



# Provisionsanspruch und dessen Berechnung (insbesondere bei bereits beendetem Arbeitsverhältnis)

Die Abrede der Provision als Vergütungsform im Arbeitsvertrag ist heutzutage in vielen Branchen anzutreffen. Dieser Artikel gibt einen Überblick über diese Lohnart, insbesondere wie sie berechnet wird und wie es sich damit bei beendetem Arbeitsverhältnis verhält.

■ Von Raffael Breitler

## Allgemeines

Bei der Provision handelt es sich um Leistungslohn, welcher den Arbeitnehmenden in der Regel eine prozentuale Beteiligung am Wert der einzelnen von ihnen vermittelten (Vermittlungsprovision) oder von ihnen abgeschlossenen Geschäfte (Abschlussprovision) gibt. Die aufgewendete Zeit ist für die Entlohnung (im Unterschied zum Zeitlohn) irrelevant, massgebend ist der Erfolg. Anzutreffen ist die Provision etwa im Gastgewerbe, in der Versicherungsbranche, bei Börsenhändlern und Handelsreisenden oder beim Verkaufspersonal des Gross- und Einzelhandels. Bei den Handelsreisenden ist sie die übliche Lohnform. Durch diese Vergütungsform sollen die Arbeitnehmenden angespornt werden, Leistung zu erbringen und so den wirtschaftlichen Erfolg auf Seiten der Arbeitgebenden zu erhöhen. Der Personalaufwand wird damit auf den Erfolg des Unternehmens ausgerichtet, die Arbeitnehmenden übernehmen einen Teil des Betriebsrisikos. Unter welchen Voraussetzungen ein Provisionsanspruch entsteht und wie dieser berechnet wird, führt in der Praxis regelmässig zu Auseinandersetzungen.

## Provisionsanspruch

### Anspruchsvoraussetzungen

Für die Entstehung des Provisionsanspruches müssen kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Zunächst muss eine gültige Provisionsabrede vorliegen.
- Weiter wird ein rechtsgültiger Geschäftsabschluss (Abschlussprovision) bzw. die Vermittlung eines Kunden, der zum Abschluss bereit ist (Vermittlungsprovision), vorausgesetzt. Damit der Provisionsanspruch entsteht, muss zwischen der vertraglichen

Tätigkeit der Arbeitnehmenden und dem Geschäftsabschluss bzw. der Geschäftsvermittlung eine kausale Beziehung bestehen.

- Das Geschäft muss durch die Arbeitgebenden ausgeführt werden.
- Die Kunden müssen die vertraglichen Pflichten erfüllen.

Die ersten beiden Voraussetzungen (Provisionsabrede und verbindlicher Geschäftsabschluss mit Kunden) dürfen nicht zuungunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden. Die letzten beiden Voraussetzungen (Vertragsvollzug durch die Arbeitgebenden und durch die Kunden) dürfen hingegen vertraglich ausgeschlossen werden.

### Provisionsabrede

Die Provision kann als zusätzlicher Lohnbestandteil oder aber als einzige Lohnart vereinbart werden. Sehen Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag einen Mindestlohn vor, darf der erzielte Lohn nicht unter diesem Mindestlohn liegen. Wenn Arbeitnehmende weniger Geschäfte als vorgesehen abschliessen, muss die vereinbarte Provision trotzdem bezahlt werden. Dies kommt z.B. bei der Vereinbarung von Vorschüssen im Sinne eines anrechenbaren Fixlohnes vor. Es kann auch eine Mindestprovision vereinbart werden. Eine Mindestprovision gilt allerdings nicht als Provision im rechtlichen Sinne, sondern als festes Gehalt.

Stellt die Provision die einzige oder überwiegende Lohnart dar, so muss dies zwingend schriftlich vereinbart sein. Wo die Grenze gezogen wird, ist unklar (in der Lehre wird die Grenze von 50% erwähnt). Die Provision muss dabei ein angemessenes Entgelt für

die Tätigkeit der Arbeitnehmenden bilden, ansonsten die Vereinbarung unzulässig wäre. Angemessenheit liegt vor, wenn das Entgelt die Arbeitnehmenden unter Berücksichtigung ihres Arbeitseinsatzes, der Anzahl Dienstjahre, ihrer Ausbildung, ihrer sozialen Verpflichtungen und ihres Alters eine anständige Lebensführung ermöglicht. Richtlinie bildet das branchenübliche Lohnniveau. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass bei ungenügender Entlohnung die Arbeitnehmenden Anlass zur Kündigung haben, mit der Folge, dass ein allfälliges Konkurrenzverbot wegfällt.

Den Preis sowie die Liefer- und Zahlungsbedingungen der abzuschliessenden Geschäfte geben die Arbeitgebenden vor. Selbst wenn die Arbeitgebenden selber einen besseren Abnehmer finden, bleibt der Provisionsanspruch bestehen. Verstossen Arbeitnehmende hingegen gegen die Weisungen der Arbeitgebenden, so werden sie schadenersatzpflichtig. Es sei denn, sie weisen nach, einen drohenden Schaden gegen die Arbeitgebenden abgewendet zu haben. Bei unredlicher Handlungsweise der Arbeitnehmenden verlieren diese ihren Provisionsanspruch. Flexibel sind die Arbeitnehmenden hingegen in der Regel bei der Gewährung von Rabatten oder Skonti.

