

# Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift  
für Thomas Geiser  
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller   Kurt Pärli   Isabelle Wildhaber



*Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.*

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen  
ISBN 978-3-03751-969-1

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

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.
---

---

# Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

*Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich*

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz  
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

*Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht*

Erwerbstätige Nichterwerbstätige  
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von  
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und  
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

*Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne*

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières  
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser  
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

*Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel*

L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les  
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

*lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich*

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins  
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht*

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung 99

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

*lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen*

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 121

ROGER HISCHIER

*Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich*

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht 141

UELI KIESER

*Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich*

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen 159

THOMAS KOLLER

*Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern*

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht 175

MICHAEL KULL

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel*

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen 193

HARDY LANDOLT

*Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus*

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht	209
--	-----

GÜNTHER LÖSCHNIGG

*Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz*

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede	227
--	-----

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

*Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate*

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée	245
--	-----

PETER MOSIMANN

*Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommission der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)*

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten	259
---	-----

ROLAND MÜLLER

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG*

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung	275
---	-----

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband*

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes	291
--	-----

HARRY F. NÖTZLI

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht*

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des  
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

*Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel*

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

*lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht*

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer  
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

*Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich*

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen  
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,  
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des  
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,  
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG  
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter  
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

**IVO SCHWANDER**

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich*

Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in  
Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19  
IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG 415

**CHRISTOPH SENTI**

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen*

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht 431

**JEAN-FRITZ STÖCKLI**

*Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel*

Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht 445

**KAI-PETER UHLIG**

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich*

Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im  
befristeten Arbeitsverhältnis 461

**ADRIAN VON KAENEL**

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich*

Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung  
zum Kündigungsschutz 481

**CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE**

*Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter*

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem  
Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen 503

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /  
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»  
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

---

# Leistungslohn und Minderleistung

## Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung

HEINZ HELLER

### Inhaltsübersicht

I.	Worum es geht	100
II.	Leistung	101
	A. Effektivität, Effizienz, Wertschöpfung, Produktivität	101
	B. Die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung	101
	1. Normmass: Objektiv erwartbare Normalleistung	102
	2. Massgebend: Subjektive Leistungsfähigkeit	102
	3. Nicht massgebend: Leistungswille	103
	C. Mehrleistung und Übererfüllung	103
	1. Leistungen über der durchschnittlichen Normalleistung	103
	2. Übererfüllung (Mehrlohnanspruch nach Art. 320 Abs. 2 OR?)	103
	D. Minderleistung und Schlechtleistung	104
	1. Leistungen unter der durchschnittlichen Normalleistung	104
	2. Untererfüllung (Schlechtleistung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR)	104
	a. Übernahmeverschulden, Vertragsanfechtung, Lohnreduktion	104
	b. Kündigung	105
III.	Leistungslohn und Zeitlohn: Eine Analyse	105
	A. «Echter» und «unechter» Leistungslohn?	106
	B. «Echter» und «unechter» Zeitlohn?	106
	1. Normalarbeitszeit und Überstunden	106
	2. Normalarbeitszeitbandbreiten	106
	3. Stundenlohn als «echter» Zeitlohn	107
	4. Monatslohn als «unechter» Zeitlohn	107
	5. Zeitlohn für arbeitsfreie Zeit	108
	C. Konditionierter Lohn und Zufallslohn	108
	D. Leistungslohn als <i>ergebnisorientierter</i> variabler Lohn?	109
	E. Fazit	109
IV.	Leistungslohn und Zeitlohn: Eine Synthese	110
	A. Zeitlohn	110
	1. Definition	110
	2. Freizeit, aktive und passive Arbeitszeit	110
	a. Aktive und passive Arbeitszeit	110
	b. Am fremdbestimmten Ort verbrachte Freizeit	110
	c. Passive Arbeitszeit bei Bereitschaftsdienst	111

B. Leistungslohn	111
1. Definition	111
2. Die Kriterien des Leistungslohns im Einzelnen	112
a. Beeinflussbarkeit des Leistungslohns durch Leistung	112
b. Zuordnungsfähigkeit von Leistung und Leistungslohn	113
c. Leistungsfähigkeit und Leistungswille	113
d. «Harte» und «weiche» Wertschöpfungsbeiträge	113
3. Die ermessensweise Bestimmung von Leistungslohn als Vertragspflicht	113
a. Sonderleistungen nach <i>freiem</i> Ermessen der Arbeitgeberin	113
b. Leistungslohn nach <i>gebundenem, pflichtgemäßem</i> Ermessen der Arbeitgeberin	114
c. Subjektiv bedeutet objektiv	115
d. «Harte» und «weiche» Leistungslohnkriterien	115
e. Natürliche Vermutung <i>guter</i> Arbeitsleistung?	116
V. Legal Engineering neuer Leistungslohnformen am Beispiel des Leistungslohns nach Schulnotensystem	116
A. Unangenehme Wahrheiten über Low Performer	117
1. Impressionen von Minderleistung	117
2. Konsequenzen von Minderleistung	117
a. Ineffizienzbonus für Low Performer	117
b. Effizienzstrafe für Leistungsträger	118
B. Ermessensabhängiger Leistungslohn nach Schulnotensystem	118
1. Arbeitsleistung beurteilen und bewerten	118
2. Musterklausel für Leistungslohn nach Schulnotensystem	119
3. Leistungslohn für Minderleister ist keine Lohnreduktion	119
VI. Zusammenfassung	120

## I. Worum es geht

THOMAS GEISER publizierte 2001 einen Grundlagenaufsatz zum Leistungslohn, auf den seither zahllose Autoren Bezug genommen haben.<sup>1</sup> Die juristische Literatur betrachtet den Leistungslohn dabei vorwiegend aus der Perspektive «*mehr Lohn für mehr Leistung*» und fokussiert – unter dem vorherrschenden Ansatz, Leistungslohn belohne Arbeitsergebnisse – auf das Quantitativ von Leistung. Vorliegender Aufsatz differenziert diese Sichtweise und erörtert Erweiterungen der Terminologie zum Zeit- und zum Leistungslohn. Anvisiert wird ein griffiges «*chirurgisches Besteck*» für zwei von der Arbeitsrechtsliteratur eher vernachlässigte Leistungslohnaspekte, nämlich erstens den Ansatz: Weniger Lohn für weniger Leistung. Und zweitens das

---

<sup>1</sup> THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in: AJP 2001, S. 382 ff.

ermessensweise Ausrichten von Leistungslohn an der *Qualität* von Arbeit, statt an messbaren Arbeitsergebnissen.

## II. Leistung

### A. Effektivität, Effizienz, Wertschöpfung, Produktivität

Wenn zwei Holzfäller in einer Stunde je einen Baum fällen, sind sie beide gleich effektiv. Schlägt der eine Holzfäller in dem ihm zugeteilten Waldstück ein viel wertvolleres Holz als der andere, schöpft er mehr Wert. Schleift der erste Holzfäller in den ersten fünf Minuten seiner Stunde seine Axt, kann er in der restlichen Stunde *zwei* Bäume fällen, statt nur einen. Beide Holzfäller arbeiten effektiv, denn die Bäume fallen, aber nur der Holzfäller mit der scharfen Axt geht effizient vor. Oder, wie es die PETER F. DRUCKER zugeschriebene Formulierung auf den Punkt trifft: «*Effectiveness means doing the right things; efficiency means doing things right.*»<sup>2</sup> Beide Holzfäller erzielten messbare Arbeitsergebnisse, die sich unterschiedlich beurteilen lassen: Der effiziente Holzfäller fällte mehr Bäume, seine Produktivitätsrate war höher, aber der Ineffiziente schöpfte mehr Wert.

### B. Die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung

Der zehnte Titel des Obligationenrechts («*Der Arbeitsvertrag*») knüpft verschiedentlich an die Arbeitsleistung an: Arbeitgeberinnen trifft die Pflicht, sich in einem Vollzeugnis zur erbrachten Arbeitsqualität zu äussern (Art. 330a Abs. 1 OR). Bei fehlender Lohnvereinbarung kann der «*übliche*» Lohn (Art. 322 Abs. 1 OR) nebst weiteren Kriterien auch nach Massgabe des «*Werts der geleisteten Arbeit*» festgelegt werden.<sup>3</sup> Angemessener Provisionslohn ist nur bei *angemessener* Arbeitsleistung geschuldet (Art. 349a Abs. 2 OR).<sup>4</sup> Doch welche Arbeitsleistung oder Arbeitsqualität

<sup>2</sup> Vgl. PETER F. DRUCKER, *The Effective Executive: The definitive Guide to Getting the Right Things Done*, New York 1966, in welchem wegweisenden Werk die Begriffe «*Effektivität*» und «*Effizienz*» eingänglich, überzeugend und zeitlos abgehandelt werden.

