

Thomas Geiser

Aktuelle Fragen zum Lohn und zur Lohnungleichheit

Grundsätzlich herrscht in der Schweiz das Prinzip der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht, was bedeutet, dass der Lohn jeweils frei zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt werden kann. Die Vertragsfreiheit der Parteien erfährt allerdings in verschiedenen Bereichen eine Einschränkung. Der Autor verschafft vorliegend eine Übersicht über die kollektivrechtlichen und staatlichen Eingriffe in die Vertragsfreiheit und zeigt gleichzeitig den Ursprung und Sinn der jeweiligen Einschränkung mit auf.

Beitragsart: Jusletter-Jubiläum

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Obligationenrecht; Gleichheit aller Menschen

Zitiervorschlag: Thomas Geiser, Aktuelle Fragen zum Lohn und zur Lohnungleichheit, in: Jusletter 11. Mai 2020

Inhaltsübersicht

- I. Rechtsgrundlagen für den Lohn
 - 1. Vorbemerkung
 - 2. Einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung
 - 3. Kollektivvertragliche Vereinbarung
 - 4. Behördliche Festsetzung
- II. Mindestlöhne und maximale Löhne
- III. Lohngleichheit
- IV. Variabler Lohn
- V. Durchsetzung im Prozess

I. Rechtsgrundlagen für den Lohn

1. Vorbemerkung

[1] WOLFGANG WIEGAND hat sich während seiner ganzen wissenschaftlichen Berufstätigkeit mit Verträgen befasst. Dabei standen bei ihm Verträge zwischen Unternehmen, namentlich auch im Finanzsektor, im Vordergrund. Nicht nur für den einzelnen Bürger und jede einzelne Bürgerin, sondern auch für die Gesamtwirtschaft sind aber auch andere Verträge zentral, namentlich die Arbeitsverträge. Seit der Industrialisierung hat die abhängige Arbeit in Form des Arbeitsvertrages an zentraler Bedeutung gewonnen. Diese Entwicklung hat sich in den letzten Jahren insofern fortgesetzt, als auch im Bereich der liberalen Berufe die Arbeitsverhältnisse die selbständigen Tätigkeiten zu verdrängen beginnen. Immer mehr Arztpraxen und Anwaltskanzleien nehmen die Form einer Aktiengesellschaft an und die einzelnen Ärzte und Anwälte sind deren Angestellte. Andererseits werden Arbeitsverträge durch die sogenannte Share-Economy in Frage gestellt. Indessen erweist sich wohl auch in diesem Wirtschaftszweig das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und den arbeitenden Personen letztlich als Arbeitsverhältnis.

[2] Die rechtliche Einordnung des Arbeitsverhältnisses erfolgte von zwei vollständig unterschiedlichen Seiten her: Vom Ökonomischen, Volkswirtschaftlichen her ging es um die Ordnung des Arbeitsverhältnisses im öffentlichen und damit auch staatlichen Interesse. Es ging um die Organisation der Gesellschaft mit staatlichen und privaten Entscheid-Strukturen. Im Mittelpunkt stand die öffentliche Ordnung. Das Interesse konzentrierte sich auf eine effiziente Produktion einerseits und den Arbeitsfrieden und das Erhalten der öffentlichen Gesundheit andererseits. Es liegt auf der Hand, dass diese Entscheidungen nur kollektiv – sei es sozialpartnerschaftlich oder gesetzlich – getroffen werden konnten. Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer trafen sich nicht auf Augenhöhe, sondern in einem dem Arbeitsverhältnis entsprechenden Subordinationsverhältnis. Von der klassischen pandektistischen Vertragslehre her stehen sich aber die Vertragsparteien als gleichberechtigte Partner gegenüber und handeln die Vertragsbedingungen gemeinsam aus. Das steht im krassen Gegensatz zum dargelegten Subordinationsverhältnis. Diesen Widerspruch und Wege zu dessen Auflösung zeigte namentlich der anfangs des 20. Jahrhunderts an der Universität Bern lehrende PHILIPP LOTMAR auf.¹

[3] Dieser Dualismus wirkt aber noch immer nach. Dass die Rechte und Pflichten der Parteien auch beim Arbeitsverhältnis durch einen Arbeitsvertrag bestimmt werden, der individuell von

¹ Vgl. THOMAS GEISER, Philipp Lotmar und seine Bedeutung für das schweizerische Arbeitsrecht, in: Fagnoli (Hrsg.), Philipp Lotmar – letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?, Frankfurt am Main 2014, S. 111 ff.

den unmittelbar am Vertrag beteiligten Parteien gemeinsam ausgehandelt wird, und nur sehr beschränkt durch kollektive Vereinbarungen abgeändert werden können, gerät immer wieder in Vergessenheit. Das zeigt sich ganz besonders beim Lohn. Kollektiv können hier höchstens Untergrenzen festgelegt werden, nicht aber der Lohn als solcher.² Die einzelarbeitsvertragliche Lohnfestsetzung ist folglich zentral.

2. Einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung

[4] Der Arbeitsvertrag ist **begriffsnotwendig entgeltlich**.³ Der Lohn kann entweder in Form von Zeitlohn oder nach der geleisteten Arbeit erfolgen oder sich nach anderen Kriterien richten. Ein unentgeltlicher Einsatz ist aber auch nicht in jedem Fall ein einfacher Auftrag. Es kann sich auch um einen gemischten Vertrag handeln, für welchen die Schutznormen des Arbeitsvertrags analog anzuwenden sind.⁴

[5] Die Höhe des Lohnes wird durch *vertragliche Abrede zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer* bestimmt. Es besteht **Vertragsfreiheit**, so dass grundsätzlich die Parteien frei sind, wie sie den Lohn festsetzen wollen. Sie können auch für verschiedene Arten von Arbeitsleistungen unterschiedliche Lohnhöhen festsetzen und damit bestimmen, was bei einem Zeitlohn als zu vergütende Arbeitszeit zählt. Das bedeutet dann aber nicht, dass die nicht zählenden Zeiten unentgeltlich geleistet würden. Das Entgelt für diese Zeiten ist vielmehr im für die anderen Zeiten ausgerichteten Lohn enthalten. Das bedeutet dann aber, dass es solche entschädigte Zeiten auch tatsächlich geben muss. Für die Lohnberechnung nicht beachtliche Zeiten können folglich immer nur neben entlohnten Zeiten auftreten, aber nie alleine.

