

# DER PROVISIONSLOHN UND SEINE RECHTLICHEN TÜCKEN

Was Arbeitgeber beachten müssen, wenn ihre Arbeitnehmer auf überwiegender oder reiner Provisionsbasis entlohnt werden sollen und sie nicht mit Salärnachforderungen vor Gericht konfrontiert werden wollen. Eine kleine Übersicht zu den wichtigsten Aspekten des überwiegenden oder reinen Provisionslohnes.

■ Von RAin lic. iur. Viviane Zollinger-Anderegg, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht,  
Capt Zollinger Rechtsanwälte, Wetzikon

## Was ist eine Provision?

Viele Arbeitnehmer schliessen Arbeitsverträge ab, in welchen sie ganz oder teilweise auf Provisionsbasis arbeiten. Bei der Provision gemäss Art. 322b OR handelt es sich um eine Vergütung, welche sich prozentual nach dem Wert der einzelnen Geschäfte bestimmt, die der Arbeitnehmer jeweils mit Dritten im Namen und im Auftrag des Arbeitgebers vermittelt (Vermittlungsprovision) oder selbst abschliesst (Abschlussprovision; vgl. zum Begriff der Provision auch BGE 128 III 174). Bei der Provision handelt es sich um einen echten Leistungslohn.

## Wann entsteht der Provisionsanspruch?

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die Provision, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen seiner Vermittlung oder seinem Abschluss und dem Zustandekommen des Geschäftes (bzw. der Zahlung durch den vermittelten Kunden) besteht. Der Arbeitnehmer muss dabei massgeblich zum Vertragsabschluss oder zur Vermittlung beigetragen haben. Er hat auch dann Anspruch auf eine Provision, wenn das Geschäft zwar noch vor Ende des Arbeitsverhältnisses vermittelt bzw. abgeschlossen wurde, die Erfüllung aber erst nach

Beendigung des Arbeitsverhältnisses stattfindet (vgl. Art. 322b OR).

## Dahinfallen des Provisionsanspruches

Der Provisionsanspruch des Arbeitnehmers fällt gemäss Art. 322b Abs. 3 OR dahin, wenn «das Geschäft vom Arbeitgeber *ohne sein Verschulden* (d.h. ohne Verschulden des Arbeitgebers) nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeit nicht erfüllt». Der Arbeitgeber muss jedoch erfolglos Eintreibungsversuche (wie z.B. eine Betreuung eingeleitet oder eine Klage erhoben) unternommen haben,



damit er von der Auszahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer befreit ist (vgl. zum Ganzen: Streiff/Von Kaenel/Rudolph in Praxiskommentar, 7. Aufl., Art. 322b OR N 2). Ist die Provision bereits ausbezahlt, das Geschäft aber nachträglich nicht ausgeführt worden, muss der Arbeitnehmer die Provision dem Arbeitgeber wieder zurückbezahlen. Dies kann namentlich am Ende eines Arbeitsverhältnisses zu Problemen führen.

Da es sich um einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch handelt, beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre (vgl. BGE 126 III 119).

### Rückforderung der Provision nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Regelung von Art. 350a OR mit Bezug auf den Handelsreisendenvertrag wird gemäss Lehre und Rechtsprechung auch auf Vertragsverhältnisse mit überwiegender oder reiner Provisionsentlohnung angewandt. Artikel 350a OR hält fest, dass alle Provisionen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer auszurichten sind, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Annahme und ihrer Ausführung.

Was geschieht jedoch mit den Provisionen, welche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt wurden, jedoch nach Beendigung nachträglich dahingefallen sind? Darf der Arbeitgeber diese Provisionen vom Arbeitnehmer zurückfordern?

