

Provisionen als Lohnbestandteil



Michèle Stutz, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht
michele.stutz@mme.ch

Übersicht

Praktische Fälle

1. Eigenschaften Provision / Abgrenzungen
2. Vereinbarung der Provision
3. Verbindliche Vorgaben des AG
4. Berechnung
5. Fälligkeit
6. Nichterfüllung
7. Ferien / Krankheit
8. Lösungen



Was gilt beim Provisionslohn?

Zahlreiche Arbeitnehmer arbeiten ganz oder teilweise auf Provisionsbasis. Der Arbeitgeber verspricht dabei im Arbeitsvertrag, dass der Angestellte als Lohn einen bestimmten Anteil der Geschäfte erhält, die er für ihn vermittelt oder abschliesst. Dieser Anteil bemisst sich meist in Prozenten

Frank Emmel, Advokat
28.08.2010

Merken Drucken Teilen

zugut. Was klar und eindeutig in die Arbeit besteht und wofür im Arbeitsvertrag.



Ist eine Provision geschuldet?

1. AN A schliesst mit Käufer K1 einen Vertrag über den Kauf einer Liegenschaft ab, wobei A gemäss Arbeitsvertrag neben seinem Fixlohn eine Provision (vereinbarter %-Satz des Kaufpreises) zugute hat. Die Übertragung kommt nicht zustande, weil die AG noch einen besseren Käufer findet und die Liegenschaft teurer an den Käufer K2 verkauft.
2. Im obigen Beispiel erfolgt die Übertragung der Liegenschaft auf K1, der aber in der Zwischenzeit Konkurs geht und den Kaufpreis nicht mehr bezahlen kann.
3. Im Beispiel 1 kommt der eigentliche Abschluss des Kaufvertrages erst nach dem Austritt von A aus der Firma zustande.

Sind diese Abmachungen zulässig?

4. Im Beispiel 3 oben besteht eine vertragliche Abmachung, dass Provisionen nicht mehr geschuldet sind, wenn der AN die AG verlässt und der Abschluss erst nachher zustande kommt.
5. Im Beispiel 1 kommt der Abschluss des Kaufvertrages mit einem Kaufpreis von CHF 1.5 Mio. zustande. Insgesamt liegt der Arbeitnehmer aber mit seinen Verkäufen im betreffenden Quartal CHF 100'000 unter einer arbeitsvertraglich abgemachten Minimalschwelle. Zulässige Vereinbarung?
6. Im Beispiel 2 oben (Konkurs) steht im Arbeitsvertrag, dass der AN die Provision unabhängig vom Eingang der Zahlung erhält.

1. Gesetzliche Regelung (Art. 322b OR)

3. Provision a. Entstehung

Art. 322b

¹ Ist eine Provision des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften verabredet, so entsteht der Anspruch darauf, wenn das Geschäft mit dem Dritten **rechtsgültig abgeschlossen** ist.

² Bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung sowie bei Versicherungsverträgen kann schriftlich verabredet werden, dass der Provisionsanspruch auf jeder Rate mit ihrer Fälligkeit oder ihrer Leistung entsteht.

³ Der Anspruch auf Provision **fällt nachträglich dahin**, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt; bei nur teilweiser Erfüllung tritt eine verhältnismässige Herabsetzung der Provision ein.

1. Gesetzliche Regelung (Art. 322c OR)

Art. 322c

b. Abrechnung

¹ Ist vertraglich nicht der Arbeitnehmer zur Aufstellung der Provisionsabrechnung verpflichtet, so hat ihm der Arbeitgeber auf jeden Fälligkeitstermin eine schriftliche Abrechnung, unter Angabe der provisionspflichtigen Geschäfte, zu übergeben.

² Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die für die Abrechnung massgebenden Bücher und Belege zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist.