[6] Die Parteien definieren gemeinschaftlich im Arbeitsvertrag die **Lohnform**. Am meisten verbreitet ist noch immer der Zeitlohn. Es handelt sich um die *Entlohnung nach Zeitabschnitten* ohne Berücksichtigung von Quantität und Qualität des Arbeitsergebnisses. Der Zeitraum der Lohnberechnung richtet sich üblicherweise nach Monaten; möglich sind aber auch Jahre, Wochen oder Stunden.⁵ Möglich ist ebenfalls eine am Ergebnis der individuellen Arbeitsleistung bemessene Entschädigung⁶ oder eine Erfolgsvergütung.⁷

[7] Es liegt auf der Hand, dass mit dem am wirtschaftlichen Erfolg und nicht am individuellen **Arbeitsergebnis ausgerichteten variablen Lohn** der Arbeitnehmer das **wirtschaftliche Risiko mitträgt**. Durch die Vereinbarung eines Anteils am Geschäftsergebnis⁸ darf indessen nicht das Betriebsrisiko auf den Arbeitnehmer überwältigt werden, er darf insbesondere nicht im Verlust-

² Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden gewisse Regeln der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (VEGüV; SR 221.331).

³ Art. 319 Abs. 1 OR; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2018, Rz. 111 ff.; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, Bern 2019, S. 22.

⁴ FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, S. 5 f.; für die Anwendung von Auftragsrecht spricht sich MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Kommentar zu Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2014, Art. 319 OR, N 12 aus.

⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 393.

⁶ Akkordlohn: Art. 326 ff. OR.

⁷ Art. 322a ff. OR; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 396 ff.

⁸ Art. 322a OR.

falle seinen Lohnanspruch verlieren. Eine Entlohnung mit Anteil am Geschäftsergebnis muss deshalb immer mit einer **Minimallohngarantie verbunden** sein.⁹

[8] Die Vertragsfreiheit bezüglich der Lohnabreden erfährt allerdings einige **Einschränkungen**. Zu beachten sind namentlich Gesamtarbeitsverträge, deren Mindestlohnvorschriften nicht unterschritten werden dürfen, während höhere Lohnvereinbarungen ohne Weiteres zulässig sind.¹⁰ Normalarbeitsverträge enthalten übliche Löhne für einzelne Branchen, von denen aber gegen oben und unten abgewichen werden kann. Mit den flankierenden Massnahmen sind nun aber auch Normalarbeitsverträge mit zwingenden Minimallöhnen möglich.¹¹

[9] Fehlt es an einer Vereinbarung über die Lohnhöhe, ist der Lohn zu entrichten, der **üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt** ist.¹² In Abweichung von Art. 1 f. OR kommt der Arbeitsvertrag folglich auch zu Stande, wenn sich die Parteien nicht über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben. Es genügt, wenn die Arbeitgeberin Arbeit in ihrem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.¹³ Geschuldet ist dann der übliche Lohn, der in derselben oder einer ähnlichen Branche am selben Ort für die entsprechende Tätigkeit unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse bezahlt wird.¹⁴ Die Üblichkeit bezieht sich auch auf die Lohnart, Zulagen, Gratifikationen und allfälligen Naturallohn.¹⁵

3. Kollektivvertragliche Vereinbarung

[10] Mit der Personenfreizügigkeit haben Gesamtarbeitsverträge in den letzten Jahren starken Aufwind erhalten. Zudem sehen sie **vermehrt auch Mindestlöhne** vor. Bei diesen handelt es sich um von den GAV-Parteien gesetztes objektives Recht, das die beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer unmittelbar und unabdingbar berechtigt und verpflichtet.¹⁶ Die normativen Bestimmungen können nicht wegbedungen, wohl aber gemäss dem *Günstigkeitsprinzip* durch für den Arbeitnehmer günstigere Einzelabrede ersetzt werden. Was günstiger ist, ist nach einem objektiven Massstab zu bestimmen, d.h., es gilt, was ein vernünftiger Arbeitnehmer als günstiger betrachten würde. Dabei wird der sogenannte Gruppenvergleich¹⁷ von Lehre und Rechtsprechung¹⁸ als geeignetste Vergleichsmethode anerkannt.

⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 397; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsrecht, Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 322a OR, N 2; VISCHER/MÜLLER (Fn. 4), 134 f.; a.M. ADRIAN STAEHELIN, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a, in: P. Gauch/J. Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilbd. V 2c, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 322a OR, N 1; vgl. dazu auch Art. 349a Abs. 2 OR.

¹⁰ BGE 122 III 110, E. 4b; CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER, Le Contrat de Travail Code Annoté, Lausanne 2001, Art. 322 OR, N 1.1.

¹¹ Vgl. dazu hinten Rz. 1.13. ff.

¹² Art. 322 Abs. 1 OR.

¹³ Art. 220 Abs. 2 OR.

¹⁴ Art. 322 Abs. 1 OR; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 156; VISCHER/MÜLLER (Fn. 4), 106 f.; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 227.

¹⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 381.

¹⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 803 ff. Zur rechtlichen Konstruktion vgl.: VISCHER/MÜLLER (Fn. 4), S. 445 f.

¹⁷ D.h. der Vergleich von eng zusammengehörenden Bestimmungen des GAV und des EAV.

¹⁸ BGE 116 II 153; vgl. VISCHER/MÜLLER (Fn. 4), S. 467, die sich für den sog. Gruppenvergleich, aber gegen den Gesamtvergleich aussprechen.

[11] Die Vereinbarungen in den Gesamtarbeitsverträgen sind **nicht immer sehr klar**. Sieht der GAV einen Mindestlohn vor, hält der Vertrag meistens auch fest, wie viele Stunden in einer Woche gearbeitet werden sollen. Dann fragt sich, ob die GAV-Parteien mit dem Mindestlohn ein bestimmtes Mindesteinkommen pro Monat sichern oder für eine bestimmte Arbeitsleistung die minimale Gegenleistung festlegen wollten. Die Frage ist entscheidend, wenn eine Arbeitgeberin mit ihren Arbeitnehmern eine Arbeitszeitreduktion vereinbart.¹⁹ Im einen Fall muss der im GAV vorgesehene monatliche Mindestlohn trotz der geringeren Arbeitszeit bezahlt werden. Im anderen Fall können die Parteien eine Lohnreduktion vornehmen, weil dann ja pro Arbeitsstunde noch immer der Mindestlohn eingehalten wird.

[12] Die normativen Bestimmungen gelten allerdings nur für die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeberinnen.²⁰ Der GAV hat **keine Fernwirkung**.²¹ Das Gesetz sieht allerdings gewisse Möglichkeiten vor, wie die normative Wirkung eines GAV auch auf Arbeitsverhältnisse ausgedehnt werden kann, bei denen entweder die Arbeitgeberin oder der Arbeitnehmer (oder beide) nicht Mitglied der vertragsschliessenden GAV-Parteien sind. Es sind dies: der nachträgliche Beitritt, der formelle Anschluss, ausdehnende Klauseln, die Unterstellungserklärung und einzelvertragliche Abreden.²² Die meisten dieser Rechtsinstitute sind ausschliesslich dem Privatrecht zuzuordnen und schränken die Vertragsfreiheit nicht ein, sondern erweitern diese viel mehr, weil sie es den Parteien des Einzelarbeitsvertrages ermöglichen, die Wirkungen des GAV auf ihr Rechtsverhältnis auszudehnen, ohne einem Verband beitreten zu müssen.

