

# Diplomarbeit

## Der Leistungslohn im Arbeitsrecht

NDK Paralegal Frühjahr 2003

Bei: Prof. Dr. Brigitte Tanner

Vorgelegt von: Markus Gehrig, Brüttenerstrasse 17, 8307 Effretikon, 076 390 70 27

Jost Meier, Wybergstrasse 12, 8452 Adlikon, 052 317 38 48

Erstellt: 31. Mai 2003

# INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	VI
Begriffserklärung	VII
Abbildungsverzeichnis	VIII
Tabellenverzeichnis	VIII
<b>1 Einleitung.....</b>	<b>1</b>
1.1 Vorwort	1
1.2 Zweck/Ziel einer leistungsabhängigen Entlohnung	1
1.2.1 <i>Aus der Sicht des Arbeitgebers</i>	1
1.2.2 <i>Aus der Sicht des Arbeitnehmers</i>	1
1.2.3 <i>Leistungslohn als Element der Motivation</i>	2
1.2.4 <i>Fazit</i>	2
1.3 Welche Formen sind verbreitet	4
1.4 Welche Formen wären denkbar	5
1.4.1 <i>Bonus/Malus-System</i>	5
1.4.2 <i>Topmanagement</i>	6
1.5 Erwartungen aus der Sicht des Arbeitgebers	6
1.5.1 <i>In Bezug auf das Geschäftsergebnis</i>	6
1.5.2 <i>In Bezug auf die langfristige Position der Firma</i>	6
1.5.3 <i>In Bezug auf die Unternehmenskultur</i>	6
1.6 Erwartungen aus der Sicht des Arbeitnehmers	6
1.6.1 <i>Familienstand</i>	6
1.6.2 <i>Persönliche Belastbarkeit</i>	7
1.6.3 <i>Allgemein</i>	7
1.7 Gewerkschaften und Öffentlichkeit	7
1.7.1 <i>Industrie und Gewerbe</i>	7
1.7.2 <i>Öffentliche Verwaltung</i>	8
1.8 Grenzen der Wirksamkeit	8
<b>2 Abgrenzung .....</b>	<b>9</b>
2.1 Nicht beurteilte Gebiete	9
2.2 Verwandte Gebiete	9
2.3 Exkurs: Öffentliche Verwaltung	10

2.3.1	<i>Lehrpersonal</i>	10
2.3.2	<i>Öffentliche Verwaltung</i>	10
<b>3</b>	<b>Grundlagen, gesetzliche Bestimmungen.....</b>	<b>11</b>
3.1	Entschädigungen im Arbeitsrecht	11
3.1.1	<i>Legaldefinition des Arbeitsvertrages</i>	11
3.1.2	<i>Echter oder unechter Leistungslohn</i>	12
3.1.3	<i>Anteil am Geschäftsergebnis</i>	13
3.1.4	<i>Akkordlohn</i>	13
3.1.5	<i>Provision</i>	14
3.1.6	<i>Gratifikation oder Leistungslohn</i>	14
3.1.7	<i>Nicht gesetzlich geregelte Formen</i>	15
3.1.8	<i>Verhältnis Fixlohn zu Leistungslohn</i>	15
3.1.9	<i>Annahmeverzug des Arbeitgebers</i>	16
3.1.10	<i>Leistungslohn bei Arbeitsunfähigkeit</i>	16
3.1.11	<i>Leistungslohn bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses</i>	16
3.2	Lohnleichheit im Arbeitsrecht	17
3.2.1	<i>Die Bundesverfassung als Basis für die Gleichstellung</i>	17
3.2.2	<i>Gleichstellungsgesetz</i>	17
3.2.3	<i>Gleichstellung und Gleichbehandlung</i>	17
3.3	Der Lohn im Sozialversicherungsrecht	17
3.3.1	<i>Lohnbeiträge AHV, IV, EO, ALV und Unfall</i>	17
3.3.2	<i>Leistungslohn und die berufliche Vorsorge</i>	18
<b>4</b>	<b>Leistungslohn in der Praxis .....</b>	<b>19</b>
4.1	Grundsätzliche Überlegungen	19
4.1.1	<i>Übersicht</i>	19
4.1.2	<i>Grundsatzentscheid – Gratifikation oder Leistungslohn</i>	19
4.1.3	<i>Echter oder unechter Leistungslohn</i>	20
4.1.4	<i>Was ist eine durchschnittliche Leistung</i>	20
4.1.5	<i>Das Betriebsrisiko verbleibt beim Arbeitgeber</i>	20
4.2	Essentialia	21
4.3	Konfliktpotential ausweichen	21
4.3.1	<i>Grundsatz der Gleichbehandlung</i>	21
4.3.2	<i>Grundsatz der Gleichstellung</i>	21
4.3.3	<i>Klare Formulierung im Vertrag</i>	22
4.3.4	<i>Rechtsfolgen im Vertrag verankern</i>	22
4.3.5	<i>Konkludente Vertragsänderungen</i>	22

---

4.3.6	<i>Berufliche Vorsorge</i>	22
4.3.7	<i>Auflösung des Arbeitsverhältnis</i>	23
<b>5</b>	<b>Schlussbemerkungen, Anhang .....</b>	<b>23</b>
5.1	Schlusswort	23
5.2	Anhang	24

# LITERATURVERZEICHNIS

ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2001

BÖHRINGER PETER

Arbeitsrecht ein Lehrgang für die Praxis, 2. überarbeitete Auflage, Zürich 2001

BROWN MARK G.

Kennzahlen - Harte und weiche Faktoren erkennen, messen und bewerten, München, 1997

BRÜHWILER JÜRIG

Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, Zürich 1996

BÜECHI GERMAINE

Die Beteiligung des Top-Managements am Erfolg: Anreiz oder Selbstbedienung?, Küsnacht 2001

EISENHUT PETER

Aktuelle Volkswirtschaftslehre, Ausgabe 2002/2003, Zürich 2002

FREY BRUNO S./OSTERLOH MARGIT

Pay for Performance – Immer Empfehlenswert?, Zeitschrift für Führung und Organisation (zfo), 1999

GOLEMAN DANIEL

EQ Emotionale Intelligenz, München 1996

MÜNCH PETER IN GEISER/MÜNCH (HRSG).

Handbücher für die Anwaltspraxis, Band 2, Basel 1997

OSTERLOH MARGIT

Zurück zu fixen Löhnen für Manager, NZZ am Sonntag Seite 47, 23. März 2003

REHBINDER MANFRED

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1 und 2. Abschnitt, Kommentar zur Art. 319-355 OR, Bern 1985 (zitiert als BK-REHBINDER)

REHBINDER MANFRED

Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Auflage, Bern 1999 (zitiert als REHBINDER, Arbeitsrecht)

SCHÄPPI HANS

Neue Leistungslohnsysteme – mehr Probleme als Chancen für die Beschäftigten, Input Nr. 4, Dezember 2001

SCHNEEBELI DANIEL

Experten stellen fest, Lehrer sind gekränkt, Tages-Anzeiger, 14. März 2003

SENTI CHRISTOPH

Rechtliche Gefahren und Probleme bei der Ausgestaltung von Leistungslohnsystemen, Nr. 79 der Reihe Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2002

STAEHLIN ADRIAN

Kommentar zur 1. und 2. Abteilung des Obligationenrechts, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, Zürich 1996

STEINER RETO

Folienvortrag an der Fachtagung der Schulleitungsbeauftragten Schweiz, 20. November 2002

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN zitiert als STEIFF/VON KAENEL

Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Verlag Organisator, Zürich 1992

VISCHER FRANK

Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht. Band 7, Obligationenrecht - besondere Vertragsverhältnisse; Teilband 3, Basel 1994

VOLKART RUDOLF

Strategische Finanzpolitik, Zürich 1997

VPOD

Leistungslohn – Löhne in der Deregulierungsfalle, Zürich 2000

WEHNER THEO ET AL.