<sup>3</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI 2010, Art. 322 OR N 12, unter Verweis auf die Rechtsprechung.

<sup>4</sup> Wobei «*die Angemessenheit des Entgeltes [...] vom Richter frei zu überprüfen [ist]. Entscheidend ist, dass der Handelsreisende, der durchschnittliche Fähigkeiten besitzt und sich voll einsetzt, durch die Entschädigung auf Provisionsbasis nicht schlechtergestellt sein darf als bei fester Entlohnung. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind Branchenusanzen als Hilfsmittel heranzuziehen*» (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. April 1986 = JAR 1987 301, Erw. 2); vgl. auch BGE 129 III 664 (franz.) = Pra 93 (2004) Nr. 67, Erw. 6; und BGer 4A\_8/2013 vom 2. Mai 2013 = JAR 2014, S. 200 ff.

schulden Arbeitnehmer *konkret*, und wo ist bei schlechter Arbeitsleistung die Grenze zur eigentlichen Vertragsverletzung zu ziehen (Schlechtleistung; Art. 97 Abs. 1 OR)?

## 1. Normmass: Objektiv erwartbare Normalleistung

Das Normmass, an dem sich die individuelle Arbeitsleistung (namentlich gegen den Hintergrund des Anforderungsprofils<sup>5</sup>) messen lassen muss, ist die *normale Arbeitsleistung vergleichbarer Funktionen*. Anders als beispielsweise bei Fließbandarbeit (wo ein quantitativ messbares Soll zu erfüllen ist) wird sich die Normalleistung meistens nicht statistisch präzise festlegen lassen. Dann ist es sinnvoll, die normale Arbeitsleistung als *Normalverteilung der Arbeitsleistungen vergleichbarer Funktionen* zu betrachten.<sup>6</sup> Ausgehend vom Begriff der «*Normalverteilung*» bewegt sich die objektiv erwartbare individuelle Arbeitsleistung somit im Rahmen einer gewissen *Bandbreite oder Toleranz oder repräsentativen Streuung*.<sup>7</sup> Die «*Norm*» ist somit weder die bestmögliche noch die statistisch exakt durchschnittliche Leistung vergleichbarer Funktionen, die präzise zu messen bei nur qualitativ bewertbaren Funktionen ohnehin ausgeschlossen ist. Die Grenzlinien der repräsentativen Streuung mögen somit dynamisch, und nicht starr sein. In der Praxis lassen sich offensichtliche «*Ausreisser*» nach unten und oben aber erfahrungsgemäss dennoch eindeutig identifizieren.

## 2. Massgebend: Subjektive Leistungsfähigkeit

Damit ist allerdings nicht beantwortet, welche Arbeitsleistung *geschuldet* ist. Denn was die Arbeitgeberin erwartet – und erwarten darf –, ist nicht immer das, was der Arbeitnehmer leisten *kann*. Da Arbeitsleistung *persönlich* zu erbringen ist (Art. 321 OR), liegt es nahe, die geschuldete Arbeitsleistung subjektiv am individuellen Leistungsvermögen des Arbeitnehmers auszurichten. Dagegen kann eingewendet werden, auch bei sorgfältig durchgeführtem Einstellungsverfahren gewinne die Arbeitgeberin lediglich einen ersten Eindruck von der Leistungsfähigkeit eines Bewerbers, aber keine sichere Kenntnis. Dennoch muss der Arbeitnehmer nach in Deutschland etablierter (und meiner Ansicht nach richtiger) Rechtslage tun, was er soll, aber nur so gut er kann, also «*unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungs-*

---

<sup>5</sup> Vgl. WOLFF HUNOLD/FRANK WETZLING, Umgang mit leistungsschwachen Mitarbeitern, Frankfurt am Main 2015, S. 100 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch vorstehend Fn. 4.

<sup>7</sup> Die repräsentative Streuung kann man – in Anlehnung an die Gauss'sche Glockenkurve – auch als «*Varianz*» bezeichnen. Die «*Varianz*» definiert den Bereich zwischen den Wendepunkten der Verteilungskurve. Ab den Wendepunkten fängt die Kurve an, nach unten auszufachen; ab dort verlieren die Werte ihren repräsentativen Charakter.

*fähigkeit*.<sup>8</sup> Mit diesem Ansatz ist der Arbeitnehmer bessergestellt als andere (selbständige) Schuldner von Dienstleistungsverträgen, wie beispielsweise der Auftragnehmer oder der Werkhersteller.

### 3. Nicht massgebend: Leistungswille

Leistungsfähigkeit ist von Leistungswille zu unterscheiden. Leistungswille ist zwar auch ein subjektives, aber ein inneres Leistungselement, das objektiver Beurteilung faktisch schwer zugänglich ist. (Ja, die subjektive Leistungsfähigkeit ist nach objektiven, sachlich-logischen und nachvollziehbaren Kriterien zu beurteilen.) Der *Leistungswille* des Arbeitnehmers kann für die Festlegung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung natürlich nicht massgebend sein. Deswegen darf die Berücksichtigung der subjektiven *Leistungsfähigkeit* des Arbeitnehmers nicht zum Feigenblatt für vermeidbare Defizite werden, wie beispielsweise Ineffizienz infolge mangelnder Arbeitsmotivation.

## C. Mehrleistung und Übererfüllung

### 1. Leistungen über der durchschnittlichen Normalleistung

Der Mehr- oder Hochleister (High Performer) leistet Überdurchschnittliches, erbringt also eine Arbeitsleistung, die innerhalb der erwartbaren Bandbreite der Normalleistung über dem mittleren Durchschnittsbereich liegt, wobei man sich diesen mittleren Durchschnittsbereich oder Erwartungswert<sup>9</sup> als *innere Bandbreite der gesamten repräsentativen Streuung* vorstellen kann, aber nicht als mathematisch präzisen Durchschnittswert.

### 2. Übererfüllung (Mehrlohnanspruch nach Art. 320 Abs. 2 OR?)

Der High Performer wird zum Übererfüller (Overperformer), wenn er die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung übertrifft, also eine Leistung erbringt, die oberhalb der

<sup>8</sup> Urteil des deutschen Bundesarbeitsgerichts vom 11. Dezember 2002 (BAG – 2 AZR 667/02); die Zitatstelle dieses im Gesamten lesenswerten Entscheids ist der Begründung, Ziffer B.I.2.c) entnommen.

<sup>9</sup> Ich verwende den Begriff des «*Erwartungswerts*» hier lediglich *in Anlehnung* an die mathematisch verstandene Normalverteilung. Bei der Gauss'schen Verteilungskurve wäre der Erwartungswert dagegen ein mathematisch berechenbarer präziser Wert. Er gibt sinngemäss an, auf welchen Wert innerhalb der repräsentativen Streuung (Varianz) sich die Streuung verdichten wird, je mehr Stichproben man nimmt.

erwartbaren Bandbreite der Normalleistung liegt. Interessant: Lohn ist nach Schweizer und deutschem privatem Arbeitsrecht stillschweigend geschuldet, wenn Arbeit entgegengenommen wird, die «nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist» (Art. 320 Abs. 2 OR/entsprechend § 612 Abs. 1 BGB). In Deutschland wird aus dieser gesetzlichen Vermutung abgeleitet, Übererfüllern stehe eo ipso eine entsprechende Mehrentlohnung zu.<sup>10</sup>

## D. Minderleistung und Schlechtleistung

### 1. Leistungen unter der durchschnittlichen Normalleistung

Der Minderleister (Low Performer) leistet Unterdurchschnittliches, erbringt also eine Arbeitsleistung, die innerhalb der erwartbaren Bandbreite der Normalleistung unter deren mittlerem Bereich, beziehungsweise die innerhalb der repräsentativen Streuung unter dem Erwartungswert liegt.

