



Gratisarbeit und Soziallohn: Folgen eines «falschen» Lohnes

CHRISTOPH SENTI

Der Lohn gilt rechtlich als wesentliches Merkmal eines Arbeitsvertrages und wirtschaftlich bildet dies regelmässig die Existenzgrundlage eines Arbeitnehmers. Trotzdem kommt es in der Praxis vor, dass die Parteien statt einer marktüblichen Entlohnung nur ein symbolisches Entgelt oder gar die Leistung von Gratisarbeit vereinbaren. Und auch das Gegenteil, nämlich die Zahlung eines höheren als der marktüblichen Entlohnung, ist in der Praxis anzutreffen. Wie sind solche Verträge rechtlich zu qualifizieren, welche Rahmenbedingungen gilt es bei solchen Vereinbarungen zu beachten und wie gross ist der Gestaltungsspielraum für vertragliche Vereinbarungen? Neben diesen allgemeinen Fragen setzt sich vorliegender Aufsatz zudem mit diversen Einzelfragen auseinander, welche sich deshalb stellen, weil diverse Rechtsfolgen direkt an die Lohnhöhe anknüpfen und eine «falsche» im Sinne einer nicht marktüblichen Entlohnung entsprechend auch zu untypischen Rechtsfolgen führt.

Le salaire est considéré comme un élément essentiel du contrat de travail sur le plan juridique, alors que sur le plan économique, il assure les moyens d'existence d'un travailleur. Dans les faits, il arrive néanmoins que les parties conviennent d'une rémunération simplement symbolique ou prévoient que le travail sera effectué gratuitement en lieu et place d'une rémunération conforme aux usages du marché. On rencontre aussi la situation contraire dans la pratique, à savoir le paiement d'un salaire plus élevé que ce qui est d'usage sur le marché. Comment doit-on qualifier ces contrats sur le plan juridique, quelles conditions-cadre faut-il observer en présence de ce genre de conventions et quelle est la marge de manœuvre pour les accords contractuels ? En plus de répondre à ces questions d'ordre général, le présent article se penche sur d'autres questions spécifiques qui se posent parce que certains effets juridiques se fondent directement sur le montant du salaire et qu'une « fausse » rémunération, c.-à-d. une rémunération qui ne correspond pas à ce qui est usuel sur le marché, entraîne à ce titre des effets juridiques atypiques.

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkungen
2. «Falsche» Löhne: Gratisarbeit, symbolischer Lohn, Soziallohn
 - 2.1. Gratisarbeit
 - 2.2. Symbolischer Lohn
 - 2.3. Soziallohn
 - 2.4. Gemeinsame Merkmale
3. Praxisfälle
 - 3.1. Gratisarbeit: Einsatz für karitative Organisationen
 - 3.2. Symbolischer Lohn und Soziallohn: freiwillige Lohnreduktion und freiwilliger Mindestlohn
4. Abgrenzungen
 - 4.1. Abgrenzung gegenüber anderen Dienstleistungsverträgen
 - 4.2. Abgrenzung gegenüber speziellen Rechtsverhältnissen
 - 4.3. Organe im Sinne des Gesellschaftsrechts
5. Rechtliche Rahmenbedingungen betreffend Lohnvereinbarungen
 - 5.1. Verbindliche Mindestlöhne
 - 5.2. Grenzen einer Lohnvereinbarung nach Obligationenrecht
 - 5.3. Diskriminierungsverbot nach Gleichstellungsgesetz und Art. 8 Abs. 3 BV
6. Tiefer Lohn: Gratis- oder Freiwilligenarbeit
 - 6.1. Entgeltlichkeit als wesentliches Vertragsmerkmal
 - 6.2. Zwingend entgeltliches Vertragsverhältnis wegen Art. 320 Abs. 2 OR?
 - 6.3. Rechtliche Qualifikation eines unentgeltlichen Arbeitsvertrages
 - 6.3.1. Mögliche Vertragsarten
 - 6.3.2. Unentgeltlicher Arbeitsvertrag als Innominatkontrakt
7. Hoher Lohn: Soziallohn
8. Einzelfragen zum Arbeitsvertrag mit «falschem» Lohn
 - 8.1. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte
 - 8.1.1. AHVG