Wissenschaftliche Evaluation der Mitarbeiterbeurteilung für Lehrkräfte der Zürcher Volksschule (EvaMAB), Zusammenfassung des Berichts, ETHZ, Zürich 2003

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterbliebenenversicherung
ALV	Arbeitslosenversicherung
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge Vorsorge (SR 831.40)
BVV	Berufliche Vorsorgeverordnung (SR 831.441.1)
CEO	Chief Executive Officer
EO	Erwerbsersatzordnung
ESOP	Employee Share Option Plan
et al.	et alii (lat.) und andere
etc.	et cetera
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
f.	folgende
ff.	fort folgende
FN	Fussnote
g.M.	gleicher Meinung
Ggs.	Gegensatz
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau GIG, SR 151.1 vom 24. März 1995
IAS	International Accounting Standard
IV	Invalidenversicherung
Kap.	Kapitel
lit.	litera
MAB	Mitarbeiterbeurteilung
NPM	New Public Management
OR	Schweizerisches Obligationenrecht OR, SR 220, vom 30. März 1911
ROE	Return on Equity
ROI	Return on Investment
sog.	sogenannte
SR	Schweizer Recht
u.a.O.	Und anderen Orts

u.E.	unseres Erachtens
u.U.	Unter Umständen
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VPOD	Schweizerischer Verband des Personals öffentlicher Dienste
z.B.	zum Beispiel

## BEGRIFFSERKLÄRUNG

Altruismus	Verhaltensweise, welcher allgemeine Interessen vor die Individuellen setzt.
Cashflow-Statement	Mittelflussrechnung, Geldflussrechnung. Diese Begriffe werden in der vorliegenden Arbeit synonym verwendet. Cashflow-Statement legt die Mittelflüsse in der Unternehmung dar. Stellt wie die Erfolgsrechnung eine Periodenrechnung dar, im Ggs. zur Bilanz, welche eine Zustandsgrösse am Bilanzstichtag darstellt.
endogen	Im Körper selbst, im Körperinnern entstehend
exogen	Ggs. von → endogen ausserhalb des Körpers entstehend, von aussen her eindringend
exogene Faktoren	Exogene Faktoren sind äussere Faktoren, welche ihre Ursachen ausserhalb der Unternehmung haben und diese von aussen her beeinflussen.
extrinistisch	Ggs. von → intrinistisch, von aussen her angeregt
Free Cashflow	Freier Cashflow, berücksichtigt nicht nur den reinen liquiditätswirksamen Cashflow, sondern auch die Investitionstätigkeit, allenfalls je nach Definition des Fond auch Veränderungen im Umlaufvermögen. Bedeutung: der Free Cashflow ist frei verwendbar, insbesondere dann, wenn der Fond auf die Veränderung in den flüssigen Mitteln festgelegt ist. Die Investitionstätigkeit wird direkt und tatsächlich berücksichtigt, im Ggs. zum Gewinn, welcher die Investitionstätigkeit nur indirekt prospektiv über die nicht liquiditätswirksame Abschreibung berücksichtigt. In der Schweiz darf die Abschreibung auch stille Reserven enthalten, was die Transparenz ausserordentlich einschränkt (in Art. 960 Absatz 2 über die Buchführung im allgemeinen und in Art. 669 Absatz 3 OR über die Buchführung der Aktiengesellschaft sowie in Art 805 OR über die GmbH im Speziellen). Für börsennotierte Unternehmen gelten andere Bestimmungen (IAS u.a.).
Geldflussrechnung	Vgl. Cashflow-Statement
intrinistisch	Von innen her, aus eigenem Antrieb
Mittelflussrechnung	Vgl. Cashflow-Statement
New Public Management	NPM steht für ein neueres Managementsystem für die öffentliche Hand dar. Es geht dabei vor allem darum die Effizienz und die Effektivität der öffentlichen Dienste zu steigern.
Opportunismus	Nach Gelegenheiten ausgerichtete Handlungsweise
soziodemografisch	Alter, Geschlecht und Berufstätigkeit betreffend



## **ABBILDUNGSVERZEICHNIS**

Abbildung 1: Leistungslohn als Teilelement der Motivation .....	2
Abbildung 2: Modell eines Bonus-/Malussystem.....	5
Abbildung 3: Übersicht Entschädigungen im Arbeitsrecht .....	11

## **TABELLENVERZEICHNIS**

Tabelle 1: Formen von variablen Entlohnungskomponenten .....	4
Tabelle 2: Vergleich Leistungslohn - Gratifikation.....	19
Tabelle 3: Essentialia Leistungslohn und Gratifikation .....	21

# **1 EINLEITUNG**

## **1.1 Vorwort**

Bonus, Erfolgsbeteiligung und ähnliche Leistungslöhne haben in den letzten Jahren eine rasante Entwicklung in mittleren und grösseren Unternehmen ausgelöst. Die Wirksamkeit auf die Produktivität ist allerdings umstritten.

Das Arbeitsrecht sieht für die vertragliche Ausgestaltung der Leistungslöhne verschiedene Möglichkeiten vor. In der vorliegenden Arbeit wird im ersten Teil auf die Erwartungen der verschiedenen Interessenvertreter eingegangen und es werden die ökonomischen Mechanismen erläutert. Im zweiten Kapitel wird abgegrenzt, was nicht weiter verfolgt wird. Die Gesetzgebung und die Judikatur wird unter Konsultierung der Literatur ausführlich in Kapitel 3 diskutiert, während im Kapitel 4 auf die praktische Vertragsausgestaltung eingegangen wird. Am Schluss ist eine Zusammenfassung mit den wesentlichen Aussagen und Erkenntnissen zu finden, die durch diese Arbeit gewonnen wurden.

## **1.2 Zweck/Ziel einer leistungsabhängigen Entlohnung**

### **1.2.1 Aus der Sicht des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber versucht mit dem Leistungslohn den Mitarbeiter dazu zu bewegen, die wichtigen vor den unwichtigen Arbeiten zu erledigen. Die Überwachung der Mitarbeiter verliert dadurch an Bedeutung, mindestens vordergründig wie unten gezeigt wird.

### **1.2.2 Aus der Sicht des Arbeitnehmers**

Der Mitarbeiter versucht mit möglichst wenig Aufwand die ihm gesetzten Ziele zu erreichen. Wenn sich der Lohn in Abhängigkeit einer Zielerreichung verändert, so ist er bestrebt, diese Ziele zu erreichen und dabei anderes zu vernachlässigen.

### 1.2.3 Leistungslohn als Element der Motivation

Die leistungsorientierte Entlohnung ist ein einzelnes Element im gesamtheitlichen Motivationssystem einer Unternehmung. Eine dauerhafte Motivation<sup>1</sup> kann nicht allein durch externe Anreize wie z.B. den Leistungslohn erfolgen, sondern nur durch die Arbeit selbst.

Extrinsische Motivation				Intrinsische Motivation
Materielle Anreize		Immaterielle Anreize		Die Arbeit selbst
Direkte	Indirekte	Soziale	Institutionelle	
<b>Lohn und Gehalt, Prämien</b>	Alle geldwerten Anreize, die unabhängig von der Arbeitsleistung freiwillig von der Institution erbracht werden	Gruppenmitgliedschaft, Führungsstil, Kooperation mit KollegInnen, Kommunikation usw.	Verwaltungsstandort, -kultur, Arbeitszeitregelungen, Entwicklungsmöglichkeit, Arbeitsplatzsicherheit usw.	

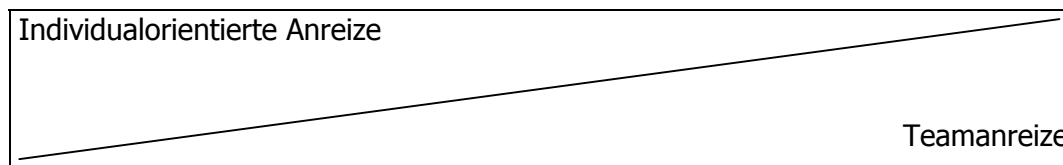
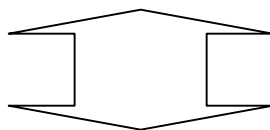


Abbildung 1: Leistungslohn als Teilelement der Motivation

### 1.2.4 Fazit

Die leistungsabhängige Entlohnung ist ein Anreizsystem, die Mitarbeiter zu motivieren, um genau die Ziele zu erreichen, welche leistungsabhängig honoriert werden, und keine anderen. Die Fokussierung auf die bewerteten Ziele ist umso stärker, je intensiver die Lohnauswirkung ist. Man geht davon aus, dass sich der Mitarbeiter nach den Gesetzmässigkeiten des Homo Oeconomicus<sup>2</sup> verhält.

Demnach ist die leistungsabhängige Entlohnung eine Gleichschaltung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerziele. Dazu muss folgendes beachtet werden:

<sup>1</sup> OSTERLOH 47

<sup>2</sup> EISENHUT 23 f., ist der Homo Oeconomicus ein idealisiertes Individuum, welches sich streng nach wirtschaftlichen Kriterien rational verhält. D.h. Opportunismus und Egoismus kommen vor Altruismus.

Die Ziele müssen so formuliert sein, dass sie messbar sind und dass ein kausaler Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mitarbeiters und der Leistungsgrösse besteht. Beispiele: Verkaufingenieur: Verkaufsumsatz, Projektleiter: Kosteneinhaltung, Deckungsbeitrag.