1. Eigenschaften „Provision“

- Prozentual ausgewiesener Beteiligungsanspruch an vom AN abgeschlossenen oder vermittelten Geschäften
 - = besondere Art des Lohnes (i.d.R. zusätzlicher Bestandteil zum Fixlohn, aber grundsätzlich auch ausschliesslich Provision möglich)
 - Leistungslohn
 - als Lohnbestandteil auch im Lohnausweis entsprechend auszuweisen
- Hauptanwendungsgebiete:
 - Service, Verkauf (z.B. von Immobilien)
 - Versicherungsgewerbe
 - Handelsreisende
 - Börsenhändler

1. Eigenschaften „Provision“

- Voraussetzungen
 - Kausalzusammenhang zwischen Tätigkeit des AN und Vertragsabschluss
 - AN muss massgebliche Vorarbeit zu Vertragsabschluss geleistet haben („conditio sine qua non“)
 - Beweislast? Kausalität wird zumindest gem. tessiner Rspr. vermutet (TA TI in RtiD 2010 II 41c E. 7 und 9)
 - Auflösend bedingter Anspruch: endgültiger Anspruch erst nach Abwicklung des Erfüllungsgeschäfts (Art. 322b Abs. 3)

³ Der Anspruch auf Provision fällt nachträglich dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt; bei nur teilweiser Erfüllung tritt eine verhältnismässige Herabsetzung der Provision ein.

1. Eigenschaften „Provision“

- Entstehungszeitpunkt des Anspruchs: Vertragsabschluss mit Drittem (sog. Verpflichtungsgeschäft)
 - Anspruch auch bei Vertragsabschluss nach Dauer des Arbeitsverhältnis wenn nur AN kausalen Beitrag geleistet hat
 - Anspruch jedoch erst bei gültigem Vertragsschluss
 - Begründung: Provision = Entschädigung für frühere Arbeitsleistung
 - kein Anspruch wenn Kausalzusammenhang fehlt
- Unterscheide:
 - Abschlussprovision (bei Berechtigung zu Vertragsabschluss)
 - Vermittlungsprovision (wenn AG Genehmigung vorbehält)
 - Anspruch bleibt bei treuwidriger Verweigerung der Genehmigung bestehen

1. Eigenschaften „Provision“

- Beteiligung mehrerer provisionsberechtigter AN an Geschäftsabschluss:
 - entscheidender Abschlussbeitrag jedes AN
 - Aufteilung nach jeweiligem kausalem Beitrag (str. in Lehre):
 - falls nicht bestimmbar: anteilmässige Verteilung der Provision
 - Vermeidung dieses Problems: klare Zuteilung von z.B. Regionen
- Mindestprovision:
 - Muss auch dann entrichtet werden, wenn AN weniger Geschäfte als vorgesehen abschliesst
 - dies ist oft der Fall bei der Verabredung von Vorschüssen im Sinne eines anrechenbaren Fixlohnes

1. Eigenschaften „Provision“ / Abgrenzung

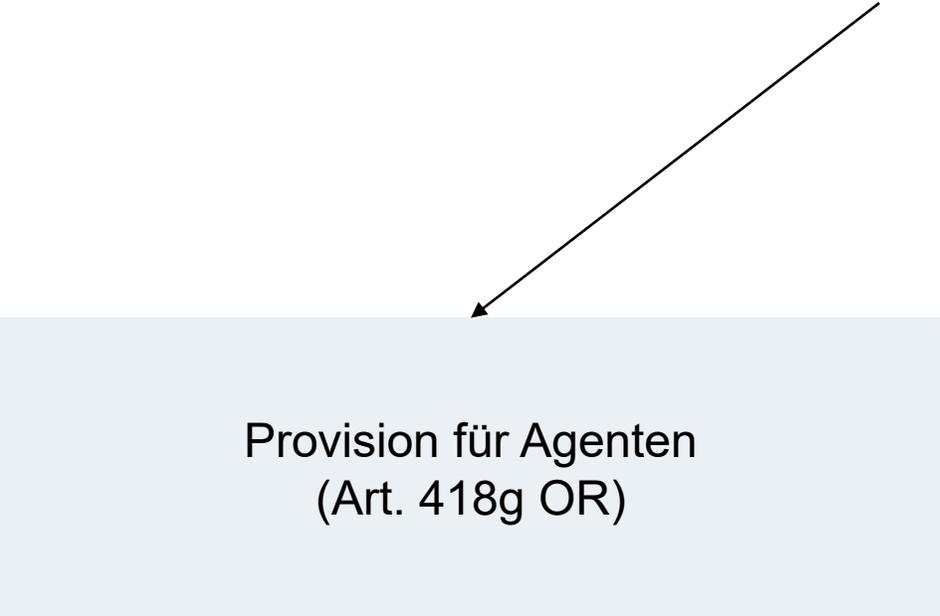
- Schwelle – zulässig?
- Abgrenzung von der Beteiligung am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR)
- Abgrenzung vom Bonus (Art. 322d OR)