### Fälligkeit

Die Provision wird am vereinbarten Abrechnungstermin fällig. Spätestens jedoch aber am Ende des Monats. Bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung kann schriftlich vereinbart werden, dass mit jeder Rate ein Provisionsanspruch fällig wird. Erfordert die Durchführung von Geschäften mehr als ein halbes Jahr, so kann durch schriftliche Abrede die Fälligkeit der Provision für diese Geschäfte hinausgeschoben werden. Allerdings sind die maximalen gesetzlichen Verlängerungsdauern zu beachten.

### Krankheit, Ferienabwesenheit und Freistellung

Ein Provisionsanspruch besteht auch in der Zeit, während welcher die Arbeitnehmenden zufolge Krankheit oder wegen Ferienabwesenheit ihre Arbeit nicht ausführen können und die Arbeitgebenden gemäss Skalen oder vertraglicher Abmachung zur Lohnfortzahlung verpflichtet sind. Ein Anspruch auf ein Entgelt haben die Arbeitnehmenden im Übrigen auch,



wenn sie freigestellt werden. Geschuldet ist grundsätzlich der hypothetische Verdienst (sog. Lohnausfallprinzip). Ist dessen Berechnung nicht möglich, ist nach der Referenzperiodenmethode vorzugehen. Bei dieser Methode ist die Durchschnittsprovision zu ermitteln, welche in den letzten Arbeitsmonaten oder während einer anderen angemessenen Periode erzielt wurde. Dabei gilt es zu vermeiden, dass es zu einer faktischen Lohnerhöhung kommt. Saisonale Schwankungen sind zu berücksichtigen. Hingegen sind Mehrumsätze auszugleichen, welche sich aus einer Verlagerung der Tätigkeit, z.B. kurz vor oder nach Ferien, ergeben haben.

#### **Mehrere Provisionsberechtigte**

Waren mehrere Arbeitnehmer am Geschäftsabschluss beteiligt, wird ein entscheidender Abschlussbeitrag jedes einzelnen Arbeitnehmers vorausgesetzt, um provisionsberechtigt zu sein. Es ist in der Lehre umstritten, ob die Aufteilung der Provision nach dem jeweiligen kausalen Beitrag zu erfolgen hat. Sinnvollerweise werden den Arbeitnehmern einzelne Gebiete zugeteilt, wodurch sich dieser Problematik vorbeugen lässt.

#### **Eigenbezug und Nachbestellungen**

Der Eigenbezug durch die Arbeitnehmenden fällt unter die provisionspflichtigen Geschäfte, sofern er nicht zu einem Vorzugspreis getä-

tigt wurde. Ebenfalls als provisionspflichtig gelten Nachbestellungen, soweit die Arbeitnehmenden diesen als Kunden für Geschäfte dieser Art gewinnen konnten. Demgegenüber besteht mangels anderweitiger Vereinbarung kein Provisionsanspruch auf Geschäfte, die ohne ihre Tätigkeit mit Kunden in ihrem Gebiet oder Kundenkreis zustande gekommen sind.

#### **Wegfall**

Der Anspruch auf Provision fällt nachträglich dahin, wenn die Arbeitgebenden das Geschäft ohne ihr Verschulden nicht ausführen. Eine von den Arbeitgebenden nicht zu verantwortende Unmöglichkeit liegt z.B. vor, wenn Ware nicht erhältlich ist oder sich ein Streik, Naturkatastrophen, kriegerische Ereignisse, Aussperrung oder Einfuhrsperrern ereignen. Die Beweislast hierfür tragen die Arbeitgebenden. Sodann fällt die Provision nachträglich dahin, wenn der Kunde seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, unabhängig davon, ob Nichtigkeit, Willensmangel oder Zahlungsunfähigkeit die Ursachen sind. Die Arbeitgebenden sind allerdings so weit in der Pflicht, zumutbare Handlungen, wie z.B. Mahnung, Betreuung oder unter Umständen Einreichung einer Klage gegen den Kunden, vorzunehmen. Eine bereits ausgerichtete Provision muss diesfalls zurückerstattet werden. Bei bloss teilweiser Erfüllung des Kunden erfolgt eine proportio-

nale Reduktion. Der Provisionsanspruch bleibt demgegenüber grundsätzlich bestehen, wenn die Arbeitgebenden die Ware aus Kulanz zurücknehmen oder ohne Not eine Aufhebungsvereinbarung abschliessen. Die Vorschrift über den Wegfall der Provision ist dispositiver Natur.

#### **Provisionsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Wurde ein Geschäft vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen, wurde es allerdings erst nach dem Austritt der Arbeitnehmenden erfüllt, besteht ein Provisionsanspruch. Auch muss die Provision bezahlt werden, wenn ein Geschäft erst nach dem Austritt der Arbeitnehmenden gültig geschlossen wurde, jedoch aufgrund der Bemühungen der Arbeitnehmenden zustande gekommen ist (z.B. weil der Bestellschein erst später eingereicht wurde). Der Provisionsanspruch entfällt hingegen, wenn der adäquate Kausalzusammenhang fehlt, was z.B. bei Verstreichung einer langen Zeit seit Kundenkontaktaufnahme und Vertragsabschluss der Fall sein kann.