Die Zielvorgaben dürfen nicht andere Ziele der Unternehmung gefährden. So ist es nicht sinnvoll, wenn ein Verkaufingenieur Umsätze zu schlechten Preisen hereinholt oder ein Projektleiter – um einen möglichst hohen Deckungsbeitrag zu erzielen – seinen Aufwand so verringert, dass der Kunde damit verärgert wird. Der Projektleiter und der Verkaufingenieur würden zusammen – nota bene gut belohnt – die Firma zugrunde richten: Die Abwärtsspirale, schlechte Leistung zu schlechten Preis, wäre in Gang gesetzt.

Es braucht andere Regulatoren, welche solche weiteren Ziele mit in die Rechnung einbeziehen. Beim Verkaufsleiter muss die Qualität des Umsatzes näher spezifiziert werden: Minimaldeckungsgrad in Abhängigkeit des Auslastungsgrades der Produktion. Beim Projektleiter müssen zudem die Termineinhaltung und Kundenzufriedenheit miteinbezogen werden. Da fangen die Schwierigkeiten an, denn weiche Faktoren müssen messbar gemacht werden. Hinsichtlich der verwendbaren Methoden wird auf die einschlägige Literatur<sup>3</sup> verwiesen. Die rechtlichen Aspekte sollen u.a. in dieser Arbeit untersucht werden.

Damit keine interne Konkurrenz entsteht und das Synergiepotential der Firma nicht genutzt wird, sind weitere Regulatoren notwendig. Aus diesem Grunde wurde vom Profitcenterdenken der achtziger und neunziger Jahre teilweise wieder abgewichen.

In neuester Zeit hat die leistungsabhängige Entlohnung im oberen Kader derartige Exzesse getrieben, dass ein weiterer Aspekt dringend einbezogen werden muss: Die Langfristigkeit. Ein Unternehmen soll nicht auf Kosten der Substanz (Aktiven) kurzfristig auf hohe Gewinne ausgerichtet werden können. Auch sollen die Zielsetzungen nicht auf Börsenkursoptionen ausgerichtet werden, sondern auf langfristige Ausrichtungen. Ein Mitarbeiter (auch CEO) soll heute für einen Bonus

---

<sup>3</sup> BROWN 41 ff.

(oder Malus) von übermorgen arbeiten und dabei nicht nach den der Bilanzkosmetik unterlegenen Werten wie Gewinn, ROI oder ROE usw. beurteilt werden. Discountierte Free Cashflows, über einige Jahre in die Zukunft mit festgelegtem Fond, sind langfristige Lösungsansätze, bei welchen die substantielle Wertgenerierung als Massstab herangezogen wird<sup>4</sup>.

Der Mitarbeiter wird mit einer leistungsabhängigen Entlohnung zu einem Mitunternehmer gemacht, ungeachtet dessen, ob er sich hinsichtlich charakterlicher, geistiger und sozialer Eigenschaften und auch hinsichtlich seiner Belastungsfähigkeit dazu eignet. Die Erziehung zum Mitunternehmer hat nicht selten auch zur Folge, dass der Mitarbeiter sich früher oder später selbstständig macht.

### 1.3 Welche Formen sind verbreitet

Leistungskomponente	Art	Bemerkung (u.E.)
Gratifikation	Belohnung auf Grund guten Geschäftsganges	weit verbreitet
Akkordlohn	Mengenabhängige Entlohnung	besonders bei Bauhandwerker
Provisionen		besonders bei Verkäufer und Handelsreisenden
Spontanbelohnungen	Ausserordentliche, ereignisbezogene Belohnung	
Umsatzbeteiligung		besonders bei Verkäufer
Gewinn- oder Cashflowbeteiligung	Abgeleitet vom Unternehmenserfolg	
Kapitalkaufrechte	Vermögensbeteiligung	Macht den Mitarbeiter zum Aktionär, was eine gewisse Gleichschaltung der Interessen zur Folge haben kann.
Optionskaufrechte	Abgeleitet von einem zukünftigen Aktienkurs	Wenig Bezug zum realen Geschäftsgang der Unternehmung

*Tabelle 1: Formen von variablen Entlohnungskomponenten*

---

<sup>4</sup> Diese Idee ist aus VOLKART 29 ff. entnommen und aus den dargelegten Finanzmanagementkonzepten abgeleitet. Es ist u. E. besonders Wert zu legen, dass der Cashflow frei ist, d.h. die Veränderungen im Anlagevermögen, allenfalls auch im Umlaufvermögen Eingang in die Kennzahl finden. Die populäre Definition von Cashflow ist in dieser Betrachtung nicht von Bedeutung. Beispiel siehe Anhang 1.

Alle diese Formen sollen mehr oder weniger starken Ansporn zu höherer Leistung zum Zweck haben. Die Kapital- und Optionskaufrechte sind nicht arbeitsrechtlich relevant.

## 1.4 Welche Formen wären denkbar

### 1.4.1 Bonus/Malus-System

Wir haben in unseren Recherchen keine Konzepte über Bonus/Malus-Systeme gefunden. In einem solchen System wäre ein Durchschnittslohn festgelegt aber nicht garantiert. Falls ein Gewinn eintritt, wird eine Gewinnbeteiligung ausgerichtet. Im Falle eines Verlustes würde der Lohn entsprechend proportional reduziert. Die Idee dahinter ist, dass ein Mitarbeiter, im Rahmen seiner Einflussmöglichkeiten, am Risiko eines Verlustes gleichwohl beteiligt ist, wie an der Chance eines Gewinnes. Auf die rechtlichen Einschränkungen wird in den folgenden Kapiteln eingegangen.

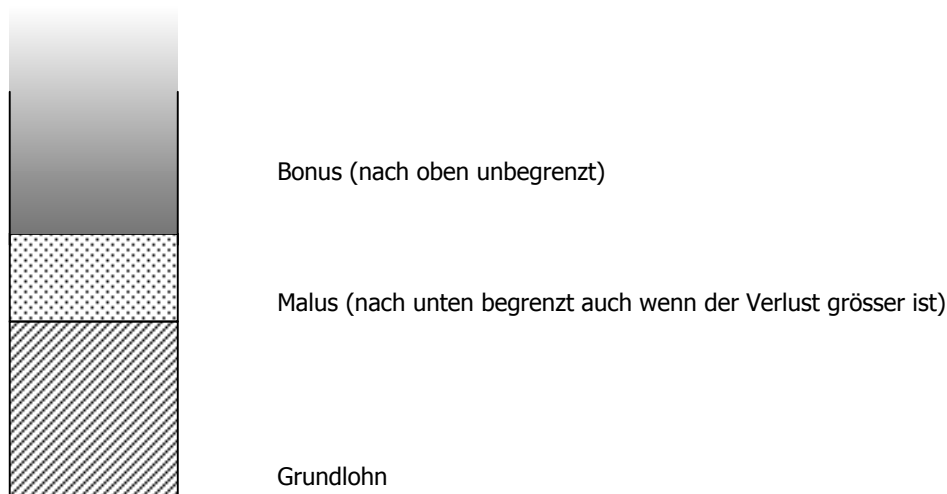


Abbildung 2: Modell eines Bonus-/Malus-System

## **1.4.2 Topmanagement**

Entgegen anderer Meinungen<sup>5</sup> können wir uns vorstellen, dass exogene Faktoren im Topmanagement nicht ausgeklammert sein müssen. Denn diese gehören zur realen Wirtschaftswelt, in der sich der Unternehmer<sup>6</sup>, im Ggs. zum Arbeitnehmer, geschickt bewegen können muss.

## **1.5 Erwartungen aus der Sicht des Arbeitgebers**

### **1.5.1 In Bezug auf das Geschäftsergebnis**

Der Arbeitgeber erwartet, dass sich das Ergebnis in guten Zeiten verbessert, obwohl er einen Teil des Erfolges den Mitarbeitern abgibt.

### **1.5.2 In Bezug auf die langfristige Position der Firma**

Der Unternehmer erwartet, durch das unternehmerische Denken und Handeln seiner Mitarbeiter, eine langfristig bessere Position am Markt.

### **1.5.3 In Bezug auf die Unternehmenskultur**

Der Arbeitgeber erwartet, dass mit der Gewinnbeteiligung ein unternehmerisches Denken bei den Mitarbeitern eingeleitet wird. Also eine Kultur von Unternehmern im Unternehmen. Das Konfliktpotential zwischen den Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern verlagert sich hin zu sozialem Konfliktpotential: Konkurrenz, Mobbing etc. unter den Mitarbeitern. Die Anforderungen an das Personalmanagement steigen.