[13] Daneben gibt es auch eine hoheitliche Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches durch die **Allgemeinverbindlicherklärung**.²³ Sie bewirkt die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches auf alle Arbeitnehmer und -geber des Berufes oder des Wirtschaftszweiges, unabhängig davon, ob sie Verbandsmitglied sind oder nicht. Sie setzt zwar einen Antrag aller Vertragsparteien des GAV voraus und hat damit ein freiwilliges, privatautonomes Element. Sie erfolgt aber durch behördlichen Akt, der gegenüber den Antragstellern einen Verwaltungsakt und gegenüber den Aussenseitern eine Rechtsverordnung darstellt. Insofern kann dann von staatlich festgelegten Löhnen gesprochen werden. In den letzten Jahren hat die Allgemeinverbindlicherklärung erheblich an Bedeutung gewonnen.²⁴

[14] Die **Allgemeinverbindlicherklärung** hat **zwei Nebenwirkungen**, welche ihre Beliebtheit im Zusammenhang mit der Öffnung des Arbeitsmarktes nach Europa erklären. Gemäss dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers müssen die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV auch von einem Personalverleihunternehmen eingehalten werden, welches Arbeitnehmer einem Betrieb verleiht, der dem GAV untersteht.²⁵ Damit gelten die entsprechenden Bestimmungen für alle Arbeitnehmer im entsprechenden Bereich und können deshalb auch gegenüber Arbeitgebern aus dem Europäischen Ausland durchgesetzt werden, wel-

¹⁹ Z.B. statt 42 Std. pro Woche 40 Std. pro Woche.

²⁰ Art. 357 OR.

²¹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 837.

²² GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 838 ff.

²³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 846 ff.

²⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 847a; Zu den Voraussetzungen und zur statistischen Entwicklung vgl. THOMAS GEISER, Staatliche Lohnregeln in der Schweiz, in: Löschnigg (Hrsg.), Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte im internationalen Vergleich, Wien 2013, S. 65 ff., Rz. 2.4 ff.

²⁵ Art. 20 Abs. 1 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11).

che ihre Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Sie sind nach den Regeln des Entsendegesetzes einzuhalten.²⁶

4. Behördliche Festsetzung

[15] Daneben gibt es aber auch eine eigentliche **hoheitliche Festsetzung der Löhne**. Entgegen einer weit verbreiteten Meinung war dies in der Schweiz im 20. Jahrhundert gar nicht so selten. Allerdings meist nur in gewissen besonders heiklen, wirtschaftlich aber real nicht immer tatsächlich bedeutenden Bereichen.²⁷ Mit den Flankierenden Massnahmen zu den Bilateralen Verträgen der Schweiz mit der EU ist die Möglichkeit, staatliche Mindestlöhne in einem Normalarbeitsvertrag festzusetzen,²⁸ nun wohl für die nächsten Jahrzehnte bleibend eingeführt worden.²⁹ Allerdings sieht auch diese Rechtsgrundlage nicht den Erlass eines allgemeinen Mindestlohnes vor. Vielmehr geht es immer nur um Mindestlöhne in einzelnen Branchen und überdies gelten diese Löhne auch regelmässig nur für einen geographisch begrenzten Raum.

[16] Der NAV mit Mindestlohn wird von der Regierung auf Grund eines Antrages der tripartiten Kommissionen erlassen. Diese beobachten den Arbeitsmarkt. Stellen sie fest, dass innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden, so suchen sie eine **direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern**. Gelingt dies innert zwei Monaten nicht, können sie der zuständigen Behörde den **Erlass eines Normalarbeitsvertrages vorschlagen**, der für die betroffenen Branchen oder Berufe Mindestlöhne vorsieht.³⁰ Um ihre Aufgabe erfüllen zu können, benötigt die Kommission eine Vielzahl von Informationen.

[17] Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, welche Unterlagen eine tripartite Kommission von einem Arbeitgeber herausfordern kann. Grund hierzu war eine Kontrolle einer Baustelle, welche von der Arbeitskontrollstelle für den Kanton Zürich durchgeführt wurde. Hierbei wurde auch ein portugiesischer Staatsangehöriger kontrolliert. Nach der Baustellenkontrolle forderte die Arbeitskontrollstelle zusätzliche Unterlagen bezüglich der Lohn- und Arbeitsbedingungen des Kontrollierten. Obwohl gemäss Art. 360b Abs. 5 OR die Untersuchungskompetenz von tripartiten Kommissionen auf Auskunft und Einsichtnahme in Betriebe beschränkt ist, erwog das Bundesgericht, dass gemäss **Art. 8 BGSA die Kommissionen sämtliche für die Untersuchung erforderlichen Unterlagen herausverlangen können** und es nicht ersichtlich sei, weshalb den Kontrolleuren im Bereich der Schwarzarbeit andere Befugnisse zukommen sollten als beim Vollzug flankierender Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Dementsprechend bejahte das Bundesgericht eine Verpflichtung der kontrollierten Unternehmen, den tripartiten Kommissionen alle für die Durchführung der Untersuchung notwendigen Unterlagen herauszugeben.³¹

²⁶ Art. 2 Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, EntsG; SR 8223.20).

²⁷ GEISER (Fn. 24), S. 60 ff.

²⁸ Art. 360a ff. OR.

²⁹ Zu den flankierenden Massnahmen vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 980 ff.

³⁰ Art. 360b Abs. 3 OR.

³¹ BGer 2C_625/2016 vom 12. Dezember 2016.

[18] Für den Erlass eines Mindestlohnes ist materielle Voraussetzung, dass **«innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten»** worden sind.³² Die Regierung des Kantons Tessin hatte für zwei Branchen solche Mindestlöhne festgesetzt. Auf Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten von verschiedenen Unternehmen hin hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die von der tripartiten Kommission angewendete und nachher vom Regierungsrat übernommene Methode zur Prüfung der Voraussetzungen bundesrechtskonform ist oder nicht, was es bejahte. Die Kommission hatte auf die Erhebungen des Instituto di ricerche economiche (IRE) der USI abgestellt. Dieses hatte für die betroffenen Branchen einen Referenzlohn auf Grund statistischer Angaben errechnet. Es war sodann zulässig, bei einem branchenüblichen **Lohn von unter Fr. 3'000 monatlich jede Abweichung nach unten als missbräuchlich anzusehen und bei einem höheren Referenzlohn Abweichungen bis 10% zu tolerieren.**³³ Nicht zu beanstanden war auch, dass die kantonalen Behörden die über das Minimum hinausgehenden Leistungen der Arbeitgeberinnen bezüglich Ferien, Freizeit, Arbeitszeiten und beruflicher Vorsorge bei den Berechnungen nicht berücksichtigten.³⁴ Auch der Einwand, die kantonalen Behörden hätten nicht geprüft, ob die Unterbietung der branchenüblichen Löhne ein «rischio di reazione a catena» (d.h. das Risiko einer Kettenreaktion) in sich berge, verfiel nicht. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Gesetz dies nicht verlange. Vielmehr sei nur eine wiederholte Unterbietung Voraussetzung für die Festsetzung eines Mindestlohnes. Was allerdings unter «Wiederholt» zu verstehen ist, präzisiert das Bundesgericht nicht.³⁵