- 8.1.2. UVG
- 8.1.3. IVG
- 8.1.4. AVIG
- 8.1.5. BVG
- 8.2. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes
- 8.3. Einzelarbeitsvertragsrecht
 - 8.3.1. Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts bei «falschen» Löhnen
 - 8.3.2. Lohnvereinbarungen
 - 8.3.3. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzrechts?
 - 8.3.4. Pönalen als lohnabhängige Sanktionen
 - 8.3.5. Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen im Allgemeinen
9. Schlussbemerkungen

1. Vorbemerkungen

Beim Abschluss eines Arbeitsvertrages vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Regel einen Lohn, welcher dem marktüblichen Niveau entspricht. Dies muss jedoch nicht immer der Fall sein. Es gibt diverse Situationen, in welchen die Vertragsparteien bewusst und aus freiem Willen einen Lohn vereinbaren, welcher nach oben oder unten ganz erheblich vom marktüblichen Lohnni-

CHRISTOPH SENTI, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht.

Ergänzte und bereinigte Fassung des Aufsatzes, abgegeben am 20. November 2015 an der Weiterbildungsveranstaltung «St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht» des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen.

veau abweicht oder sogar ganz wegbedungen wird. Die rechtlichen Folgen solcher zu tiefen (Gratis- oder Freiwilligenarbeit, symbolischer Lohn) oder zu hohen Löhnen (Soziallohn) werden nachfolgend näher beleuchtet, insbesondere in Bezug auf die für solche Vereinbarungen rechtlichen Rahmenbedingungen, die rechtliche Qualifikation solcher Verträge und die Frage der Anwendbarkeit zwingender arbeitsvertraglicher Schutzvorschriften.

2. «Falsche» Löhne: Gratisarbeit, symbolischer Lohn, Soziallohn

«Falsche» Löhne sind nachfolgend dahingehend zu verstehen, als der Lohn des Arbeitnehmers nicht dem entspricht, was auf dem Arbeitsmarkt für diese Tätigkeit üblicherweise bezahlt wird¹. Ein «falscher» Lohn kann sowohl nach unten als auch nach oben vom marktgerechten Gehalt abweichen.

2.1. Gratisarbeit

Verzichtet der Arbeitnehmer vollständig auf eine Entlohnung, leistet er Gratis- oder Freiwilligenarbeit². Soweit nachfolgend von Gratis-, Freiwilligenarbeit oder einem unentgeltlichen Arbeitsvertrag gesprochen wird, ist damit eine Vertragsvereinbarung gemeint, welche mit Ausnahme der Entgeltlichkeit sämtliche weiteren Vertragsmerkmale eines Einzelarbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR aufweist.

2.2. Symbolischer Lohn

Anstatt den Arbeitnehmer überhaupt nicht zu entschädigen, können die Parteien einen nur symbolischen Lohn vereinbaren. Zwar entspricht der Lohn nicht dem marktgerechten oder marktüblichen Niveau, da aber die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung entschädigt wird, erfüllt ein solcher Vertrag sämtliche wesentlichen Merkmale eines Arbeitsvertrages.

2.3. Soziallohn

Verschiedentlich gibt es Fälle, in welchen der Arbeitgeber, aus welchen Gründen auch immer, einen höheren, als den marktgerechten oder marktüblichen Lohn auszahlt.

Diese Art von Entschädigung wird nachfolgend als Soziallohn bezeichnet. Gründe für ein vertraglich vereinbartes Abweichen vom marktüblichen Lohn gibt es viele. In Frage kommen neben steuer- und/oder sozialversicherungsrechtlichen Gründen auch altruistische Absichten oder Imagegründe. Zudem ist ein zu hoher Lohn auch dort zu beobachten, wo der Arbeitnehmer gleichzeitig Allein- oder Mehrheitseigner der Arbeitgeberin ist, und der Arbeitsvertrag damit aus der Sicht der wirtschaftlich berechtigten Personen ein Insichgeschäft darstellt.

