

«Jeder Arbeiter ist seines Lohnes wert» Rechtliche Schranken der Lohnfestlegung

HARALD BÄRTSCHI UND ANDREAS LIENHARD

I. Einleitung

Eine arbeitsteilige Gesellschaft bedingt den Austausch von Gütern und Dienstleistungen: Güter werden gegen andere Waren oder ein Zahlungsmittel getauscht, Dienstleistungen mit Sachen oder in Geld abgegolten. Seit jeher wird kontrovers diskutiert, was der gerechte Preis für ein Gut, was der angemessene Lohn für Arbeit sei. Im Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg nach dem Matthäus-Evangelium entlohnte der Besitzer verschiedene Arbeiter am Abend nach dem geleisteten Einsatz je mit einem Silbergroschen, obwohl einige Arbeiter zwölf, andere neun, sechs, drei und die zuletzt angeheuerten Tagelöhner lediglich eine Stunde gearbeitet hatten.¹ Leser des Gleichnisses neigen dazu, dieses Vorgehen als unfair zu empfinden. Die Unzufriedenheit der ganztags beschäftigten Arbeiter stößt auf Verständnis. Denn das Gerechtigkeitsgefühl verlangt, dass das Entgelt für die geleistete Arbeit die Dauer der Tätigkeit berücksichtigt. Dass Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, gebietet das Prinzip der Tauschgerechtigkeit. Als ungerecht wird empfunden, wenn ein unterschiedlicher Arbeitseinsatz auf gleiche Weise entschädigt wird. Ungleiches ungleich zu behandeln, ist anerkannter Imperativ der *Rechtsgleichheit*.

Die als unbillig erscheinende Gleichbehandlung der Arbeiter lässt sich aus heutiger Sicht zweifach rechtfertigen: Einerseits kann der Weinbergbesitzer nach seinem Gutdünken über sein Vermögen verfügen.² Unter einer

¹ Mt 20, 1–16.

² So sinngemäß Mt 20, 15, wonach es dem Weinbergbesitzer erlaubt sei, mit dem Seinen zu tun, was er wolle.

liberalen Marktordnung dürfen Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer die Höhe der Entschädigung frei von staatlichen Eingriffen vereinbaren. Andererseits lässt sich aus dem Gleichnis ableiten, dass die später eingestellten Arbeiter tagsüber auf eine Beschäftigung gewartet haben und bislang von niemandem eingesetzt worden sind.³ Sie erhielten folglich noch keinen Lohn. Jedoch hängen die Bedürfnisse der Arbeiter und ihrer Angehörigen kaum vom Umfang der verrichteten Arbeit ab. Die Leistung einer vollen Tagesentschädigung weist insofern den Zug eines Mindestlohns, eines bedingungslosen Grundeinkommens oder eines Arbeitslosengelds auf, weshalb es nicht verwundert, dass das Gleichnis bis in die heutige Zeit zur Untermauerung entsprechender politischer Vorstöße angerufen wird.⁴

Das Gleichnis weist freilich noch eine gegenläufige Komponente auf: Der Besitzer des Weinbergs hatte die Höhe der Entschädigung vorab mit den zuerst eingestellten Arbeitern abgesprochen.⁵ Es darf davon ausgegangen werden, dass der vereinbarte Silbergroschen für den Tageseinsatz angemessen war. Die Kritik der ersten Arbeiter rührt somit nicht daher, dass der Besitzer sein Wort nicht gehalten hätte oder dass sie zu tief entschädigt worden wären, sondern dass die zuerst angeheuerten Arbeiter den Lohn der später eingestellten Arbeiter im Vergleich zu ihrer eigenen Entschädigung als zu hoch empfanden.⁶ Es erhielten nicht die ersten Arbeiter zu wenig Lohn, sondern die letzten Arbeiter zu viel. Das Gefühl der ersten Arbeiter, ungerecht behandelt worden zu sein, entspringt insofern dem *Neid* gegenüber den späteren Arbeitern.⁷ Letzteren hatte der Weinbergbesitzer nicht einen Lohn in bestimmter Höhe zugesagt, sondern lediglich versprochen zu geben, «was recht ist».⁸ Stein des Anstoßes ist so betrachtet die *Großzügigkeit* des Weinbergbesitzers gegenüber den später eingesetzten

³ Vgl. Mt 20, 3, 6 u. 7.

⁴ Vgl. die Leserzuschrift von P. O. aus St. Gallen, in: Tages-Anzeiger (18. April 2013) 11: «Jesus hätte den Mindestlöhnen zugestimmt. Im Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg bekommen alle einen Denar, genug für das tägliche Überleben [...]»

⁵ Mt 20, 2.

⁶ Der Weinbergbesitzer entgegnete denn auch, dass er den ersten Arbeitern nicht Unrecht tue, indem er sich auf die mit ihnen vereinbarte Entschädigung berief, vgl. Mt 20, 13.

⁷ Hätten die ersten Arbeiter die Höhe der Entschädigung der später Angeheuerten nicht erfahren, wären sie mit der erhaltenen Vergütung zufrieden gewesen. Lohntransparenz erweist sich also schon zu «biblischen» Zeiten als zweischneidiges Schwert.

⁸ Mt 20, 4.

Arbeitern, wie die Antwort an einen unzufriedenen Arbeiter zeigt: «Oder blickt dein Auge böse,⁹ weil ich gütig bin?»¹⁰

Eine theologische Interpretation des Gleichnisses müsste hier ansetzen. Der Text im Matthäus-Evangelium unmittelbar vor dem Gleichnis handelt vom Lohn der Jünger. Daraus kann abgeleitet werden, dass auch das Gleichnis nicht auf die Entlohnung durch einen Arbeitgeber, sondern auf die Belohnung durch Gott zielt. Als göttliche Belohnung können die Jünger auf ein ewiges Leben hoffen.¹¹ Gott wird hierfür nicht einfach auf den geleisteten Einsatz abstellen. Von Bedeutung ist auch die Gesinnung. Wer fixiert ist auf eine Entschädigung in bestimmter Höhe, dessen Gesinnung ist weniger gut als diejenige der zuletzt angeheuerten Arbeiter im Gleichnis, die im Vertrauen auf eine angemessene Entlohnung ihre Arbeit verrichten.¹² Das Ermessen und die Gnade Gottes können so zu einer Bemessung des menschlichen «Verdienstes» durch Gott führen, welche die Menschen überrascht: Viele, die Erste sind, werden Letzte sein, und viele, die Letzte sind, Erste.¹³

Ähnlich lässt sich die Stelle im Lukas-Evangelium auslegen, der das Titelzitat entnommen ist.¹⁴ Als Jesus siebzig Jünger aussandte, befahl er ihnen, keinen Geldbeutel mitzunehmen und keine Tasche oder Schuhe zu tragen.¹⁵ Sie sollten darauf vertrauen, unterwegs Speis, Trank und Obdach zu erhalten. Die gastfreundliche Aufnahme und Bewirtung in der Fremde verdienten die entsandten Jünger aufgrund ihres Einsatzes; darin liegt eine Art Gegenleistung für die unternommenen Anstrengungen – deshalb die Ermunterung, dass die Jünger ihres Lohnes wert seien. Gleichzeitig wird

⁹ Der im griechischen Text verwendete Ausdruck *πονηρός* für «mühselig», «schlecht» oder «böse» trifft die Gemütslage der zuerst eingesetzten Arbeiter nicht optimal. Möglicherweise handelt es sich um einen Fehler in der Textüberlieferung. Passender wäre das ähnlich lautende Wort *φθονερός* (neidisch).

¹⁰ Mt 20, 15.

¹¹ Vgl. Mt 19, 29.

¹² In eine ähnliche Richtung geht die antike Vorstellung des «Honorars», das freiwillig geleistet und «ehrenhalber» empfangen wird. Schon im alten Rom sollen «ehrenamtlich» tätige Angehörige der freien Berufe fürstlich entschädigt worden sein. Darauf angewiesen zu sein, Arbeit gegen Lohn zu verrichten, wird hingegen als unwürdig empfunden.

¹³ Mt 19, 30 u. 20, 16.

¹⁴ Lk 10, 7.

¹⁵ Lk 10, 4. Je nach überlieferter Textfassung handelte es sich um siebzig oder um zweiundsiebzig Jünger.

dadurch ihre Existenz gesichert. Die Bemessung des «Verdienstes» erscheint hier weniger problematisch, weil bei der Gewährung von Kost und Logis das Minimum durch das zum Überleben Erforderliche vorgegeben und das Maximum durch die körperliche Aufnahmefähigkeit begrenzt ist. Doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass die einzelnen Jünger ungeachtet ihres Einsatzes eine unterschiedliche Menge an Gütern beziehen. Es gibt somit auch hier keine Gewähr, dass die verrichtete «Arbeit» und der erhaltene «Lohn» bei allen Jüngern in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Rund zweitausend Jahre sind vergangen, seit das Matthäus- und das Lukas-Evangelium verfasst wurden. Die Frage der Vergütung von Arbeitsleistungen ist noch immer umstritten und steht im Zentrum des öffentlichen Interesses. Davon zeugen in der Schweiz mehrere Volksinitiativen, welche die Bewertung von Arbeit und die Bemessung des Lohns zum Gegenstand haben. Vor diesem Hintergrund soll in diesem Beitrag die Regulierung der Entlohnung in der Schweiz beleuchtet werden. Nach einem Blick in die jüngere Vergangenheit wird auf die momentan geltenden Regeln eingegangen. Angesichts der erwähnten Initiativen werden anschließend die jüngsten Reformvorhaben erörtert.

II. Historische Entwicklung

Im späten 19. Jahrhundert waren das Schweizer Arbeitsrecht im Allgemeinen und die Lohnfestsetzung im Speziellen vom liberalen Staatsverständnis geprägt und in lediglich zwölf Artikeln geregelt. Davon waren bloß zwei Bestimmungen zwingend: So schuldete der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch dann einen Lohn, wenn dieser durch Krankheit, Militärdienst oder aus ähnlichen Gründen ohne eigenes Verschulden für verhältnismäßig kurze Zeit *arbeitsunfähig* war.¹⁶ Zudem hatte der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebte, bei vorübergehender unverschuldeter Krankheit auf eigene Kosten zu verpflegen und ärztlich behandeln zu lassen.¹⁷

In den folgenden Jahrzehnten wurde die Rechtslage der Arbeitnehmer verbessert. Am 1. Januar 1912 trat das heutige Schweizer Obligationenrecht

¹⁶ Art. 341 Abs. 1 Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881.

¹⁷ Ebd., Abs. 2.

(OR)¹⁸ in Kraft, das die zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften erweiterte. Zudem führte der Gesetzgeber das Institut des Tarif- bzw. Gesamtarbeitsvertrags ein, jedoch noch ohne die Möglichkeit, diese Verträge für allgemeinverbindlich zu erklären.¹⁹ Kurz darauf wurden das Fabrikgesetz von 1877 revidiert und verschiedene Vorschriften eingefügt, die den Arbeitern zwingende *Lohnzuschläge* für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit gewährten.²⁰

In den 1960er und 1970er Jahren erfolgten weitere Reformen: 1966 trat das *Arbeitsgesetz* in Kraft, das den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer ausbaute und die Vorschriften des Fabrikgesetzes zu den Lohnzuschlägen übernahm.²¹ Anlässlich der Revision der arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts wurden 1972 die Durchsetzungsmöglichkeiten der Lohnzuschläge des Arbeitsgesetzes erweitert: Gemäß Art. 342 Abs. 2 OR sind nicht mehr bloß die Behörden zur Durchsetzung solcher Vorschriften ermächtigt. Vielmehr kann auch der Arbeitnehmer gegen seine Arbeitgeberin auf Bezahlung der Lohnzuschläge klagen.²²

Um die Jahrtausendwende intensivierte sich in der Schweiz die öffentliche Diskussion über die *Lohngerechtigkeit*. Es wurden Anstrengungen unternommen, um Lohnmissbräuche zu bekämpfen. Verschiedene Neuerungen sind bereits in Kraft getreten, etwa die flankierenden Maßnahmen zur Personenfreizügigkeit oder die Verordnung zur Umsetzung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei». Andere Reformvorhaben sind noch nicht realisiert. Über einzelne Initiativen muss die Bevölkerung zuerst abstimmen. Bevor auf die durchgeführten und bevorstehenden Revisionen eingegangen wird,

¹⁸ Obligationenrecht (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil) vom 30. März 1911 (Systematische Sammlung des Bundesrechts [SR] 220).

