

19. Tagung zu aktuellen Problemen des Arbeitsrechts

Dienstag, 18. Juni 2024, Lake Side, Zürich



Rechtsfolgen des Leistungslohns

Dr. iur. Christoph Senti
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
advokatur 9450
www.9450.ch

advokatur
— 9450 —

Inhaltsübersicht

Grundlagen:

CHRISTOPH SENTI, Variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungen: Rechtsfolgen; PORTMANN/VON KAENEL (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage, erscheint voraussichtlich im August 2024.

Inhaltsübersicht:

1. Leistungslohn: Anteil am Geschäftsergebnis / Provision / Akkordlohn
2. Rechtsfolgen
 - 2.1 Bedingungen und Anspruch pro rata temporis
 - 2.2 Lohnfort- und Lohnersatzzahlungen
 - 2.3 Truckverbot

Leistungslohn: Anteil am Geschäftsergebnis (I)

Rechtsgrundlagen:

Art. 322a OR; Art. 323 Abs. 3 OR; Art. 339 Abs. 3 OR.

Grundidee:

Zahlung einer Prämie in Abhängigkeit von einer Kennzahl (Umsatz, Gewinn, Cashflow, Lagerumschlag, Deckungsbeitrag, etc.).

Bemessungsgrundlage:

Gegenstand: Beliebige Kennzahl (Umsatz, Gewinn, Cashflow, Lagerumschlag, Deckungsbeitrag etc.);

Umfang: Unternehmung, Abteilung, Division, Unternehmensgruppe, geografisches Gebiet, bestimmte Kunden, Produkte oder -gruppen etc.;

Periode: I.d.R. ein Geschäftsjahr, kann aber auch kürzer sein (Monat, Quartal etc.).

Leistungslohn: Anteil am Geschäftsergebnis (II)

Fälligkeit:

Sobald Geschäftsergebnis festgestellt ist, spätestens sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres. Gilt auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. Art. 339 Abs. 3 OR, BGer 4A_126/2021, E. 4.4).

Zahlung:

Bar- oder Naturallohn (Aktien, Optionen etc.).

Beachte ausserdem:

- Dispositive Regelung zur Berechnung des Gewinns (Art. 322a Abs. 1 OR);
- Halbzwingende Einsichts-/Auskunftsrechte (Art. 322a Abs. 2 und 3 OR).

Leistungslohn: Provision (I)

Rechtsgrundlagen:

Art. 322b OR, Art. 322c OR, Art. 323 Abs. 2 OR, Art. 339 Abs. 2 OR, sowie diverse Bestimmungen im Handelsreisendenvertrag.

Grundidee:

Zahlung einer Prämie für den Abschluss eines bestimmten Geschäfts.

Bemessungsgrundlage:

Gegenstand: Realisierung eines bestimmten Geschäfts (Vertragsabschluss);

Umfang: Unternehmung, Abteilung, Division, Unternehmensgruppe, geografisches Gebiet, bestimmte Kunden, Produkte oder -gruppen etc.;

Periode: Nur laufender Monat, sofern keine gestaffelte Erfüllung oder Versicherungsverträge.

Leistungslohn: Provision (II)

Entstehung des Anspruchs:

Mit rechtsgültigem Abschluss des betreffenden (Verpflichtungs-)Geschäfts. Bei Versicherungsverträgen und Geschäften mit gestaffelter Erfüllung abweichende Vereinbarung möglich.

Fälligkeit:

Ende eines jeden Monats. Falls Durchführung des Geschäfts mehr als ein halbes Jahr beansprucht, kann Fälligkeit hinausgeschoben werden.

Delkredere:

Provision nicht geschuldet, wenn Vertragserfüllung ohne Verschulden des Arbeitgebers nachträglich dahinfällt. D.h. Nichterfüllung infolge höherer Gewalt oder infolge Verschulden des Kunden.

Leistungslohn: Provision (III)

Zahlung:

Bar- oder Naturallohn (Aktien, Optionen etc.).

Beachte ausserdem:

- Pflicht zur Erstellung einer Provisionsabrechnung (Art. 322c Abs. 1 OR);
- Einsichts- und Informationsrechte (Art. 322c OR);
- Diverse Sonderbestimmungen zur Provision beim Handelsreisendenvertrag (Art. 347 ff. OR).