### 2. Untererfüllung (Schlechtleistung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR)

Der Minderleister wird zum vertragsverletzenden Schlechtleister, wenn er die erwartbare Bandbreite der Normalleistung unentschuldbar unterschreitet. Der Schlechtleister arbeitet nicht, was er sollte, obwohl er könnte, und wenn sich das Ausmass der Schlechterfüllung exakt genug bestimmen lässt,<sup>11</sup> rechtfertigt sich eine korrespondierende einseitige Lohnkürzung. Diese «Lohnkürzung» ist rechtlich als teilweise Verweigerung der Lohnzahlung (Verweigerung des Synallagma) zu qualifizieren. Arbeitsvertragsverletzende Schlechtleistung ist dabei klar von Minderleistung innerhalb der Toleranz der Normalleistung zu unterscheiden, die kein Lohnherabsetzungsrecht bewirkt.

#### a. Übernahmeverschulden, Vertragsanfechtung, Lohnreduktion

Wer (für die Arbeitgeberin bei der Einstellung nicht erkennbar) eine Aufgabe übernimmt, der er nicht gewachsen ist, sieht sich bei vertragsverletzender Minderleistung mit dem Vorwurf des Übernahmeverschuldens konfrontiert. Dies beispielsweise

---

<sup>10</sup> BERENICE MÖLLER, Vergütung von aussertariflichen Angestellten, in: Frank Maschmann (Hrsg.), Total Compensation, Frankfurt am Main 2017, S. 95 ff., Rz. 83.

<sup>11</sup> Siehe dazu nachfolgend den Titel V.A. «Unangenehme Wahrheiten über Low Performer».

unter dem Titel der culpa in contrahendo (Art. 2 ZGB) oder sogar wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR). Wer denkt da nicht an das Peter-Prinzip?<sup>12</sup>

War sich der Arbeitnehmer seiner eigenen Leistungsunfähigkeit nicht bewusst, und konnte er sich ihrer auch bei genügender Sorgfalt nicht bewusst gewesen sein, scheidet Übernahmeverschulden zwar aus. Theoretisch könnte die Arbeitgeberin in solchen Fällen aber Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) oder die clausula rebus sic stantibus (Art. 2 ZGB) in Erwägung ziehen.

## b. Kündigung

In der Praxis wird man – bei völligem beruflichem Versagen und entsprechenden Abmahnungen – vielleicht ganz ausnahmsweise eine fristlose Kündigung prüfen. In der Regel allerdings dürfte die ordentliche Kündigung im Fokus der Überlegungen stehen. In Deutschland gilt dazu: Stellt die Arbeitgeberin längerfristig signifikant unterdurchschnittliche Arbeitsqualität oder -quantität fest, muss der Arbeitnehmer erläutern können, warum er trotz schlechter Leistung seine Leistungsfähigkeit ausschöpft und ob in Zukunft eine Besserung zu erwarten ist. Kann oder will der Arbeitnehmer diese Stellungnahme nicht abgeben, ist die Vertragsverletzung erstellt und die Arbeitgeberin kann nach vorausgegangener Abmahnung kündigen.<sup>13</sup>

## III. Leistungslohn und Zeitlohn: Eine Analyse

Der Berner Kommentar beschreibt den Unterschied zwischen Leistungs- und Zeitlohn folgendermassen: «OR 319 I unterscheidet Zeitlohn und Akkordlohn. Zeitlohn ist Entlohnung nach Zeitabschnitten ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis; Akkordlohn ist Entlohnung nach der geleisteten Arbeit ohne Rücksicht auf die Länge der Arbeitszeit. In Wahrheit ist der Gegenbegriff zum Zeitlohn jedoch der Leistungslohn, von dem der Akkordlohn nur den Hauptanwendungsfall darstellt.»<sup>14</sup> Die Literatur unterscheidet den Zeitlohn zudem in Lohn, der nach geleisteter Arbeitszeit (beispielsweise Stundenlohn) oder nach kalendarischen Kriterien (Monatslohn, Wochenlohn, Jahreslohn) bemessen wird. Letztlich erweist sich allerdings jeder Lohn – auch der Monatslohn –

<sup>12</sup> Nach dem Peter-Prinzip neigen Beschäftigte generell dazu, sich bis zur Stufe ihrer eigenen Unfähigkeit befördern zu lassen (LAURENCE J. PETER/RAYMOND HULL, Das Peter-Prinzip, oder die Hierarchie der Unfähigen, Reinbek bei Hamburg 2001).

<sup>13</sup> KLEMENS DÖRNER, Kap. 4 Rz. 2376, unter Verweis auf die Rechtsprechung, in: Klemens Dörner et al. (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, Köln 2015.

<sup>14</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI 2010, Art. 326 OR N 1.

als Leistungslohn, da er Arbeitsleistung entlohnt. Die resultierenden Schwierigkeiten dieses terminologischen Grunddilemmas seien hier nur angedeutet:

## A. «Echter» und «unechter» Leistungslohn?

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH formulieren: «Man spricht von echtem Leistungslohn, wenn dieser ausschliesslich von der Leistung des Arbeitnehmers abhängt [...], von unechtem Leistungslohn, wenn die Leistung des Arbeitnehmers nur als einer von mehreren Faktoren in die Bemessungsgrundlage einfließt.»<sup>15</sup> Im Grunde gibt es den «echten» Leistungslohn nicht: Jede Arbeitsleistung wird stets durch Faktoren mitbeeinflusst, die ein Arbeitnehmer nicht steuern kann, und sei es seine wetterabhängige Tagesform oder der Schmetterlingseffekt.<sup>16</sup> Die Beeinflussbarkeit von Leistungslohn ist folglich stets nur eine graduelle, nie eine ausschliessliche.

## B. «Echter» und «unechter» Zeitlohn?

### 1. Normalarbeitszeit und Überstunden

Die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit, die bei normaler Arbeitsbelastung abzuleisten ist, bezeichnet man als «Normalarbeitszeit» oder «Soll-Arbeitszeit». Die Entschädigung von *ausnahmsweise* erforderlichen Überstunden kann vertraglich soweit ausgeschlossen werden (Art. 321c Abs. 3 OR), als sich der Entschädigungsanspruch nicht als zwingend erweist – womit im Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes namentlich die Überzeitentschädigung angesprochen ist (Art. 9, 12, 13 ArG).

### 2. Normalarbeitszeitbandbreiten

«Der Umfang der zu leistenden Normalarbeitszeit muss durch Kollektiv- oder Einzelarbeitsvertrag [zwar] bestimmt oder bestimmbar sein. Eine Bandbreite von 40 bis 46 Stunden vorzusehen, ist [aber] zulässig», so das Bundesgericht.<sup>17</sup> Es bleibt zu ergänzen:

---

<sup>15</sup> ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, Zürich/Basel/Genf 2012, ad Art. 322 OR N 2, S. 274.

<sup>16</sup> Der chaos-theoretische Begriff des «*Butterfly Effect*» steht – äusserst verkürzt umschrieben – für das Prinzip «*kleine Ursache, grosse Wirkung*», und findet seine Wurzel in einem Vortrag des amerikanischen Meteorologen EDWARD N. LORENZ, den er 1972 unter dem Titel hielt: «*Predictability: Does the flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas?*»

<sup>17</sup> BGER 4C\_381/1996 vom 20. Januar 1997 (publiziert in ZGRG 2/97, S. 31 ff.), Regeste und Erw. 2.

zen, dass Arbeitszeit objektiv erst bestimmt, nachdem sie geleistet, und im Normalfall nur bestimmbar ist, wenn die Arbeitszeit erfasst wurde.