¹⁹ Die Allgemeinverbindlicherklärung von Arbeitsverträgen wurde erst 1956 eingeführt, vgl. das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SR 221.215.311).

²⁰ Vgl. die damalige Fassung von Art. 27 Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 (SR 821.41). Das Gesetz existiert noch immer, doch sind lediglich die Bestimmungen von Art. 30–35 zu den kantonalen Einigungsstellen in Kraft geblieben.

²¹ Vgl. zum Lohnzuschlag für Überzeitarbeit Art. 13 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 (SR 822.11).

²² Vgl. Ullin Streiff, Adrian von Kaenel, Roger Rudolph: Arbeitsvertrag (Zürich, Basel, Genf⁷2012) 8.

ist aufzuzeigen, was das Schweizer Arbeitsrecht unter dem Begriff «Lohn» versteht und wie die Lohnfestsetzung heute geregelt ist.

III. Aktuelle Rahmenbedingungen

1. Lohnarten

Das Obligationenrecht behandelt den Arbeitsvertrag im zehnten Titel des besonderen Teils. Dabei wird zwischen verschiedenen Arten der Entlohnung differenziert: Art. 319 Abs. 1 OR nennt den Zeit- und den Akkordlohn. Unter der Marginalie «Lohn» sind in Art. 322–322d OR zudem der «Anteil am Geschäftsergebnis»,²³ die «Provision»²⁴ sowie die «Gratifikation»²⁵ geregelt. Den verschiedenen Arten von *Lohn* ist gemeinsam, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Bezahlung hat, dies im Unterschied zur Gratifikation im technischen Sinne, deren Ausrichtung bzw. zumindest deren Höhe im Ermessen der Arbeitgeberin liegt.²⁶

Unterschiedlich ist die Art und Weise, wie die Lohnhöhe bestimmt wird. Der «Zeitlohn» bemisst sich nach Zeitabschnitten statt nach Leistungseinheiten. Abhängig vom gewählten Zeitabschnitt wird unterschieden zwischen Stunden-, Tages-, Wochen-, Monats- oder Jahreslohn.²⁷ In der Praxis ist diese Lohnart, insbesondere der Monatslohn, am häufigsten anzutreffen. Demgegenüber hängt die Höhe des «Akkordlohns» von der Menge der geleisteten Arbeit ab. Indessen garantieren Arbeitgeberinnen ihren Arbeitnehmern im Akkordlohn oft einen Mindestlohn in der Form eines Zeitlohns,²⁸ wodurch sich die Unterschiede zwischen den effektiv

²³ Art. 322a OR.

²⁴ Art. 322b u. 322c OR.

²⁵ Art. 322d OR.

²⁶ Vgl. etwa Wolfgang Portmann, Jean-Fritz Stöckli: Schweizerisches Arbeitsrecht (Zürich, St. Gallen 32013) N 293 mit weiteren Hinweisen.

²⁷ Manfred Reh binder, Jean-Fritz Stöckli: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR (Bern 2010) Art. 322 N 30.

²⁸ W. Portmann, J.-F. Stöckli: Schweizerisches Arbeitsrecht, N 256 (sog. Verdienstsicherungsklauseln).

gewährten Löhnen verringern. Der «*Anteil am Geschäftsergebnis*» richtet sich insbesondere nach dem von der Arbeitgeberin erzielten Gewinn oder dem realisierten Umsatz.²⁹ In der Praxis ist diese Lohnart vor allem als Teil der Vergütung von Arbeitnehmern in leitender Stellung zu finden. Die Höhe der «*Provision*» hängt prozentual vom Wert der vom Arbeitnehmer vermittelten bzw. abgeschlossenen Geschäfte ab.³⁰ Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich bloß Anspruch auf die Provision, wenn er einen kausalen Beitrag zum Geschäftsabschluss geleistet hat.³¹

Der Begriff des «*Bonus*» – verstanden als besondere Entschädigungsart – stammt aus dem angloamerikanischen Rechtsraum.³² Im Laufe des 20. Jahrhunderts verbreitete sich der Ausdruck zunehmend auch in Europa. Im Obligationenrecht ist der «*Bonus*» nicht explizit geregelt. In der Praxis ist daher stets zu untersuchen, wie der Bonus im Einzelfall rechtlich zu qualifizieren ist: Abhängig von der vertraglichen Ausgestaltung, den Umständen und seiner Höhe stellt der Bonus – ungeachtet der verwendeten Bezeichnung – entweder eine Gratifikation oder einen variablen Lohnbestandteil, beispielsweise einen Anteil am Geschäftsergebnis dar.³³ Liegen die Gewährung des Bonus und dessen Höhe im freien Ermessen der Arbeitgeberin, ist der Bonus als Gratifikation zu qualifizieren. In diesem Fall kann die Arbeitgeberin frei darüber entscheiden, ob sie dem Arbeitnehmer einen Bonus gewähren will oder nicht. Ist die Höhe bzw. die Berechnung dagegen im Voraus festgelegt und hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Entrichtung, stellt der Bonus einen Lohnbestandteil dar.³⁴

²⁹ Vgl. Art. 322a Abs. 1 OR; Adrian Staehelin: Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR (Zürich, Basel, Genf 42006) Art. 322a N 2.

³⁰ W. Portmann, J.-F. Stöckli: Schweizerisches Arbeitsrecht, N 264 (Vermittlungs- oder Abschlussprovision).

³¹ Vgl. ebd., N 266 mit weiteren Hinweisen.

³² Vgl. René Hirsiger: Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis (Diss. St. Gallen, Bern 2001) [Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 72], N 452; Frank Vischer: Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, 4. Teilband, Der Arbeitsvertrag (Basel 32005) 108.

³³ Thomas Geiser, Roland Müller: Arbeitsrecht in der Schweiz (Bern 2012) N 403; aus der Rechtsprechung etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_721/2012 vom 16. Mai 2013, E. 2–3; Bundesgerichtsentscheid (BGE) 139 III 155 E. 3–5 S. 156–160.

³⁴ Vgl. U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 322d N 2 (S. 331–332) mit weiteren Hinweisen.

2. Lohnfestsetzung

a) Grundsatz der Vertragsfreiheit

Die erwähnten Lohnarten haben gemeinsam, dass das Obligationenrecht die konkrete Höhe der Entlohnung nicht vorschreibt und ebenso wenig ein zulässiges Maximum oder Minimum statuiert. Vielmehr wird es der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer überlassen, sich im Rahmen der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit auf eine bestimmte Lohnhöhe zu einigen.³⁵ Bei der Lohnfestsetzung haben die Arbeitgeberin und der Arbeitnehmer verschiedene Schranken zu beachten.

b) Zwingendes Gesetzesrecht

(i) *Allgemeines Vertragsrecht.* – Der Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 Abs. 1 OR kommt zur Anwendung, wenn eine Partei die Notlage, die Unerfahrenheit oder den Leichtsinns der anderen Partei ausbeutet, um einen Vertrag zu schließen, bei dem ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Die übervorteilte Partei ist berechtigt, den Vertrag innerhalb eines Jahres für ungültig erklären zu lassen und das bereits Geleistete zurückzuverlangen.³⁶ In der arbeitsrechtlichen Praxis wird die Bestimmung nur selten angerufen. Anwendung fand sie in Fällen, in denen Praktikanten oder Lehrlinge die Arbeit von Hilfsarbeitern verrichteten, aber zum Praktikanten- oder Lehrlingstarif entschädigt wurden,³⁷ beispielsweise im Rahmen einer nicht der Berufsausbildung dienenden «Schnupperlehre» zu einem Monatslohn von CHF 300.³⁸ Der Arbeitnehmer wird hier versuchen, den geschlossenen Vertrag hinsichtlich der Lohnvereinbarung anzufechten und, gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen, zusätzlichen Lohn zu verlangen.

³⁵ Fehlt es an einer Regelung zur Entlohnung, ist der übliche Lohn geschuldet, vgl. Art. 322 Abs. 1 OR; Th. Geiser, R. Müller: Arbeitsrecht in der Schweiz, N 381.

³⁶ Dazu etwa Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Susan Emmenegger: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I (Zürich, Basel, Genf⁹2008) N 745–748.

³⁷ M. Rehbinder, J.-F. Stöckli: Berner Kommentar, Art. 320 N 39 mit weiteren Hinweisen.

³⁸ So im Sachverhalt zum Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt (Ausschuss) vom 25. August 1988, in: Basler Juristische Mitteilungen (1990) 93–95.

(ii) *Arbeitsrecht*. – Abgesehen von der Bestimmung zur Übervorteilung enthält das Obligationenrecht lediglich eine Vorschrift, welche die zulässige Höhe der Entlohnung regelt:³⁹ Gemäß Art. 349a Abs. 2 OR ist die Entlohnung eines Handelsreisenden ausschließlich oder zumindest vorwiegend durch *Provisionen*⁴⁰ nur gültig, wenn die Provisionen zusammen mit dem etwaigen Fixgehalt ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergeben.⁴¹ Die Bestimmung gelangt nach der Rechtsprechung nicht nur auf Handelsreisende zur Anwendung, sondern auf sämtliche Arbeitnehmer, die ausschließlich oder vorwiegend auf Provisionsbasis entlohnt werden.⁴² Das Entgelt ist «angemessen», wenn es dem Arbeitnehmer eine zufriedenstellende oder anständige Lebensführung ermöglicht. Bei der Bemessung des angemessenen Entgelts sind statistische Erhebungen über die Durchschnittslöhne in einer bestimmten Branche ein wichtiges Hilfsmittel.⁴³

Das Arbeitsgesetz setzt keine absoluten Lohnhöhen fest. Es schreibt aber relative Lohnzuschläge für gewisse Arbeiten vor. So hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer einen Lohnzuschlag für *Überzeitarbeit*⁴⁴ von mindestens 25% auszurichten oder ihm – mit seinem Einverständnis – Freizeit von gleicher Dauer zu gewähren; in der Regel ist der Lohnzuschlag jedoch erst ab der 60. Überzeitarbeitsstunde pro Kalenderjahr zwingend.⁴⁵ Weiter hat die Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer, der vorübergehend

³⁹ Vgl. zu den Gesamt- und Normalarbeitsverträgen unten, III.2.c).

⁴⁰ Zur Provision als Lohnart oben, III.1.

⁴¹ Art. 349a Abs. 2 OR ist im Katalog der zwingenden Bestimmungen zwar nicht enthalten (vgl. Art. 361 u. 362 OR). Doch ist das Erzielen eines angemessenen Entgelts nach Art. 349a Abs. 2 OR ein Gültigkeitserfordernis der Provisionsabrede. Ergeben Provision und Fixgehalt kein angemessenes Entgelt, setzen die Gerichte das angemessene Entgelt fest und sprechen dieses dem Arbeitnehmer zu, weshalb Art. 349a Abs. 2 OR vorliegend den zwingenden Bestimmungen zugeordnet wird.

⁴² BGE 139 III 214 E. 5.1 S. 214–215 mit weiteren Hinweisen (= Pra 102 [2013] Nr. 114 S. 884 E. 5.1 S. 890–891). Weitergehend möchte ein Teil der Lehre die Bestimmung über Entschädigungen auf Provisionsbasis hinaus auf andere Arbeitsverhältnisse anwenden, die einzig oder doch vorwiegend einen *Leistungslohn* vorsehen.

⁴³ Vgl. die Diskussion der Gerichtspraxis bei U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 349a N 4 (S. 1378–1379).

⁴⁴ Überzeitarbeit stellt Mehrarbeit dar, die über der wöchentlichen Höchstarbeitszeit liegt, vgl. Art. 12 Abs. 1 ArG.

⁴⁵ Art. 13 Abs. 1 u. 2 ArG.