2.4. Gemeinsame Merkmale

All diesen Beschäftigungsformen ist gemeinsam, dass ein Vertragsverhältnis vereinbart wird, welches eine Arbeitsleistung zum Gegenstand hat, auch wenn die Gegenleistung unterschiedlich hoch ausfällt. Verträge mit einem symbolischen Lohn oder Soziallohn weisen sämtliche Merkmale eines Arbeitsvertrages auf und sind daher als solche zu qualifizieren³. Wie solche Verträge rechtlich zu qualifizieren sind, wird zu prüfen sein⁴.

3. Praxisfälle

3.1. Gratisarbeit: Einsatz für karitative Organisationen

Abgesehen von der weit verbreiteten Gratisarbeit als Nebenbeschäftigung⁵ finden sich in der Praxis diverse Fälle von Gratisarbeit für karitative oder nicht gewinnorientierte Organisationen, welche durchaus das Ausmass einer hauptberuflichen Tätigkeit annehmen⁶. RIEMER-KAFKA spricht in diesem Zusammenhang von Freiwilligenarbeit, welche sie definiert als «(...) eine auf die Erzeugung eines gesellschaftlichen und durchaus messbaren Wertes ausgerichtete Arbeitsleistung, die eine Person nicht um eines Entgeltes willen, sondern überwiegend aus altruistischen Gründen (...) auf sich nimmt.»⁷

³ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH: Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR; 7. A., Zürich, 2012 Art. 319 N 2; BK-MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, Obligationenrecht; Bern ab 1983, Art. 319 N 1 ff.; ZK-ADRIAN STAEHELIN: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich 2006, Art. 319 N 2 ff.

⁴ Vgl. hinten, Ziff. 6.3.

⁵ Z.B. die unentgeltliche Tätigkeit im Vorstand eines Vereins.

⁶ Vgl. RIEMER-KAFKA (FN 2), passim; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 12; ZK- STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 24.

⁷ RIEMER-KAFKA (FN 2), 58.

¹ D.h. der Arbeitnehmer vereinbart keinen marktgerechten oder marktüblichen Lohn.

² Vgl. dazu GABRIELA RIEMER-KAFKA, Freiwilligenarbeit aus (arbeits-)vertraglicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ARV S. 57 ff.

3.2. Symbolischer Lohn und Soziallohn: freiwillige Lohnreduktion und freiwilliger Mindestlohn

Wie mehrere Onlineportale berichteten⁸, entschied Dan Price, CEO und Mitinhaber der Firma Gravity Payments, sein eigenes Gehalt von jährlich US\$ 1 Mio auf US\$ 70'000.– zu reduzieren. Damit finanzierte er gleichzeitig einen freiwillig eingeführten Mindestlohn für sämtliche Mitarbeitenden in der Höhe von US\$ 70'000.–. Auslöser dieses Entscheides war eine Studie von zwei renommierten Psychologen, wonach ein Einkommen von weniger als US\$ 75'000.– pro Jahr unglücklich macht.

Ebenso ist nicht selten zu beobachten, dass Arbeitgeber einem altgedienten, jedoch gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer einen Lohn auszahlen, welcher höher ist als die unter Berücksichtigung der reduzierten Leistungsfähigkeit marktgerechte Entschädigung⁹.

4. Abgrenzungen

Neben den vorne genannten Beispielen gibt es diverse weitere Fälle nicht marktgerecht vergüteter Arbeitsleistungen. Hierbei handelt es sich aber entweder nicht um einen Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR oder überhaupt nicht um ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis.

4.1. Abgrenzung gegenüber anderen Dienstleistungsverträgen

Betrachtet werden vorliegend Arbeitsleistungen, welche abgesehen von einer nicht marktgerechten und damit «falschen» Entschädigung im Übrigen sämtliche Merkmale eines Arbeitsvertrages aufweisen¹⁰. Neben dem Arbeitsvertrag gibt es einerseits weitere Arten von Dienstleistungsverträgen¹¹ wie etwa den Werkvertrag¹²

oder verschiedene Arten des Auftrages¹³ einerseits sowie Gefälligkeitsleistungen¹⁴ andererseits. Diese Arten von Dienstleistungsverträgen unterscheiden sich vom Arbeitsvertrag durch andere Merkmale als die Höhe des Entgelts, weshalb nachfolgend nicht mehr näher darauf eingegangen wird.