### 3. Stundenlohn als «echter» Zeitlohn

Gemäss Botschaft zur Arbeitsrechtsrevision von 1967<sup>18</sup> wird Lohn gemäss Art. 319 Abs. 1 OR «nach Zeitabschnitten oder nach der geleisteten Arbeit bemessen [...]. Im Hinblick auf die Sondervorschrift über die Akkordarbeit (Art. 326 [OR]) wird der nach Zeitabschnitten bemessene Lohn Zeitlohn, der nach der geleisteten Arbeit Akkordlohn genannt.»<sup>19</sup> Konzeptionell stellt die Botschaft dem Akkord- und Zeitlohn implizit den Monatslohn gegenüber, und im ab 1. Januar 1972 gültigen Arbeitsrecht fand sich der Begriff des «Monatslohns» dreizehn Mal als eigenständige Lohnkategorie. Heute ist der «Monatslohn» aus dem 10. Titel des OR verschwunden. Der historisch verstandene Zeitlohn erweist sich also faktisch als zeitorientierter Zwillingsbruder der Urform des Leistungslohns, nämlich des Mengenlohns.<sup>20</sup> Verkehrte Welt. Dennoch repräsentiert der Stundenlohn den Zeitlohn in seiner Reinform (Bemessung von Lohn nach geleisteter Arbeitszeit), womit er sich als «echter» Zeitlohn behauptet.

### 4. Monatslohn als «unechter» Zeitlohn

Als Kriterium zur Bemessung der Höhe des Arbeitslohns kann nebst abgeleiteter Arbeitszeit auch Kalenderzeit dienen.<sup>21</sup> Obschon für viele das Paradebeispiel des Zeitlohns, erweist sich der Monatslohn in Wahrheit nicht als Zeitlohn, sondern er trägt Züge des Pauschallohns. Denn die auf jeden Kalendermonat entfallende Normalarbeitszeit ändert sich monatlich je nach Anzahl Werktagen und je nach konkreter Lage von Sonn- und Feiertagen. Man kann einwenden, Monatslohn bleibe Zeitlohn, und zwar für eine prospektiv bestimmbare *Normalarbeitszeitbandbreite* (Monatslohn als Zeitbandbreitenlohn?). Der Lohn hängt trotzdem nicht von der *effektiv* geleisteten Arbeitszeit ab, weshalb er sich als «unechter Zeitlohn» erweist.

<sup>18</sup> In Kraft seit 1. Januar 1972.

<sup>19</sup> BBl 1967 II 241, S. 295.

<sup>20</sup> Vgl. dazu auch Art. 326 OR (Akkordarbeit), wonach in bestimmten Fällen der Akkordlohn durch Zeitlohn zu ersetzen ist; dabei ist dieser Zeitlohn als «Akkordlohnersatz» wiederum vom «Zeitakkord» zu unterscheiden; vgl. zum Zeitakkord das anschauliche Beispiel bei ROGER PETER MORE, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 2011, Fn. 584.

<sup>21</sup> Vgl. auch die Formulierung in der Botschaft zur Arbeitsrechtsrevision von 1967: «Für die Arbeitnehmer im Monatslohn ist die Regel [...] gegeben, wonach der Lohn nicht nur nach Monaten zu berechnen, sondern auch monatlich auszubezahlen ist» (BBl 1967 II 241, S. 322).

Falls allerdings vertraglich so vereinbart, entschädigt der Monatslohn auch pauschal allenfalls zu leistende Überstunden (Art. 321c Abs. 3 OR). Spätestens in diesen Fällen mutiert die monatliche fixe Gesamtvergütung endgültig zum Pauschallohn. Der Begriff des Pauschallohns ist namentlich in der Arbeitsrechtsliteratur Deutschlands allerdings bereits sehr spezifisch besetzt, so beispielsweise bei der pauschalen Abgeltung von Überstunden, von Reisezeit oder von Spesen.

## 5. Zeitlohn für arbeitsfreie Zeit

Gesetz, Rechtsprechung und Literatur verwenden den Begriff der Arbeitszeit inkohärent. So kann Ruhezeit oder Stillzeit als Arbeitszeit gelten,<sup>22</sup> und Freizeit kann lohnpflichtig sein.<sup>23</sup> Das Phänomen von Lohn *für arbeitsfreie Zeit* wird traditionell einzelfallweise – aber nicht im Rahmen eines terminologischen Gesamtkonzepts – behandelt. Beispiele: Inner- oder ausserbetrieblich zu verbringende Pausen oder Wartezeit, je mit und ohne Abrufbereitschaft, oder die vertragliche Vereinbarung, auch während der Freizeit ständig erreichbar sein zu müssen.<sup>24</sup>

## C. Konditionierter Lohn und Zufallslohn

Variabler Lohn kann sich an beliebigen bestimmbaren Faktoren orientieren, auch wenn sie der Arbeitnehmer nicht beeinflussen kann. Das gilt namentlich (aber nicht ausschliesslich) für die Beteiligung am Jahresgewinn von Grosskonzernen. Soweit ersichtlich scheint sich das Bundesgericht per dato noch nie gegen die Zulässigkeit solcher Arten von Zufallslohn ausgesprochen zu haben, selbst wenn deren aleatorischer noch durch Glücksspielcharakter übertroffen wird. Ein Beispiel: Mittels Vesting-Klausel schieben manche Börsenkonzerne den Rechtserwerb von Bonusaktien für zwei Jahre auf und machen ihn vom ungekündigten Arbeitsverhältnis abhängig. Per Stichtag weisen diese Bonusaktien einen Verkehrswert aus, der durch Börsenwerten der Marktteilnehmer geprägt ist und mit dem inneren Wert des Unternehmens nur in ansatzweise nachvollziehbarem Zusammenhang steht.

Man kann konditionierten Lohn auch als «*bedingten*» Lohn bezeichnen. Jeder Arbeitsrechtler denkt dabei allerdings unweigerlich an die Diskussion zur angeblichen «*Bedingungsfeindlichkeit*» von Lohn. In Wahrheit erweist sich jeder Leistungslohn letztlich als aufschiebend bedingter Lohn, und die Zulässigkeit von Bedingun-

---

<sup>22</sup> Art. 15 Abs. 2 ArG; Art. 60 Abs. 2 ArGV1.

<sup>23</sup> Nämlich bei Arbeit auf Abruf, wenn dem Abruf Folge geleistet werden muss (BGE 124 III 249).

<sup>24</sup> Vgl. ADRIAN VON KAENEL, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, in: ARV 2009, S. 1 ff.

gen stösst meiner Ansicht nach nur bei Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit oder bei kollektivvertraglich festgelegten Mindestlöhnen und dergleichen an ihre Grenzen.<sup>25</sup>

#### D. Leistungslohn als *ergebnisorientierter variabler Lohn*?

Der Berner Kommentar definiert den Leistungslohn über das Arbeitsergebnis: «Durch die Vereinbarung eines Leistungslohnes wird das Arbeitsverhältnis nicht zum Werkvertrag; denn der Arbeitnehmer garantiert nicht den Arbeitserfolg, sondern dieser ist nur Massstab der Entlohnung. [...] Für den Leistungslohn begriffswesentlich ist die unmittelbare Relation zwischen einem individuell erzielten Arbeitsergebnis und der daraus resultierenden Höhe der Vergütung.»<sup>26</sup> Dieser Ansatz – der die Leistungslohndiskussion weitgehend zu prägen scheint – richtet die Aufmerksamkeit unweigerlich auf das Quantitativ als Kriterium für Leistungslohn. Wer gegenargumentiert, auch gute Arbeitsqualität lasse sich als «Arbeitsergebnis» ansprechen, stösst auf enge Grenzen: Das Mitdenken und die praktische Effizienz der Büroassistentin zeichnen für ihren Vorgesetzten deren Arbeitsqualität aus, sind aber keine Arbeitsergebnisse.

#### E. Fazit

Die vorstehende Zusammenschau von Aspekten des Zeit- und des Leistungslohns ist – dem Kompaktheitsanspruch vorliegenden Aufsatzes geschuldet – stark verkürzt. Dennoch lässt sich verlässlich feststellen: Die traditionelle Diskussion von Leistungslohn und Zeitlohn widmet gewissen Aspekte dieser Lohnarten wenig Aufmerksamkeit.

- a) Die Leistungslohndiskussion fokussiert erstens relativ einseitig auf messbare Lohnbestimmungskriterien, und achtet wenig auf die ermessensweise Beurteilung von Arbeitsqualität. Auch der Leistungslohn als Massnahme bei leistungsschwachen Arbeitnehmern wird kaum thematisiert.
- b) Die Zeitlohndiskussion dagegen bekundet Mühe, den Stunden- vom Monatslohn, und die arbeitsfreie von der aktiven Arbeitszeit zu unterscheiden. Wo dienlich kann man dazu – wie von mir oben vorgeschlagen – echten von unechtem Zeitlohn sowie Pauschallohn unterscheiden. Zudem werde ich nachstehend das Konzept von aktiver und passiver Arbeitszeit erörtern.