2. Vereinbarung der Provision

- Provision kann in Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden
- Provision kann auch in einem Handelsreisendenvertrag oder in einem Auftragsverhältnis (meist Agenturvertrag) vereinbart werden

2. Vereinbarung der Provision

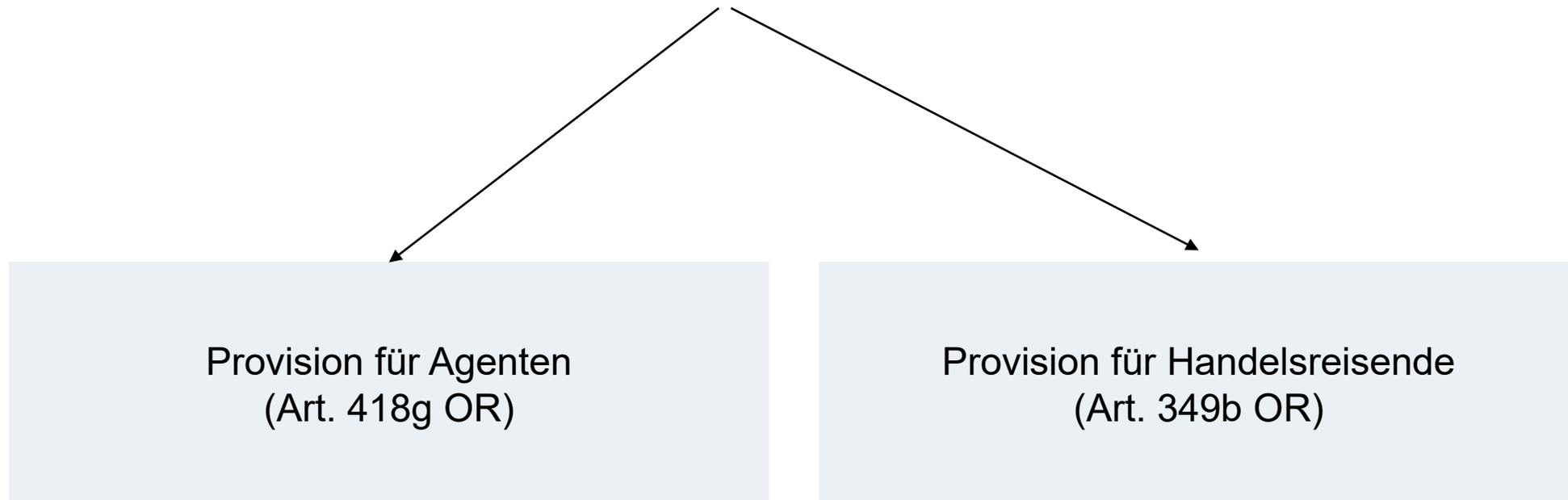
- Provision kann in Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden
- Provision kann auch in einem Handelsreisendenvertrag oder in einem Auftragsverhältnis (meist Agenturvertrag) vereinbart werden



Provision für Agenten
(Art. 418g OR)

2. Vereinbarung der Provision

- Provision kann in Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden
- Provision kann auch in einem Handelsreisendenvertrag oder in einem Auftragsverhältnis (meist Agenturvertrag) vereinbart werden