Nacharbeit verrichtet, zwingend einen Lohnzuschlag von mindestens 25% zu bezahlen.⁴⁶ Arbeitnehmer, die vorübergehend *Sonntagsarbeit* leisten, haben einen zwingenden Anspruch auf einen Lohnzuschlag von 50%.⁴⁷

(iii) *Gesellschaftsrecht*. – Auch das Gesellschaftsrecht enthält einzelne Regeln zur Lohnfestsetzung bzw. zum Verfahren hierzu.⁴⁸ Die *Oberleitung* der Gesellschaft stellt nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR eine unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft dar. Nach einem Teil der Lehre umfasst die Oberleitung auch die Festlegung der Grundsätze der Entschädigungspolitik für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.⁴⁹ Entsprechend ist der Verwaltungsrat dafür zuständig, über die Vergütung der Geschäftsleitung, namentlich des *Chief Executive Officers* (CEO) und des *Chief Financial Officers* (CFO), zumindest in den Grundzügen zu entscheiden.⁵⁰ In größeren Gesellschaften wird dieser Entscheid regelmäßig durch den Vergütungsausschuss vorbereitet und umgesetzt.

Weiter zu beachten sind die Regeln über die Ausstandspflicht und Interessenkonflikte, insbesondere über das Selbstkontrahieren. Ein *Selbstkontrahieren* liegt vor, wenn ein Verwaltungsratsmitglied als Vertreter der Gesellschaft ein Geschäft mit sich selbst abschließt, indem es beispielsweise die Höhe seines eigenen jährlichen Bonus bestimmt. Ein solches Selbstkontrahieren bedarf, um gültig zu sein, einer besonderen Ermächtigung oder nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ.⁵¹ Die weiteren Verwaltungsratsmitglieder können – als nebengeordnetes Organ – das Selbstkontrahieren genehmigen. In der Praxis

⁴⁶ Art. 17b Abs. 1 ArG.

⁴⁷ Art. 19 Abs. 3 ArG.

⁴⁸ Zu den Neuerungen, die sich aus der Umsetzung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» ergeben, unten, IV.1.

⁴⁹ Vgl. Peter Böckli: Schweizer Aktienrecht (Zürich, Basel, Genf 42009) § 13 N 426 u. 426a mit weiteren Hinweisen.

⁵⁰ Diese Kompetenz aus der Pflicht zur Oberaufsicht ableitend Daniel Daeniker, Ulrich Pestalozzi: Gibt es «faire» Managersaläre?, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 108 (2012) 393–401, hier: 394.

⁵¹ Vgl. Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (Bern 112012) § 16 N 243; die ebenfalls vorausgesetzte Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft ist in diesen Fällen wohl stets gegeben, weil die Leistung der Vergütung zu einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens führt.

entscheidet üblicherweise der Verwaltungsrat oder dessen Entschädigungsausschuss über die Entlohnung der Verwaltungsratsmitglieder.⁵²

Schließlich musste eine Gesellschaft mit börsenkotierten Aktien gemäß Art. 663b^{bis} Abs. 4 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR die individuellen Vergütungen der Verwaltungsratsmitglieder sowie den Gesamtbetrag der Vergütungen und die höchste individuelle Vergütung der Geschäftsleitungsmitglieder im Anhang zur Bilanz offenlegen. Seit Anfang 2014 erfolgen diese Angaben im *Vergütungsbericht*.⁵³

(iv) *Ausländerrecht*. – In Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern aus EU-Staaten ist für die Lohnfestsetzung die Anwendung des *Freizügigkeitsabkommens* (FZA)⁵⁴ zu prüfen. Dieses regelt das Aufenthaltsrecht von EU-Staatsangehörigen in der Schweiz. Art. 2 FZA verbietet deren Diskriminierung aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit. Zudem darf nach Art. 9 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA ein Arbeitnehmer mit EU-Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere bezüglich seiner Entlohnung, nicht aufgrund seiner Staatsangehörigkeit anders als ein Schweizer Arbeitnehmer behandelt werden. Absolute Mindestlöhne werden indessen nicht vorgeschrieben.

Auf entsandte Arbeitnehmer kommt das *Entsendegesetz*⁵⁵ zur Anwendung. Eine Entsendung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin mit Sitz im Ausland in die Schweiz entsandt wird, um während

⁵² Vgl. Daniel Daeniker: Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 101 (2005) 381–389, hier: 385.

⁵³ Vgl. Art. 13 Abs. 1 Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013 (SR 221.331).

⁵⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681); analoge Regeln gelten aufgrund des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960 (SR 0.632.31) für Staatsangehörige von EFTA-Staaten. Für Staatsangehörige aus Bulgarien und Rumänien gelten bis zum 31. Mai 2016 der Inländervorrang, die Kontingentierung der Aufenthaltsbewilligungen sowie die Kontrolle der Arbeits- und Lohnbedingungen. Die Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf Kroatien ist als Folge der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (unten, bei Fn. 61) derzeit in der Schwebe.

⁵⁵ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20).

eines bestimmten Zeitraums eine Arbeitsleistung für einen Schweizer Leistungsempfänger zu erbringen oder in einer hiesigen Niederlassung bzw. einem Betrieb zu arbeiten, der zur Unternehmensgruppe der Arbeitgeberin gehört.⁵⁶ Reparieren zum Beispiel drei Angestellte eines Dachdeckerbetriebes mit Sitz in Stuttgart während zweier Wochen das Dach eines Einfamilienhauses in Schaffhausen, sind die drei deutschen Angestellten entsandte Arbeitnehmer im Sinne des Entsendegesetzes. Auch das Entsendegesetz setzt Minimallöhne nicht in absoluter Höhe fest. Es weitet jedoch den Anwendungsbereich der für Schweizer Arbeitsverträge geltenden Mindestbedingungen auf Arbeitsverhältnisse mit entsandten Arbeitnehmern aus. So müssen die ausländischen Arbeitgeberinnen gemäß Art. 2 Abs. 1 EntsG ihren entsandten Arbeitnehmern in verschiedenen Bereichen zumindest die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, bundesrätlichen Verordnungen, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen mit zwingenden Minimallöhnen vorgeschrieben sind. Verstößt eine ausländische Arbeitgeberin gegen diese Vorschrift, indem sie ihren entsandten Arbeitnehmern eine Entschädigung unter den Mindestlöhnen gewährt, können einerseits die entsandten Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeberin auf Bezahlung der Mindestlöhne klagen (*Paritätslohnanspruch*).⁵⁷ Andererseits sieht das Entsendegesetz Sanktionen für Zuwiderhandlungen vor.⁵⁸

Bestimmungen über die Lohnfestsetzung in Arbeitsverträgen mit Drittstaatsangehörigen, d.h. mit Ausländern, die nicht die EU- oder EFTA-Staatsangehörigkeit besitzen,⁵⁹ sind im *Ausländergesetz* enthalten. Dieses

⁵⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 1 EntsG.

⁵⁷ Vgl. Art. 342 Abs. 2 OR; U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 342 N 6 (S. 1306 oben).

⁵⁸ Gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a, b u. d EntsG kann die zuständige kantonale Behörde gegenüber der ausländischen Arbeitgeberin eine Verwaltungsanktion von bis zu CHF 5 000 aussprechen, ihr bei nicht geringfügigen Verstößen verbieten, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz ihre Dienste anzubieten, und ihr die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen. Befolgt die Arbeitgeberin die Dienstleistungssperre nicht, kann sie mit einer Buße von bis zu CHF 40 000 bestraft werden (Art. 12 Abs. 1 lit. c EntsG). Sanktionierte Arbeitgeberinnen werden in eine öffentlich zugängliche, vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) geführte Liste eingetragen (Art. 9 Abs. 3 EntsG).

⁵⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 u. 3 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20). Entsandten Dienstleistungs-

statuiert unter anderem die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Ausländer zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassen werden kann. Dazu gehört die Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen.⁶⁰ Hierfür stellen die Behörden oft auf statistische Lohnerhebungen ab. Gewährt eine Arbeitgeberin ihrem ausländischen Arbeitnehmer den üblichen Lohn nicht, erhält der Arbeitnehmer keine Bewilligung. Das Ausländergesetz statuiert somit – anders als das Freizügigkeitsabkommen und das Entsendegesetz – Mindestlöhne. Diese Paritätslöhne gelten jedoch einzig für ausländische Arbeitnehmer.

Derzeit unklar ist, wie sich die oben umschriebene Rechtslage aufgrund der *Volksinitiative* vom 14. Februar 2012 «*Gegen Masseneinwanderung*» ändern wird, die Volk und Stände am 9. Februar 2014 mit knapper Mehrheit angenommen haben. Die Initiative sieht vor, die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen generell – d.h. auch gegenüber Staatsangehörigen aus EU- und EFTA-Staaten – durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente zu begrenzen, wobei die Limiten für Erwerbstätige unter Einbezug der Grenzgänger auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizer Staatsangehörige auszurichten sind.⁶¹ Bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage zu berücksichtigen, was auf einen bestimmten Mindestlohn hinauslaufen könnte. Diese Vorgaben bewirken einen Systemwechsel in der

erbringern aus dem EU- oder EFTA-Raum gewährt das Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz während maximal 90 Tagen pro Kalenderjahr. Dauert der Aufenthalt länger, unterliegen auch die entsandten EU-/EFTA-Dienstleistungserbringer dem Ausländergesetz. Vgl. zum Ganzen Art. 5 Abs. 1 u. 2 des Freizügigkeitsabkommens; Art. 17 u. 20–21 Anhang I FZA; Art. 14 Abs. 1 und Art. 15 der Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP) vom 22. Mai 2002 (SR 142.203).

⁶⁰ Art. 22 u. Art. 18 lit. c AuG.

⁶¹ Vgl. den Text der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung in: Bundesblatt (2013) 7351–7352; Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, in: Bundesblatt (2013) 291–344.

Zuwanderungspolitik der Schweiz gegenüber Staatsangehörigen der EU und EFTA, der mit dem geltenden Freizügigkeitsabkommen nicht vereinbar ist. Für die Anpassung von völkerrechtlichen Verträgen und die Umsetzung auf Gesetzesstufe wird eine Frist bis zum 9. Februar 2017 vorgesehen. Vorübergehend ist es zulässig, die Ausführungsbestimmungen mittels Verordnung des Bundesrates zu erlassen.

(v) *Gleichstellungsgesetz*. – Nach Art. 3 Abs. 1 des Gleichstellungsgesetzes (GlG)⁶² dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Das Verbot gilt gemäß Art. 3 Abs. 2 GlG auch für die Entlohnung. Ist ein Arbeitnehmer von einer Lohndiskriminierung betroffen, kann er gegen die Arbeitgeberin auf Zahlung des geschuldeten Lohns klagen.⁶³ Der Gleichstellungsanspruch gilt umfassend, somit für alle Funktionen und Stufen.⁶⁴ Unzulässig sind direkte und indirekte Lohndiskriminierungen: Eine *direkte Diskriminierung* erfolgt unmittelbar aufgrund des Geschlechts bzw. eines Umstands, der nur bei einem Geschlecht vorliegen kann, wie eine Schwangerschaft. Eine direkte Diskriminierung liegt etwa vor, wenn Arbeitnehmerinnen wegen ihres Geschlechts für dieselbe Arbeit weniger Lohn erhalten als ihre männlichen Kollegen.⁶⁵ Die *indirekte Diskriminierung* ist formell betrachtet geschlechtsneutral, diskriminiert aber im Ergebnis überwiegend und ohne sachlichen Grund das eine Geschlecht.⁶⁶ So kann eine indirekte Lohndiskriminierung vorliegen, wenn ein typisch weiblicher Beruf ohne sachlichen Grund schlechter bezahlt wird als ein geschlechtsneutraler Beruf.⁶⁷ Das Gleichstellungsgesetz setzt somit Schranken bei der Lohnfestsetzung, statuiert aber keine Mindestlöhne.

(vi) *Sondervorschriften für Finanzinstitute*. – Die Finanzkrise war Auslöser verschiedener Reformen, die zum Teil auch die Entlohnung des Personals

⁶² Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995 (SR 151.1).