<sup>25</sup> Vgl. RENÉ HIRSIGER, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis – Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Bern 2011, Rz. 392 bis 397, mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>26</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI 2010, ad Art. 322 OR Rz. 31.

## IV. Leistungslohn und Zeitlohn: Eine Synthese

### A. Zeitlohn

#### 1. Definition

Ich definiere Zeitlohn als Lohn für eine prospektiv bestimmte oder bestimmbare Zeit oder Zeitbandbreite, während der sich der Arbeitnehmer aktiv oder passiv (arbeitsfreie Zeit) zur Verfügung der Arbeitgeberin halten muss (Art. 13 Abs. 1 ArGV1).<sup>27</sup> Die Quantität oder Qualität der Arbeitsleistung hat dabei – anders als beim Leistungslohn – keinen Einfluss auf die Lohnhöhe.

#### 2. Freizeit, aktive und passive Arbeitszeit

##### a. Aktive und passive Arbeitszeit

Während aktiver Arbeitszeit wird die Haupttätigkeit verrichtet. Es kommt auf das *Mass der Einschränkung* der Nutzbarkeit arbeitsfreier Zeit an, ob passive Arbeitszeit oder Freizeit gegeben ist. Nicht jede Einschränkung spricht für passive Arbeitszeit. Namentlich berufstypische absehbare Einschränkungen seiner Freizeit nimmt der Arbeitnehmer mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags in Kauf, und stimmt ihnen zu. Wieder schimmert das Stichwort «*Pauschallohn*» durch.

##### b. Am fremdbestimmten Ort verbrachte Freizeit

Ein Beispiel: Die arbeitsfreie, aber *am fremdbestimmten Ort* zu verbringende Zeit des Geschäftsreisenden ist berufstypisch und damit nicht entschädigungspflichtige Freizeit. MÜLLER/HOFER/STENGEL denken dazu den überzeugenden Ansatz an, bei mehrtägigen Geschäftsreisen (mit langen Flugstunden und Wartezeiten) pro Tag mindestens pauschal die tägliche Normalarbeitszeit als entschädigungspflichtige Arbeitszeit anzurechnen, damit dem Geschäftsreisenden keine Minusstunden anwachsen.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> ADRIAN VON KAENELS Definition von Arbeitszeit geht über Art. 13 Abs. 1 ArGV1 hinaus. Nach ihm ist Arbeitszeit die Zeit, die der Arbeitnehmer «*mit Willen des Arbeitgebers in dessen hauptsächlichem Interesse verbringt*» (ADRIAN VON KAENEL ad Art. 9 ArG Rz. 5, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler, Hrsg., Stämpflis Handkommentar SHK Arbeitsgesetz, Bern 2005). Wären nach VON KAENELS Definition die Hotelaufenthalte des Schweizer Geschäftsreisenden in Singapur als Arbeitszeit zu qualifizieren?

<sup>28</sup> ROLAND MÜLLER/CÉLINE HOFER/MANUEL STENGEL, Arbeitsort und Arbeitsweg, in: AJP 4/2015, S. 564 ff., S. 575 f.

### c. Passive Arbeitszeit bei Bereitschaftsdienst

Für das Mass der Einschränkung der Nutzbarkeit arbeitsfreier Zeit spielt es eine Rolle, ob sich der Arbeitnehmer auf eine (lange oder kurze<sup>29</sup>) arbeitsfreie Zeit *einstellen kann*, oder ob er sich für einen Arbeitseinsatz bereit halten muss.<sup>30</sup> Wenn beispielsweise ein Pikettarzt zu Hause jederzeit erreichbar und innert 20 Minuten im Spital und innert 30 Minuten operationsbereit sein muss, kommt diese Einschränkung faktisch einer vor Ort, im Spital verbrachten Arbeitsbereitschaftszeit gleich, die (im Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes) nicht nur als Arbeitszeit anzurechnen (Art. 15 Abs. 1 ArG), sondern auch zu entschädigen wäre.<sup>31</sup> Die Entschädigung der Bereitschaftszeit muss aber nicht gleich hoch ausfallen wie der Lohn für die Haupttätigkeit,<sup>32</sup> ja kann wohl auch pauschal mit dem Monatslohn mitentschädigt sein, wobei es sich empfiehlt, die Pauschale separat auszuweisen.<sup>33</sup> HENNEBERGER/RIEDER haben einen konkreten, abgestuften Entschädigungsansatz entwickelt, der sich (auch) an der Dauer der Interventionszeit<sup>34</sup> orientiert (*«St. Galler Methode»*).<sup>35</sup> Damit ist letztlich auch ein Ansatz zur Abgrenzung von Freizeit und passiver Arbeitszeit formuliert.

## B. Leistungslohn

### 1. Definition

Leistungslohn in Form des Quantitätslohns orientiert sich am gemessenen Arbeitsergebnis, während der Leistungslohn in Form des Qualitätslohns nach gebundenem, pflichtgemäsem Ermessen zu bemessen ist. Begriffswesentliche Elemente des Leistungslohns sind kumulativ:

<sup>29</sup> Zu Wartezeiten des Car-Chauffeurs vgl. BGer 4C.407/1999 vom 25. Januar 2000, Erw. 2.b.

<sup>30</sup> BGer 4C.407/1999 vom 25. Januar 2000, Erw. 2.b; vgl. zum Ganzen aber auch den Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 21. August 2007 (Verfahren AN060891; in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich, 2007, Nr. 25).

<sup>31</sup> Das Beispiel stammt von ADRIAN VON KAENEL (Fn. 27) ad Art. 9 ArG Rz. 11 und Fn. 36, unter Verweis auf die Wegleitung des SECO zum Arbeitsgesetz; die entsprechende Passage (115-1) scheint in der Wegleitungsausgabe November 2006 allerdings geändert und heute ausweichender formuliert.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 124 III 249 sowie BGer 4C.407/1999 vom 25. Januar 2000, Erw. 2.b. zur Arbeit auf Abruf, wonach die Abrufbereitschaftszeit – sofern Befolgungspflicht besteht – nach Massgabe der Einschränkung zu entschädigen ist, allerdings nicht in gleicher Höhe wie die Haupttätigkeit.

<sup>33</sup> BGE 124 III 249, Erw. 3c; vgl. auch ROLAND A. MÜLLER, Orell Füssli Kommentar OFK ArG Kommentar, Zürich 2017, Nr. 1 ArG Vorbem. zu 9–14, Rz. 10.

<sup>34</sup> Interventionszeit ist die vertraglich vorgeschriebene Frist, innert derer man nach dem Abruf am Arbeitsort erscheinen soll.

<sup>35</sup> FRED HENNEBERGER/STEFAN RIEDER, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 8/2011, S. 1057 ff.; vgl. auch den Leading Case BGE 124 III 249, den die *«St. Galler Methode»* letztlich konkretisiert.

- a) Arbeit wird variabel entschädigt.
- b) Die Lohnbemessungskriterien sind durch das Verhalten des Arbeitnehmers beeinflussbar.
- c) Der Umfang der durch die Arbeitnehmerleistung bewirkbaren Lohnveränderung ist mit vernünftigem Aufwand bestimmbar (Zuordnungsfähigkeit von Leistung und Lohn).
- d) Wobei subjektive (beispielsweise Leistungsfähigkeit), und von diesen auch innere Faktoren (beispielsweise Leistungswille) berücksichtigt werden können, aber nicht müssen.

Kurz: Lohn, der durch den Arbeitnehmer nachvollziehbar beeinflusst werden kann, ist Leistungslohn.