## **1.6 Erwartungen aus der Sicht des Arbeitnehmers**

### **1.6.1 Familienstand**

Mitarbeiter mit hohen privaten Fixkosten, besonders auch im Zusammenhang mit Familienverpflichtungen, haben eher die Neigung weniger Einkommensrisiken zu tragen. Singles oder Doppelverdiener haben eher die Tendenz, berufliche Herausforderungen gepaart mit Risiken einzugehen.

---

<sup>5</sup> BÜECHI 19.

<sup>6</sup> Der Einwand, dass der Topmanager auch ein Arbeitnehmer ist, kann im Sinne von Art. 319 ff. OR bejaht werden, jedoch ist er im Sinne von Art. 3 lit. b ArG als leitender Angestellter nicht dem Arbeitsgesetz unterstellt. Auch hinsichtlich der Einkommenssituation und Sozialschutz ist der Top-Manager eher ein Unternehmer wie ein Angestellter.

### **1.6.2 Persönliche Belastbarkeit**

Die einen Menschen verfügen über grosse Energien in Bezug auf die berufliche Entfaltung und sind dem entsprechend belastbar und auch bereit, unternehmerische Risiken zu tragen. Andere bringen, aus Gründen die in der Person, dem sozialen Umfeld, oder dem Gesundheitszustand liegen, nicht so viele Kräfte auf wie andere, obwohl sie das vielleicht gerne wollten. Solche Menschen gilt es bei der Gestaltung von Reglementen zu schützen.

### **1.6.3 Allgemein**

Der Mitarbeiter erwartet eine faire nachvollziehbare, transparente Beurteilung und Abrechnung. Er möchte seinen persönlichen Erfolg laufend messen können. Ausserdem erwartet er einen Grundlohn, der ihm seinen gewohnten Lebensstandard sichert. Dass die Bedürfnisse, und damit der Lebensstandard, laufend den vorhandenen Mitteln angepasst werden, führt in rezessiven Zeiten oft zu Enttäuschungen und Fragen nach der Rechtmässigkeit des Systemes.

## **1.7 Gewerkschaften und Öffentlichkeit**

### **1.7.1 Industrie und Gewerbe**

Die Gewerkschaften<sup>7</sup>, die die Industrie und das Gewerbe vertreten, stehen den leistungsorientierten Lohnmodellen mehrheitlich skeptisch gegenüber. Die Abkehr von den funktionsorientierten Lohnsystemen zu Systemen, bei denen die leistungs- und unternehmererfolgsabhängigen Anteile grösser werden, stellen die Gewerkschaften vor neue Herausforderungen. Die chemische Industrie verfügt über eine langjährige Praxis mit leistungsabhängigen Lohnsystemen. Dabei ist es ihr gelungen, marktunabhängige Komponenten wie ein automatischer Teuerungsausgleich, generelle Realloohnerhöhungen sowie Lebens- und Dienstaltersautomatismen zu eliminieren. Die Gewerkschaften befürchten weiter einen Verlust an Transparenz über die Entlohnung und damit eingeschränkte Kontrollmöglichkeiten der Arbeitnehmenden wie der Betriebskommission.

---

<sup>7</sup> SCHÄPPI 1 ff.



### 1.7.2 Öffentliche Verwaltung

Mit einer umfassenden Informationsschrift<sup>8</sup> bekräftigen die Gewerkschaften im öffentlichen Dienst ihre Forderungen, welche auszugsweise wiedergegeben werden: Sie wehren sich insbesondere gegen Individualisierung und Deregulierung der Lohnsysteme, System die Lohnrückstufungen zulassen usw. und setzen sich für den generellen Teuerungsausgleich, Gleichstellung, reales und generelles Lohnwachstum und gleiche Zulagen für alle ein. Sie argumentieren gegen die leistungsabhängige Entlohnung mit dem Sozialschutz der Schwächeren aber auch damit, dass der von bürgerlicher Seite her argumentierte Nutzen nicht erwiesen sei.

## 1.8 Grenzen der Wirksamkeit

Der positive Einfluss der leistungsabhängigen Entlohnung auf die Motivation ist nicht unbestritten. Je nach Personen und Aufgabenbereiche kann die vorhandene intrinistische Motivation verdrängt werden<sup>9</sup>. Die leistungsabhängige Entlohnung bringt vor allem gute Resultate bei Personen, für die Arbeiten ausschliesslich Mittel zum Geldverdienen ist. Einfache, stark arbeitsteilige, abstumpfende und wiederholende Arbeiten sind geeignet, um leistungsabhängig abgegolten zu werden (Bauhilfshandwerker, Fabrikarbeiter). Auch wenn eine innere Eigenschaft des Berufes die ausschliessliche Denkweise der Gewinnmaximierung voraussetzt (Börsenhändler), ist ein Pay for Performance angezeigt. Ganz anders ist es bei kreativen Berufen wie Ingenieure, Architekten, Künstler. Diese und viele andere Berufe sind vorwiegend intrinistisch motivierte Tätigkeiten. Mit der leistungsorientierten Entlohnung kann hier ein unerwünschter Verdrängungseffekt entstehen, welcher sich kontraproduktiv auswirkt. Dieser tritt umso stärker auf, desto mehr die Selbstbestimmung und Selbstachtung eingeschränkt wird und tritt kaum auf bei Fließbandarbeit.

---

<sup>8</sup> VPOD 1 ff.

<sup>9</sup> FREY/OSTERLOH 5 ff.

Der Manager ist nicht der typische Vertreter jener Berufsgruppen die extrinistisch motiviert sein müssten. Gerade hier ist Kreativität<sup>10</sup> und die besondere Fähigkeit<sup>11</sup> Gratifikationen auf die Zukunft aufzusparen von besonders substanzieller Wichtigkeit.

Aktionäre legen ihr Kapital langfristig an. Niemand schenkt seinem Nachfolger etwas, besonders die Manager nicht und diese, von börsenkotierten Unternehmungen, sind meist nicht länger als 3 bis 10 Jahre in dieser Position. Wer ernsthaft glaubt, mit Optionen oder verkaufsgesperrten Aktien (sog. Employee Share Option Plan ESOP) eine Synchronisation der Interessen von Aktionär und Manager zu erreichen, der erkennt die unterschiedlichen Betrachtungszeiträume. In Familienaktiengesellschaften oder grösstenteils von Mitarbeiter gehaltenen Firmen ist die Situation anders.

## **2 ABGRENZUNG**

### **2.1 Nicht beurteilte Gebiete**

Ökonomisch nicht sinnvolle, jedoch noch in der Praxis vorkommende Methoden werden nicht oder nur am Rande berücksichtigt. Die vorliegende Arbeit soll ein in die Zukunft gerichteten Charakter haben.

### **2.2 Verwandte Gebiete**

Die verwandten Gebiete Kapitalbeteiligung, Kapitalderivate und Dividendenaus-schüttung sind nicht Bestandteil des Kernthemas und werden deshalb nicht vertieft betrachtet. Andere Arbeitsleistungsvertragsverhältnisse wie der Werkvertrag (Art. OR 363 ff.) und der Auftrag (Art. 394 OR ff.) werden, da wo es notwendig erscheint punktuell unterschieden.

---

<sup>10</sup> In BÜECHI 22 wird erwähnt, dass besonders kreative und innovative Manager vorwiegend intrinistisch motiviert sind.

<sup>11</sup> Diese emotionale Fähigkeit wird in GOLEMAN 109 ff. als zielgerichteter selbstaufgelegter Gratifikationsaufschub beschrieben. Es ist die Fähigkeit der Impulskontrolle.

## 2.3 Exkurs: Öffentliche Verwaltung

### 2.3.1 Lehrpersonal

Die Kantone Zürich, Schaffhausen und St. Gallen haben seit einigen Jahren ein lohnwirksames Qualifikationssystem eingeführt<sup>12</sup>. In einigen Kantonen stehen Abklärungen an, andere wie beispielsweise Baselland werden definitiv keinen Leistungslohn für Lehrer einführen. Im Kanton Zürich schwellt seit vier Jahren ein Konflikt zwischen der Bildungsdirektion und der Lehrerschaft wegen der Mitarbeiterbeurteilung (MAB)<sup>13</sup>. Die MAB basiert auf einem System von Selbst- und Fremdbeurteilung. Drei Personen, meist Mitglieder der Schulpflege sind für die Fremdbeurteilung zuständig. Bei schlechter Leistung kann aber nur eine Lohnerhöhung verweigert werden, Lohnkürzungen sind nicht möglich.