Leistungslohn: Akkordlohn (I)

Rechtsgrundlagen:

Art. 322b OR, Art. 326 OR, Art. 326a OR,

Grundidee:

Entlöhnung auf Basis eines messbaren Outputs, bzw. geleisteter Arbeit (vgl. Art. 319 OR).

Bemessungsgrundlage:

Gegenstand: Zeit-, Geld-, Stückakkord;

Umfang: Einzel- oder Gruppenakkord;

Periode: Nur laufender Monat.

Fälligkeit:

Ende eines jeden Monats.

Leistungslohn: Akkordlohn (II)

Beachte ausserdem:

Diverse Sondernormen betreffend:

- Verhinderung zur Leistung von Akkordarbeit ohne Verschulden des Arbeitgebers;
- Pflicht zur Bekanntgabe des Akkordlohnsatzes;
- etc.

Bedingungen und Anspruch pro rata temporis (I)

„Bei vorliegendem **Bonus handelt es sich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR. Es besteht kein Anspruch pro rata temporis.**“

1. Vertragsfreiheit

BGer 4A_380/2011, E. 5.1.4: „Das Arbeitsvertragsrecht regelt verschiedene Lohnformen (Art. 322a ff. OR). Die gesetzliche Regelung ist nicht abschliessend; insofern besteht weitgehend, wenn auch nicht vollständig, Vertragsfreiheit.“

2. Bezeichnung ist irrelevant

BGer 4C.6/2003: „Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien in ihrer Vereinbarung den Bonus rechtlich bezeichnen, sondern was sie tatsächlich gewollt haben (Art. 18 Abs. 1 OR).“

=> Die rechtliche Qualifikation richtet sich nach dem Wesen der Zahlung, d.h. nach deren Charakter. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal gegenüber der Gratifikation ist das fehlende Ermessen des Arbeitgebers (BGer 4A_327/2019, E. 3.1.2).

Bedingungen und Anspruch pro rata temporis (II)

„Bei vorliegendem **Bonus handelt es sich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR. Es besteht kein Anspruch pro rata temporis.**“

3. Ist die Zahlung als Lohn zu qualifizieren, sind diverse Rechtsfolgen zwingend

Ob ein Anspruch pro rata temporis zu bezahlen ist, ergibt sich als Rechtsfolge der rechtlichen Qualifikation der Zahlung. Die Pflicht zur Zahlung des Lohnes pro rata temporis ist nach Auffassung des Bundesgerichts zwingend (BGer 4A_158/2019, E. 4; BGer 4C.395/2005 E. 5.3; BGE 4C.426/2005 E. 5.2.1).

Vom Gesetz abweichende Vertragsvereinbarungen über zwingende Rechtsfolgen taugen nicht zur rechtlichen Qualifikation einer Zahlung, sondern sind nichtig (Art. 20 OR).

Bedingungen und Anspruch pro rata temporis (III)

Ausgangslage:

Der Arbeitnehmer kündigt das Arbeitsverhältnis im Februar 2023 unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist auf den 31. Mai 2023. Vertraglich vereinbart ist ein Bonus in der Höhe von 1% des Cashflows seiner Division gemäss der durch die Generalversammlung genehmigten Jahresrechnung, zahlbar jeweils innert 30 Tagen nach der ordentlichen Generalversammlung.

Das Bonusreglement sieht vor, dass die Zahlung des Bonus nur an Arbeitnehmende erfolgt, welche sich per Stichtag der Generalversammlung in ungekündigter Stellung befinden. Zudem besteht kein Anspruch pro rata temporis. Die Genehmigung der Jahresrechnung 2022 erfolgt an der ordentlichen Generalversammlung vom 15. Mai 2023.

- a) Bonus geschuldet für das Geschäftsjahr 2022?
- b) Bonus pro rata geschuldet für Januar bis Mai 2023? Falls ja:
 - aa) wie ist dies zu berechnen?
 - bb) wann wird der Anspruch pro rata zur Zahlung fällig?

Bedingungen und Anspruch pro rata temporis (IV)

1. Charakter der Zahlung:

Beteiligung von 1% vom Cashflow ist ein Anteil am Geschäftsergebnis und damit Leistungslohn.