## 2. Die Kriterien des Leistungslohns im Einzelnen

Im Internet habe ich den Satz aufgeschnappt, die Begriffe «*unmittelbar*» und «*mittelbar*» würden Juristen verwenden, wenn sie differenzieren möchten, aber nicht so recht wissen was.<sup>36</sup> Ähnlich scheint es einem zum Unterschied zwischen direkter und indirekter, ausschliesslicher und nicht-ausschliesslicher Beeinflussung von Leistungslohnkriterien zu gehen. Am praktischen Beispiel zeigt sich aber, für die Frage der Zuordnungsfähigkeit zwischen Leistung und Leistungslohn spielen diese Begriffe eine untergeordnete Rolle:

### a. Beeinflussbarkeit des Leistungslohns durch Leistung

Zwei Lebensversicherungsvertreter erhalten nebst dem Grundlohn eine Umsatzprovision (Art. 322a/b OR). 5 % ihres Umsatzes bekommen die Versicherungsvertreter direkt, weitere 10 % ihres Umsatzes fliessen in einen Umsatzpool, der unter ihnen beiden hälftig geteilt wird.

Im Administrativbereich entlastet eine Büroassistentin die beiden Vertreter. Sie erhält einen Grundlohn und als variablen Lohnanteil einen fixen kleinen Promilleanteil am Unternehmensgewinn (Art. 322a OR). Je mehr die Büroassistentin die Versicherungsvertreter im Innendienst entlastet, desto mehr können diese umsatzwirksame Zeit beim Kunden verbringen, was sich wiederum auf den Unternehmensgewinn auswirkt, an dem die Büroassistentin partizipiert.

---

<sup>36</sup> <http://forum.jurawelt.com/viewtopic.php?f=57&t=22622&view=next>, abgerufen am 27. Mai 2017.

## b. Zuordnungsfähigkeit von Leistung und Leistungslohn

Die Lebensversicherungsvertreter beeinflussen ihren Anteil am Umsatzpool je direkt, aber offensichtlich nicht ausschliesslich. Trotzdem ist ihr Anteil am Umsatzpool ihrer Leistung zuordnungsfähig, und ihr variabler Lohn erweist sich als Leistungslohn. Die Büroassistentin beeinflusst ihren Anteil am Unternehmensgewinn indirekt. Allerdings kann der konkrete Effekt ohne exzessiven Aufwand nicht berechnet und direkt der Büroassistentin zugeordnet werden. Es fehlt an der Zuordnungsfähigkeit des Beitrags der Büroassistentin am Unternehmensgewinn, und ihr variabler Lohn erweist sich als (faktisch leistungsunabhängiger, unbeeinflussbarer) konditionierter Lohn.

## c. Leistungsfähigkeit und Leistungswille

Der eine unserer beiden Versicherungsvertreter ist faul, der andere fleissig. Dennoch verkauft der Faule mehr Versicherungen. Denn ihm wurde das Villenviertel als Rayon zugeteilt, während sich der Fleissige im städtischen Arbeiterquartier abmüht. Weil er dort aber grossen Einsatzwillen zeigt, wird auch der Fleissige ins Villenviertel versetzt. Dennoch verkauft er dort – trotz langer Arbeitsstunden – weniger als sein fauler Kollege. Denn der ist charmanter, einnehmender, eloquenter – berufstypisch gesehen bei geringerer Einsatzbereitschaft einfach leistungsfähiger.

## d. «Harte» und «weiche» Wertschöpfungsbeiträge

Auch die Büroassistentin ist fleissig. Verlässlich und selbständig erbringt sie hohe Arbeitsqualität. Zudem leistet sie mit ihrem sonnigen Gemüt einen wichtigen Beitrag zu gutem Betriebsklima (Stichwort: Kooperationsrendite<sup>37</sup>). Die Versicherung will diese «weichen» – also nicht mess- oder objektivierbaren – Wertschöpfungsbeiträge (Intangible Added Value) mit Leistungslohn an sich binden und zahlt der Büroassistentin künftig bei guter Qualifikation einen Bonus. Damit sind wir thematisch bei der Bemessung von Leistungslohn nach Ermessen der Arbeitgeberin angelangt:

## 3. Die ermessensweise Bestimmung von Leistungslohn als Vertragspflicht

### a. Sonderleistungen nach freiem Ermessen der Arbeitgeberin

Lohn ist nur geschuldet, wenn er vereinbart ist. Leider hat der Gesetzgeber diesen Grundsatz überflüssigerweise auch noch in Art. 322d OR (Gratifikation) festgehal-

<sup>37</sup> «Kooperationsrendite» ist umgangssprachlich; wissenschaftlich korrekt wäre von der «Kooperationsrente» zu sprechen. Damit wird das Phänomen bezeichnet, wenn in gut funktionierenden Teams die Teamleistung grösser ist als die Summe der Einzelleistungen.

ten, allerdings in einer Form, die – mit Blick auf die seit Jahren andauernde Bonusdiskussion – mehr zu verwirren als zu klären scheint. THOMAS GEISER erkannte das Grundproblem treffend im Umstand, eine freiwillige Sonderleistung in arbeitsrechtlichem Umfeld könne keine Schenkung sein.<sup>38</sup> Ich interpretiere die Rechtslage so: Wenn Sonderleistungen der Arbeitgeberin in ihrem völlig *freien* Ermessen stehen, erfolgen sie freiwillig und sind kein Lohnbestandteil.<sup>39</sup>

#### **b. Leistungslohn nach *gebundenem, pflichtgemäßem* Ermessen der Arbeitgeberin**

Wenn Leistungslohn «*von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber*» abhängt, ist darin – entgegen dem in BGer 4A\_28/2009 vom 26. März 2009, Erw. 2.3 erweckten Anschein – keineswegs schon ein Indiz für eine freiwillige Sonderleistung der Arbeitgeberin zu erkennen. Richtigerweise hat das Bundesgericht in BGE 136 III 313, Erw. 2.3 sinngemäss klargestellt, bei grundsätzlich zugesichertem, aber im Umfang unbestimmtem Leistungslohnanspruch stehe der Leistungslohn nicht mehr «*vollständig im Belieben des Arbeitgebers*». Vielmehr habe dieser die Höhe des Leistungslohns «*nach billigem Ermessen festzusetzen*». Damit verweist das Bundesgericht auf Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), aber indirekt auch auf Art. 4 ZGB, wonach Richter Ermessensentscheide nach Recht und Billigkeit treffen sollen. Pflichtgemäss ausgeübtes richterliches Ermessen soll zwar einzelfallgerecht, aber objektiv (also sachlich und nicht willkürlich) und damit nachvollziehbar (verständlich) und mit all dem auch akzeptierbar begründet sein.<sup>40</sup> Gleiches muss im Bereich der Privatautonomie gelten: Gestehen sich Vertragspartner gegenseitig Ermessensentscheide zu, haben die Vertragspartner diese Ermessensentscheide analog Art. 4 ZGB (wie Richter) ebenfalls pflichtgemäss, nämlich *gemäss der entsprechenden vertraglichen Pflicht*, auszuüben. Das (bei der freiwilligen Sonderleistung) *freie* Ermessen der Arbeitgeberin wandelt sich beim ermessensgebundenen Leistungslohn entsprechend endgültig in *gebundenes oder pflichtgemäßes* Ermessen. Wenn also beispielsweise die Leistungslohnhöhe vertragsgemäss von der Beurteilung der «*Leistungs- und Einsatzbereitschaft*» oder von der Beurteilung der «*Erfüllung von qualitativen [...] Leistungsvorgaben*» abhängt (BGE 138 I 356, Erw. 5.4.3 und 5.4.4), ist meiner Ansicht nach vertraglich zugesicherter Lohnbestandteil gegeben,<sup>41</sup> dessen

---

<sup>38</sup> THOMAS GEISER, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse, recht 2009, S. 115 ff., Rz. 2.29.

<sup>39</sup> Vgl. BGer 4A\_28/2009 vom 26. März 2009, Erw. 2.3.

<sup>40</sup> Vgl. HANS-JAKOB MOSIMANN, Entscheidbegründung, Zürich/St. Gallen 2013, S. 1 und 23.

<sup>41</sup> Vgl. LUKAS GREBSKI, Anrechnung des privatärztlichen Zusatzeinkommens an Ansprüche auf Überzeitschädigung bei Oberärzten am Universitätsspital Zürich, in: ARV 2013, S. 113 ff., S. 125.

Höhe aufgrund objektiv-sachlicher Beurteilung festzulegen ist, was gerichtlich überprüft werden kann.