⁶³ Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG.

⁶⁴ Vgl. U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 322 N 20 (S. 299).

⁶⁵ Th. Geiser, R. Müller: Arbeitsrecht in der Schweiz, N 385.

⁶⁶ U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 322 N 20 (S. 300) mit weiteren Hinweisen.

⁶⁷ Vgl. BGE 136 II 393 E. 11.3 S. 397–398 sowie dasselbe Urteil 8C_78/2009 vom 31. August 2010, E. 5.1 u. E. 5.2 (St. Galler Krankenschwestern und Hebammen); BGE 124 II 436 E. 6 S. 439–440 (Solithurner Kindergärtnerinnen).

betroffen. Im Herbst 2009 erließ die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) ihr *Rundschreiben* zu den Vergütungssystemen.⁶⁸ Das Rundschreiben ist verbindlich für Finanzinstitute, die aufgrund der einschlägigen Verordnung⁶⁹ Eigenmittel von mindestens CHF 2 Milliarden halten müssen; für die übrigen Finanzinstitute stellt das Rundschreiben grundsätzlich bloß eine Empfehlung dar.⁷⁰ Gemäß dem Rundschreiben haben die Finanzinstitute ein Vergütungssystem zu erlassen, das die Mitarbeiter zur Förderung des langfristigen Erfolgs und der Stabilität des Finanzinstituts veranlassen und insbesondere keine Anreize zur Eingehung unangemessener Risiken setzen soll.⁷¹ Hierzu stellt das Rundschreiben zehn Grundsätze auf: Unter anderem muss das Vergütungssystem langfristig ausgerichtet sein und das Risikobewusstsein fördern.⁷² Variable Vergütungen sind gemäß nachhaltigen Kriterien zu verteilen.⁷³ Ein Teil der Vergütungen ist in der Regel aufgeschoben zu entrichten, indem der Arbeitnehmer über die Vergütung erst eine gewisse Zeit nach der Arbeiterbringung, beispielsweise zwei Jahre später, frei verfügen kann, wobei der Wert während dieser Frist ändert.⁷⁴ Jedoch sieht das Rundschreiben davon ab, die konkrete Höhe der Vergütungen zu regeln oder spezifische Limiten festzulegen. Das Rundschreiben steht in einem Spannungsverhältnis zu Vorschriften des Arbeitsrechts: So verstößt der an sich sinnvolle Aufschub eines Teils der Vergütung gegen die vorgeschriebene Fälligkeit des Lohns am Ende jedes Monats gemäß Art. 323 Abs. 1 OR. Diese Konflikte zwischen zwingenden Gesetzesbestimmungen und den Regeln des Rundschreibens, dem keine Gesetzesnatur zukommt, sind nicht vollständig geklärt.⁷⁵

⁶⁸ FINMA-Rundschreiben 2010/1 vom 21. Oktober 2009 über Vergütungssysteme (Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten).

⁶⁹ Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (Eigenmittelverordnung, ERV) vom 1. Juni 2012 (SR 952.03) bzw. Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO) vom 9. November 2005 (SR 961.011).

⁷⁰ FINMA-Rundschreiben 2010/1, N 6–9.

⁷¹ Ebd., N 1.

⁷² Ebd., N 23, 30 u. 51.

⁷³ Ebd., N 44.

⁷⁴ Ebd., N 49–50.

⁷⁵ Vgl. U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 322d N 2 (S. 333–334) mit weiteren Hinweisen.

Ebenfalls als Folge der Finanzkrise hat der eidgenössische Gesetzgeber am 30. September 2011 *Art. 10a Bankengesetz* (BankG)⁷⁶ erlassen. Die Bestimmung kommt zur Anwendung, wenn einer systemrelevanten Bank oder ihrer Konzernobergesellschaft trotz Umsetzung der für sie gemäß Art. 9 BankG geltenden besonderen Anforderungen direkt oder indirekt staatliche Beihilfe aus Bundesmitteln gewährt wird. In einem solchen Fall hat der Bundesrat für die Dauer der beanspruchten Unterstützung Maßnahmen im Bereich der Vergütungen anzuordnen, namentlich die Auszahlung variabler Vergütungen ganz oder teilweise zu verbieten oder Anpassungen des Vergütungssystems zu verlangen.⁷⁷

(vii) *Bundespersonalgesetz*. – Nach Art. 15 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Bundespersonalgesetz (BPG)⁷⁸ bemisst sich der Lohn des Bundespersonals nach Funktion, Erfahrung und Leistung, wobei der Bundesrat *Mindestlöhne* festlegt. Dieser beträgt gemäß Art. 7 Abs. 1 der Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz⁷⁹ grundsätzlich CHF 38 000 brutto für vollzeitbeschäftigte Angestellte ohne abgeschlossene Berufslehre. Der Bundesrat sowie die übrigen Arbeitgeberinnen im Sinne von Art. 3 BPG – darunter bundesnahe Unternehmen (etwa die Schweizerischen Bundesbahnen SBB) und Anstalten (wie die ETH) – haben Ausführungsbestimmungen zu erlassen, in denen die Grundsätze des Bundespersonalgesetzes konkretisiert werden.⁸⁰ Für die Bundesverwaltung hat der Bundesrat die Bundespersonalverordnung⁸¹ erlassen. Diese sieht 38 Lohnklassen vor, wobei der Höchstbetrag in der untersten Klasse (Lohnklasse 1) CHF 60 764 und derjenige in der obersten Klasse (Lohnklasse 38) CHF 370 568 beträgt,⁸²

⁷⁶ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).

⁷⁷ Art. 10a Abs. 2 BankG; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 BankG. Durch die in Art. 10a Abs. 3 BankG statuierte Pflicht, im Vergütungssystem einen verbindlichen Vorbehalt der Beschränkung variabler Vergütungen im Falle staatlicher Unterstützung anzubringen, ist die Durchsetzung gegenüber Arbeitnehmern aus vertragsrechtlicher Sicht gewährleistet.

⁷⁸ Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

⁷⁹ Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11).

⁸⁰ Vgl. Art. 37 Abs. 1, 3 u. 3^{bis} BPG.

⁸¹ Bundespersonalverordnung (BPV) vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3).

⁸² Art. 36 BPV.

zuzüglich eines Ortszuschlags von maximal CHF 6 000.⁸³ Das oberste Kader von bundesnahen Unternehmen und Anstalten untersteht der *Kaderlohnverordnung*.⁸⁴ Die Kaderlohnverordnung enthält keine Limiten für die Löhne. Art. 7 Kaderlohnverordnung schreibt lediglich vor, dass bei der Festsetzung der Entlohnung das unternehmerische Risiko, die Unternehmensgröße sowie die Entlohnung bzw. die weiteren Vertragsbedingungen in der betreffenden Branche und in obersten Kaderfunktionen des Bundes zu berücksichtigen sind.

(viii) *Strafgesetzbuch*. – Das Strafgesetzbuch (StGB)⁸⁵ verbietet gewisse Handlungen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Verträgen: So kann nach dem *Wucher-Tatbestand* von Art. 157 StGB bestraft werden, wer die Zwangslage, die Abhängigkeit, die Unerfahrenheit oder die Schwäche im Urteilsvermögen einer Partei ausbeutet, um sich Vermögensvorteile gewähren oder versprechen zu lassen, die zur eigenen Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis stehen. In extremen Fällen ist es denkbar, dass der Tatbestand auf ein Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangt: Die Arbeitgeberin nutzt die Zwangslage des Arbeitnehmers aus, indem die ihr erbrachte Arbeitsleistung zum bezahlten Lohn in einem Missverhältnis steht. Aufgrund des Verstoßes gegen Art. 157 StGB hat der Arbeitsvertrag einen rechtswidrigen Inhalt, weshalb zumindest die Lohnabrede nichtig und stattdessen der übliche Lohn geschuldet ist.⁸⁶ Gestützt auf Art. 157 StGB wurde ein aus Ghana stammender Rechtsberater des UNO-Hochkommissariats für Flüchtlinge zu einer bedingten Freiheitsstrafe von vier Monaten verurteilt, weil er eine unerfahrene, 22-jährige Landsfrau von Ende Mai 1997 bis November 1999 als Hausangestellte für sich arbeiten ließ.⁸⁷ Für einen wöchentlichen Arbeitseinsatz von 50 Stunden gewährte er ihr lediglich Kost und Logis. Ab Sommer 1998 entrichtete er ihr einen Betrag von CHF 300 pro Monat, über den die Angestellte allerdings nicht verfügen konnte, weil der Arbeitgeber die Kontokarte und ihre Ausweise zu-

⁸³ Art. 43 Abs. 2 BPV.

⁸⁴ Verordnung über die Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnverordnung) vom 19. Dezember 2003 (SR 172.220.12).

⁸⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

⁸⁶ Vgl. Art. 322 Abs. 1 bzw. Art. 320 Abs. 3 OR.

⁸⁷ BGE 130 IV 106 E. 7 S. 108–111 (= Pra 94 [2005] Nr. 32 S. 243 E. 7 S. 247–249).

rückbehielt. Der Arbeitsvertrag hätte einen Monatslohn von CHF 1 527.50 vorgesehen. Die Angestellte gab zu Protokoll, den Vertrag nicht gelesen, keinen Lohn erwartet und vor dieser Stelle zwei Jahre entschädigungslos für ihren Onkel in Ghana gearbeitet zu haben.

c) Gesamt- und Normalarbeitsverträge

Neben den erwähnten Gesetzesbestimmungen wird die Entlohnung in der Schweiz vor allem durch «Gesamtarbeitsverträge» und «Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen» reguliert.⁸⁸ Diese «Verträge» stellen das zentrale Instrument dar, um die Löhne in gewissen Branchen oder Regionen zu regulieren. Als Folge der Öffnung und Liberalisierung des Arbeitsmarktes hat deren Bedeutung noch zugenommen.⁸⁹

(i) *Gesamtarbeitsverträge*. – Gesamtarbeitsverträge (GAV) werden zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden bzw. einzelnen Arbeitgeberinnen abgeschlossen. Beispiele hierfür sind etwa der Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe⁹⁰ oder der GAV für das Coiffeurgewerbe.⁹¹ Nach Art. 356 Abs. 1 OR enthalten GAV Bestimmungen über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse. Diese in Form von «Verträgen» vereinbarten Regeln wirken für die beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer wie die Vorschriften eines staatlichen Gesetzes,⁹² können mithin unmittelbar Ansprüche begründen.⁹³ Die beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer dürfen in Einzelarbeitsverträgen nur *zugunsten* des Arbeitnehmers von GAV-Bestimmungen ab-

⁸⁸ In der Normenhierarchie stehen die Gesamt- und Normalarbeitsverträge unterhalb der Gesetzesstufe. Deren Bestimmungen dürfen deshalb nicht von zwingenden Gesetzesvorschriften abweichen.

⁸⁹ Vgl. Daniel Oesch: Die Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen für die Arbeitsmarktregulierung in der Schweiz, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) (2012) 120–127, hier: 125.

⁹⁰ Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe 2012–2015 (LMV 12/15) vom 28. März 2012, abgeschlossen zwischen dem Schweizerischen Baumeisterverband (SBV), der Gewerkschaft UNIA und SYNA.

⁹¹ Gesamtarbeitsvertrag für das schweizerische Coiffeurgewerbe, abgeschlossen zwischen coiffureSUISSE, Association suisse de la coiffure (Verband Schweizer Coiffeurgeschäfte), der Gewerkschaft UNIA und SYNA, gültig ab 1. Oktober 2013.

⁹² Vgl. Art. 357 Abs. 1 OR (normative Wirkung).

⁹³ Vgl. U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 357 N 2 (S. 1466).

weichen.⁹⁴ Insbesondere enthalten GAV oft *Mindestlöhne*, denen die gleiche Wirkung wie staatlich erlassenen Mindestlöhnen zukommt.