Die Praxis zur nachträglichen Rückforderung ist uneinheitlich. Es gibt Gerichtsentscheide, die zwar eine Verrechnung von noch offenen Provisionsansprüchen erlauben, eine nachträgliche Rückforderung jedoch ablehnen, ausser bei missbräuchlich erlangten Provisionsguthaben. Das Arbeitsgericht Zürich hat in einem Entscheid vom 19. Dezember 2002 festgehalten, die Provision falle nur dahin, wenn der Arbeitgeber auf den letzten Arbeitstag hin nachweisen könne, dass die Forderung uneinbringlich

sei und der Arbeitnehmer die Provision deshalb zurückbezahlen müsse (vgl. zum Ganzen: Streiff/Von Kaenel/Rudolph in Praxiskommentar, 7. Aufl., Art. 350a OR N 3). Kann der Arbeitgeber diesen Beweis nicht erbringen, hat er nach Vertragsbeendigung keinen Rückforderungsanspruch in Bezug auf die nachträglich weggefallene, dem Arbeitnehmer aber bereits ausbezahlte Provision mehr.

### Zwingende Voraussetzungen für eine gültige Abmachung eines reinen Provisionslohnes

Wird ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, in welchem die Parteien einen reinen Provisionslohn vereinbaren, müssen folgende Voraussetzungen zwingend erfüllt sein, damit der Arbeitsvertrag gültig ist und der Arbeitgeber nicht vor Gericht mit Nachzahlungsforderungen des Arbeitnehmers konfrontiert wird.

- Der Arbeitsvertrag muss zwingend schriftlich abgeschlossen werden; rein mündliche Abmachungen sind nichtig
- Die Provision muss ein angemessenes Entgelt für die ausgeübte Tätigkeit des Arbeitnehmers darstellen

Diese Voraussetzungen gelten natürlich auch, wenn vereinbart wird, dass der Lohn vorwiegend aus Provisionen besteht.

### WICHTIGER HINWEIS



Bei Fehlen einer schriftlichen Abmachung wird der Arbeitgeber in jedem Fall dem Arbeitnehmer ein angemessenes Fixum nachzahlen müssen (zum Ganzen: Streiff/Von Kaenel/Rudolph in Praxiskommentar, 7. Aufl., Art. 349a OR N 3).

### Angemessenes Entgelt

Die Regelung von Art. 349a Abs. 2 OR gilt für alle Arbeitnehmer, welche ganz oder vorwiegend auf Provisionsbasis arbeiten. Art. 349a Abs. 2 OR hält fest, dass eine schriftliche Abrede, wonach der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll,



nur gültig ist, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Arbeitnehmers ergibt. Mit der Frage, was ein angemessenes Entgelt ist, haben sich schon viele Gerichte auseinandersetzen müssen.

Das Bundesgericht hat mehrmals entschieden, dass ein angemessener Lohn dem Arbeitnehmer eine «zufriedenstellende» bzw. «anständige» Lebensführung ermöglichen müsse, wobei die Branchenüblichkeit als Richtlinie zu berücksichtigen sei (vgl. BGE 4A\_68/2008 vom 10.7.2008).

Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unabhängig von dessen Leistungen ein Mindesteinkommen garantieren muss. Art. 349a Abs. 2 OR will lediglich die Ausbeutung des Arbeitnehmers verhindern. Erzielt der Arbeitnehmer daher kein genügendes Einkommen, weil er schlichtweg zu wenig leistet, ist die Abrede eines reinen Provisionslohnes dennoch gültig. Allerdings werden stark unterdurchschnittliche Provisionsentgelte nur bei schweren Pflichtversäumnissen des Arbeitnehmers toleriert (vgl. zum Ganzen: Streiff/Von Kaenel/Rudolph in Praxiskommentar, 7. Aufl., Art. 349a OR N 4).

Ein angemessenes Entgelt richtet sich nach den Verdienstchancen eines



durchschnittlich begabten Arbeitnehmers bei gleicher Tätigkeit.