[19] Es verwundert nicht, dass der behördliche Eingriff in die Tarifautonomie mittels NAV mit Mindestlöhnen immer wieder zu Rechtsstreitigkeiten zwischen den Sozialpartnern führt. Im Kanton Genf hatte die zuständige Behörde einen NAV für den Detailhandel mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen. Dabei hatte sie gegenüber dem vorhergehenden NAV die Löhne der Teuerung angepasst. Die Arbeitgeberseite warf der kantonalen Behörde in erster Linie vor, bezüglich der Anpassung an die Teuerung von den Empfehlungen der tripartiten Kommission abgewichen zu sein. Das Bundesgericht stellte fest, dass es sich beim Erlass eines NAV um einen gesetzgeberischen Akt handelt, der direkt beim Bundesgericht angefochten werden kann.³⁶ Sodann stellte es fest, dass der **zuständigen Behörde beim Erlass von Normalarbeitsverträgen ein grosses Ermessen zukomme.**³⁷ Dabei spielt die tripartite Kommission eine zentrale Rolle, weil sie von ihrer Aufgabe und ihrer Zusammensetzung her über die wesentlichen Kompetenzen zur Beurteilung der Frage verfügt, ob ein NAV mit Mindestlöhnen erlassen werden soll und wie dieser wirksam ausgestaltet wird. Die für den Erlass zuständige Behörde ist aber an diese Empfehlungen nicht gebunden und kann sehr wohl abweichen, wenn sie dafür gute Gründe hat, was im vorliegenden Fall zu bejahen war.³⁸

[20] Dass auch bei der **Anstellung ausländischer Arbeitskräfte** die zwingenden schweizerischen Arbeitsbestimmungen eingehalten werden müssen, ist eine Selbstverständlichkeit. Darüber hin-

³² Art. 360a Abs. 1 OR.

³³ BGE 140 III 59, S. 61 f., E. 10.2 f.

³⁴ BGE 140 III 59, S. 63, E. 10.5.

³⁵ BGE 140 III 59, S. 64, E. 10.7.

³⁶ Art. 82 Bst. b und Art. 87 Abs. 1 BGG; BGer 4C_1/2019 vom 6. Mai 2019 E. 1.1.

³⁷ BGer 4C_1/2019 vom 6. Mai 2019 E. 3.6.1. mit Hinweis auf BGer 4C_1/2014 vom 11. Mai 2015 E. 7.3.

³⁸ BGer 4C_1/2019 vom 6. Mai 2019 E. 3.7. ff.

aus werden ausländische Arbeitskräfte in der Schweiz aber nur zugelassen, wenn ihr Arbeitsverhältnis die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhält.³⁹ Damit soll der schweizerische Arbeitsmarkt geschützt werden. Es findet somit eine staatliche Lohnkontrolle statt. Abgestellt wird auf die statistischen Erhebungen bezüglich des üblichen Lohnes. Der Lohn, der die Grundlage der Bewilligung bildet, kann nachher vom Arbeitnehmer auch zivilrechtlich eingeklagt werden.⁴⁰ Der zivilrechtliche Anspruch besteht selbst, wenn die Arbeitgeberin es unterlassen hat, die Bewilligung einzuholen und den Arbeitnehmer zu einem schlechteren Lohn schwarz beschäftigt oder ihn für eine andere Tätigkeit einsetzt, als die in der Bewilligung genannte. Gegebenenfalls hat das Zivilgericht den üblichen Lohn vorfrageweise zu bestimmen.⁴¹ Arbeitgeberin und Arbeitnehmer machen sich bei einer Schwarzarbeit überdies strafbar. Das Bundesgericht hielt aber zu Recht fest, dass die Strafbarkeit dieser Tätigkeit nicht dazu führen kann, dass der Staat den Lohn im Strafverfahren einzieht.⁴²

[21] Diese Regeln **gelten nicht für Personen aus der EU**. Aufgrund des Abkommens über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der EU dürfen gegenüber den Europäern keine strengeren Vorschriften angewendet werden als gegenüber den Inländern. Es besteht ein Anspruch auf Gleichbehandlung. Es ist deshalb nicht möglich, die europäischen Ausländer vor unüblich tiefen Löhnen zu schützen. Auf den Europäer dürfen nur jene Lohnbestimmungen angewendet werden, die auch für einen Schweizer zwingend sind. Damit erhalten hier allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge und Normalarbeitsverträge mit zwingenden Minimallöhnen Bedeutung. Nur soweit solche Bestimmungen bestehen, kann eine Unterbietung der Arbeitsbedingungen durch Arbeitnehmer aus dem Europäischen Raum verhindert werden. Das ist ein wesentlicher Grund für die zunehmende Bedeutung dieser Rechtsinstitute. Allerdings besteht bezüglich der europäischen Ausländer ein Diskriminierungsverbot.⁴³

[22] Von der Rechtsprechung nach wie vor nicht entschieden ist die Frage, ob sich ein Anspruch auf einen **Mindestlohn im Sinne einer Existenzsicherung auch direkt aus der Verfassung ableiten** lässt. Ausgangspunkt bilden sehr allgemein gehaltene Rechtsgrundsätze in der Verfassung. Art. 7 BV schützt die Menschenwürde. Art. 12 BV gewährt in Notlagen einen Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Ein Anspruch auf einen existenzsichernden Lohn lässt sich auch aus gewissen internationalen Verpflichtungen der Schweiz ableiten. Die Schweiz hat sowohl den UNO-Pakt I über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966⁴⁴ wie auch das ILO-Übereinkommen

³⁹ Art. 22 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20).

⁴⁰ BGE 122 III 110; 129 II 618; 135 III 162 ff.; FELIX KLAUS, Ausländische Personen als Arbeitnehmer, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Ausländerrecht, Basel 2006, S. 819 ff.Rz. 17.62.

⁴¹ BGE 122 III 110.

⁴² BGE 37 IV 305 ff.

⁴³ Vgl. dazu hinten Rz. 34.

⁴⁴ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte abgeschlossen am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.1).