Das Gesetz kennt verschiedene Formen einer Beteiligung von Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmern an einem GAV: Die primäre Möglichkeit ist der Beitritt zu einem Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerverband, der einen GAV abgeschlossen hat. Außerdem kann eine Arbeitgeberin schriftlich den Anschluss an einen GAV erklären, der den Anschluss Außenstehender zulässt.⁹⁵ Genauso kann ein Arbeitnehmer, der selbst nicht Mitglied des GAV-Arbeitnehmerverbands ist, aber bei einer beteiligten Arbeitgeberin angestellt ist, den Anschluss an den GAV erklären. In einem weiteren Sinne gelten auch Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer, die vom Geltungsbereich eines *allgemeinverbindlich erklärten* GAV erfasst werden, als beteiligt.⁹⁶ Ein allgemeinverbindlich erklärter GAV findet auf sämtliche Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer einer gewissen Branche innerhalb eines bestimmten Gebiets Anwendung. Die Allgemeinverbindlicherklärung verhindert, dass die im engeren Sinne beteiligten Arbeitgeberinnen gegenüber ihren nicht beteiligten Konkurrenten einen Wettbewerbsnachteil erleiden, indem sie beispielsweise höhere Löhne bezahlen müssen.⁹⁷ Die Kontrolle der Einhaltung von allgemeinverbindlichen GAV, insbesondere der Mindestlöhne, obliegt den paritätischen Kommissionen. Diese setzen sich gleichmäßig aus Vertretern von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden zusammen.

⁹⁴ Art. 357 Abs. 2 OR (Günstigkeitsprinzip). Vorbehalten bleiben Fälle, in denen ein GAV Abweichungen ausdrücklich zulässt oder sich einzig für anwendbar erklärt, wenn die Beteiligten keine andere Vereinbarung getroffen haben.

⁹⁵ Vgl. Art. 356b Abs. 1 OR; zum Schriftformerfordernis Art. 356c Abs. 1 OR.

⁹⁶ U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 356 N 2 (S. 1421); zur Allgemeinverbindlicherklärung vgl. das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SR 221.215.311, AVEG). Das AVEG unterscheidet zwischen zwei Verfahren. Im *normalen* Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung erklärt die zuständige kantonale Behörde einen GAV auf Antrag sämtlicher Vertragsparteien für allgemeinverbindlich, sofern verschiedene Voraussetzungen erfüllt sind. Eine *erleichterte* Allgemeinverbindlicherklärung können die tripartiten Kommissionen, die sich aus Vertretern der Behörden, Arbeitgeberinnen und Gewerkschaften zusammensetzen (vgl. Art. 360b OR), beantragen, wenn sie feststellen, dass in einer Branche missbräuchliches Lohndumping betrieben wird. In der Praxis versuchen die tripartiten Kommissionen in der Regel zuerst, sich mit den fehlbaren Arbeitgeberinnen auf die Bezahlung höherer Löhne zu einigen.

⁹⁷ Vgl. D. Oesch: Die Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen, 124.

Verstößt eine Arbeitgeberin gegen einen allgemeinverbindlichen GAV, kann dies zwei verschiedene Folgen nach sich ziehen: Einerseits steht den betroffenen Arbeitnehmern ein Anspruch auf Bezahlung der Mindestlöhne zu. Sofern der GAV dies vorsieht, dürfen überdies die Vertragsparteien gegen die fehlbare Arbeitgeberin auf Feststellung der GAV-Verletzung klagen. Andererseits können einer Schweizer Arbeitgeberin etwaige Konventionalstrafen bzw. die Kontrollkosten auferlegt werden. Bei einer ausländischen Arbeitgeberin sind zudem eine Sanktion durch die zuständige kantonale Behörde gestützt auf das Entsendegesetz und eine Aufnahme in die vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) geführte öffentliche Liste von sanktionierten Arbeitgeberinnen möglich.⁹⁸

In der Schweiz beträgt der *GAV-Abdeckungsgrad* etwa 50%. Im Jahr 2012 unterstanden ungefähr 1,2 Mio. Arbeitnehmer gesamtarbeitsvertraglich geregelten Mindestlöhnen, was einen Abdeckungsgrad von knapp 40% ergibt.⁹⁹ Oft liegen die von den beteiligten Arbeitgeberinnen gewährten Minimallöhne über den im GAV festgelegten Mindestlöhnen.

(ii) *Normalarbeitsverträge*. – Auch Normalarbeitsverträge gelten unter dem Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung unmittelbar für die ihnen unterstellten Arbeitsverhältnisse.¹⁰⁰ Somit müssen Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer die Bestimmungen eines Normalarbeitsvertrags nicht in die Einzelarbeitsverträge übernehmen.¹⁰¹ Normalarbeitsverträge unterscheiden sich in folgender Hinsicht von den GAV: Sie werden nicht von den Sozialpartnern ausgehandelt, sondern von der zuständigen Behörde¹⁰² erlassen und stellen – entgegen ihrer Bezeichnung – keine Verträge, sondern Gesetzesrecht dar.¹⁰³ Indessen kommt Normalarbeitsverträgen grundsätzlich keine zwingende Wirkung zu: Wie aus Art. 360 Abs. 1 OR hervorgeht, dürfen Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer mittels vertraglicher Verein-

⁹⁸ Dazu oben, Fn. 58.

⁹⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, in: Bundesblatt (2013) 1211–1253, hier: 1229 und Tabelle 2, S. 1249 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁰ Art. 360 Abs. 1 OR (normative Wirkung).

¹⁰¹ U. Streiff, A. von Kaenel, R. Rudolph: Arbeitsvertrag, Art. 360 N 2 (S. 1508).

¹⁰² Vgl. dazu Art. 359a Abs. 1 OR.

¹⁰³ W. Portmann, J.-F. Stöckli: Schweizerisches Arbeitsrecht, N 140 (Gesetz im materiellen Sinn).

barung von den Bestimmungen eines Normalarbeitsvertrags abweichen. Der Normalarbeitsvertrag entspricht insofern *dispositivem Gesetzesrecht*.¹⁰⁴

Unter bestimmten Voraussetzungen erlässt die zuständige Behörde allerdings einen befristeten Normalarbeitsvertrag, der nach Regionen und gegebenenfalls Orten differenzierte zwingende Mindestlöhne vorsieht. In diesem Fall dürfen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer gemäß Art. 360d Abs. 2 OR nicht zuungunsten des Arbeitnehmers vom Normalarbeitsvertrag abweichen. Der Erlass eines Normalarbeitsvertrags mit *zwingenden Mindestlöhnen* setzt nach Art. 360a OR voraus, dass die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt und in missbräuchlicher Weise unterboten werden. Für die betroffene Region, den Beruf oder die Branche darf kein GAV existieren, der Mindestlöhne statuiert und für allgemeinverbindlich erklärt werden könnte. Zudem dürfen die Mindestlöhne dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die berechtigten Interessen anderer Branchen oder Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen. Schliesslich müssen die aus Vertretern der Behörden, Arbeitgeberinnen und Gewerkschaften zusammengesetzten tripartiten Kommissionen bei der zuständigen Behörde einen Antrag auf Erlass eines solchen Normalarbeitsvertrags stellen.¹⁰⁵

Hält eine Arbeitgeberin die zwingenden Mindestlöhne nicht ein, haben die Arbeitnehmer einen Anspruch auf Bezahlung der Mindestlöhne. Die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerverbände dürfen nach Art. 360e OR auf gerichtliche Feststellung der Verletzung des Normalarbeitsvertrags klagen (Verbandsklagerecht). Außerdem kann die fehlbare Arbeitgeberin von der zuständigen kantonalen Behörde sanktioniert werden.¹⁰⁶

Zurzeit gibt es auf gesamtschweizerischer Ebene einen einzigen Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlöhnen, nämlich denjenigen für

¹⁰⁴ Th. Geiser, R. Müller: Arbeitsrecht in der Schweiz, N 859.

¹⁰⁵ Art. 360a Abs. 1 und Art. 360b Abs. 3 OR; zu den tripartiten Kommissionen oben, Fn. 96.

¹⁰⁶ Vgl. zu den Sanktionen gegen ausländische Arbeitgeberinnen Art. 9 Abs. 2 lit. a u. b EntsG und dazu oben, Fn. 58. Seit dem 1. Januar 2013 können gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. c EntsG auch *inländische* Arbeitgeberinnen mit einer Verwaltungssanktion von bis zu CHF 5 000 belegt werden. Handelt die Schweizer Arbeitgeberin systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht, kann sie mit einer Buße von bis zu CHF 40 000 bestraft werden (Art. 12 Abs. 1 lit. d EntsG). In- und ausländische Arbeitgeberinnen werden im Falle einer Sanktionierung in eine öffentliche, vom SECO geführte Liste aufgenommen (Art. 9 Abs. 3 EntsG).

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der *Hauswirtschaft*. Je nach Lohnkategorie beträgt der Mindestlohn zwischen CHF 18.55 und CHF 22.40 pro Stunde. Auf kantonaler Ebene sind Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen vor allem in den Kantonen Genf (z.B. im Einzelhandel und Kosmetikbereich), Tessin (etwa für Arbeitnehmerinnen in Schönheitssalons und Callcentern) und Wallis (so im Bauhauptgewerbe) verbreitet.¹⁰⁷ Dass in der Deutschschweiz keine Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen existieren, wird kritisiert. Den tripartiten Kommissionen ist vorgeworfen worden, es fehle ihnen am politischen Willen, ihre Kompetenzen wahrzunehmen und Anträge auf Erlass von Normalarbeitsverträgen mit zwingenden Mindestlöhnen zu stellen.¹⁰⁸

d) *Selbstregulierung*

Abgesehen von den zwingenden Gesetzesbestimmungen sowie den Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sind Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz grundsätzlich frei, die Lohnart, die Lohnhöhe und das Verfahren der Lohnfestsetzung vertraglich festzulegen. Doch spielt in der Praxis bisweilen noch eine dritte Normquelle eine Rolle: die Selbstregulierung. Gemeint sind Regeln, die von nicht staatlichen Organen erlassen werden und mehr oder weniger verbindliche Empfehlungen zur optimalen Verhaltensweise («best practice») enthalten. Im vorliegenden Zusammenhang erwähnenswert sind der *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* (SCBP) von *economiesuisse* sowie die «Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance» der SIX Swiss Exchange.

(i) *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*. – Der SCBP wurde von einer Expertengruppe im Auftrag der *economiesuisse* verfasst und erstmals im Jahr 2002 veröffentlicht. Die Regeln des SCBP sind, obwohl von den Publikumsgesellschaften in der Schweiz stark beachtet, nicht verbindlich. Es besteht auch keine rechtliche Pflicht, Abweichungen zu begründen. In seiner ursprünglichen Fassung enthielt der SCBP nur wenige Regeln zur Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Immerhin empfiehlt Ziff. 25 die Einsetzung eines Entschädigungsausschusses

¹⁰⁷ Vgl. www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html mit einer Übersicht über die Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen.

¹⁰⁸ Vgl. etwa Tages-Anzeiger (26. April 2013) 3 («Kantone gegen Mindestlöhne»).

(*Compensation Committee*), der sich *mehrheitlich* aus nicht exekutiven und unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrates zusammensetzt. Der Ausschuss unterbreitet die Grundsätze der Entschädigungspolitik dem Verwaltungsrat zur Genehmigung. Nach Ziff. 26 soll die Entschädigung – unter Vermeidung falscher Anreize – vom nachhaltigen Erfolg des Unternehmens und vom persönlichen Beitrag abhängig gemacht werden.