- Beteiligung in vorbestimmter Höhe an einer Finanzkennzahl entspricht Art. 322a OR;
- Arbeitgeber hat kein Ermessen, d.h. es liegt keine Gratifikation vor.

2. Rechtsfolgen:

Vertragliche Regelung: Kein Anspruch in gekündigtem Zustand, kein Anspruch pro rata. Zulässig?

BGer 4C.395/2005, E. 5.3: „Die Gratifikation kann (...) von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet oder in ungekündigter Stellung ist (BGE 4C.426/2005 E. 5.1). Eine solche Bedingung ist jedoch bezüglich des Anspruchs auf Lohn unzulässig (BGE 4C.426/2005 E. 5.2.1).“ (Bestätigt in: BGer 4A_158/2019, E. 4).

Bedingungen und Anspruch pro rata temporis (V)

1. Fazit:

- a) Vertragliche Bedingung „in ungekündigter Stellung“ bei Lohnzahlung nicht zulässig.
Vertragliche Regelung ist somit nichtig (Art. 20 OR).
Anspruch auf Bonus für das Geschäftsjahr 2022 gesetzlich zwingend.

- b) Vertragliche Bedingung „bei Fälligkeit der Zahlung noch angestellt“ bei Lohnzahlung nicht zulässig. Arbeitnehmer hat also auch dann Anspruch auf Bonus (für 2023) wenn er per Ende Jahr (2023) nicht mehr angestellt ist. D.h. vertragliche Wegbedingung des Anspruches pro rata ist nichtig (Art. 20 OR).
Anspruch pro rata temporis für angebrochenes Geschäftsjahr 2023 zwingend.

Bedingungen und Anspruch pro rata temporis (VI)

2. Berechnung des Anspruches pro rata:

Annahme: Cashflow Mai 2023 = CHF 80'000; Cashflow Dez 2023 = CHF 100'000.

a) Variante 1: Abstellen auf effektives Ergebnis per Ende Arbeitsverhältnis

Cashflow Mai 2023 = CHF 80'000, davon 1% ergibt CHF 800 brutto.

b) Variante 2: Jahresbetrachtung mit anteiliger Auszahlung

Cashflow Dez 2023 = 100'000, davon 1% und davon 5/12 ergibt CHF 416 brutto.

=> Welche Methode gilt, ist meines Wissens nicht gerichtlich entschieden.

3. Fälligkeit des Anspruches bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses:

BGer 4A_126/2021, E. 4.4: Bezüglich Fälligkeit gilt Art. 339 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 323 Abs. 3 OR.

Dies gilt auch bei Kündigung unter dem Jahr, für den davor liegenden Zeitraum ist kein Verzugszins zu bezahlen. => Indiz für Berechnung nach Variante 2?

Bedingungen und Anspruch pro rata temporis (VII)

Anspruch pro rata temporis, bei

1. Provision:

Provision ist i.d.R. per Ende eines jeden desjenigen Monats zu bezahlen, in welchem der Anspruch entsteht (Art. 322b i.V.m. Art. 323 Abs. 2 OR).

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht die Möglichkeit zum vertraglich vereinbarten Aufschub für noch nicht erfüllte Geschäfte (Art. 339 Abs. 2 OR).

Damit stellt sich die Frage eines Anspruches pro rata in der Regel gar nicht.

2. Akkordlohn:

Akkordlohn ist per Ende eines jeden Monats geschuldet (Art. 323 Abs. 1 OR).

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird Forderung fällig (Art. 339 Abs. 1 OR).

Damit stellt sich die Frage eines Anspruches pro rata in der Regel gar nicht.

Lohnfort- und Lohnersatzzahlungen (I)

Fälle von Lohnfort- oder Lohnersatzzahlungen:

Arbeitsverhinderung infolge Krankheit, Unfall etc.; Ferien; Freistellung; Kurzabsenzen und Feiertage; Annahmeverzug des Arbeitgebers; Mutterschaftsurlaub; Urlaub des anderen Elternteils; Adoptionsurlaub, Urlaub für die Betreuung von Angehörigen; Urlaub für die Betreuung eines gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes.

Sofern Anspruch auf den „vollen Lohn“ besteht, wird auch ein Leistungslohn von der Lohnfortzahlungspflicht erfasst.