Nr. 26 über die Einrichtung von Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen vom 16. Juni 1928⁴⁵ ratifiziert. Hier ist allerdings nicht der Ort, dies im Einzelnen darzulegen.⁴⁶

[23] Nachdem die **Mindestlohninitiative auf Bundesebene** abgelehnt worden war,⁴⁷ haben die Kantone Neuchâtel und Tessin auf kantonaler Ebene Mindestlöhne erlassen. Auf Beschwerde hin hat das Bundesgericht die Regelung im Kanton Neuchâtel als bundesrechtskonform bezeichnet.⁴⁸ Wohl ist es in der Regel den Kantonen verboten, die Wirtschaftsfreiheit mit Massnahmen zu beschränken, welche einzelne Wirtschaftszweige oder Arten wirtschaftlicher Tätigkeit fördern oder die Wirtschaft nach einem Plan leiten. Demgegenüber dürfen die Kantone in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, wenn es um den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sozialpolitik oder um Massnahmen geht, welche nicht in erster Linie wirtschaftliche Zwecke verfolgen, wie beispielsweise Umweltschutz- oder Raumplanungsmassnahmen. Nach der Rechtsprechung liegt eine solche sozialpolitische Massnahme vor, wenn es um das Wohl eines grossen Teils oder der gesamten Bevölkerung geht bzw. um die Verbesserung der Lebensbedingungen, der Gesundheit oder der Freizeit eines wesentlichen Bevölkerungsteils.⁴⁹ Die Frage, wieweit die Kantone die Arbeitsbedingungen in gewissen Bereichen regeln können, ist nicht neu. Vor Erlass des Arbeitsgesetzes 1964 gab es keinen bundesrechtlichen Anspruch auf Ferien. Die meisten Kantone regelten aber einen Ferienanspruch. Auch hier stellte sich die Frage, ob sie eine entsprechende Kompetenz hatten.⁵⁰

[24] Aufgrund der insofern sehr konkreten Zweckumschreibung der **Neuenburger Mindestlohnnormen** ordnete das Bundesgericht die Regelung dieser letztgenannten zulässigen Kategorie zu. Dabei hatte auch eine Rolle gespielt, dass das entsprechende Gesetz eine flexible Regelung mit diversen Ausnahmen vorsah und den Behörden auch die Kompetenz einräumte, Ausnahmen zu bewilligen.⁵¹

II. Mindestlöhne und maximale Löhne

[25] Nicht um eigentliche Mindestlöhne für den Einzelarbeitsvertrag, sondern um eine sehr viel allgemeiner gehaltene Lohnkontrolle geht es in weiteren Regelungen. In den letzten Jahren hat in verschiedenen Bereichen der öffentlichen Infrastruktur und des Service Publique in der Schweiz eine Marktöffnung stattgefunden. Regelmässig bedürfen allerdings die privaten Unternehmen einer Konzession, weil der Markt zum Teil aus Gründen des Service Publique und zum andern Teil aus technischen Gründen kontrolliert bleiben muss. Die entsprechenden Gesetze sehen häufig vor, dass gewisse Regeln bezüglich der Arbeitsbedingungen eingehalten werden müssen, damit eine **Konzession** erteilt werden kann.

⁴⁵ Übereinkommen Nr. 26 über die Einrichtung von Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen, angenommen in Genf am 16. Juni 1928, in Kraft getreten für die Schweiz am 7. Mai 1948 (SR 0.822.713.6).

⁴⁶ Für die Begründung im Einzelnen siehe: GEISER (Fn. 24), S. 75 ff.; THOMAS GEISER, Gibt es ein verfassungsmässiges Recht auf einen Mindestlohn, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schaffhausen /Schweizer/Vallender (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Hangartner, St. Gallen 1998, S. 809 ff; vgl. auch KARIN KAUFMANN, Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen, Diss. Basel 2010, S. 126; **Schweizerischer Gewerkschaftsbund** (Hrsg.), Bericht SGB-Expertengruppe Mindestlohn, Mai 2011, S. 95 ff.

⁴⁷ Zur Frage von Mindestlöhnen in der Schweiz vgl. GEISER (Fn. 46), S. 809 ff.

⁴⁸ BGE 143 I 403, S. 406 ff., E. 5 ff.

⁴⁹ BGE 143 I 403, S. 407 f., E. 5.2.

⁵⁰ Vgl. dazu: HANS PETER TSCHUDI, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Habil. Basel 1948, pass; THOMAS GEISER, in: Pärli/Gächter (Hrsg.), Symposium Hans Peter Tschudi, Basel 2019, 77 ff.

⁵¹ BGE 143 I 403, S. 406 ff., E. 5 ff.

[26] Die entsprechenden Gesetze verlangen von den konzessionierten Unternehmen, dass sie «**die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten**»⁵² bzw. dass der Konzessionsnehmer «Gewähr bietet, dass er die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche (...) einhält».⁵³ Ob eine solche Verpflichtung im entsprechenden Gesetz verankert ist oder nicht und wie sie formuliert wurde, hängt von historischen Zufälligkeiten und davon ab, wie politisch umstritten die Marktöffnung war.

[27] Was genau mit der Einhaltung der **branchenüblichen Arbeitsbedingungen gemeint** ist, wird regelmässig auch nicht auf dem Verordnungsweg genauer definiert und bleibt meistens **unklar**. Namentlich in Bereichen, in denen es nach wie vor einen marktbeherrschenden öffentlich-rechtlichen oder ehemals öffentlich-rechtlichen Anbieter gibt, stellt sich die Frage, ob dessen Arbeitsbedingungen den Massstab für die Marktüblichkeit setzen. Das hätte dann zur Folge, dass sein firmeninterner Tarifvertrag faktisch, aber nicht rechtlich, auch für die anderen Unternehmen Geltung hätte. Einer solchen Gesetzesauslegung widersetzen sich die jeweiligen privaten Anbieter wohl zu Recht.

[28] Die **Regelung** ist insofern **wenig effizient**, als die Konzessionsbehörden in der Regel nicht in der Lage sind, die Einhaltung der entsprechenden Arbeitsbedingungen zu kontrollieren. Sie haben dafür weder die notwendige Infrastruktur noch das notwendige Fachwissen. Eine Durchsetzung hängt deshalb regelmässig davon ab, ob die Gewerkschaften politischen Druck auf die Behörde ausüben können, so dass die Konzessionsnehmer dem Anliegen freiwillig nachkommen.

[29] Ähnliche Fragen wie bei den Konzessionen stellen sich auch bei Unternehmen, die **Finanzhilfen der öffentlichen Hand beanspruchen**. Teilweise handelt es sich dabei um Konzessionsnehmer, für welche die entsprechenden Verpflichtungen schon ohnehin gelten.⁵⁴ Die Frage kann sich aber auch in anderen subventionierten Bereichen stellen. So setzt beispielsweise die Gewährung einer Finanzhilfe für die Herstellung eines Films nicht nur voraus, dass vom Produzenten die «zwischen den Verbänden vereinbarten Richtlinien (...) oder branchenüblichen» Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Vielmehr können auch nur die entsprechenden Kosten für die Finanzhilfe angerechnet werden.⁵⁵ Damit bestimmt in diesem Bereich der Staat **nicht nur minimale Arbeitsbedingungen**, sondern legt **faktisch auch Maximallöhne fest**. Das trifft auch für private Radio- oder Fernsehanstalten zu, die für ihren Service Publique staatliche Mittel beanspruchen.⁵⁶

[30] Auch im **Finanzmarktsektor** versucht der Staat, eine gewisse Kontrolle der Entschädigungen auszuüben. In einem Rundschreiben hat die Schweizerische Finanzmarktaufsicht, FINMA, «Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten» erlassen.⁵⁷ Das Rundschreiben enthält zwar weder Mindest- noch Maximalvergütungen, hält aber eine Vielzahl von Anforderungen fest, welche die Anreize für ein langfristiges Verhalten der Mitarbeiter schaffen und die Anreize für das Eingehen von grossen Risiken für kurzfristige Profite minimieren sollen. Für die

⁵² So Art. 6 Bst. c Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10); Art. 5 Abs. 2 Bst. b Postgesetz vom 30. April 1997 (PG; SR 783.0).