Im Herbst 2007 sind die Regeln zur Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung im neuen *Anhang 1* aktualisiert worden. Von konkreten Regeln über die Höhe der Vergütungen ist bewusst abgesehen worden. Der Entschädigungsausschuss sollte gemäß Ziff. 2 nun *ausschließlich* aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammengesetzt sein. Das Entschädigungssystem ist nach Ziff. 3 so auszugestalten, dass die Interessen der Spitzenkräfte mit den Interessen der Gesellschaft in Einklang stehen. Es enthält laut Ziff. 4 in der Regel feste und variable Vergütungen, wobei der veränderliche Teil von der individuellen Leistung und vom nachhaltigen Unternehmenserfolg abhängt. Mit erst später verfügbaren Entschädigungselementen ist ein Verhalten zu belohnen, das auf den mittel- und langfristigen Erfolg ausgerichtet ist. Werden die Ziele nicht erreicht, sind die variablen Vergütungen zu streichen oder zu kürzen. Ziff. 6 schließt in der Regel «goldene Fallschirme» im Falle eines Kontrollwechsels und Abgangsentschädigungen oder ähnliche Sonderleistungen bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses außerhalb eines Kontrollwechsels aus. Bei solchen Entschädigungen besteht das Risiko, dass ein Verwaltungsratsmitglied nur deshalb eine an sich unvorteilhafte Transaktion anstrebt, damit ihm die Entschädigung ausbezahlt wird. Schließlich hat der Verwaltungsrat nach Ziff. 8 jährlich einen Entschädigungsbericht zu erstellen, über den die Generalversammlung gemäß Ziff. 9 in einer Konsultativabstimmung oder indirekt im Rahmen der Genehmigung der Jahresrechnung bzw. der Entlastung des Verwaltungsrates abstimmt. Unter anderem als Folge dieser Empfehlung haben zahlreiche Schweizer Publikumsgesellschaften ihren Vergütungsbericht der Generalversammlung zur Konsultativabstimmung unterbreitet.

Der SCBP ist zum Teil auf Kritik gestoßen, weil seine Bestimmungen offen formuliert sind und stark vom geltenden Recht überlagert werden.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Vgl. A. Meier-Hayoz, P. Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 10 N 209 (wenig Anlass für Publikumsgesellschaften, die Regeln nicht einzuhalten).

Durch die Umsetzung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» ist der SCBP teilweise überholt. Er befindet sich seit geraumer Zeit in Revision.¹¹⁰ Am 5. Juni 2014 eröffnete *economiesuisse* die Konsultation zum überarbeiteten SCBP. Die Neuauflage ist für September 2014 geplant.

(ii) *Corporate-Governance-Richtlinie der SIX Swiss Exchange*. – Die Richtlinie der SIX Swiss Exchange AG betr. Informationen zur Corporate Governance (Richtlinie Corporate Governance, RLCG) vom 29. Oktober 2008 findet nach Art. 3 RLCG auf Emittentinnen Anwendung, deren Beteiligungsrechte an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Art. 4 RLCG verpflichtet die Gesellschaften, unter anderem gewisse Informationen über die Entschädigung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, die im Anhang zur Richtlinie spezifiziert werden, zu veröffentlichen. Die offenzulegenden Punkte stimmen im Wesentlichen mit der gesetzlichen Informationspflicht gemäß Art. 663b^{bis} OR überein.¹¹¹ Doch weisen die von der RLCG verlangten Angaben teilweise einen höheren Detaillierungsgrad auf. Weicht eine Gesellschaft von den Regeln der RLCG ab, muss sie dies «einzeln und substantziell» begründen.¹¹² Die RLCG enthält indessen keine Vorschriften zur Höhe oder Art der Entlohnung. Ebenso wenig regelt sie das Verfahren der Lohnfestsetzung.

IV. Jüngste Reformvorhaben

Die Bestimmungen zum Lohn im Allgemeinen und zur Lohnfestsetzung im Speziellen waren und sind Gegenstand verschiedener Postulate, Motionen und Initiativen. Nachfolgend wird auf drei eidgenössische Volksinitiativen eingegangen, die bedeutende Änderungen der Festsetzung des Lohns von Gesellschaftsorganen bzw. Arbeitnehmern angestrebt haben.

Nicht behandelt wird die Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen», die mit der neuen Bestimmung von Art. 110a der Bun-

¹¹⁰ Vgl. Rudolf Wehrli: Nach der Minder-Initiative – wie weiter?, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (2013) 1–4, hier: 3–4.

¹¹¹ Vgl. oben, bei Fn. 53.

¹¹² Art. 7 RLCG («comply or explain»-Prinzip).

desverfassung (BV)¹¹³ verlangt, dass der Bund für die Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens sorgt, das «der ganzen Bevölkerung ein menschenwürdiges Dasein und die Teilnahme am öffentlichen Leben ermöglichen» soll, wobei die Finanzierung und die Höhe des Grundeinkommens auf Gesetzesstufe zu regeln sind. Die Initiative ist am 4. Oktober 2013 eingereicht worden und mit 126 408 Unterschriften gültig zustande gekommen.¹¹⁴

Ebenso wenig wird die am 9. Februar 2014 angenommene Volksinitiative «*Gegen Masseneinwanderung*» erörtert, welche einen Systemwechsel in der schweizerischen Zuwanderungspolitik gegenüber der EU und der EFTA bedingen wird und sich auf die Lohnfestsetzung in Arbeitsverträgen mit ausländischen Staatsangehörigen auswirken kann.

Auch auf *kantonale Vorstöße* wird nachfolgend nicht eingegangen. So nahm das Stimmvolk des Kantons Neuenburg am 27. November 2011 eine parlamentarische Initiative der Partei SolidaritéS mit einem Ja-Anteil von 54.6% an, welche die Einführung eines allgemeinen kantonalen Mindestlohns verlangte. Die Regierung schlug als Untergrenze CHF 20 pro Stunde vor.¹¹⁵

1. Initiative «gegen die Abzockerei»

a) Entwicklung

Am 26. Februar 2008 wurde die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» eingereicht, die Art. 95 Abs. 3 BV zum Gegenstand hatte. Noch im gleichen Jahr empfahl der Bundesrat die Ablehnung der Initiative. Während gut dreieinhalb Jahren beriet das Parlament anschließend über einen Gegenvorschlag, der auch verschiedene Elemente der hängigen «großen» Aktienrechtsrevision aufnahm und automatisch in Kraft getreten wäre, falls die Initiative abgelehnt und gegen den Gegenvorschlag nicht das Referen-

¹¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹¹⁴ Verfügung der Schweizerischen Bundeskanzlei vom 7. November 2013, in: Bundesblatt (2013) 8661.

¹¹⁵ Vgl. Tages-Anzeiger (28. November 2013) 35 (mit Hinweisen auf politische Vorstöße zu Mindestlöhnen in anderen Kantonen) und Tages-Anzeiger (12. November 2013) 5. Das Kantonsparlament folgte am 28. Mai 2014 dem Vorschlag der Regierung. Die Inkraftsetzung der neuen Regelung in Neuenburg ist für Anfang 2015 geplant.

dum ergriffen worden wäre. Am 3. März 2013 nahmen Volk und Stände die Initiative mit deutlicher Mehrheit an.¹¹⁶ Bis zur Verabschiedung der erforderlichen Gesetzesanpassungen durch das Parlament erfolgt die Umsetzung der Initiative anhand der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen «Verordnung gegen übermäßige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)».¹¹⁷

b) Geltungsbereich und Inhalt

(i) *Geltungsbereich.* – Die Bestimmungen der VegüV gelangen zur Anwendung auf Aktiengesellschaften gemäß dem Schweizer Obligationenrecht, deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind.¹¹⁸ Diese Voraussetzung erfüllen prozentual betrachtet nur wenige Gesellschaften,¹¹⁹ denen aber aufgrund der Größe und ihres Anteils an der Wertschöpfung der Schweizer Wirtschaft eine hohe Bedeutung zukommt. Im Folgenden wird anhand der VegüV auf einige Neuerungen eingegangen, welche die Umsetzung der Initiative für die Lohnfestsetzung seit dem 1. Januar 2014 mit sich bringt.¹²⁰

(ii) *Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung.* – Bei der Volksabstimmung verkannten offenbar zahlreiche Befürworter, dass mit der Initiative keine Begrenzung der Managementsaläre verbunden ist, sondern diese im Wesentlichen auf eine Ausdehnung der Kompetenzen der Generalversammlung zielt: Der Lohn gilt als akzeptabel, wenn er von der Generalversammlung genehmigt wird und von den Statuten abgedeckt

¹¹⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Bundesratsbeschluss vom 30. April 2013 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 3. März 2013, in: Bundesblatt (2013) 3129–3133, hier: 3129 (67.96% Ja-Stimmen, Annahme durch sämtliche Stände).

¹¹⁷ SR 221.331. Die Verordnung wurde am 20. November 2013 samt Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013 verabschiedet. Der Erlass stützt sich auf den am 14. Juni 2013 vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement veröffentlichten Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei.

¹¹⁸ Art. 1 Abs. 1 VegüV; vgl. Art. 620–762 OR.

¹¹⁹ Vgl. Stefan Knobloch: Ist die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» umsetzbar?, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (2012) 372–379, hier: 372 (241 kotierte Gesellschaften von total ungefähr 327 000 Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

¹²⁰ Zur Übergangsregelung vgl. den Grundsatz von Art. 26 Abs. 2 VegüV (sofortige Geltung) sowie die Detailvorschriften und Übergangsfristen in Art. 27–32 VegüV.

ist, mag er noch so hoch sein. Der Fokus der Initiative liegt somit auf einer Art «*Legitimation durch Verfahren*» und nicht auf der Festlegung einer materiell als gerecht oder fair beurteilten Entschädigungshöhe.

Entsprechend stellt eine der wichtigsten Änderungen die zwingende Genehmigung der Vergütung von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat durch die Generalversammlung dar.¹²¹ Auf diese Weise wird die «Aktionärsdemokratie» gestärkt, was einem Grundanliegen der *Corporate Governance* entspricht. Wie aus Art. 19 Abs. 1 VegüV hervorgeht, kann die Abstimmung der Generalversammlung für das laufende (prospektiv) oder für das abgeschlossene Geschäftsjahr (retrospektiv) erfolgen. Die Einzelheiten zur Abstimmung bzw. zum Vorgehen im Falle einer Ablehnung der vorgeschlagenen Vergütungen durch die Generalversammlung sind nach Art. 18 Abs. 2 VegüV in den Statuten zu regeln. Als Rahmenbedingungen müssen gemäß Art. 18 Abs. 3 VegüV eingehalten werden: (i) Die Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütungen erfolgt jährlich; (ii) über den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ist gesondert abzustimmen; und (iii) die Abstimmung der Generalversammlung muss bindende Wirkung haben. Die VegüV äußert sich nicht zur Rechtslage, wenn die Generalversammlung die Vergütung ablehnt. Nach dem Zusatzbericht dürfen die Statuten nicht betimmen, dass bei einer Ablehnung die letztmals genehmigten Vergütungen gelten oder dass die Entscheidungsbefugnis dem Vergütungsausschuss übertragen wird.¹²² Die Gesellschaften können jedoch vorsehen, dass der Verwaltungsrat im Falle einer Ablehnung neue Anträge stellen oder innert einer bestimmten Frist eine weitere Generalversammlung einberufen kann.¹²³

Die rechtlichen, insbesondere arbeitsrechtlichen Konsequenzen einer *verweigerten Genehmigung* der Vergütungen sind nicht restlos geklärt. Angesichts der Grundlage in der Verfassung stellt sich der Zusatzbericht zwar auf den Standpunkt, dass die VegüV dem auf Gesetzesstufe geregelten Ak-

¹²¹ Art. 2 Ziff. 4, Art. 18 u. 19 VegüV.

¹²² Zusatzbericht VegüV, S. 10.

