde den Handlungsspielraum für vertragliche Vereinbarungen im Bereich der Provisionierung erhöhen.

7.1.4 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 Ausführungen¹⁷⁴ kommt bei der krankheitsbedingten Lohnfortzahlungspflicht hinzu, dass sich der Arbeitgeber durch Abschluss einer Krankentaggeldversicherung von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit, sofern die Regelung gleichwertig ist¹⁷⁵. 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).

¹⁷¹ Welche dann aber durch den Arbeitgeber beansprucht wird, vgl. unten, Ziff. 7.1.4.

¹⁷² Vgl. dazu ausführlicher oben, Ziff. 5.2.3.

¹⁷³ BGE 139 III 215 E. 5.1 mit diversen Verweisen.

¹⁷⁴ Vgl. oben, Ziff. 6.5.

¹⁷⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 14; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 34.

7.2 Arbeitsunfähigkeit infolge Unfall: Unfallversicherung

Die Unfallversicherung fällt als obligatorische Versicherung zusammen mit anderen Versicherungen unter den Anwendungsbereich von Art. 324b OR¹⁷⁶. Nachdem sich der versicherte Verdienst bei der Unfallversicherung nach dem massgebenden Lohn nach AHVG richtet, sind auch Leistungslöhne wie Provisionen etc. bis zum UVG-Maximum¹⁷⁷ mitversichert¹⁷⁸. 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%¹⁷⁹. Dies gilt auch für die nicht durch die obligatorische Versicherung abgedeckte Wartezeit von 3 Tagen¹⁸⁰ und den Lohn, welcher das UVG-Maximum übersteigt¹⁸¹. 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 4 Tag ausgerichteten Taggeld entspricht. Soweit der versicherte Verdienst das UVG-Maximum nicht überschreitet, ist der Lohn des Arbeitnehmers damit nach der Pauschalmethode abgedeckt¹⁸².

7.3 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."¹⁸³ Sofern den Arbeitgeber für Kurzabsenzen überhaupt eine Lohnfortzahlungspflicht trifft¹⁸⁴, stellt sich auch in diesen Fällen die Frage des hypothetischen Verdienstes. Dasselbe gilt bei Feiertagen, welche ebenfalls nach Art. 329 OR zu beurteilen sind¹⁸⁵. Auch diese sind - mit Ausnahme des 1. August¹⁸⁶ - nicht zwingend entschädigungspflichtig¹⁸⁷.

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

¹⁷⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324b N 2.

¹⁷⁷ Derzeit CHF 126'000.- pro Jahr (vgl. Art. 22 Abs. 1 UVV).

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

¹⁷⁹ Art. 324b Abs. 1 OR.

¹⁸⁰ Art. 324b Abs. 3 OR, Art. 16 Abs. 2 UVG.

¹⁸¹ Art. 324b Abs. 2 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 11.

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

¹⁸³ Art. 329 Abs. 3 OR.

¹⁸⁴ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329 N 12 f.

¹⁸⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329 N 14; ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 7 f.

¹⁸⁶ Art. 110 Abs. 3 BV.

¹⁸⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329 N 14; ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 8; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329 N 15.

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 Aussendienstmitarbeiter, welcher zusätzlich zum fixen Monatslohn eine Umsatzprovision¹⁸⁸ verdient oder am Umsatz beteiligt ist¹⁸⁹. Je nach zu verkaufendem Produkt entsteht dem Mitarbeiter auch bei einem ganztägigen Arbeitsunterbruch womöglich gar kein Provisionsausfall¹⁹⁰.

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 Leistungslohne 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.

7.4 Ferienzuschlag auf Provisionen zur Abgeltung des Ferienlohnes?

Können Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren, dass der Ferienlohn für das Provisions-einkommen mit einem Zuschlag von 8.33% abgegolten wird? Soweit die allgemeinen Voraussetzungen für die Zahlung des Ferienlohnes in Form eines Zuschlages erfüllt werden¹⁹¹, führt eine solche Vereinbarung meines Erachtens einzig dazu, dass das Provisions-einkommen 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 Provisions-niveau¹⁹².

7.5 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 wurden¹⁹³, oder diejenigen Provisionen, deren Anspruch während der Arbeitsverhinderung oder Ferien entstanden¹⁹⁴ sind?

Mit Verweis auf REHBINDER/STÖCKLI¹⁹⁵ 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

¹⁸⁸ Art. 322b OR.

¹⁸⁹ Art. 322a OR.

¹⁹⁰ Bspw. beim Verkauf von Investitionsgütern.

¹⁹¹ Dazu gehört insbesondere eine schriftliche Vereinbarung, die Ausweisung des Zuschlages in den Lohnabrechnungen, etc., vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9.

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

¹⁹³ Art. 323 Abs. 2 OR.