⁵³ So Art. 44 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG; SR 784.40).

⁵⁴ Z.B. private Radio- oder Fernsehanstalten.

⁵⁵ Art. 12 Abs. 2 Verordnung des EDI über die Filmförderung vom 20. Dezember 2002 (FiFV; SR 443.113).

⁵⁶ Art. 5 Abs. 1 Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen vom 5. Oktober 2007 (SR 784.401.11).

⁵⁷ Rundschreiben 2010/1 Vergütungssysteme Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten der FINMA vom 21. Oktober 2009, in Kraft seit dem 1. Januar 2010, letztmals geändert: 3. Dezember 2015.

Zulässigkeit solcher Richtlinien kann sich die FINMA auf verschiedene Gesetzesbestimmungen stützen.⁵⁸ Keine dieser Normen gibt der FINMA allerdings eine Kompetenz, von Gesetzen im formellen Sinne abzuweichen. Soweit diese Weisungen dem Arbeitsvertragsrecht widersprechen, sind sie deshalb nichtig. Problematisch sind diese Weisungen insbesondere, soweit sie verlangen, dass erfolgsabhängige Vergütungen zeitlich aufgeschoben ausgerichtet werden, weil das Arbeitsvertragsrecht die Fälligkeit der Lohnforderungen ausdrücklich regelt. Die gesetzliche Regelung geht aber ohne Zweifel den Richtlinien einer untergeordneten Verwaltungsbehörde vor.

[31] Zudem hat in den letzten Jahren die Öffentlichkeit immer wieder an **hohen Managerlöhnen Anstoss genommen**. Das hat zur Annahme einer Verfassungsbestimmung geführt,⁵⁹ welche den Bundesrat genötigt hat, auf dem Verordnungsweg (!) Regeln über die Vergütung von Organmitgliedern von börsenkotierten Unternehmungen zu erlassen.⁶⁰ Ob allerdings damit übermässige Gehälter verhindert bzw. die Schere zwischen hohen und tiefen Salären vermindert wurde, ist nach wie vor fraglich.

[32] Diese Verordnung birgt einiges an **Konfliktpotenzial mit dem Arbeitsvertragsrecht**. Gemäss Art. 1 Abs. 2 VegüV soll diese Verordnung im Konfliktfall dem Arbeitsvertragsrecht vorgehen, obgleich dieses als Gesetz übergeordnetes Recht ist. Zwar wird verlangt, diese Bestimmung restriktiv auszulegen, bzw. ihr die Anwendung in Bezug auf zwingendes Arbeitsrecht gänzlich zu versagen⁶¹; dennoch stellt sich bspw. die Frage, was geschieht, wenn die Generalversammlung die Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ablehnt,⁶² während im Arbeitsrecht der Grundsatz gilt, dass Arbeit nur gegen Lohn zu leisten ist.⁶³ Es ist hier allerdings nicht der Ort, diese Fragen im Einzelnen zu behandeln und es sei diesbezüglich auf die weiterführende Literatur verwiesen.⁶⁴

III. Lohngleichheit

[33] Auf Grund der 2018 erfolgten **Änderung des Gleichstellungsgesetzes** müssen Unternehmen, die am Jahresanfang 100 oder mehr Angestellte beschäftigen, für das betreffende Jahr eine betriebsinterne Lohngleichheitsanalyse durchführen. Die Untersuchung ist alle vier Jahre zu wiederholen. Ausgenommen sind Unternehmen, die bereits aus einem anderen Grund entsprechende Kontrollen vornehmen müssen.⁶⁵ Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass auch Teilzeitstellen

⁵⁸ Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG; Art. 3 Abs. 2 Bst. a, 3b–3g BankG; Art. 22, 27 Abs. 1, 47, 67, 68, 75, 76 VAG; Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG; Art. 13, 14 Abs. 1 Bst. c KAG sowie die dazugehörenden Verordnungen.

⁵⁹ Art. 95 Abs. 3 BV.

⁶⁰ Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (VegüV; SR 221.331).

⁶¹ So MARTIN L. MÜLLER, Verordnung gegen übermässige Vergütung bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung, in: AJP 4/2014, 486; vgl. auch HANS-UELI VOGT, in: Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015, Art. 1 VegüV, N 29 f. und 35, STEFANIE MEIER-GUBSER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, in: AJP 2013, 1570 f.

⁶² Vgl. Art. 18 VegüV.

⁶³ Vgl. Art. 319 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 OR.

⁶⁴ RALPH MALACRIDA/TILL SPILLMANN, Corporate Governance im Interregnum, in: GesKR 2013, 485 ff.; MEIER-GUBSER (Fn. 61), 1567 ff.; MÜLLER (Fn. 61), 477 ff.; THOMAS RIHM, Arbeitsrechtliche Aspekte der neuen VegüV unter Berücksichtigung der Aktenrechtsreform 2014, in: BJM 2015, 3 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/DANIEL BRUGGER, Salärgovernance, in: SZW 2014, 241 ff.

⁶⁵ Art. 13a ff. GlG in der Fassung vom 14. Dezember 2018.

mitgerechnet werden. Die Verpflichtung trifft ungefähr ein Prozent der Firmen. Die Massnahme ist auf zwölf Jahre befristet. Nach dieser Zeit fällt die Gesetzesänderung automatisch dahin. Das Büro hat dafür ein neues Tool entwickelt, welches auch bei kleineren Unternehmen Lohnungleichheiten zwischen Frau und Mann aufdecken kann.

[34] Ein **Diskriminierungsverbot enthält auch Art. 2 FZA**.⁶⁶ Gemäss dieser Bestimmung dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Nach Art. 9 Abs. 1 des Anhangs I zu diesem Abkommen ist insbesondere eine Diskriminierung im Hinblick auf die Entlohnung verboten. Als die Schweizerische Nationalbank die Bindung des Schweizer Frankens an den Euro aufgab, stellte sich die Frage, ob eine Arbeitgeberin Grenzgänger in Euro bezahlen darf, wobei ein fester für den Arbeitnehmer gegenüber dem tatsächlichen ungünstigeren Wechselkurs vereinbart wurde. Das Bundesgericht hatte nun zwei Fälle zu beurteilen, in denen Grenzgänger mit entsprechenden Lohnvereinbarungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Diskriminierung geltend machten und entsprechende Beträge für die letzten Jahre nachforderten. Das Bundesgericht wies die Klagen ab, allerdings ohne die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zu prüfen. Es begründete seinen Entscheid vielmehr damit, dass das Vorgehen der Arbeitnehmer rechtsmissbräuchlich sei und deshalb keinen Rechtsschutz verdiene. Sie hätten in Kenntnis der Sachlage und der entsprechenden Rechtsnormen den tieferen Lohn akzeptiert und es sei folglich ein treuwidriges Verhalten, wenn sie nun nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses darauf zurückkämen.⁶⁷