Das Institut für Arbeitspsychologie an der ETH Zürich hat nun im Auftrag der Bildungsdirektion die Akzeptanz und Wirksamkeit der MAB untersucht. Als ungelöstes Problem muss die fehlende Akzeptanz bei den Lehrkräften bezeichnet werden, wobei jüngere Lehrpersonen und Frauen dem MAB positiver gegenüber stehen als Erfahrene und Männer<sup>14</sup>.

### 2.3.2 Öffentliche Verwaltung

Obwohl New Public Management (NPM) auch die leistungsorientierte Entlohnung einschliesst, hat der Leistungslohn bei Bund, Kanton und Gemeinden einen geringen Stellenwert.

Die Stadt Bern stellt jährlich ca. 1 % für individuelle Lohnerhöhungen zur Verfügung<sup>15</sup>. Die Verantwortlichen betonen, dass der geringe Leistungsanteil, so wichtig er für den Einzelnen ist, nur eine symbolische Leistungsanerkennung ist. Vielmehr pflegt die Stadt Bern die intrinsische Motivation mit ganzheitlichen Ansätzen nach dem Motto: Lebensqualität statt Bonus-Check. Die Stadt hat die Erfahrung gemacht, dass die Messbarkeit der Leistung im Service Public mit betriebswirtschaftlichen Kennzahlen nicht möglich ist.

---

<sup>12</sup> STEINER 20

<sup>13</sup> SCHNEEBELI 13

<sup>14</sup> WEHNER ET AL. 67 (neben dem Einfluss soziodemografischer Merkmale sind in dieser Studie auch andere Bewertungskriterien ausgewertet worden.)

Die Stadt Zürich als einer der grössten Arbeitgeber in der Schweiz hat mit dem seit einem Jahr geltenden Personalrecht einen Leistungslohn mit einer Bandbreite von  $\pm 5\%$  für Angestellte und  $\pm 10\%$  für Kaderangehörige in Kraft gesetzt. Über die Umsetzung liegen noch keine Erfahrungen vor.

### 3 GRUNDLAGEN, GESETZLICHE BESTIMMUNGEN

#### 3.1 Entschädigungen im Arbeitsrecht

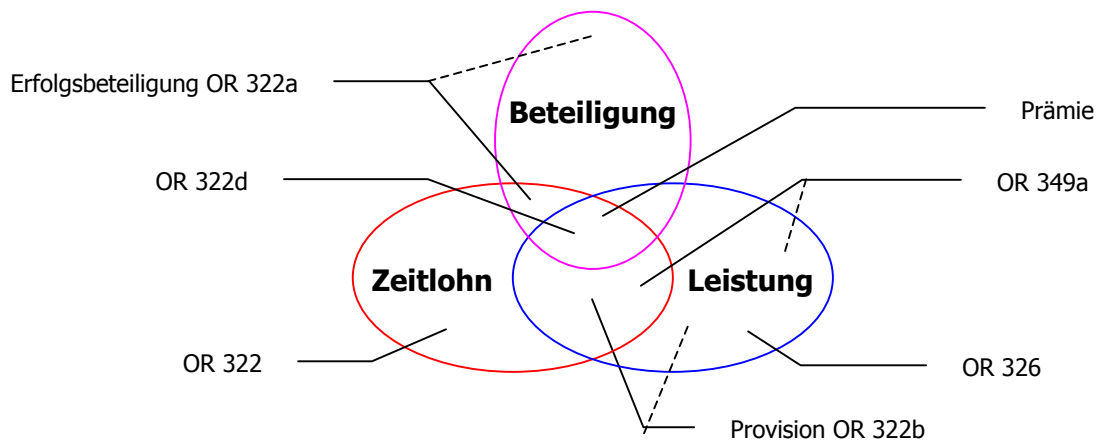


Abbildung 3: Übersicht Entschädigungen im Arbeitsrecht

##### 3.1.1 Legaldefinition des Arbeitsvertrages

Laut Gesetz (Art. 319 OR) ist Lohn gegen Arbeit synallagmatisch geschuldet. Daraus lässt sich unserer Meinung nach schliessen, dass der Lohn ein essenzieller Bestandteil des Arbeitsverhältnisses ist, andernfalls es sich um einen Auftrag nach Art. 394 OR handeln würde. Darüber sind in der Literatur kontroverse Meinungen vorhanden<sup>16</sup>. Die Meinungsverschiedenheit in der Legaldefinition wird in der Frage, ob 100 % Leistungslohn vereinbart werden darf oder nicht, fortgesetzt (siehe Kap. 3.1.8 Verhältnis Fixlohn zu Leistungslohn). Hingegen ist man sich einig, dass das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko vom Arbeitgeber getragen werden muss<sup>17</sup>. Der Konsens beschränkt sich aber unserer Meinung nach de facto nur darauf, dass der Lohn keine negativen Werte annehmen kann und dass der Arbeitgeber das Risiko ungenügenden Arbeitsvorrats trägt. Oder mit anderen

<sup>15</sup> FRÖSCH, Folienreferat an 7. Forum Leistungslohn: Motivation oder Irrweg? Bern 30.01.2002

<sup>16</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art. 319 N2; REBINDER, Arbeitsrecht N23, beide dafür; STAHLIN N44 dagegen.

<sup>17</sup> SENTI, 5

Worten gesagt, das unternehmerische Risiko darf maximal über die Höhe des Lohnes, nicht aber über die Höhe des Vermögen des Arbeitnehmers auf ihn übertragen werden, was eine der Abgrenzungen zur einfachen Gesellschaft darstellt. Der Begriff Risikobeteiligung wird fortan in dieser Arbeit so verstanden, dass ausschliesslich die arbeitsrechtliche Risikobeteiligung im Sinne des beschriebenen Konsens gemeint ist.

Eine andere Abgrenzung zur einfachen Gesellschaft stellt die Subordination dar<sup>18</sup>. Wie weit dem Arbeitnehmer eine Risiko/Erfolgsbeteiligung zugemutet werden darf hängt im wesentlichen von diesem Unterordnungsverhältnis ab.

Das Gesetz unterscheidet in Art. 319 Abs. 1 OR zwischen einem nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) und einem nach geleisteter Arbeit bemessenen Lohn (Akkordlohn). Beim Zeitlohn erfolgt die Vergütung ausschliesslich auf der Basis der erbrachten Zeitleistung, unabhängig von der erbrachten Arbeitsleistung. Der Akkordlohn wird auf der Basis der erbrachten Leistung in Form von Stücken oder einem Produkt vergütet.

### **3.1.2 Echter oder unechter Leistungslohn**

In der Literatur<sup>19</sup> wird zwischen echtem und unechtem Leistungslohn unterschieden. Akkordlohn und Provisionen sind direkt und unmittelbar von der Leistungsfähigkeit des einzelnen Angestellten abhängig und werden als echter Leistungslohn eingestuft.

Als unechter Leistungslohn werden Vergütungen des Arbeitgebers verstanden, welche vom Erfolg der gesamten Unternehmung oder einer grossen Abteilung abhängen. Der persönliche Arbeitseinsatz eines untergeordneten Angestellten hat bei diesen Formen einen beschränkten Einfluss auf den Unternehmens- oder Abteilungserfolg<sup>20</sup>. Unechter Leistungslohn ist relativ von der Stellung des Arbeitnehmers zur Messgrösse, welche für die Bemessung der Erfolgsbeteiligung herangezogen wird, abhängig. Ein Abteilungsleiter kann wohl das Unternehmens-

---

<sup>18</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art. 319, N10.

<sup>19</sup> SENTI 6.

<sup>20</sup> BK-REHBINDER, Art. 326, N 8.

ergebnis beeinflussen, während die Raumpflegerin dies kaum vermag. Wir machen deshalb die Präzisierung: Unechter Leistungslohn liegt dann vor, wenn die Beeinflussungsmöglichkeit des betroffenen Arbeitnehmers unbedeutend klein wird.

Trotz dieser Unterscheidung können endogene Einflussfaktoren den Provisionslohn beeinflussen. Schlechte Qualität, veraltete Produkte oder eine ungünstige Konjunkturlage können sich negativ auf den Umsatz oder Gewinn und damit auf die Provision auswirken.