4.2. Abgrenzung gegenüber speziellen Rechtsverhältnissen

Auf den 1. Januar 2012 trat Art. 18a IVG in Kraft, welcher einer nach dem Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG)¹⁵ versicherten Person die Möglichkeit eines Arbeitsversuches bietet¹⁶. Ein solcher Arbeitsversuch dauert längstens 180 Tage und die versicherte Person erhält während dieser Zeit Anspruch auf eine Taggeld oder ein Rente¹⁷. Absatz 3 dieser Bestimmung erklärt ausdrücklich, dass aufgrund dieses Arbeitsversuches kein Arbeitsverhältnis nach dem Obligationenrecht entsteht, zählt jedoch diverse Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts auf, welche sinngemäss anwendbar sind¹⁸.

Das Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung (AVIG)¹⁹ kennt verschiedene Programme zur vorübergehenden Beschäftigung, Berufspraktika oder Motivationssemester²⁰. Ziel dieser Beschäftigungsmassnahmen ist die Förderung der Eingliederung von Versicherten, die aus Gründen des Arbeitsmarktes erschwert vermittelbar sind²¹. Sie fallen unter die Kategorie der (kollektiven) arbeitsmarktlichen Massnahmen des AVIG²² und werden durch die Versicherung finanziell unterstützt²³, insbesondere durch Zahlung von Taggeldern zu Gunsten der versicherten Person²⁴. Auch wenn für diese Arbeitsverhältnisse das Obligationenrecht analog anwendbar ist, handelt es sich um ein Rechtsverhältnis sui generis²⁵.

Ein anderes Beispiel für Arbeitsleistungen, welche nicht den Vorschriften des Obligationenrechts folgen, sind die sog. unfreien Arbeitnehmer: Bei diesen Personen ergibt sich die Verpflichtung zur Arbeit nicht aus Vertrag,

⁸ Vgl. Blick online vom 16. April 2015 (<http://www.blick.ch/news/ausland/lohnverzicht-us-chef-kuerzt-sein-gehalt-von-1000000-auf-70000-dollar-id3660097.html>); Watson vom 16. April 2015 (<http://www.watson.ch/!837078029>).

⁹ Vgl. dazu die Gerichtsfälle zur Thematik des Soziallohns bei der Feststellung des Invalideneinkommens, hinten, Ziff. 8.1.4.3 und Ziff. 8.1.6.3.

¹⁰ Arbeitsleistung, Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis), privatrechtliches Dauerschuldverhältnis BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 2 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2.

¹¹ Vgl. dazu ALFRED KOLLER, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen; AJP/PJA 2014, 1627 ff., 1627 ff.

¹² Art. 363 ff. OR.

¹³ Z.B. einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR), Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) oder Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR).

¹⁴ Vgl. dazu RIEMER-KAFKA (FN 2), 59; KOLLER (FN 11), 1628.

¹⁵ SR 831.20.

¹⁶ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2.

¹⁷ Art. 18a Abs. 1 und 2 IVG.

¹⁸ Art. 18a Abs. 3 IVG.

¹⁹ SR 837.0.

²⁰ Art. 64a Abs. 1 AVIG.

²¹ Art. 59 Abs. 2 AVIG.

²² Art. 1 lit. b AVIV; Art. 59 AVIG.

²³ Art. 97 ff. AVIV.

²⁴ Art. 59b AVIG.

²⁵ ARV 2004, Nr. 16, S. 133 f. E. 3.2, m. V. a. BGE 125 V 361 E. 2b.

sondern infolge Unterstellung unter die öffentlich-rechtliche Zwangsgewalt²⁶. Dazu gehören nicht nur Soldaten oder Strafgefangene, sondern auch Angehörige kirchlicher Orden oder Diakonissen²⁷.