[35] Mit dieser Argumentation begibt sich das Bundesgericht allerdings auf einen **gefährlichen Weg** und läuft Gefahr, in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung zu geraten. Es ist im Arbeitsrecht häufig, dass Arbeitnehmer ihre Rechte erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen. Wenn ein Arbeitnehmer mit der Arbeitgeberin vereinbart, dass das Feriengeld im laufenden Lohn eingeschlossen ist, die von der Rechtsprechung für die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung aufgestellten Voraussetzungen aber nicht erfüllt sind, schützt das Bundesgericht die nachfolgende Klage auf Ferienlohn und verwirft ausdrücklich den Einwand des Rechtsmissbrauchs.⁶⁸

[36] Eine nach Art. 2 Abs. 2 ZGB **rechtsmissbräuchliche Geltendmachung** eines Rechts liegt unter anderem vor, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Soweit es aber um den Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit wegen Verstosses gegen zwingendes Recht geht, darf Rechtsmissbrauch nur angenommen werden, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind. Andernfalls wäre der Zweck zwingenden Rechts vereitelt. Dieses will eine Partei vor sich selber schützen. Solche Umstände können gemäss Bundesgericht insbesondere vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat oder wenn mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet wurde, so dass

⁶⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681).

⁶⁷ BGer 4A_215/2017 und 4A_230/2018 vom 15. Januar 2019.

⁶⁸ BGer 4A_561/2017 vom 19. März 2018, E. 4.

die Gegenpartei deshalb ihre Interessen nicht wahrnehmen konnte.⁶⁹ Rechtsmissbrauch darf nur auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalls angenommen werden. Er dient als korrigierender «Notbehelf», um krasses Unrecht zu verhindern. Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen. Der Widerspruch zu früherem Verhalten kann nur dann als Verstoss gegen Treu und Glauben einen Rechtsmissbrauch begründen, wenn dieses Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird. Einen allgemeinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht.⁷⁰

[37] Auch mit diesen Einschränkungen bedeutet der Entscheid zum Lohn in Euro wohl, dass bei **Lohndiskriminierungsklagen nach Gleichstellungsgesetz der Lohn künftig wegen Rechtsmissbrauchs** nicht mehr nachgefordert werden kann, wenn die Arbeitnehmerin Kenntnis der Diskriminierung hatte, mit dem tieferen Lohn einverstanden war und den Anspruch erst Jahre später nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachfordert. Das entspricht allerdings nicht der bisherigen Praxis und herrschenden Lehre zum Gleichstellungsgesetz.

IV. Variabler Lohn

[38] Bezüglich der Frage, wie ein Bonus rechtlich zu qualifizieren ist, besteht inzwischen eine gefestigte Rechtsprechung. Die Abgrenzung zwischen einem **Bonus als Gratifikation gemäss Art. 322d OR** und einem **Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322aa OR** bereitet immer wieder Schwierigkeiten. Die Unterscheidung ist namentlich wesentlich, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ausrichtung des Bonus beendet wird oder wenn es um die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall geht. Es muss dann im Einzelfall jeweils mittels Auslegung der Bonusvereinbarung geklärt werden, ob der Bonus Lohn oder Gratifikation ist.

[39] Die Auslegung bei der Frage, ob Lohn oder Gratifikation vorliegt, erfolgt oft zulasten der Arbeitgeberin (in **dubio contra stipulatorem**), da die ungenaue oder widersprüchliche Formulierung meist von dieser stammt.⁷¹ Dies wirkt sich für den Arbeitnehmer nicht nur positiv auf die Basis der Berechnung von Überstunden- und Ferienentschädigung etc. aus,⁷² sondern bringt auch den Vorteil, dass er trotz fehlender Vereinbarung einen pro rata Anspruch hat, wenn das Arbeitsverhältnis unterjährig endet.⁷³

[40] Falls die Höhe eines Bonus oder dessen Berechnung zum Voraus vertraglich festgelegt wurde und sie **nicht von einem voluntativen Element der Arbeitgeberin abhängt**, liegt gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung keine Gratifikation, sondern Lohn vor.⁷⁴ Eine Gratifikation setzt immer einen Ermessensspielraum der Arbeitgeberin voraus, auch wenn sie an sich vereinbart ist.

[41] Zudem ist eine **Gratifikation immer akzessorisch** zum Lohn. Eine Sondervergütung wird vom Bundesgericht deshalb immer als Lohnbestandteil betrachtet, wenn sie die einzige Entschädigung für die Arbeitsleistung darstellt oder im Verhältnis zur sonstigen Entschädigung nicht

⁶⁹ BGer 4A_389/2018 vom 22. August 2018 E. 3.1.; vgl. auch BGE 129 III 497 f. E. 5.1.

⁷⁰ BGer 4A_389/2018 vom 22. August 2018 E. 3.1.; BGE 143 III 666 E. 4.2.

⁷¹ STAEHELIN (Fn. 9), Art. 322d OR, N 6; mit Bsp.: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 9), Art. 322d OR, N 10.

⁷² Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2004, 12.

⁷³ KGer BL in JAR 2003, 231 ff.

⁷⁴ BGE 139 III 155, E. 3.1.; BGE 109 II 447, E. 5; BGE 129 III 276, E. 2; kritisch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 9), Art. 322d OR, N 9 sowie WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Widmer/Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht Bd. I, Basel 2019, Art. 322d OR, N 16.

mehr akzessorisch erscheint.⁷⁵ Wird ein kleiner Lohn vereinbart, dafür aber eine grosse Gratifikation ausgerichtet, erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtsinn. Es liegt auf der Hand, dass das prozentuale Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation nicht bei jeder Lohnhöhe gleich beurteilt werden kann.⁷⁶ Gemäss nunmehr konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt ein Einkommen aus Arbeitsvertrag, welches den **fünffachen Medianlohn übersteigt, zum Entfallen der Akzessorietätsprüfung**. Die Zahlung ist dann in jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren, auf die kein Anspruch besteht.⁷⁷