¹²³ Die in Art. 18 Abs. 2 Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei erwähnte Möglichkeit, an derselben Generalversammlung zwei Anträge zu stellen, war auf Kritik gestoßen, vgl. die Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei vom 4. September 2013, S. 5, Ziff. 2.7.

tien- oder Arbeitsrecht vorgeht.¹²⁴ Wie weit dieser Vorrang jedoch geht, ist unklar. Zu fragen ist etwa, ob die Gesellschaft ihren Geschäftsleitungsmitgliedern, die trotz einer unterbliebenen Genehmigung weiterhin für die Gesellschaft tätig sind, eine Entschädigung für ihre Tätigkeit ausrichten muss bzw. darf.¹²⁵

(iii) *Zwingend und bedingt notwendiger Statuteninhalt.* – Mit befristeten Verträgen, die auf eine lange Dauer abgeschlossen werden, oder mit übermäßig langen Kündigungsfristen lässt sich das in Art. 20 Ziff. 1 VegüV statuierte Verbot von Abgangsentschädigungen umgehen. Daher müssen nach Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV die Statuten der Gesellschaft die maximale Dauer der Verträge, die den Vergütungen von Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern zugrunde liegen, bzw. bei unbefristeten Verträgen die maximale Kündigungsfrist regeln, wobei die Dauer bzw. Kündigungsfrist höchstens ein Jahr betragen darf. Darüber hinaus nennt Art. 12 Abs. 2 VegüV gewisse Vergütungsarten, die in den Statuten zu regeln sind, soweit die Gesellschaft solche an Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder ausrichten will. Darunter fallen erfolgsabhängige Vergütungen sowie die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten. Nach dem Verordnungstext genügt die Angabe der Grundsätze; Detailregelungen werden nicht verlangt. Ausreichend dürfte für die erfolgsabhängige Vergütung sein, wenn die Statuten die möglichen Vergütungsinstrumente erwähnen und ausführen, ein Teil der Vergütungen der Geschäftsleitung sei abhängig

¹²⁴ Zusatzbericht VegüV, S. 4.

¹²⁵ Vgl. Art. 320 Abs. 3 OR zur Rechtslage bei einem ungültigen Arbeitsvertrag. Eine analoge Frage stellt sich, wenn ein Arbeitsverhältnis gekündigt worden ist, aber die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen ist bzw. von Gesetzes wegen verlängert wird, so dass die Gesellschaft im Prinzip weiterhin den Lohn bezahlen muss. Anders als nach Art. 10a Abs. 3 BankG (oben, Fn. 77) besteht hier keine gesetzliche Pflicht, im Arbeitsvertrag einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen. So müsste argumentiert werden, dass die Genehmigung durch die Generalversammlung kraft Gesetzes vorbehalten ist. Weiter fragt sich, ob ein Geschäftsleitungsmitglied zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt ist, wenn seine Vergütung nach gescheiterter Abstimmung gekürzt oder zurückbehalten wird. Die Problematik wird entschärft, wenn die Generalversammlung die Genehmigung *prospektiv* erteilt. Vgl. zum Ganzen Ralph Malacrida, Till Spillmann: Corporate Governance im Interregnum, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (2013) 485–507, hier: 486 u. 488–493.

vom Erfolg, wobei sich die Höhe der erfolgsabhängigen Vergütung nach dem erzielten Gewinn auf Gruppenebene sowie der Erfüllung individueller Ziele richtet und die Einzelheiten durch den Vergütungsausschuss bestimmt werden.¹²⁶ Würden demgegenüber die Einzelheiten der Entschädigungspläne in die Statuten aufgenommen, erforderte jede Anpassung eine formelle Statutenänderung durch die Generalversammlung.

(iv) *Unzulässige Vergütungen.* – Art. 20 VegüV nennt verschiedene Vergütungen, die seit dem 1. Januar 2014 Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates nicht mehr eingeräumt werden dürfen. Unzulässig sind *Abgangsentschädigungen*. Nicht unter das Verbot fallen Vergütungen, die bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses geschuldet sind, beispielsweise der nach einer Freistellung geschuldete Lohn für die Dauer der Kündigungsfrist. Auch Entschädigungen für Konkurrenzverbote (Karenzentschädigungen) bleiben grundsätzlich zulässig. Wird jedoch erkennbar, dass die Parteien in Tat und Wahrheit nicht eine Konkurrenzierung der Gesellschaft durch das Geschäftsleitungsmitglied verhindern wollten, beispielsweise weil das Geschäftsleitungsmitglied in den Ruhestand tritt, könnte eine verdeckte Abgangsentschädigung angenommen werden.

Unzulässig sind Vergütungen, die *im Voraus ausgerichtet* werden. Darunter fallen Entschädigungen, die an Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder bezahlt werden, bevor diese ihr Amt antreten. Die Leistung einer Antrittsprämie, verstanden als Entschädigung bei einem Stellenantritt für werthaltige Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeit- oder Auftraggeber, die der Betroffene wegen des Stellenwechsels verliert, bleibt hingegen zulässig.¹²⁷ Diesbezüglich besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit,

¹²⁶ Vgl. Yannick Hausmann, Elisabeth Bechtold-Orth: Corporate Governance: Überholt die Schweiz Europa?, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (2013) 234–246, hier: 238; R. Malacrida, T. Spillmann: Corporate Governance im Interregnum, 498; Hans Caspar von der Crone, Adriano R. Huber: Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 109 (2013) 297–308, hier: 301. Fehlt es an der verlangten statutarischen Grundlage, sind die Ausrichtung der erfolgsabhängigen Vergütung und die Zuteilung der Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechte unzulässig (Art. 20 Ziff. 4 u. 5 VegüV).

¹²⁷ Zusatzbericht VegüV, S. 12 (beispielsweise die Teilnahme an einem noch laufenden Optionsplan oder gesperrte Aktien).

wann noch eine erlaubte Antrittsprämie und ab wann eine unzulässige Vergütung im Voraus vorliegt. Zudem lässt sich das Verbot umgehen, indem kurz nach Amtsantritt eine besondere Entschädigung geleistet wird.

Untersagt sind außerdem Provisionen für die *Übernahme* oder *Übertragung* von Unternehmen, d.h. spezifische Entschädigungen für einzelne Transaktionen. Dagegen bleibt es zulässig, besondere Leistungen im Rahmen von Umstrukturierungen bei der Festlegung der variablen Vergütung zu berücksichtigen. Abgrenzungsprobleme sind auch hier unvermeidlich. Verboten sind schließlich erfolgsabhängige Vergütungen oder Beteiligungspapiere und Wandel- bzw. Optionsrechte, die *ohne genügende statistarische Grundlage* eingeräumt werden.

Der Leistung einer unzulässigen Vergütung fehlt ein gültiger Rechtsgrund, weshalb der Gesellschaft ein Anspruch gegenüber dem Empfänger auf *Rückerstattung* zukommt. Scheitert die Rückerstattung, können die für die Ausrichtung verantwortlichen Organe unter Umständen für den Ersatz des von der Gesellschaft erlittenen Schadens haftbar gemacht werden. Bei einem Handeln wider besseres Wissen ist eine Strafbarkeit gemäß Art. 24 Abs. 1 VegüV zu prüfen. Allerdings ist die Ausrichtung einer Vergütung ohne genügende statistarische Grundlage oder ohne Genehmigung der Generalversammlung nicht strafbar.

2. «1:12»-Initiative

a) Entwicklung

Am 21. März 2011 reichten die JungsozialistInnen Schweiz (JUSO) die Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» ein zwecks Einführung einer neuen Bestimmung Art. 110a BV. Der Bundesrat beantragte dem Parlament in seiner Botschaft vom 18. Januar 2012, die Initiative ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung zu empfehlen.¹²⁸ Das Parlament folgte diesem Antrag.¹²⁹ Das Volk verwarf die Initiative am 24. November 2013 mit rund 65.3% der Stimmen. Sämtliche Stände sprachen sich gegen die Initiative aus.

¹²⁸ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» vom 18. Januar 2012, in: Bundesblatt (2012) 637–661, hier: 637.

¹²⁹ Vgl. Art. 2 Bundesbeschluss der Bundesversammlung betreffend die Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» vom 22. März 2013, in: Bundesblatt (2013) 2473–2474, hier: 2474.

b) Geltungsbereich und Inhalt

Die vorgeschlagene Verfassungsbestimmung ist gemäß ihrem Wortlaut auf «Unternehmen» anwendbar. Darunter fallen sämtliche Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, unabhängig von ihrer Rechtsform oder der etwaigen Kotierung ihrer Beteiligungspapiere. Die Initiative verlangte, dass der höchste von einem Unternehmen bezahlte Lohn nicht höher ist als das Zwölfwache des tiefsten vom gleichen Unternehmen bezahlten Lohns.¹³⁰ Gemäß Art. 110a Abs. 1 Satz 2 BV (Entwurf) ist der Lohn umfassend zu verstehen, mithin als Summe aller Zuwendungen, die im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit entrichtet werden, einschließlich des Werts von Sach- und Dienstleistungen. Der Bundesrat wurde in neu Art. 110a Abs. 2 BV aufgefordert, Ausnahmevorschriften für den Lohn von Personen in Ausbildung, Praktikanten, Menschen mit geschützten Arbeitsplätzen sowie Personen in Leiharbeits- und Teilzeitarbeitsverhältnissen zu erlassen.

c) Argumente der Befürworter

Die Befürworter wollten mit der Initiative die Lohngerechtigkeit fördern und verhindern, dass jemand in einem ganzen Jahr weniger verdient als ein anderer Lohnempfänger desselben Unternehmens in bloß einem Monat. Dadurch sollten die Löhne der Topmanager begrenzt und die Tiefstlöhne erhöht werden. Zudem sollte die Initiative die Kaufkraft der unteren und mittleren Einkommen stärken. Weiter versprachen sich die Initianten, dass eine Annahme der Initiative das langfristige Denken der Führungsorgane von Unternehmen fördern würde. Schließlich wollte die Initiative der Demokratie dienen und dem Volk mehr Mitbestimmungsrechte in der Wirtschaft zusprechen.¹³¹

d) Argumente der Gegner

In seiner Botschaft betont der Bundesrat, dass die Festsetzung der hohen Saläre Sache der Unternehmen sei, während beim Lohnbildungsprozess für niedrige und mittlere Einkommen die Sozialpartner, also die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerverbände, eine wichtige Rolle spielen.¹³² Diese

¹³⁰ Art. 110a Abs. 1 Satz 1 BV (Entwurf).

¹³¹ JungsozialistInnen Schweiz: Argumentarium zur 1:12-Initiative vom 6. Oktober 2009, S. 6 u. 18–19.

¹³² Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne», 644.

sind unmittelbar in die jeweiligen Branchen involviert und kennen deren Eigenheiten. Indem sie über den Inhalt von GAV verhandeln und sich auf minimale Arbeits- und Lohnbedingungen einigen, entstehen Lösungen, die angemessen sind und auf die konkreten Verhältnisse einer bestimmten Branche Rücksicht nehmen. Zudem wurden mit den flankierenden Maßnahmen zum freien Personenverkehr,¹³³ mit der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von GAV¹³⁴ und mit den in Normalarbeitsverträgen vorgeschriebenen zwingenden Mindestlöhnen¹³⁵ bereits wirksame Vorkehrungen zur Bekämpfung missbräuchlichen Lohndumpings ergriffen. Darüber hinaus sind verschiedene Gesetzesrevisionen, mit denen Lohnexzesse beim Topmanagement direkt oder indirekt bekämpft werden sollen, durchgeführt worden oder noch im Gange: Durch die Pflicht zur Veröffentlichung von Informationen über die Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung,¹³⁶ das Rundschreiben der FINMA zu den Vergütungssystemen bei Finanzinstituten¹³⁷ und die Revision des Bankengesetzes¹³⁸ sowie die – inzwischen angenommene – Initiative «gegen die Abzockerei» wurden die Transparenz und die Einflussmöglichkeiten der Aktionäre auf die Vergütung des Topmanagements ausgebaut.¹³⁹

Überdies leistet die *Umverteilung* einen bedeutenden Beitrag zum sozialen Ausgleich: So hat die progressive Einkommensbesteuerung zur Folge, dass besser verdienende Personen einen höheren Prozentsatz ihres Einkommens dem Staat überweisen müssen als Empfänger von tieferen Einkommen.¹⁴⁰ Daher finanzieren Personen mit höheren Einkommen «Sozialtransfers» mit, d.h. Leistungen und Maßnahmen, die Leute mit niedrigem oder fehlendem Einkommen beanspruchen können, etwa verbilligte Krankenversicherungsprämien, Vergünstigungen für die Kinderbetreuung oder die Sozialhilfe.

Vor diesem Hintergrund wäre die Annahme der Initiative «1:12 – Für gerechte Löhne» einer Zäsur in der schweizerischen Lohnpolitik gleichge-

¹³³ Vgl. zum Entsendegesetz oben, bei Fn. 55.

¹³⁴ Oben, Fn. 96.

¹³⁵ Oben, bei Fn. 105.

