

gerichts des Kantons Aargau vom 18. November 1992 mit Hinw. auf BGE 114 II 406 Erw. 3, 113 Ia 444 Erw. 3, 113 V 1523 Erw. 3a). Eine solche Auslegung ist demnach abzulehnen.

**3 Art. 322 und 349a OR; Arbeitsrecht**

**Art. 349a Abs. 2 OR ist auch ausserhalb des Handelsreisendenvertrages analog auf andere Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Abreden, dass der Lohn ganz oder überwiegend aus Provision bestehen soll, sind daher nur gültig, wenn die Provisionszahlungen ein angemessenes Entgelt für die Leistungen des Arbeitnehmers darstellen.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 6. Juni 2005, i.S. S.N. ca. V. GmbH

*Aus den Erwägungen*

2. a) (...)

b) Die Provision stellt als eine in der Regel in Prozenten ausgedrückte Beteiligung des Arbeitnehmers am Wert der einzelnen von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte eine besondere Lohnart dar. In der Regel ist sie zusätzlicher Bestandteil des Lohnes, sie kann aber auch als einzige Lohnart vereinbart sein (Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1996, N 1 zu Art. 322b OR; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Zürich 1992, N 5 zu Art. 322b OR; Geiser, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in: AJP 2001, S. 387). In Bezug auf den Handelsreisendenvertrag hat der Gesetzgeber in Art. 349a OR als zwingende Bestimmung vorgesehen, dass eine Vereinbarung, welche als Lohn ausschliesslich oder vorwiegend eine Provision vorsieht, nicht zulässig ist, wenn damit kein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit erzielt wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung will diese Regelung sicherstellen, dass der auf Provisionsbasis Angestellte nicht schlechter gestellt ist, als jener mit einem festen Lohn (JAR 1987, S. 307 mit Hinweis auf BGE 83 II 78). Zwar findet sich eine entsprechende gesetzgeberische Regelung

im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über das Arbeitsverhältnis nicht. Der im erwähnten Bundesgerichtsurteil ausgeführte Gedanke lässt sich indes ohne weiteres auf weitere Arbeitsverhältnisse übertragen, die mit Bezug auf die Entschädigung gleich ausgestaltet sind wie ein Handelsreisendenvertrag, welcher als hauptsächlicher oder ausschliesslicher Lohnanspruch Provisionsleistungen vorsieht. Insofern rechtfertigt es sich, Art. 349a Abs. 2 OR analog auch auf andere Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Abreden, dass der Lohn ganz oder überwiegend aus Provision bestehen soll, sind daher nur gültig, wenn die Provisionszahlungen ein angemessenes Entgelt für die Leistungen des Arbeitnehmers darstellen (Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 1 zu Art. 322b OR und N 1 zu Art. 349a OR; Geiser, a.a.O., S. 387; ähnlich Staehelin/Vischer, a.a.O., N 1 zu Art. 347 OR; *de lege lata* zurückhaltender: Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, N 8 zu Art. 349a OR).

c) Als ausreichend gilt ein Entgelt, das dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seines Arbeitseinsatzes, der Ausbildung, der Dienstjahre, des Alters, der Verantwortung und sozialen Verpflichtungen eine anständige Lebensführung ermöglicht. Massgebend ist allerdings nicht der tatsächliche Verdienst, sondern der bei angemessenen Anstrengungen erzielbare (Staehelin/Vischer, a.a.O., N 4 zu Art. 349a OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 349a OR; Rehbinder/Portmann, a.a.O., N 1 zu Art. 349a OR; Geiser, a.a.O., S. 387). Erweist sich die Provision als unangemessen, so ist nicht die ganze Provisionsabrede nichtig. Vielmehr ist die sogenannte modifizierte Teilnichtigkeit anzunehmen, indem die Abrede durch Erhöhung des Provisionssatzes oder Festlegung eines zusätzlichen oder erhöhten Fixums in eine gültige Vereinbarung umgewandelt wird (Staehelin/Vischer, a.a.O., N 5 zu Art. 349a OR).

d) Die Klägerin war unbestrittenermassen vom 29. März bis 2. April 2004 zu 100 % und vom 5. April bis 27. April 2004 zu 50 % bei der Beklagten als "Agent Directmarketing/Promotion" tätig und im Wesentlichen mit der Besorgung von telefonischen Terminvereinbarungen betraut. Die Vorinstanz ist dabei zu Recht davon ausgegangen, dass eine Entschädigung von insgesamt Fr. 136.10 kein ange-

messenes Entgelt für die gesamte Tätigkeit darstellt, zumal die Beklagte nie geltend gemacht hat, die Klägerin habe eine ungenügende Arbeitsleistung erbracht, z.B. zu wenige Telefonanrufe getätigt oder die Arbeitszeiten nicht eingehalten. Es ist deshalb anzunehmen, dass die Klägerin trotz vollem Einsatz kein höheres Entgelt erzielen konnte. (...) Damit hat als erstellt zu gelten, dass aufgrund der vereinbarten Provisionsregelung die Erzielung eines angemessenen Verdienstes nicht möglich war.

e) Die von den Parteien im Arbeitsvertrag vom 19. April 2004 vereinbarte Regelung bedarf daher der richterlichen Modifikation. Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass der Aufstellung über die berufs- und ortsüblichen Mindestlöhne des Amts für Wirtschaft und Arbeit keine für das Directmarketing- und Promotionsgewerbe geltenden Ansätze entnommen werden können. In § 7 Abs. 3 des Arbeitsvertrages vom 19. April 2004 wird indes ausgeführt, dass der Arbeitnehmer monatlich "einen durchschnittlichen Bruttofixlohn von CHF 3520.-" erhalte. Zwar wurde im Arbeitsvertrag darauf hingewiesen, dass sich das Gehalt je nach Arbeitsleistung erhöhen oder vermindern kann; aufgrund der Formulierung "durchschnittlicher Bruttofixlohn" ist aber davon auszugehen, dass die Erzielung eines solchen Einkommens nach Ansicht der Parteien der angemessenen und durchschnittlichen Entlohnung eines Mitarbeiters in der Position der Klägerin entspricht.