[42] Vereinzelt wird es für ungenügend erachtet, die Sondervergütung allein gestützt auf die Höhe des unbestrittenen Lohnes und den darauf erhobenen prozentualen Vergleich der entsprechenden Vergütung als Lohn oder Gratifikation zu qualifizieren.⁷⁸ Es wird deshalb vorgeschlagen, im Streitfall den Lebensstandard des entsprechenden Arbeitnehmers zur Abgrenzung zwischen Lohn und Gratifikation herbeizuziehen und damit zu bestimmen, wo dessen Sparquote zu laufen beginnt. Spätestens, wenn die Sondervergütung reine Sparquote darstellt, soll von einer Gratifikation ausgegangen werden. Für den Fall, dass der vereinbarte Lohn ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers vollends gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, ist die Höhe der Sondervergütung im Verhältnis zum Lohn kein Kriterium mehr, um über deren Qualifikation zu entscheiden.⁷⁹ Dabei wird richtigerweise erkannt, dass damit unter Arbeitnehmern in der gleichen Lohnklasse, aber mit unterschiedlichen Lebensstandards, Ungleichheiten entstehen. Solche sind zwar auch in anderen Konstellationen⁸⁰ unvermeidbar. Aus diesem Grund kann der Lebensstandard des entsprechenden Arbeitnehmers nicht als Indikator hinzugezogen werden. Die demgegenüber wesentlich klarere Regelung des Bundesgerichts ist vorzuziehen.⁸¹

V. Durchsetzung im Prozess

[43] Erstaunlicherweise höchstrichterlich nicht geklärt ist die Frage, ob der Netto-, der Brutto- oder der Brutto-Bruttolohn⁸² einzuklagen ist. Die Praxis ist in den Kantonen uneinheitlich. Richtig ist, dass der Arbeitnehmer in einer Betreibung nur die Zahlung des Nettolohnes an sich selbst verlangen kann. Andererseits hat der Arbeitnehmer aber sehr wohl ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass die Arbeitgeberin die Beiträge an die Erste und die Zweite Säule entrichtet. Bezüglich der AHV/IV-Beiträge ist das Vorgehen einfach: Die Ausgleichskasse muss von der Arbeitgeberin die Beiträge auf dem ausbezahlten Lohn einverlangen. Werden diese Beiträge nicht

⁷⁵ BGE 139 III 155, E. 5.3.

⁷⁶ Vgl. dazu schon BGE 129 III 276 und BGer 4A_509/2008 und 4A_511/2008 vom 3. Februar 2009; BGer 4A_26/2012 vom 15. Mai 2012.

⁷⁷ BGE 141 III 407, E. 5.4. Vgl. auch THOMAS GEISER, Rechtssprechungs Panorama Arbeitsrecht, Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus den Jahren 2016/2017, in: AJP 2/2018, 223 f.; THOMAS GEISER, Rechtssprechungs Panorama Arbeitsrecht – Bundesgerichtliche Rechtsprechung 2015/2016, in: AJP 2016, 1376 f.

⁷⁸ VANESSA POLCAN/MANUEL STENGEL, Innerbetriebliche Krisenbewältigung – Individualarbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberin, in: Knupp/Haunreiter/Würmli/Juchli (Hrsg.), Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen, Bd. 4, Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht, Gesellschaft, St. Gallen 2009, 236 f.

⁷⁹ BGE 139 III 155, E. 5.3.

⁸⁰ Vgl. dazu POLCAN/STENGEL (Fn. 78), Fn. 47.

⁸¹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz. 406.

⁸² D.h. Bruttolohn plus Arbeitgeberbeiträge.

bezahlt, erleidet der Arbeitnehmer keinen Schaden. Für seinen späteren Leistungsanspruch gegenüber der Ersten Säule genügt es, dass die entsprechenden Beiträge als geschuldet im individuellen AHV/IV-Konto eingetragen worden sind.⁸³ Demgegenüber kommt es in der Beruflichen Vorsorge darauf an, was tatsächlich einbezahlt worden ist. Entscheidet das Gericht über den Lohnanspruch erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist der Arbeitnehmer möglicherweise gar nicht mehr bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung versichert. Von daher ist unklar, an wen die Arbeitgeberin die Beträge überhaupt leisten sollte. Sinnvollerweise wird in der Klage sowohl der Nettolohn wie auch die von der Arbeitgeberin zu bezahlenden Sozialabgaben eingeklagt und angegeben, wohin diese zu bezahlen sind. Der Arbeitnehmer ist Gläubiger der gesamten Lohnsumme. Er hat einen zivilrechtlichen Anspruch nicht nur auf den Bruttolohn, sondern auch auf die Arbeitgeberbeiträge. Dies ergibt sich aus den Art. 331 und Art. 342 Abs. 2 OR, welche einen zivilrechtlichen Anspruch auf Ausrichtung der Sozialversicherungsbeiträge stipulieren. Entsprechend wären eigentlich auch diese Beträge bei der Festsetzung des Streitwertes mitzurechnen. Die Praxis stellt aber auf den Bruttolohn ab.⁸⁴

[44] Allerdings kann der Arbeitnehmer die Auszahlung an sich selbst sowohl im Prozess wie auch in einer Betreibung nur bezüglich des Nettolohnes verlangen. Die Differenz zum Bruttolohn und die weiteren Arbeitgeberbeiträge sind an die entsprechenden Sozialversicherungsträger zu leisten. Diese können und müssen die Beträge dann auch im eigenen Namen einfordern.⁸⁵ Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitnehmer nicht auch im eigenen Namen die Leistung dieser Beiträge an die Sozialversicherer in einem Prozess verlangen und anschliessend die Überweisung im Betreibungsverfahren verlangen könnte. Er bleibt neben den Sozialversicherungseinrichtungen Gläubiger der Forderung. Praktisch entscheidend ist aber, dass das Urteil in einer Betreibung für Zahlungen an den Arbeitnehmer nur im Umfang des Nettolohnes einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellen kann. Entsprechend muss der Nettolohn im Urteil betragsmässig aufgeführt werden.⁸⁶ Das Rechtsöffnungsgericht kann die Umrechnung vom Brutto- auf den Nettolohn nicht selber vornehmen. Der Arbeitnehmer muss aber im Betreibungsverfahren sehr wohl neben der Ausrichtung des Nettolohnes an sich selber die Überweisung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge an die Pensionskasse verlangen können. Insoweit stellt das Urteil sehr wohl auch einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar, wenn diese Beträge im Urteil festgehalten werden. Allerdings kann die Schwierigkeit entstehen, dass die Zahlung nicht an jene Einrichtung zu erfolgen hat, die im Urteil angegeben ist, sondern an eine andere, gegebenenfalls an die Auffangeinrichtung, wenn das Arbeitsverhältnis inzwischen geendet und der Arbeitnehmer gar nicht mehr bei der gleichen Vorsorgeeinrichtung versichert ist.

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. THOMAS GEISER, em. Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, nebenamtlicher Bundesrichter.

⁸³ Vgl. Art. 30ter Abs. 2 AHVG.

⁸⁴ BGer 4A_112/2017 vom 30. August 2017, E. 1; WYLER/HEINZER (Fn. 3), S. 957; VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, Basel 2017, Art. 91 ZPO N. 4.

⁸⁵ So ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Januar 2017 in ZR 116/2017 Nr. 28, S. 104 ff.; vgl. auch GEORGES CHANSON, «Keine (provisorische) Rechtsöffnung für Bruttolohn» und publiziert als ARVonline 2017 Nr. 810 auf www.arvonline.ch.

⁸⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 3), Rz 94a.