¹³⁶ Oben, bei Fn. 53.

¹³⁷ Oben, bei Fn. 68.

¹³⁸ Oben, bei Fn. 76.

¹³⁹ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne», 648–652.

¹⁴⁰ Ebd., 654–655.

kommen: Das Prinzip der Vertragsautonomie kombiniert mit nach Branchen differenzierten Mindestbedingungen wäre überlagert worden durch eine generelle staatliche Lohnbegrenzung. Arbeitgeberinnen mit hoher Bandbreite bei den Salären hätten wohl Stellen für schlecht qualifizierte Arbeitnehmer mit tiefem Gehalt abgebaut oder ausgelagert, um die Vergleichsbasis, d.h. den tiefsten Lohn, anzuheben. International tätige Unternehmen hätten es unter Umständen vorgezogen, ihren Sitz ins Ausland zu verlegen. Als Folge davon hätte die Schweiz Einnahmen aus Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen sowie Arbeitsplätze verlieren können, was sich auch auf Arbeitnehmer mit niedrigem und mittlerem Einkommen nachteilig ausgewirkt hätte.¹⁴¹ Dadurch wäre das erwähnte Ziel einer Umverteilung gerade nicht erreicht worden.¹⁴² Schließlich hätte die Umsetzung der Initiative, insbesondere die Verhinderung von Umgehungen, zu einem hohen Aufwand und damit zu Mehrausgaben des Staates geführt.¹⁴³

3. Mindestlohn-Initiative

a) Entwicklung

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund SGB reichte am 23. Januar 2012 die Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» zwecks Einführung einer neuen Bestimmung Art. 110a BV ein. Die Initiative kam gültig zustande.¹⁴⁴ Der Bundesrat beantragte dem Parlament am 16. Januar 2013 in seiner Botschaft, die Initiative Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten mit der Empfehlung, die Initiative abzulehnen.¹⁴⁵ Das Parlament folgte diesem Antrag.¹⁴⁶ Das Volk lehnte die Initiative am 18. Mai 2014 mit rund 76.3% der Stimmen deutlich ab. Sämtliche Stände sprachen sich gegen die Initiative aus.

¹⁴¹ Vgl. ebd., 657

¹⁴² Oben, bei Fn. 140.

¹⁴³ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne», 657.

¹⁴⁴ Verfügung der Schweizerischen Bundeskanzlei vom 6. März 2012, in: Bundesblatt (2012) 3069–3070, hier: 3069.

¹⁴⁵ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)», 1211.

¹⁴⁶ Art. 2 Bundesbeschluss der Bundesversammlung über die Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 13. Dezember 2013, in: Bundesblatt (2013) 9679–9680, hier: 9680.

b) Geltungsbereich und Inhalt

Der Geltungsbereich des vorgeschlagenen Verfassungsartikels ist umfassend. Er bezieht sich grundsätzlich auf alle Arbeitnehmer bzw. sämtliche Arbeitsverhältnisse. Die Initiative enthält zwei wesentliche Forderungen: Einerseits sollen nach neu Art. 110a Abs. 1 u. 2 BV Bund und Kantone die Löhne auf dem Arbeitsmarkt schützen, indem sie insbesondere die Festlegung von orts-, berufs- und branchenüblichen Mindestlöhnen in GAV sowie deren Einhaltung fördern. Andererseits hat der Bund gemäß neu Art. 110a Abs. 3 BV einen gesetzlichen Mindestlohn festzulegen, der als zwingende Lohnuntergrenze gilt, wobei Ausnahmeregelungen für besondere Fälle wie beispielsweise Praktika zu erlassen sind. Laut Abs. 4 der Bestimmung ist der Mindestlohn regelmäßig an die Lohn- und Preisentwicklung anzupassen. Nach der vorgesehenen Übergangsbestimmung beträgt der Mindestlohn mit Inkrafttreten der Bestimmung CHF 22 pro Stunde, unter Hinzurechnung der aufgelaufenen Lohn- und Preisentwicklung seit dem Jahr 2011.

c) Argumente der Befürworter

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund SGB versprach sich mit einer Annahme der Initiative die Bekämpfung der Armut, indem die Einkommenssituation von Beschäftigten im Niedriglohnsektor verbessert würde.¹⁴⁷ Da die Arbeitgeberinnen die Entschädigung von Niedriglohnempfängern weit unter deren Produktivitätsniveau drücken und solche Stellen ortsgebunden seien, soll die Einführung von Mindestlöhnen nicht zu einer Erhöhung der Arbeitslosigkeit führen. Vielmehr wird erwartet, dass Mindestlöhne die Motivation der Arbeitnehmer steigern und dadurch die Fluktuationsrate senken. Außerdem verbessern Mindestlöhne die Kaufkraft der Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor. Als Folge davon könnten die Niedriglohnarbeiter ihren Konsum erhöhen, was zu einem Wirtschaftswachstum führt. Weiter seien Arbeitnehmer, die einen Mindestlohn erhalten, nicht gezwungen, in ihrer Freizeit schwarzzuarbeiten. Eine Annahme der Initiative hätte folglich die Schwarzarbeit gesenkt. Schließlich seien die geforderten CHF 22 pro Stunde bzw. CHF 4000 pro

¹⁴⁷ Vgl. zum Folgenden die Stellungnahme «Was Sie schon immer über die Mindestlohn-Initiative (und verwandte Themen) wissen wollten», 2–11.

Monat keineswegs zu hoch. Vielmehr liege dieser Lohn bloß knapp über dem Existenzminimum.

d) Argumente der Gegner

Der Bundesrat betont in seiner Botschaft, dass eine Annahme der Initiative zwei Grundpfeiler der bewährten Lohnfestsetzungsmechanismen in der Schweiz in Frage stellen würde:¹⁴⁸ Einerseits würde der Verhandlungsspielraum der Sozialpartner beim Abschluss von GAV eingeschränkt. Als Folge davon könnten sich die in den GAV geregelten Mindestlöhne an den neu geschaffenen, einheitlichen Mindestlohn anpassen und dabei teilweise sinken. Auch der örtliche Handlungsspielraum würde reduziert: Eine regionale und branchenbezogene Lohngestaltung mittels GAV wäre nur noch beschränkt möglich. In Krisenzeiten wäre es schwierig, angemessene Lösungen zu finden. Andererseits würden die flankierenden Maßnahmen untergraben, insbesondere die Überwachung der orts- und branchenüblichen Löhne durch die tripartiten Kommissionen. Liegt nämlich der gesetzliche Mindestlohn von CHF 22 unter dem orts- und branchenüblichen Lohn, könnten die tripartiten Kommissionen die Arbeitgeberinnen kaum mehr zur Einhaltung der orts- und branchenüblichen Löhne bewegen. Bei Löhnen, die sich bislang unterhalb des Minimums bewegen, bewirkt die mechanische Anhebung auf den Mindestlohn unter Umständen eine nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von Lohnempfängern mit unterschiedlichen Qualifikationen und Tätigkeiten.

Weiter könnte eine Annahme der Initiative Arbeitsplätze gefährden, da Unternehmen nur noch zurückhaltend gewisse bereits benachteiligte Personen einstellten. Dies würde zu einer Verschlechterung der Arbeitsmarktintegration insbesondere von Jugendlichen ohne Berufserfahrung und Niedrigqualifizierten führen. Bestimmte Regionen (etwa das Tessin) und gewisse Branchen (z.B. das Hotelgewerbe) wären hiervon besonders stark betroffen.¹⁴⁹ Armut hängt nicht nur vom Erwerbseinkommen, sondern von zusätzlichen Faktoren ab, wie den Kosten und dem Bedarf eines Haushalts und den Sozialtransfers. Bezeichnend ist, dass statistischen

¹⁴⁸ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)», 1236–1239.

¹⁴⁹ Ebd., 1237–1238.

Auswertungen zufolge die Mehrheit der Tieflohnbezügler – dank weiteren Einkommensquellen und Sozialtransfers – nicht als arm gilt, weshalb die Initiative nach Auffassung des Bundesrates die Armut kaum wirksam bekämpfen dürfte.¹⁵⁰

V. Fazit

Ungleiche Löhne für ähnliche Tätigkeiten sowie Entschädigungen, die nicht in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen, werden als unverdient und ungerecht empfunden. Sie schaffen sozialen Unfrieden und Neid, wie dies nach dem eingangs geschilderten Gleichnis bei den Arbeitern im Weinberg der Fall war. Dass sich in einer kommenden Welt die Verhältnisse umkehren könnten und die Ersten die Letzten, die Letzten die Ersten sein werden, vermag hienieden nur beschränkter Trost zu spenden, zumal nicht jeder Arbeitnehmer die Hoffnung auf ein ewiges Leben teilt. Ebenso wenig dürften die betroffenen Arbeiter im Weinberg die Erklärung des Besitzers akzeptiert haben, dass die Höhe der Entschädigung vorab mit ihnen abgesprochen war oder der Weinbergbesitzer mit seinem Vermögen tun dürfe, was er wolle. Und was für die entsandten Jünger galt, die in der Fremde verdienstermaßen Kost und Logis zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse bezogen, gilt nicht unbedingt für die Empfänger exzessiver Vergütungen, nämlich dass jeder Arbeiter *per se* seines Lohnes wert sei.

Der vorliegende Beitrag konnte sich – unter Ausklammerung «systemfremder» Aspekte und Verzicht auf eine moralphilosophische Klärung der gerechten Lohnhöhe – auf die juristische Fragestellung beschränken, inwieweit der Schweizer Verfassungs- und Gesetzgeber in der jüngeren Vergangenheit Einfluss auf die Festsetzung der Entschädigung von Organpersonen und Arbeitnehmern genommen hat, unter dem geltenden Recht nimmt und in naher Zukunft nehmen wird. Ausgehend von einem liberalen Staatsverständnis und im Interesse einer freien Marktordnung herrschte ursprünglich die Meinung vor, der Wert einer Arbeitsleistung werde am besten durch die unmittelbar Beteiligten, die Arbeitgeberin und den Arbeitnehmer, autonom festgesetzt. Gemäß dieser Auffassung können

¹⁵⁰ Ebd., 1240–1241.

Außenstehende wie der Staat den Wert einer Arbeitsleistung nicht besser bestimmen als die direkt involvierten Vertragsparteien. Dem ungleichen Machtverhältnis zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmern ist der Staat durch die Zulassung und Förderung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden sowie durch die Institute des Gesamt- und Normalarbeitsvertrags begegnet.

In den letzten Jahren sind verschiedene Volksinitiativen lanciert worden, die diesen Grundsatzentscheid in Frage stellen: Während sich die Initiative «gegen die Abzockerei» – entgegen der Meinung zahlreicher Befürworter – größtenteils auf eine Ausdehnung der Kompetenzen der Generalversammlung beschränkte sowie zwingende Regeln über das Verfahren der Lohnfestsetzung einführte und auf diese Weise eine Art «Legitimation durch Verfahren» statuierte, betrafen die «1:12»-Initiative und die Mindestlohn-Initiative unmittelbar die konkrete Lohnhöhe und damit die Bewertung der Arbeitsleistung. Die «1:12»-Initiative setzte direkt bei der «Neiddiskussion» an, indem das Einkommensgefälle innerhalb desselben Unternehmens reduziert worden wäre. Demgegenüber zielte die Mindestlohn-Initiative stärker auf die Deckung des Grundbedarfs der arbeitstätigen Bevölkerung, wodurch Ungleichheiten mit nicht erwerbstätigen Sozialhilfebezüglern reduziert, umgekehrt aber neue Ungleichheiten unter Niedriglohneempfängern geschaffen werden könnten. Umgekehrt erzeugt die Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» Ungleichheiten zwischen Niedriglohneempfängern und Nichterwerbstätigen. Weil nicht anzunehmen ist, dass sich die Umsetzung der Initiative «gegen die Abzockerei» senkend auf die Höhe der Entschädigung des Managements von kotierten Schweizer Gesellschaften auswirken wird, sind auch in naher Zukunft lebhaft Debatten um den gerechten Lohn, dessen ein Arbeiter wert ist, zu erwarten.