¹⁹⁴ Art. 322b OR.

¹⁹⁵ Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 8, mit ausführlicher Begründung.

hypothetischen Lohnzahlung entstanden ist. Es geht also um die Provisionsansprüche derjenigen Verträge mit Kunden, welche während der arbeitsfreien Zeit abgeschlossen wurden¹⁹⁶.

8 Variable Entlöhnung als Folge variabler Arbeitszeiten oder zula- gen- bzw. zuschlagspflichtiger Arbeitsleistungen

8.1 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 sind¹⁹⁷:

- 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 vergüten¹⁹⁸. 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 oben 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 hätte¹⁹⁹, sondern: Wie viele Stunden hätte der Arbeitnehmer gearbeitet, wenn er gearbeitet hätte?

Dieselbe Konstellation ergibt sich bei Lohnschwankungen als Folge von Lohnzulagen oder -zuschlägen²⁰⁰. Auch hier stellt sich nicht die Frage, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wie wenn er gearbeitet hätte, sondern welche Art von Dienst hätte er geleistet, wenn er ge-

¹⁹⁶ Art. 322b Abs. 1 OR.

¹⁹⁷ Vgl. zur Teilzeitarbeit die Übersicht in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 18 f.

¹⁹⁸ BGE 124 III 249 ff.

¹⁹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9, mit Verweis auf Botschaft, S. 93.

²⁰⁰ Vgl. oben, lit. c.

arbeitet hätte. Die Grundproblematik bleibt im Prinzip aber dieselbe: Der Rechtsanwender ist gezwungen, eine hypothetische Arbeitszeit oder eine hypothetische Art von geleisteten Diensten zu bestimmen.

8.2 Einzelfragen

8.2.1 Anrechenbare Arbeitszeit bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit

Welche Arbeitszeit ist dem Arbeitnehmer bei Krankheit gutzuschreiben, wenn die Unternehmung Jahresarbeitszeit 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 darstellt²⁰¹.

Vermeintlich geleistete Überstunden- oder Überzeitarbeit ist dem an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer ebenfalls gutzuschreiben. Auch diese Art von Arbeitsleistung gehört zum "darauf entfallenden Lohn"²⁰². 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 wurde²⁰³.

8.2.2 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 sei²⁰⁴. Der völlige Verzicht auf den Abruf des Arbeitnehmers bedeute im Ergebnis nichts anderes als die Überwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer²⁰⁵. 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 AVIV²⁰⁶. 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 Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Annahmeverzug befand, sprach das Bundesgericht

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

202 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 23.

203 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 23.

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

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

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

dem Arbeitnehmer einen Ersatzverdienst zu, welchen dieses nach der Pauschalmethode berechnete.

8.2.3 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 wären²⁰⁷.

Diese Auffassung deckt sich denn auch mit dem Leitentscheid des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2009²⁰⁸. 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."²⁰⁹

Abgelehnt wird von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH jedoch die Pflicht einer *Zeitgutschrift* für nicht geleistete Nachtarbeit²¹⁰, 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."²¹¹

9 Schlussbemerkungen

Die Fallkonstellationen, in welchen ein hypothetisch erzieltetes Einkommen bestimmt werden muss, sind überaus vielfältig und komplex. Lohnschwankungen können sich aus drei Gründen ergeben: Erstens als Folge eines (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 3, 6, 12 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.

²⁰⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 23 und Art. 329d N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 329d N 1.

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

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

²¹⁰ Art. 17b ArG.

²¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9. Diesem Argument liesse sich allerdings das Orange-Urteil des Bundesgerichts entgegen halten.

Literaturverzeichnis

BK-AUTOR

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, Obligationenrecht; Bern ab 1983.

BLESI, ALFRED:

Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, Zürich 2010.

BSK OR-AUTOR:

Basler Kommentar zum Privatrecht; OR I, Art. 1 - 529; 5. Auflage, Basel 2011.

EGLI, HANS-PETER (zit: EGLI, Handkommentar, Art. ...)

in: KOSTKIEWICZ, KREN et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht; Kommentar zu Art. 319-362 OR, Zürich 2002.

MORF, ROGER PETER:

Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis; Bern 2011.

SENTI, CHRISTOPH:

Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation; in: AJP 6/2002, S. 670 ff.

SENTI, CHRISTOPH (zit: SENTI, Zulagen, S. ...):

Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn; in: AJP 3/2006, S. 289 ff.

STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO:

AVIG-Praxis ALE; Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC); Januar 2014
abrufbar unter: <http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/kreisschreiben/>

STREIFF, ULLIN / VON KAENEL, ADRIAN / RUDOLPH ROGER:

Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR; 7. Auflage, Zürich, 2012.

ZK-STAEHELIN:

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürich 2006.