### **3.1.3 Anteil am Geschäftsergebnis**

Der Arbeitnehmer kann nach Art. 322a OR auf verschiedene Arten am Geschäftserfolg beteiligt werden. Wie bereits in Kap. 1.2.4 erwähnt wurde, ist Gewinn nicht ideal als Messkriterium für die Berechnung der Erfolgsbeteiligung. Die rechtswissenschaftliche Literatur kommt da auf den selben Schluss<sup>21</sup>. Mit dem Vorschlag im Anhang dieses Dokumentes, in welchem die Veränderung der flüssigen Mittel als Messkriterium gilt, sind die unterschiedlichen Interpretationen der Abschreibungen und Rückstellungen ausgeschaltet. Die Tantième und Honorare der Verwaltungsräte, die Dividenden, die Eigenkapitalverzinsung und insbesondere die Boni des Topkaders und der Verwaltungsräte sind damit jedoch noch nicht geregelt. Die Rechtslehre ist hier kontroverser Meinung<sup>22</sup>, ob diese Posten vom Gewinn vorher abgezogen werden dürfen. Dagegen spricht, dass die Tantièmen und Dividenden keine Geschäftskosten sind, dafür spricht die Inhaltsfreiheit in der Vertragsgestaltung, unter der Voraussetzung der klaren Formulierung.

### **3.1.4 Akkordlohn**

Die individuelle Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers oder einer Gruppe wird bei Akkordarbeit entlohnt. Unter dem Begriff Akkordlohn, nach Art. 326 OR, wird jeder Lohn verstanden, der nach der Arbeitsleistung ausgerichtet wird, und nicht

---

<sup>21</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art. 322a, N4.

<sup>22</sup> Dafür: BRÜHWILER, Art. 322a, N1; STEIFF/VON KAENEL, Art. 322a, N4, beide überlassen das den vertraglichen Parteivereinbarung. BRÜHWILER ist jedoch g.M. wie STAEHLIN wenn keine Parteivereinbarung vorliegt. Dagegen: STAEHLIN ADRIAN, Art. 322a, N8.

den gesetzlichen Bestimmungen der Provision (Art. 322b OR) unterstellt ist<sup>23</sup>. So ist auch die Prämie, wenn sie auf die Arbeitsleistung berechnet wird, nach Art. 326 OR zu beurteilen<sup>24</sup>. Die Prämie unterscheidet sich vom Akkordlohn insofern, dass bei der ersteren kombinierte Bezugsgrössen wie Termineinhaltung, Güte etc. und bei der letzteren nur die Quantitäten bewertet werden. In Abgrenzung zum Werkvertrag ist beim Arbeitsvertrag kein Erfolg, sondern blosses Tätig werden geschuldet<sup>25</sup>. Ist nicht genügend Akkordarbeit vorhanden, so hat der Arbeitgeber entsprechend Zeitlohnarbeit bereitzustellen, andernfalls gerät er in den Annahmeverzug.

### 3.1.5 Provision

Provisionen basieren auf Umsatz der abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfte. Der Anspruch entsteht mit dem Vertragsabschluss mit dem Dritten, also mit Abschluss des sogenannten Verpflichtungsgeschäftes. Die Provision ist echter Leistungslohn und ist unabhängig vom erzielten Gewinn geschuldet.

### 3.1.6 Gratifikation oder Leistungslohn

Auch die Gratifikation kann unter bestimmten Umständen eine Form von Leistungslohn nach Art. 322a OR darstellen. Der wesentliche Unterschied liegt aber in der Freiwilligkeit der Gratifikation. Die Abgrenzung zwischen Gratifikation, im Sinne von Art. 322d OR, und Lohnbestandteil ist auch deshalb von Bedeutung, weil der Lohn, nach Art. 322 OR, für die Berechnung von Überstunden, Ferienentschädigung, etc. beigezogen wird. Eine freiwillige Gratifikation wird zu Lohn, wenn sie regelmässig ausbezahlt wird<sup>26</sup>. Die Gerichte haben sich mit dieser Frage zur Abgrenzung wiederholt befasst. Das Bundesgericht<sup>27</sup> hat eine zum voraus vertraglich festgelegte Gratifikation, die ohne Bedingungen ausbezahlt wird, als Lohnbestandteil und nicht als Gratifikation eingestuft.

---

<sup>23</sup> BK-REHBINDER, Art. 326, N4.

<sup>24</sup> VISCHER, §10, II. 108, schreibt die Prämie dem Akkordlohn zu, wenn sie auf Grund einer Leistung entrichtet wird. BK-REHBINDER, Art. 322a, N4, schreibt die Prämie dem Zeitlohn zu, weil diese den Charakter einer Erfolgsbeteiligung habe. Entscheidend für die richtige Zuordnung ist, ob die Prämie auf die individuelle Arbeitsleistung des einzelnen Arbeitnehmers ausgerichtet wird.

<sup>25</sup> VISCHER, §10, II. 107.

<sup>26</sup> Vgl. auch Kap. 4.3.5 Konkludente Vertragsänderungen.

<sup>27</sup> BGE 109 II 447, a.M.: MÜNCH IN GEISER/MÜNCH, §1 Von der Kündigung und ihren Wirkungen, Rz 1.65, mit der Begründung Gratifikation sei nach dem Willen der Parteien eine Sondervergütung neben dem Lohn.

Betreibungs-, konkurs-, steuer-, und sozialversicherungsrechtlich wird die Gratifikation als Lohnbestandteil eingestuft. Vom arbeitsrechtlichen Standpunkt aus ist die Gratifikation kein fester Lohnbestandteil, sondern eine zusätzliche Leistung. Der Bonus wird rechtlich der Gratifikation gleichgestellt<sup>28</sup>. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung wird die Gratifikation zum klagbaren Anspruch<sup>29</sup>.

### **3.1.7 Nicht gesetzlich geregelte Formen**

Im Gesetz nicht geregelt sind Leistungslohnsysteme, welche sich an anderen Kriterien wie Kundenzufriedenheit etc. messen. Hier kommt es auf eine eindeutige Vertragsausgestaltung an.<sup>30</sup>

### **3.1.8 Verhältnis Fixlohn zu Leistungslohn**

#### **3.1.8.1 Nach Art. 322a OR, Anteil am Geschäftsergebnis**

Ob der Lohn gänzlich aus einem Anteil am Geschäftsergebnis bestehen darf<sup>31</sup> oder ob eine Minimalklausel einen angemessenen Minimallohn garantieren muss<sup>32</sup> ist bestritten. Einig ist man sich, dass das Betriebsrisiko nicht auf dem Arbeitnehmer abgewälzt werden darf<sup>33</sup>. In der Vertragsgestaltung ist es angebracht, auf Grund der vorliegenden Rechtsunsicherheit und im Interesse des Sozialschutzes, ein Mindestlohn festzulegen.

#### **3.1.8.2 Nach Art. 322b OR, Provision**

Der Lohn kann zu 100 % aus Provision bestehen. In der Literatur wird an verschiedenen Stellen der Fall des Bokers aufgeführt, beim dem das Appellationsgericht in Genf die Provision als ausschliessliche Lohnform als zulässig erklärt hat<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2001, 3, A. Rechtsnatur des «Bonus».

<sup>29</sup> Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2001, 3, B. Freiwilligkeitsvorbehalt.

<sup>30</sup> Vgl. 4 Leistungslohn in der Praxis.

<sup>31</sup> BRÜHWILER, Art. 322a, II, und STÄHLIN, Art. 322a, N2.

<sup>32</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art. 322a, N2; BÖHRINGER 164, beide analoge Anwendung von Art. 349a Absatz 2 OR.

<sup>33</sup> Siehe dazu Kap. 3.1.1. Legaldefinition des Arbeitsvertrages.

<sup>34</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, §9 Rz 72, u.a.O.



### **3.1.8.3 Nach Art. 349a OR, Handelsreisender**

Beim Handelsreisenden Vertrag kann der Lohn aus 100 % Provision bestehen, allerdings sind in jedem Fall die Spesen zu vergüten (Art. 327a und 349d Absatz 2 OR). Eine solche Abrede bedarf der Schriftform. Die Provision muss ausserdem so bemessen sein, dass ein angemessenes Entgelt des Handelsreisenden resultiert<sup>35</sup>. Ein angemessenes Entgelt bestimmt sich nach dem Arbeitseinsatz, der Ausbildung, der Dienstjahre, des Alters und der sozialen Verpflichtungen<sup>36</sup>.

### **3.1.9 Annahmeverzug des Arbeitgebers**

Wenn der Arbeitnehmer wegen einer Betriebsstörung, höhere Gewalt, technische Panne, Produktfehler etc. an der Erbringung der Leistung gehindert wird, muss der Arbeitgeber den vereinbarten oder üblichen Akkordlohn oder die Provision entrichten<sup>37</sup>. Diese Regelung entspricht den Grundsätzen des Einzelarbeitsvertrages, indem Leistungslohn ein Lohnbestandteil ist und das Betriebsrisiko nicht auf den Angestellten übertragen werden kann. Der Arbeitgeber ist zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn er verschuldet oder unverschuldet an der Annahme der Arbeitsleistung verhindert ist.