**c. Subjektiv bedeutet objektiv**

Wenn gemäss Bundesgericht Leistungslohn wie gesagt «von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber» abhängen kann (BGer 4A\_28/2009 vom 26.03.2009, Erw. 2.3), ist dazu nach dem oben Erörterten klarzustellen:

- a) Auch die «subjektive Einschätzung» der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers hat nach objektiven, sachlichen Kriterien zu erfolgen, sonst wäre die Einschätzung willkürlich und würde sowohl gegen die vertragliche Ermessensausübungspflicht wie gegen Treu und Glauben verstossen. Juristen kennen das Phänomen der subjektiven (juristischen) Begründung, die aber doch mit dem Anspruch objektiver Beurteilung erfolgt, auch unter den Schlagworten: «Eine gute Juristin findet für alles eine Begründung», und als Pendant dazu: «Zwei Juristen, drei Meinungen.»<sup>42</sup> Mit «subjektiv» ist also gemeint: Keine zwei Arbeitgeberinnen, keine zwei Arbeitsrichter beurteilen die gleiche Arbeitnehmerleistung gleich, auch wenn sie sich unvoreingenommen, nicht von Gefühlen und Vorurteilen bestimmten und somit objektiven, jedenfalls sachlich nachvollziehbaren Beurteilungskriterien leiten lassen.
- b) Sachliche, objektive Ermessensausübung bedeutet dabei nicht (zwingend) das Miteinbeziehen der subjektiven Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in die Ermessensausübung, denn Leistungslohn belohnt Leistung, nicht Leistungsfähigkeit, belohnt Arbeitsqualität oder Ergebnisse, nicht Potenzial. – Hingegen ist wie gesagt die subjektive Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen, wenn die *vertragsgemässe* Arbeiterledigung auf dem Prüfstand steht.

**d. «Harte» und «weiche» Leistungslohnkriterien**

THOMAS GEISER schrieb: «Die Freiwilligkeit [einer Sonderleistung] kann sich auch daraus ergeben, dass die festgesetzten Kriterien derart weich sind, dass ihre Beurteilung nicht als objektiv nachprüfbar angesehen werden kann, d.h., dass es auf die subjektive Einschätzung der Arbeitgeberin ankommt.»<sup>43</sup> Sinngemäss unterstreicht THOMAS GEISER damit zu Recht, wie wichtig griffige, nachvollziehbare Leistungslohnkriterien bei der ermessensweisen Bewertung von Arbeitsqualität sind. Denn Leistungslohnkri-

<sup>42</sup> MOSIMANN (Fn. 40), S. 1.

<sup>43</sup> GEISER, Boni (Fn. 38), Rz. 2.26.

terien dürfen zwar «*weich*» sein, aber nicht zu «*weich*» im Sinne von «*unbestimmt*» oder «*unbestimmbar*».

#### e. **Natürliche Vermutung guter Arbeitsleistung?**

Es ist Aufgabe der Arbeitgeberin, und im Streitfall nicht Aufgabe des Richters,<sup>44</sup> die individuelle Leistung des Arbeitnehmers zu bewerten. Die Überprüfung aber, ob die Arbeitgeberin dabei ihr pflichtgemässes Ermessen richtig ausübte, liegt innerhalb der vollen Kognition des Sachrichters.

Gleich wie beim Arbeitszeugnis, mit dem die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer ebenfalls die Bewertung seiner Arbeitsleistung schuldet, stellt sich die Frage, wer im Streitfall was beweisen muss. Beim Arbeitszeugnis wird zur Beweislast teilweise die Meinung vertreten, im Fall der Beweislosigkeit sei – im Sinn einer natürlichen Vermutung – die Bestätigung einer «*guten*» Arbeitsleistung geschuldet, während die Arbeitgeberin die Beweislast für eine schlechtere, der Arbeitnehmer die Beweislast für eine bessere Beurteilung treffe.<sup>45</sup> Ich halte diesen Ansatz (auch beim Leistungslohn im Ermessensbereich der Arbeitgeberin) für tauglich und vernünftig, denn auch die Arbeitgeberin ging bei der Anstellung von der Vermutung aus, künftig einen guten Arbeitnehmer zu beschäftigen.

## V. **Legal Engineering neuer Leistungslohnformen am Beispiel des Leistungslohns nach Schulnotensystem**

Wirtschaftlich orientiertes Legal Engineering beschränkt sich nicht auf das Ausloten des juristisch Möglichen, sondern erkennt die Bedürfnisse der Wirtschaft und bezieht die ökonomischen Auswirkungen der zur Diskussion stehenden Vertragswelten mit ein. Dazu müssen Anwälte das Geschäft ihrer Kunden gut kennen. Wie weit Advokaten so zu Unternehmensberatern werden und dies auch verantworten können, ist gutem Urteilsvermögen zu überlassen.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> BGer 4A\_705/2011 vom 20. November 2011, Erw. 5: «*En cas de contestation, il n'appartient pas au juge de s'immiscer [immiscer = einmischen] dans la conduite de l'entreprise et d'évaluer lui-même la performance du travailleur prétendant [prétendre = beanspruchen] au bonus.*»

<sup>45</sup> Vgl. die Zusammenschau der Lehrmeinungen zur Beweislast beim Arbeitszeugnis in BVGer A-32/2012 vom 27. Juni 2012, Erw. 5.3.

<sup>46</sup> Vgl. HEINZ HELLER, Contract Engineering: Legal Engineering am Beispiel arbeitsrechtlicher Vertragswelten – Aufbruch in unbekanntes Territorium, AJP 2014, S. 1476 ff.

## A. Unangenehme Wahrheiten über Low Performer

### 1. Impressionen von Minderleistung

Stundenlanges privates Surfen im Internet; unnötige und schlecht vorbereitete Meetings mit falschen Adressaten; übertriebener, zeitaufwändiger Perfektionismus als Angstreaktion auf eine Stelle, der man nicht gewachsen ist (Peter-Prinzip<sup>47</sup>); Überstundenbewirtschaftung; vergiftete Abteilungsstimmung, weil der Schmeichler und Blender statt der Verdiente befördert wurde; Trittbrettfahren im Team<sup>48</sup>; unter dem Schreibtisch schlafen, und beim ertapptwerden vortäuschen, man suche etwas<sup>49</sup>: Schlechte Arbeit und mangelnde Produktivität haben viele Gesichter, und Böswilligkeit ist nicht Voraussetzung, denn das Spektrum reicht von direktem Vorsatz bis zu völligem Versagen bei bestem Willen.

### 2. Konsequenzen von Minderleistung

#### a. Ineffizienzbonus für Low Performer

Wie oben bereits festgestellt, haben Low Performer in der Regel keine Lohnkürzung zu fürchten. Die Wahrheit ist: In der wirtschaftlichen Realität erhalten Low Performer einen Ineffizienzbonus, weil sie – überspitzt ausgedrückt – für Präsenzzeit ohne Leistung oder gar für unnötige Überstunden bezahlt werden. Davon ist jene Überstundenarbeit zu unterscheiden, die trotz hoher Effizienz wegen übermässigen Arbeitsanfalls erbracht werden muss. Denn nach wie vor sind Arbeitnehmer bereit, Leidenschaft und lange Arbeitsstunden in ihr berufliches Fortkommen zu investieren. Das ist gut so, denn Einsatz, und nicht Schonhaltung ist der Schlüssel zum Erfolg, was man allerdings in Zeiten von Work Life Balance kaum mehr vorbehaltlos äussern darf.

Meiner Wahrnehmung nach ist der Ineffizienzbonus keine Einzelfallerscheinung. Praktisch jeder Vorgesetzte weiss, wer in seinem Team die Leistungsträger sind und wen man lediglich «mitträgt». Dabei liesse sich das Ausmass der Minderleistung auch im Bereich *qualitativer* Arbeitsbewertung ohne Weiteres feststellen, wenn das Qualifikationswesen ernst genommen würde. Das ist allerdings oft nicht der Fall, namentlich weil es vielen Arbeitgebern schwer fällt, Minderleister mit ihrer Minderleistung zu konfrontieren. Es könnte diese demotivieren, und schlechte Qualifikationen lassen zudem auch den Vorgesetzten schlecht aussehen. Man wählt also den Weg

<sup>47</sup> Siehe oben Fn. 12.

<sup>48</sup> «Team» verstanden als «*Toll ein anderer macht's*».