**Welche Kriterien gelten für die Bestimmung der «Angemessenheit»?**

Die Gerichte wenden folgende Kriterien zur Beurteilung der angemessenen Entlohnung an (vgl. BGE 129 III 664):

- Branchenusanz
- Arbeitseinsatz
- Ausbildung
- Dienstjahre
- Alter
- Soziale Verpflichtungen des Arbeitnehmers

Folgende reine Provisionslöhne (pro Monat) wurden gemäss den Gerichten als «angemessen» anerkannt (eine kleine Auswahl, vgl. Streiff/Von Kaenel/ Rudolph in Praxiskommentar, 7. Aufl., Art. 349a OR N 4):

• Unerfahrene Finanzberaterin:	CHF 3830.-
• Vorsorge- und Anlageberaterin in der Versicherungsbranche:	CHF 6000.-
• Telefonverkäufer im Innendienst (Nettolohn inkl. Ferienlohn, 13. Monatslohn, Kinderzulagen und Spesen):	CHF 4000.-
• Verantwortliche eines Centers für Informatikschulung:	CHF 5500.-
• Call-Center Angestellte:	CHF 2500.-
• Wirtschaftsberater:	CHF 3874.25

Die Prüfung der Angemessenheit des Entgelts hängt jedoch immer direkt von den Umständen des Einzelfalles ab!

**Ferienentschädigung**

Der Arbeitnehmer hat einen gesetzlichen Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien pro Dienstjahr. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer während dieser Zeit den gesamten darauf entfallenen Lohn entrichten (vgl. Art. 329a Abs. 1 und Art. 329d Abs. 1 OR).

Gemäss Art. 329d Abs. 1 OR darf der Arbeitnehmer während seinen Ferien nicht schlechter gestellt werden, als wenn er während dieser Zeit gearbeitet hätte.

Wie wird nun aber der Ferienlohn beim reinen Provisionslohn berechnet?

Entweder wird dem Arbeitnehmer das bezahlt, was er während der Arbeitszeit an Provisionen erhalten hätte (individuelle Berechnungsmethode), oder aber man stützt sich auf einen Referenzzeitabschnitt. Der Arbeitgeber berechnet dabei das während einer bestimmten Zeit erzielte Einkommen und bezahlt dem Arbeitnehmer einen Prozentsatz davon als Ferienentschädigung (pauschale Berechnungsmethode; vgl. BGE 129 III 664).

Für vier Wochen Ferien pro Jahr beträgt der Prozentsatz 8,33, für fünf Wochen Ferien pro Jahr 10,64.

Die Mehrheit der Lehre befürwortet die pauschale Berechnungsmethode.

**Lohnfortzahlung bei Krankheit**

Bei einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnfortzahlung während einer gewissen Zeit. Die Höhe des Lohnes bestimmt sich gleich wie bei der Bemessung des Ferienlohnes, wobei die pauschale Berechnungsmethode den Vorrang genießt.

**Freistellung**

Auch bei einer Freistellung ist der Lohn weiterhin geschuldet. Der Arbeitnehmer hat demnach Anspruch auf den Lohn, den er üblicherweise verdient hätte. Auch hier wird üblicherweise die pauschale Berechnungsmethode verwendet, um den Lohn während der Freistellung zu bestimmen.

**WICHTIGER HINWEIS**



Während einer Probezeit von längstens zwei Monaten findet keine richterliche Überprüfung der Angemessenheit des Lohnes statt. Der Arbeitnehmer kann mit einer sehr kurzen Kündigungsfrist das Vertragsverhältnis auflösen, wenn er sieht, dass er keinen genügend hohen Lohn erzielen kann. Wurde jedoch der Arbeitsvertrag nicht schriftlich abgeschlossen und sind die erzielten Provisionen unangemessen, muss der Arbeitgeber auch während der Probezeit dem Arbeitnehmer den orts- und branchenüblichen Lohn entrichten (vgl. Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich in «Entscheidung 2008 Nr. 6 = JAR 2009 S. 703).

**AUTORIN**



**Viviane Zollinger-Anderegg**, lic. iur. Rechtsanwältin, ist Partnerin und Gründerin der Kanzlei Capt Zollinger Rechtsanwälte in Wetzikon.

Sie ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und berät inländische und ausländische Arbeitgeber und Arbeitnehmer.