### **3.1.10 Leistungslohn bei Arbeitsunfähigkeit**

Bei Krankheit, Unfall etc. ist der Arbeitgeber zur Fortzahlung bei allen Arten von Leistungslohn (Akkordlohn, Provision, aber auch Umsatz- und Gewinnbeteiligungen) verpflichtet, wobei beim Akkordlohn und Provision für die Bemessung die durchschnittlichen Vergangenheitswerte massgebend sind, bei den Umsatz- und Gewinnbeteiligungen die tatsächlichen Werte.

### **3.1.11 Leistungslohn bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses**

Der Leistungslohn ist Arbeitslohn, demnach ist die Provision auch geschuldet, wenn der Vertragsabschluss *und* die Erfüllung erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses eintreten<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art. 349a, N2-N4.

<sup>36</sup> BK-REHBINDER Art. 349a N 6.

<sup>37</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art 324, N3

<sup>38</sup> STAHLIN, Art 322b, N6; STEIFF/VON KAENEL, Art. 322b, N4; BRÜHWILER Art. 322b; a.M. BK-REHBINDER, Art 322b, N4.

## **3.2 Lohngleichheit im Arbeitsrecht**

### **3.2.1 Die Bundesverfassung als Basis für die Gleichstellung**

Die Bundesverfassung enthält in Art. 8 BV ein relatives Gleichheitsgebot, wobei Gleiches nach Massgabe des Gleichen und Ungleiches nach Massgabe des Ungleichen bewertet wird. Eine geschlechtsspezifisch unterschiedliche Behandlung beurteilt das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung nur als zulässig, «wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen».<sup>39</sup>

### **3.2.2 Gleichstellungsgesetz**

Dieses seit 1995 geltende Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (GIG, SR 151.1) verstärkt die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter im Allgemeinen, insbesondere aber im Erwerbsleben nach öffentlichem und privatem Recht. Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit spricht aber nicht gegen Leistungslohn. Denn damit wird Ungleiches ungleich behandelt.

### **3.2.3 Gleichstellung und Gleichbehandlung**

In Bezug auf die Lohngestaltung besteht, unter Vorbehalt der Gleichstellung der Geschlechter, Vertragsfreiheit<sup>40</sup>. Der Gleichbehandlungsgrundsatz leitet sich aus Art. 328 OR ab. Er verbietet, unsachlich motiviert, einzelne Arbeitnehmer von einer Gratifikation auszuschliessen oder nachteilig zu behandeln<sup>41</sup>.

## **3.3 Der Lohn im Sozialversicherungsrecht**

### **3.3.1 Lohnbeiträge AHV, IV, EO, ALV und Unfall**

Gemäss dem Merkblatt<sup>42</sup> sind sämtliche Entgelte für geleistete Arbeit als massgebender Lohn für die Bemessung der Beiträge an die AHV zu berücksichtigen. Somit unterliegen sämtliche Arten von Leistungslohn der Beitragspflicht an die erwähnten Sozialversicherungen.

---

<sup>39</sup> BGE 123 I 56, 58.

<sup>40</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art. 322, N20.

<sup>41</sup> BK-REHBINDER, Art. 322d, N9.

<sup>42</sup> Merkblatt 2.01, Lohnbeiträge an die AHV, die IV und die EO, November 2002, Bundesamt für Sozialversicherung oder [www.ahv-iv.info](http://www.ahv-iv.info). (besucht am 31.05.03)

Die Arbeitgeber ziehen den entsprechenden Anteil des Beitrags vom Lohn der Arbeitnehmenden ab und überweisen sie mit ihrem Anteil an die zuständige Versicherung.

### **3.3.2 Leistungslohn und die berufliche Vorsorge**

Der zahlreichen Formen der leistungsorientierten Entlohnung umfassen in der Regel eine fixe und eine variable Lohnkomponente. Der variable Lohnanteil wird in der Regel vom Erreichen der vereinbarten Ziele bzw. dem Geschäftsgang abhängig. Diese Zweiteilung hat einen grossen Einfluss auf den Vorsorgeplan der betroffenen Angestellten.

Gemäss dem Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (BVG, SR 831.40) und der Verordnung (BVV 2, SR 831.441.1) kann die Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement vom massgebenden Lohn der AHV abweichen, indem sie Lohnbestandteile weglässt, die nur gelegentlich anfallen (Art. 3 lit. a BVV 2) oder indem sie den letztbekanntesten Jahreslohn heranzieht (Art. 3 lit. b BVV2). Somit können variable Lohnanteile mit einer Verzögerung von einem Jahr berücksichtigt oder als gelegentliche Lohnanteile weggelassen werden. Diese – gegenüber der AHV-Beitragspflicht abweichenden – gesetzlichen Bestimmungen müssen im Arbeitsvertrag geregelt werden.

## 4 LEISTUNGSLOHN IN DER PRAXIS

### 4.1 Grundsätzliche Überlegungen

#### 4.1.1 Übersicht

Die folgende Tabelle stellt Leistungslohn und Gratifikation gegenüber:

	<b>Leistungslohn</b>	<b>Gratifikation</b>
<b>Eigenschaft der Entschädigung</b>	<b>Lohn im Sinne einer Entschädigung für geleistete Arbeit</b>	<b>Honorierung für geleistete Arbeit, ähnlich einer Schenkung. Kein Lohn</b>
Von beruflicher Vorsorge gegen Risiko versichert?	Ja, wenn mit Lohndeklaration im Voraus gemeldet	Ja, wenn mit Lohndeklaration im Voraus gemeldet
Klagbarer Anspruch, falls Bedingung erfüllt?	Ja	Freiwillige G.: nein Vereinbarte G.: ja
Ist für die Kürzung oder Abschaffung des Bonus eine Änderungskündigung nötig?	Ja	Freiwillige G.: nein Vereinbarte G.: ja
Pro-rata-Anspruch bei Aus- und Eintritt während Geschäftsjahr?	Ja	Eintritt: ja; Austritt: nein Abweichende Vereinbarungen möglich
Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit/Unfall	Ende der Periode geschuldet, falls Erfolg eingetreten	Freiwillige G.: nein Vereinbarte G.: Ende der Periode geschuldet, falls Erfolg eingetreten
Einsichtsrecht in die Geschäftsunterlagen	Ja	Nein
Anspruch auf Auszahlung in gekündigter Stellung	Ja	Freiwillige G.: nein Vereinbarte G.: ja, kann aber vertraglich wegbedungen werden

Tabelle 2: Vergleich Leistungslohn - Gratifikation<sup>43</sup>

#### 4.1.2 Grundsatzentscheid – Gratifikation oder Leistungslohn

Die Vertragsgestaltung soll sich an den Eigenschaften Gratifikation oder Leistungslohn orientieren. Wenn die Arbeitgeberin beispielsweise ein grosses Ermessen bei der Bemessung der Auszahlung bevorzugt, ist die Gratifikation die richtige Lösung. Damit bleibt der Arbeitgeber frei, wie weit er die Gratifikation vom Erfolg abhängig macht oder diese in Form von Spontanbelohnungen auszahlt. Solche Extra-Zückerchen für spezielle Leistungen sind sehr interessant. Ein dauernd steigendes Einkommen führt beim Mitarbeiter zu einer allmählichen Anpassung des Lebensstandards. Daher ist der Motivationseffekt nur von kurzer Dauer. Die anfängliche Motivation kann mit der Zeit zu einem Leistungsdruck mutieren.

<sup>43</sup> SENTI, 40.

#### **4.1.3 Echter oder unechter Leistungslohn**

Wenn Leistungslohn eingeführt werden soll, ist zu überlegen, ob die Mitarbeiter pauschal am Unternehmenserfolg beteiligt werden sollen oder entsprechend ihrem tatsächlichen Beitrag zum Ergebnis. Der letztere ist echter Leistungslohn.

#### **4.1.4 Was ist eine durchschnittliche Leistung**

Das Kernproblem der leistungsorientierten Entlohnung ist die Quantifizierung der Zielkriterien einer guten Arbeit. Die Bewertungskriterien müssen messbar gemacht werden. Sie können, neben betriebswirtschaftlichen Zielwerten, auch Kundenzufriedenheit und Ziele, welche in Form von Zielvereinbarungen gesetzt wurden, sein.

#### **4.1.5 Das Betriebsrisiko verbleibt beim Arbeitgeber**

Das Betriebsrisiko darf nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Die Judikatur ist unterschiedlicher Meinung darüber, ob der Lohn ausschliesslich aus einer Erfolgsbeteiligung nach Art. 322a OR bestehen kann<sup>44</sup>. Es empfiehlt sich, einen angemessenen Minimallohn im Arbeitsvertrag festzulegen.