<sup>49</sup> BIRGIT SCHMID, Der berühmte Jacke-am-Bürostuhl-Trick, in: NZZ vom 2. Oktober 2015, S. 55.

des geringsten Widerstands. Später folgt dann doch die Kündigung, und nun fehlen im Arbeitsprozess (zur angeblich *missbräuchlichen* Kündigung) in der Personalakte die Belege für ungenügende Arbeitsleistung.

## **b. Effizienzstrafe für Leistungsträger**

Umgekehrt werden die Leistungsträger im Unternehmen «zur Belohnung» zusätzlich mit jener Arbeit bedacht, die wegen der Ineffizienz anderer liegen blieb. Das frustriert zwar, aber Leistungsträger gehen die Extrameile ohne Murren. Denn (so glauben sie) ihre Leistung wird ja geschätzt, könnte zu einer Beförderung führen, und Burnout trifft immer die anderen.

## **B. Ermessensabhängiger Leistungslohn nach Schulnotensystem**

### **1. Arbeitsleistung beurteilen und bewerten**

Ein Gegenmittel gegen Ineffizienzboni für Low Performer und Effizienzstrafen für High Performer könnte der ermessensabhängige Leistungslohn nach dem Schulnotensystem sein. Allerdings hat der variable Lohnanteil nicht in allen Bereichen der Arbeitswelt Tradition: Verkäufer und Banker beispielsweise kennen ihn bestens, administrative Büroassistentinnen kaum, die mit Steuergeldern finanzierte Verwaltung und Justiz scheut ihn dezidiert. Zudem scheint – auch ausserhalb juristischer Betrachtung – der Glaubenssatz vorzuherrschen, nur der im Wesentlichen an messbaren Kriterien ausgerichtete Leistungslohn sei praxistauglich, weshalb er namentlich bei höheren, komplexen Tätigkeiten faktisch ausscheidet.<sup>50</sup>

Man kann Vorbehalte gegen den Ansatz «*Bewerten statt Messen*» aber auch als verpasste Chance sehen.<sup>51</sup> Als Gegenkonzept zur Problematik nicht zähl- und messbarer Arbeitsqualität schlage ich vor, Arbeitsqualität wie beim Schulzeugnis mit Noten zu *bewerten*. Das eröffnet neue Horizonte für symmetrische<sup>52</sup>, faire und differenzierte Lohnstrategien. Namentlich lassen sich so «*weiche*», aber eben in der Regel enorm wichtige Wertschöpfungsbeiträge im wahrsten Wortsinn «*wertschätzen*» und stimulieren. Ich plädiere dafür, den Leistungslohn auch als Steuerungsmittel gegenüber

---

<sup>50</sup> Vgl. ANTOINETTE WEIBEL, Variabler Leistungslohn in der Verwaltung – Allheilmittel oder Medikament mit starken Nebenwirkungen?, in: Jan Ziekow (Hrsg.), *Bewerten und Bewertet-Werden – Wirkungskontrolle und Leistungssicherung in der öffentlichen Verwaltung*, Baden-Baden 2014, S. 23 ff., S. 29.

<sup>51</sup> Scheinbar gleicher Ansicht: RAINHARD K. SPRENGER, Es gibt keine richtigen Anreize, in: *NZZ* vom 10./11. Januar 2009, S. 27.

<sup>52</sup> Die Arbeitgeberin und der Arbeitnehmer profitieren gleichermaßen.

Low Performern vermehrt in Betracht zu ziehen, und zwar namentlich bei vermeidbarer Ineffizienz.

## 2. Musterklausel für Leistungslohn nach Schulnotensystem

Eine Musterklausel für Leistungslohn, der von bewerteter Arbeitsleistung abhängt, könnte beispielsweise wie folgt lauten:<sup>53</sup>

*«Die Mitarbeiterin erhält einen fixen Grundlohn in Höhe von CHF 5'000.00 brutto pro Monat, und zudem – abhängig von der jährlichen Leistungsbeurteilung – einen jährlichen variablen Lohnanteil.*

*Die jährliche Leistungsbeurteilung umfasst mindestens die Kriterien Leistungsbereitschaft, Effizienz, Verlässlichkeit und Mitdenken. Die effektiv geleistete Arbeitszeit gilt an sich nicht als Beurteilungskriterium, und ist von der Leistungsbereitschaft zu unterscheiden, denn effiziente Mitarbeitende leisten für die gleiche Arbeit naturgemäss weniger Arbeitsstunden als ineffiziente. Über die Mindestkriterien hinaus kann die vorgesetzte Stelle weitere Beurteilungskriterien vorsehen, insbesondere (wo möglich) messbare individuelle Leistungsziele. Jedes Beurteilungskriterium wird auf einer Skala von 1 bis 5 bewertet: Hervorragend (5), sehr gut (4), erfüllt die Erwartungen (3), knapp genügend (2), ungenügend (1). Einzelne Kriterien können für die Gesamtbeurteilung einzelfallgerecht mehrfach gewichtet werden.*

*Für eine Gesamtbeurteilung  $\geq 4$  beträgt der jährliche variable Lohn CHF 15'000.00 brutto. Die weiteren Abstufungen sind: Gesamtbeurteilung  $\geq 3$  entspricht CHF 5'000.00 brutto; Gesamtbeurteilung  $\geq 2$  entspricht CHF 1'000.00 brutto; Gesamtbeurteilung  $< 2$  entspricht CHF 0.00 brutto.»*

## 3. Leistungslohn für Minderleister ist keine Lohnreduktion

Noch einmal sei in Erinnerung gerufen: Weniger Lohn für weniger Leistung ist auf-schiebend bedingter Leistungslohn und keine (unzulässige einseitige) Lohnreduktion wegen Minder- oder gar Schlechtleistung. Schon CONRADIN CRAMER hat nachgewiesen, dass der Malus in Wahrheit ein Bonus ist.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Aufgrund der in diesem Aufsatz vorgestellten Beurteilungskriterien halte ich die hier präsentierte Leistungslohnklausel persönlich für zulässig. Wie stets bei neuartigen Vorschlägen kann die Rechts-sicherheit aber nicht garantiert werden.

<sup>54</sup> CONRADIN CRAMER, Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeit-nehmer, in: AJP 2008, S. 535 ff.; vgl. aber auch den thematisch verwandten Aufsatz von GABRIELA RIEMER-KAFKA, Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber, in: AJP 2017, S. 312 ff.

## VI. Zusammenfassung

Die gängigen Lohnarten lassen sich – in Nuancen abweichend von der traditionellen Kategorisierung – wie folgt einteilen:

Zeitlohn (beispielsweise in Form des Stundenlohns als echtem Zeitlohn) entschädigt abgeleistete Arbeitszeit. Beim unechten Zeitlohn wird Lohn nach kalendarischen Kriterien und unabhängig von der effektiv geleisteten Arbeitszeit bezahlt (beispielsweise Monats- oder Jahreslohn<sup>55</sup>). Ist die geschuldete Arbeitszeit prospektiv nicht einmal *bestimmbar*, weil Überstundenarbeit im Monatslohn inbegriffen ist, wandelt sich der unechte Zeitlohn endgültig in Pauschallohn.

Während der Zeitlohn und der Pauschallohn die Arbeitsleistung unabhängig von der geleisteten Arbeitsquantität oder -qualität entschädigt, orientiert sich der Leistungslohn in Form des Quantitätslohns am gemessenen Arbeitsergebnis, während der Leistungslohn in Form des Qualitätslohns nach gebundenem, vertragspflichtgemäßem Ermessen zu *bemessen* ist. Freiwillige Sonderleistungen können nach *freiem* Ermessen erfolgen, denn sie sind vertraglich nicht geschuldet.

Erst die nähere Befassung mit den Kategorien der geschuldeten Normalleistung, mit Minderleistung und Schlechtleistung ermöglicht es, Leistungslohn auch als Steuerungsmittel einzusetzen, um weniger Lohn für weniger Leistung zu zahlen. Eine konkrete Möglichkeit, Minderleister durch Qualitätslohn zu besserer Arbeitsleistung zu motivieren, ist die *Bewertung und Benotung* von Arbeitsleistung nach sachlichen, einzelfallbezogen differenzierenden Kriterien.

---

<sup>55</sup> Oft ist der Monatslohn ja lediglich der Auszahlungsmodus für den Jahreslohn, der im Arbeitsvertrag vereinbart wurde.