3. Caveat – Bindung an Vorgaben des AG

- AN ist an die vom AG erteilten Instruktionen hinsichtlich Preisgestaltung und weiteren Konditionen gebunden
 - Hält er sich daran, verliert er die Provision nicht, nur weil der AG selber noch einen besseren Käufer findet
 - Schadenersatzpflicht des AN bei Verstoss

4. Berechnung der Provision

- Provisionsberechtigter ist i.d.R. der gesamte Rechnungsbetrag
 - Abzüglich der an Dritte zu leistende Kosten
 - Anderslautende Abmachungen zulässig
- Provisionsberechtigung auch bei Eigengeschäften und Nachbestellungen (falls nicht anders geregelt)
- Vereinbarung von Provisionen für Geschäfte die innerhalb eines dem AN zugewiesenen Kundenkreis / Reisegebiet abgeschlossen werden ohne sein Zutun
 - zulässig

5. Fälligkeit der Provisionen

- Mit Eintritt des vereinbarten Abrechnungstermins
 - Anspruch entsteht laufend mit der Erbringung der Arbeitsleistung durch den AN
 - Suspensivbedingung: rechtsgültiger Abschluss des provisionspflichten Geschäft
 - Eintritt der Bedingung muss nicht während Arbeitsverhältnisses erfolgen
 - spätestens aber Ende Monat (323 Abs. 2 OR)
 - gilt für alle bis dahin abgeschlossenen Geschäfte
- Bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung: Vereinbarung eines Teilprovisionsanspruchs möglich

6. Rechtsfolge bei Nichterfüllung

- Dahinfallen des Provisionsanspruchs wenn der **AG** ohne sein Verschulden das Geschäft nicht ausführt:
 - Warenmangel
 - Lieferungsschwierigkeiten im Kriegsfall
 - Streik
 - Einfuhrsperren
- Bleibt die Vertragserfüllung von Seiten des **Dritten** aus fällt der Provisionsanspruch nachträglich dahin
 - Gilt bei folgenden Ursachen: Nichtigkeit, Willensmängeln, Zahlungsunfähigkeit
 - Beachte: Pflicht des AG zur Vornahme von Eintreibungsversuchen (sofern wirtschaftlich vernünftig)
 - Bsp. Mahnung, Betreibung, u.U. Einleitung Prozess

6. Rechtsfolge bei Nichterfüllung

- Teilweise Erfüllung: proportionale Reduktion
- Sofern Provision bereits entrichtet: Rückerstattungspflicht des AN
 - Begründung: fehlendes Interesse des AG an nicht ausgeführtem Vertrag
 - Keine Rückerstattungspflicht trotz Nichterfüllung bei Verschulden des AG
- Vorschrift über Dahinfallen der Provision können abgeändert werden (Art. 322b Abs. 3 OR)

7. Provision im Falle von Krankheit / Ferien / Freistellung / Überstunden

Krankheit: Solange Lohnfortzahlung (i.d.R. Skalen oder andere vertragliche Regelung):

- auch anteilmässige Provision geschuldet (durchschnittliche Geschäftswerte unter Berücksichtigung saisonaler Schwankungen)
- Ausgleichung von Mehrumsätzen bzw. –gewinnen aufgrund der Verlagerung der Tätigkeit des AN infolge seiner Abwesenheiten

Ferien / Freistellung und Überstunden: Berechnung inkl. durchschnittliche Provision

Frage 1

1. AN A schliesst mit Käufer K1 einen Vertrag über den Kauf einer Liegenschaft ab, wobei A gemäss Arbeitsvertrag neben seinem Fixlohn eine Provision (vereinbarter %-Satz des Kaufpreises) zugute hat. Die Übertragung kommt nicht zustande, weil die AG noch einen besseren Käufer findet und die Liegenschaft teurer an den Käufer K2 verkauft.