---

<sup>44</sup> Vgl. Kap. 3.1.8.1 Nach Art. 322a OR, Anteil am Geschäftsergebnis

## 4.2 Essentialia

	<b>Leistungslohn</b>	<b>Gratifikation</b>
Benennung	Leistungslohn nach OR 322a oder 322b	Gratifikation nach OR 322d
Grundlohn	Grundbetrag festlegen	Grundbetrag festlegen
Eingrenzung	Obergrenze festlegen ist sinnvoll Max. Malus (wenn vereinbart)	keine Eingrenzungen
Berechnungsbasis	Zielwert festlegen (CF, Gewinn, Umsatz) Berechnungsmodus genau festlegen	keine Angaben
Anteil	Mathematische Berechnung am besten mit Beispiel im Anhang, um Missverständnisse ausräumen	keine Angaben
Fälligkeit	Anteil Geschäftsergebnis: spätestens 6 Monate nach Geschäftsabschluss Provision: Monatlich oder andere Branchenübliche Absprache	kann frei bestimmt werden
Kündigung	pro rata	kann frei bestimmt werden (pro rata oder kein Anspruch) Zu empfehlen ist auch die Bestimmung der Fälligkeit und der Anspruch nach der Kündigung.
Änderungskündigung, Teilkündigung	gesetzlich möglich ist aber u.U. missbräuchlich <sup>45</sup> Teilkündigungsvereinbarung	gesetzlich möglich ist aber u.U. missbräuchlich Teilkündigungsvereinbarung
Besonderes		Einmaligkeitsklausel jedes Mal unterschreiben lassen. <sup>46</sup>

*Tabelle 3: Essentialia Leistungslohn und Gratifikation*

## 4.3 Konfliktpotential ausweichen

### 4.3.1 Grundsatz der Gleichbehandlung

Einzelne Angestellte desselben Betriebes dürfen ohne sachlichen Grund nicht benachteiligt werden. Wenn die Zahlung einer Gratifikation verabredet ist, dürfen keine unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen angewendet werden.

### 4.3.2 Grundsatz der Gleichstellung

Für die Gleichstellung von Mann und Frau ist von Bedeutung, dass die Bemessungsgrundlagen keinen geschlechtsbedingten Vorteil oder Nachteil zur Folge haben.

<sup>45</sup> BGE 123 III 246, 250: Missbräuchlichkeit dann gegeben, wenn Kündigung als Druckmittel für veränderte Vertragsverhältnisse eingesetzt wird und diese nicht sachlich begründet sind.

<sup>46</sup> Vgl. Kap. 4.3.5 Konkludente Vertragsänderungen.

### 4.3.3 Klare Formulierung im Vertrag

Schlecht gewählte Formulierungen oder vom Arbeitsgesetz abweichende Begriffe stiften viel Verwirrung und öffnen den Spielraum für Interpretationen. Eine einheitliche Terminologie<sup>47</sup> bietet Gewähr für eine hohe Rechtssicherheit.

### 4.3.4 Rechtsfolgen im Vertrag verankern

Mit einer ausdrücklichen Erwähnung der mit der Gratifikation oder dem Leistungslohn verbundenen Rechtsfolgen lässt sich die Wirkung der Charaktere der Zahlung verstärken. Die in der Tabelle 2: Vergleich Leistungslohn - Gratifikation aufgezeigten Rechtsfolgen, sollen im Arbeitsvertrag erwähnt werden.

### 4.3.5 Konkludente Vertragsänderungen

Die regelmässige Auszahlung einer freiwilligen Gratifikation kann zu einer konkludenten Vertragsänderung und damit zu einer vereinbarten Gratifikation führen<sup>48</sup>. Das ist auch dann der Fall, wenn vertraglich die Gratifikation ausdrücklich als nicht zugesichert festgehalten ist<sup>49</sup>. Es ist auch wichtig, dass der 13. Monatslohn klar von der Gratifikation abgegrenzt wird, denn dieser ist ein normaler Lohn. Der Lohn wird dabei nur in 13 statt in 12 Raten bezahlt.

Weiter kann die Gratifikation im Laufe der Jahre immer klarer von der Höhe des erarbeiteten Unternehmenserfolges abhängig werden, wenn der Arbeitgeber jeweils die gleichen Berechnungsgrundlagen verwendet. In diesem Fall könnte die Gratifikation zu einem Leistungslohn mutieren.

### 4.3.6 Berufliche Vorsorge

Der für die berufliche Vorsorge massgebende Lohn muss im Arbeitsvertrag fest definiert werden. Eine falsche Lohndeklaration kann Leistungsreduktionen in der beruflichen Vorsorge zur Folge haben.

---

<sup>47</sup> Gemeint ist die Terminologie des Arbeitsrechtes, auch wenn englische Ausdrücke besser tönen: Es ist letztlich eine Güterabwägung zwischen Prozesskosten und des gut Tönens.

<sup>48</sup> STEIFF/VON KAENEL, Art. 322d, N 5.

<sup>49</sup> BK-REBINDER, Art 322d, N8 und Arbeitsgericht Zürich 4: Umstritten ist auch ob ein regelmässig wiederkehrender Vorbehalt die stillschweigende Vertragsänderung aufheben kann.

#### **4.3.7 Auflösung des Arbeitsverhältnis**

Oft wird im Vertrag nicht erwähnt, ob die Gratifikation für das laufende Jahr pro rata temporis ausbezahlt wird, obgleich dies sehr zu empfehlen ist. Zudem sollte auch festgelegt werden, welche Ansprüche der Mitarbeiter aus Geschäften hat, die erst nach der Kündigung wirksam werden, jedoch auf Grund seiner Arbeitsleistung entstanden sind.

## **5 SCHLUSSBEMERKUNGEN, ANHANG**

### **5.1 Schlusswort**

Im Arbeitsrecht werden Vertragsverhältnisse geregelt, von denen Existenzen abhängen. Das Arbeitsverhältnis hat einen direkten Einfluss auf den Wohlstand. Für den Arbeitnehmer hängt sein ganzer «Umsatz» von einem einzigen Vertrag ab. So wundert es kaum, dass sehr viele Rechtsstreite um arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen gehen. Noch lange nicht alle arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen werden vor Gericht gezogen. Erst einmal werden vertragliche Unklarheiten während der Arbeitszeit diskutiert, studiert, abgeklärt und hinterfragt. Aus all den Gründen ist es besonders wichtig, dass Verträge klar, eindeutig und verständlich abgefasst und auch erläutert werden.

Mit dem Leistungslohn wird de facto ein gewisses unternehmerisches Risiko auf den Arbeitnehmer übertragen. Das Gesetz lässt dazu auch weitgehende Spielräume für die Gestaltung von Leistungslohnsystemen – wenn auch diese zum Teil in der Literatur kontrovers diskutiert werden. Angesprochen ist hier vor allem die Möglichkeit, 100 % des Lohnes als Erfolgsbeteiligung zu gestalten<sup>50</sup>.

Die Autoren sind der Meinung, dass bei der Gestaltung von Leistungslohnsystemen der Grundsatz der Risikobeschränkung für den Arbeitnehmer mit einem Minimalverdienst die untere Grenze markieren soll. Die obere Grenze leitet sich aus der Umkehr der Risikobeschränkung ab und bildet eine Chancenbegrenzung nach oben. Eine exzessive Ausweitung der Löhne ist weder sinnvoll noch vom

---

<sup>50</sup> Vgl. Kap. 3.1.8.1 Nach Art. 322a OR, Anteil am Geschäftsergebnis; BK-REHBINDER, Art. 349a, N8: Kritik an Gesetzgeber. Dieser hätte bei der Eingliederung der Vorschriften über den Handelsreisenden ins OR auch prüfen sollen, ob die dort geregelten Besonderheiten auch auf andere Arbeitsver-



Markt her gefordert. Gute, intrinistische motivierte Kaderleute finden sich auch ohne Millionensaläre.

Ungeachtet der kritischen Worte wird die leistungsabhängige Entlohnung als sinnvolles Instrument angesehen, zumal wenn es juristisch so abgefasst ist, dass keine Streitigkeiten entstehen, welche wiederum die intrinistische Motivation beeinträchtigen würde.

Effretikon, 31. Mai 2003

Markus Gehrig

.....

Rheinau, 31. Mai 2003

Jost Meier

.....

## 5.2 Anhang

[Anhang 1: Beispiel Cashflowstatement, Seite 25](#)

[Anhang 2: Beispiele Provisionsberechnungen, Seiten 26 und 27](#)

---

hältnisse angewendet werden müssten. Bei der nächsten Revision sollten die Vorschriften von Art. 349a auch auf Art. 322 ff. OR übertragen werden.