Es gilt folgende Hierarchie:

1. Lex specialis? (Bspw.: Art. 326 OR (Akkordlohn), Art. 349c OR (Handelsreisende), GAVs (bspw. Art. 30.1 Coiffeurgewerbe) etc.;
2. Lohnausfallprinzip: Abstellen auf den hypothetischen Verdienst der/des Arbeitnehmenden;
3. Referenzperiodenprinzip (Pauschalmethode): Durchschnittsberechnung gestützt auf eine vergangene Periode;
4. Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR.

Lohnfort- und Lohnersatzzahlungen (II)

1. Lohnausfallprinzip:

„Was hätte die/der Arbeitnehmende verdient, wenn sie/er gearbeitet hätte?“

- Kann sehr schwierig sein, Abstellen auf den konkreten Einzelfall;
- Meines Erachtens sind alle Argumente zu beachten, die das Ergebnis näher an den hypothetischen Verdienst führen (Vergleich mit Vorperioden, Prognosen, Arbeitskollegen, Berücksichtigung saisonaler Schwankungen, externer Faktoren etc.);

2. Referenzperiodenprinzip (Pauschalmethode):

(Durchschnitts-)berechnung gestützt auf vergangene Perioden.

Offene Fragen:

- a) welche Referenzperiode in der Vergangenheit (3, 6 oder 12 Monate, Vorjahresergebnis)?
- b) welche Lohnbestandteile (inkl. Fixum, nur Provisionen, alle Provisionen)?
- c) welche Periode gilt für den Lohnausfall (Betrachtung pro Monat, pro Woche, pro Quartal; Fällige oder entstandene Provisionen)?

Lohnfort- und Lohnersatzzahlungen (III)

Kein Anspruch auf Überentschädigung:

„Somit muss er [der Arbeitnehmer] weder eine Lohnbusse in Kauf nehmen (...) noch hat er Anspruch auf einen höheren Lohn (...).“ (BGE 129 III 673, E. 7.3 = Pra 2004, Nr. 67, 389).

Dies ist insbesondere bei Krankentaggeldleistungen während einer Lohnfortzahlung infolge Krankheit unter dem Titel „Nettolohnausgleich“ ein praktisch relevantes Thema.

Anwendungsbereich:

Bei welchen Leistungslöhnen ist das Lohnausfalls- / Referenzperiodenprinzip ein Thema?

- a) Anteil am Geschäftsergebnis? Fraglich;
- b) Provision? Ja;
- c) Akkordlohn? Wegen *lex specialis* (Art. 326 OR) nur in einzelnen Fällen.

Lohnfort- und Lohnersatzzahlungen (IV)

Kurzabsenzen, kurze Arbeitsverhinderungen, kurze Ferien (verlängertes Wochenende), Feiertage etc.:

„Was hätte die/der Arbeitnehmende verdient, wenn sie/er gearbeitet hätte?“

- a) Besteht Lohnfortzahlungspflicht? (Feiertage mit Ausnahme des 1. August nicht entschädigungspflichtig; Möglichkeit von Karenztagen bei Arbeitsverhinderung infolge Krankheit etc.);
- b) Entstand überhaupt ein Lohnausfall?
- c) Falls Lohnausfall entstanden und Lohnfortzahlungspflicht: Vorgehen wie vorangehend geschildert.

Truckverbot (I)

Grundsatz:

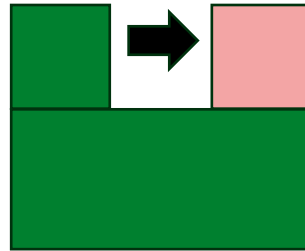
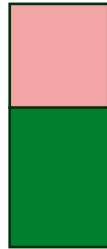
„Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers sind nichtig.“
(Art. 323b Abs. 3 OR).

Gilt für:

- alle Kategorien von Arbeitnehmenden;
- alle Arten von Arbeitsverträgen;
- nur für Löhne, nicht aber Gratifikationen.