Frage 1

1. AN A schliesst mit Käufer K1 einen Vertrag über den Kauf einer Liegenschaft ab, wobei A gemäss Arbeitsvertrag neben seinem Fixlohn eine Provision (vereinbarter %-Satz des Kaufpreises) zugute hat. Die Übertragung kommt nicht zustande, weil die AG noch einen besseren Käufer findet und die Liegenschaft teurer an den Käufer K2 verkauft.
- Provision an AN ist geschuldet, da Verschulden des AG, dass die K1 nicht Eigentümer der Liegenschaft wurde.

Frage 2

2. Im obigen Beispiel erfolgt die Übertragung der Liegenschaft auf K1, der aber in der Zwischenzeit Konkurs geht und den Kaufpreis nicht mehr bezahlen kann.

Frage 2

2. Im obigen Beispiel erfolgt die Übertragung der Liegenschaft auf K1, der aber in der Zwischenzeit Konkurs geht und den Kaufpreis nicht mehr bezahlen kann.

- Provision, die ev. schon an AN ausbezahlt wurde, muss zurückbezahlt werden. Dasselbe würde gelten bei Auflösung des Vertrages zufolge Irrtum oder bei Nichtigkeit.

Frage 3

3. Im Beispiel 1 kommt der eigentliche Abschluss des Kaufvertrages erst nach dem Austritt von A aus der Firma zustande.

Frage 3

3. Im Beispiel 1 kommt der eigentliche Abschluss des Kaufvertrages erst nach dem Austritt von A aus der Firma zustande.
- Ja, da A kausal war für den Abschluss des Kaufvertrages. Da er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bei der AG arbeitet ist unerheblich.

Frage 4

4. Im Beispiel 3 oben besteht eine vertragliche Abmachung, dass Provisionen nicht mehr geschuldet sind, wenn der AN die AG verlässt und der Abschluss erst nachher zustande kommt.

Frage 4

4. Im Beispiel 3 oben besteht eine vertragliche Abmachung, dass Provisionen nicht mehr geschuldet sind, wenn der AN die AG verlässt und der Abschluss erst nachher zustande kommt.
- Unzulässige Vereinbarung, das zwingende Bestimmung.

Frage 5

5. Im Beispiel 1 kommt der Abschluss des Kaufvertrages mit einem Kaufpreis von CHF 1.5 Mio. zustande. Insgesamt liegt der AN aber mit seinen Verkäufen im betreffenden Quartal CHF 100'000 unter einer arbeitsvertraglich abgemachten Minimalschwelle. Zulässige Vereinbarung?

Frage 5

5. Im Beispiel 1 kommt der Abschluss des Kaufvertrages mit einem Kaufpreis von CHF 1.5 Mio. zustande. Insgesamt liegt der AN aber mit seinen Verkäufen im betreffenden Quartal CHF 100'000 unter einer arbeitsvertraglich abgemachten Minimalschwelle. Zulässige Vereinbarung?
- Ja, es handelt sich um eine zulässige Abmachung, die Parteien können eine Schwelle einbauen, die erreicht werden muss.

Frage 6

6. Im Beispiel 2 oben (Konkurs) steht im Arbeitsvertrag, dass der AN die Provision unabhängig vom Eingang der Zahlung erhält.

Frage 6

6. Im Beispiel 2 oben (Konkurs) steht im Arbeitsvertrag, dass der AN die Provision unabhängig vom Eingang der Zahlung erhält.
- Ja, zulässige Vereinbarung (Art. 322b Abs. 3 OR bezweckt Arbeitnehmerschutz).

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit 😊



Michèle Stutz, LL.M.

Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

Partner

MME Legal | Tax | Compliance

Zollstrasse 62

Postfach 1758

8031 Zürich

michele.stutz@mme.ch

T +41 44 254 99 87



Office Zurich

Zollstrasse 62 | P.O. Box 1758 | CH-8031 Zurich
T +41 44 254 99 66 | F +41 44 254 99 60

Office Zug

Gubelstrasse 22 | P.O. Box 7613 | CH-6302 Zug
T +41 41 726 99 66 | F +41 41 726 99 60

www.mme.ch
office@mme.ch

1 for all. Legal | Tax | Compliance

© 2019 MME