Wurden bereits Provisionszahlungen geleistet, stellt sich die Frage, wie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit diesen umgegangen wird, wenn der Anspruch darauf nachträglich dahinfällt. Soweit ersichtlich, besteht eine uneinheitliche Gerichtspraxis, wobei die



Rückforderung von Provisionen mit Berufung auf Art. 350a OR sowie aus anderen Gründen oftmals abgelehnt wird. Eine Verrechnung von noch offenen Provisionsansprüchen wird hingegen zugelassen. Das Arbeitsgericht Zürich hielt in einem Entscheid aus dem Jahr 2002 fest, dass die Provision nur dahinfalle und zurückbezahlt werden müsse, wenn die Arbeitgebenden die Uneinbringlichkeit der Forderung auf den letzten Arbeitstag nachweisen können. Das Obergericht Zürich entschied im Jahr 1989, dass die im Zeitpunkt des Gerichtsurteils bzw. des effektiven Auszahlens der Provisionen eindeutig als dahingefallenen bekannten Geschäfte vom Anspruch abzuziehen sind. Eine nachträgliche Rückforderung schloss das Obergericht aber aus.

Bei einvernehmlicher Aufhebung des Arbeitsverhältnisses sollten alle ausstehenden Provisionsgeschäfte in einer Aufhebungsvereinbarung genau umschrieben werden. Falls die Fälligkeiten hinausgeschoben werden, ist die jeweilige maximale Verlängerungsdauer zu berücksichtigen.

## Berechnungsmethoden, Abrechnung und Nachprüfungsrecht

### Berechnungsmethoden

Die Parteien sind frei in der Wahl einer Berechnungsmethode. In der Regel wird die Provisionshöhe als festgelegter Betrag pro Vertragsabschluss oder in Prozenten des Umsatzes definiert. Im Zweifelsfall wird vom Vorliegen einer Umsatzprovision ausgegan-

gen. Basis kann dabei der Brutto- oder der Nettoumsatz sein. Wird der Nettoumsatz als Basis gewählt, sind die Erlösminderungen abzuziehen, wie z.B. die Versandkosten, Versicherungsprämien, Mehrwertsteuerbeträge, Mess- und Wägespesen, Zoll- und Frachtspesen sowie Rabatte, nicht jedoch Skonti.

Denkbar ist eine lineare oder eine progressive Provisionsberechnung. Bei der linearen Berechnung wird jeweils auf einen gleichbleibenden Prozentsatz abgestellt. Bei der progressiven Berechnung nimmt der Prozentsatz bei steigenden Umsätzen des einzelnen oder aller Geschäft zu.

Anstelle des Umsatzes kann auch der Erfolg als Berechnungsgrundlage bestimmt werden (sog. Deckungsbeitragsprovisionen) oder die Anzahl verkaufter Stücke oder das Gewicht.

### Abrechnung

Eine anderslautende vertragliche Regelung vorbehalten, haben die Arbeitgebenden den Arbeitnehmenden auf jeden Fälligkeitstermin hin eine schriftliche und nachvollziehbare Abrechnung unter Angabe der provisionspflichtigen Geschäfte (Namen der Kunden, Art und Menge der verkauften Ware, Datum der Geschäftsabschlüsse, Geschäftswert, Geschäftsausführung), der Fälligkeit sowie der Höhe der Provisionen zu übergeben. Diese Pflicht besteht auch nach Verlassen der Stelle durch die Arbeitnehmenden. Erfolgen monatliche Akontozahlungen für die Provision,

sollten diese eindeutig als Akontozahlungen bezeichnet werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass sie als Garantie- oder Mindestlohn betrachtet werden könnten. Ebenfalls sollte festgehalten werden, wann der Ausgleich erfolgen wird.

### Nachprüfungsrecht

Sollte eine Nachprüfung erforderlich sein, so sind die Arbeitgebenden verpflichtet, dem Arbeitnehmenden oder an ihrer 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. Die Bestimmung darf zuungunsten der Arbeitnehmenden nicht abgeändert werden.

### Fazit

Die Lohnart der Provision ist komplex und birgt verschiedentlich Zündstoff für Auseinandersetzungen, insbesondere bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Es empfiehlt sich, durch Aufnahme entsprechender Klauseln im Arbeitsvertrag Klarheit zu schaffen, welche Abmachungen gelten.



### AUTOR

**Raffael Breitler** ist Rechtsanwalt und Mediator SAV bei der Anwaltskanzlei Luks und Vogt Rechtsanwältinnen in Zürich.

HR-Prozesse  
optimieren?  
fidevision, der  
Abacus Gold Partner  
Ihres Vertrauens.

[www.fidevision.ch](http://www.fidevision.ch)

 **ABACUS**  
Gold Partner

  
f i d e v i s i o n  
Betriebswirtschaftliche Lösungen