Unterscheide:

Zulässig:
Naturallohn als
Leistung des Arbeitgebers
on top



Truckverbot i.S. einer
Pflicht zur Verwendung
des Lohnes im Interesse
des Arbeitgebers

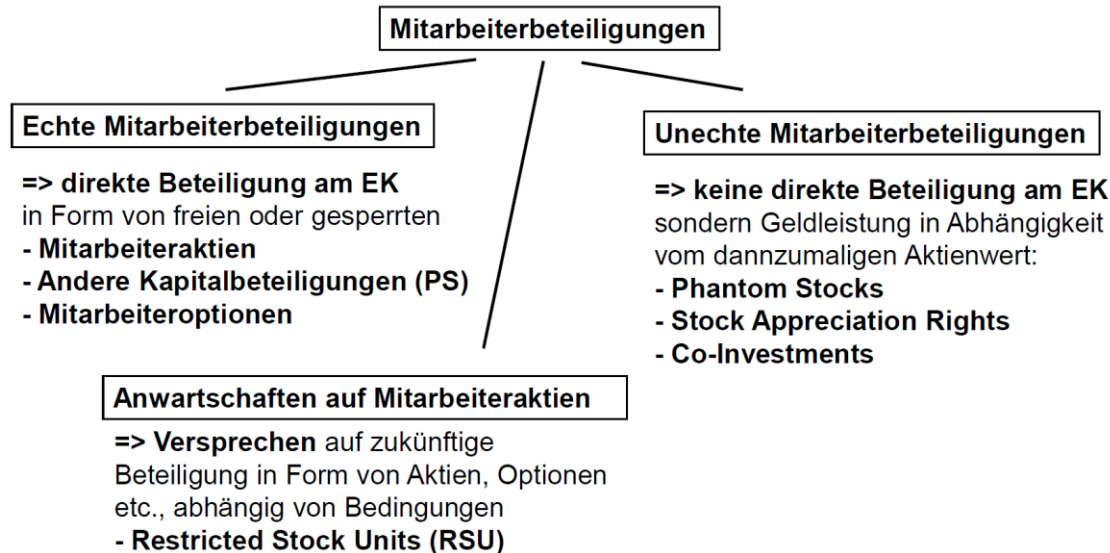
Truckverbot (II)

Relevanz im Zusammenhang mit Leistungslöhnen:

Mitarbeiterbeteiligungen, insbesondere Optionspläne.

Guter Überblick über die verschiedenen Arten von Mitarbeiterbeteiligungen:

[Kreisschreiben Nr. 37 der eidg. Steuerverwaltung vom 30. Oktober 2020](#)



Truckverbot (III)

Truckverbot gilt auch bei Leistungslöhnen:

„Das Obergericht folgte dem Arbeitsgericht, nach dessen Erwägungen der Kläger **einen Teil seines Geldlohnes in Optionen vergütet erhalten habe, ohne über den Geldwert der Option unmittelbar verfügen zu können.** Das Optionsrecht sei (...) nicht übertragbar, womit ein Verkauf der Option entfalle. Zudem bleibe (...) die Ausübung des Optionsrechtes für drei Jahre gesperrt. Auch ein jederzeitiges Rückgaberecht an die Beklagte sei im Kaderoptionsplan nicht vorgesehen. Der Kläger habe somit **anstelle des arbeitsvertraglich vereinbarten Geldlohnes einen Optionswert erhalten, womit sein Recht, über den Geldlohn verfügen zu können, geschmälert worden sei.**“
(BGer 4C.237/2004, E. 3.2).

Nicht zum Tragen kommt das Truckverbot bei sog. Beteiligungsverträgen:

„Durch Verträge der Mitarbeiterbeteiligung dürfen die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts nicht unterlaufen werden. **Der Arbeitnehmerschutz entfällt, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligung als Anleger handelt,** der das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken akzeptiert. (...) Anwendung der zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts im vorliegenden Fall verneint (E. 3 und 4).“
(BGE 130 III 495 Regeste).

Schlussbemerkung

Beachte:

Der Leistungslohn ist **Lohn** im Sinne des Arbeitsvertragsrechts. **Es gelten daher alle zwingenden Gesetzesbestimmungen zum Lohn**, soweit das Gesetz selbst keine abweichenden Regelungen vorsieht (bspw. Art. 339 Abs. 3 OR), bspw. auch:

- Lohnrückbehalt (Art. 323a OR);
- Lohnsicherung (Art. 323b Abs. 1 OR);
- Beschränkte Verrechnungsmöglichkeit (Art. 323b Abs. 2 OR);
- Abtretungsverbot (Art. 325 OR);
- etc.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!