4.3. Organe im Sinne des Gesellschaftsrechts

Bei Organen im Sinne des Gesellschaftsrechts liegt häufig ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor²⁸, weshalb es grundsätzlich möglich ist, dass keine Vergütung aus Arbeitsvertrag, sondern nur eine solche gestützt auf das gesellschaftsrechtliche Verhältnis ausbezahlt wird²⁹. Insbesondere wenn es sich bei diesem Organ gleichzeitig um den Allein- oder Mehrheitseigentümer der Gesellschaftsanteile handelt, ist der gestalterische Spielraum gross³⁰. Vielfach ist in solchen Fällen fraglich, ob bei einem Alleineigentümer und Verwaltungsrat einer Gesellschaft, welcher gleichzeitig als Geschäftsführer tätig ist, überhaupt von einem Subordinationsverhältnis ausgegangen werden kann. Ohne ein solches Unterordnungsverhältnis kann allerdings ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR per se ausgeschlossen werden³¹.

5. Rechtliche Rahmenbedingungen betreffend Lohnvereinbarungen

«Die Lohnhöhe ist grundsätzlich Objekt freier Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.»³² Ein an-

fänglicher oder auch nachträglicher Lohnverzicht durch den Arbeitnehmer fällt daher nicht unter das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR³³. Die Vereinbarung eines tieferen als den marktüblichen Lohn ist somit grundsätzlich zulässig. Trotzdem gilt es, gewisse Grenzen zu beachten.

5.1. Verbindliche Mindestlöhne

Das Einzelarbeitsvertragsrecht³⁴ enthält keine Vorschriften betreffend eines zwingend zu bezahlenden Mindestlohns. Mindestlöhne ergeben sich vielmehr aus (allgemeinverbindlichen) Gesamtarbeitsverträgen (GAV), Normalarbeitsverträgen nach Art. 360a OR (NAV) oder anderen damit zusammenhängenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften³⁵.

GAV, welche bestimmte Mindestlöhne vorschreiben, enthalten regelmässig Ausnahmenvorschriften, welche aus bestimmten Gründen die Zahlung eines tieferen als den im GAV vorgesehenen Mindestlohn zulassen³⁶. Solche Unterschreitungen bedürfen aber eines konkreten Grundes³⁷ und bedürfen häufig einer Bewilligung der zuständigen paritätischen Kontrollstelle³⁸. Ein freiwilliger Verzicht des Mitarbeitenden auf den Mindestlohn, ohne dass ein im GAV genannter Rechtfertigungsgrund vorliegt, ist nicht zulässig und wäre als Vertragsverletzung zu qualifizieren³⁹.

Im Zusammenhang mit vorliegender Untersuchung wird unterstellt, dass im konkreten Einzelfall keine Minimallohnvorschriften anwendbar sind. Damit steht es den Vertragsparteien frei, einen tieferen als den marktüblichen Lohn zu vereinbaren oder ganz auf eine Lohnzahlung zu verzichten.

²⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 61.

²⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 61; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2.

²⁸ CHRISTOPH SENTI, Die Geschäftsführung bei der GmbH: Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht; AJP/PJA 1/2011, 18 ff., (zit.: Geschäftsführung, AJP/PJA 1/2011), 25, m. v. a. BGE 130 III 216 E. 2.1, m. V. a. BGE 128 III 129 E. 1a; BGE 121 I 259 E. 3a S. 262; BGE 107 II 430 E. 1 S. 432; BGE 95 I 21 E. 5b S. 25; Urteil 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, E. 2a, Pra 89/2000 Nr. 50 S. 285 ff.; BSK, OR-MARTIN WERNLI, Basler Kommentar, Obligationenrecht II; N 25 zu Art. 707; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 4. A., Zürich 2014, 57.

²⁹ Z.B. durch Zahlung eines jährlichen Verwaltungsrats honorars und Verzicht auf Ausrichtung eines monatlichen Fixgehalts.

³⁰ Z.B. durch Verzicht auf eine Entschädigung als Arbeitnehmer und/oder Verwaltungsrat, was den geschäftsbedingten Aufwand reduziert und die Auszahlung einer höheren Dividende ermöglicht. Vgl. dazu bspw. BGer 9C_327/2015 zum Thema der Dividenden als beitragsrechtlich massgebendes AHV-Einkommen.

³¹ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 6 und 11; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 18; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 44, je mit diversen Verweisen.

³² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 341 N 5 lit. a; THOMAS GEISER, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und

Illegalität; in: Erwin Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Bern 1996, 43 ff., 82 ff.

³³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 341 N 5 lit. a; BK-MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, Obligationenrecht; Bern ab 1983, Art. 341 N 21; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 341 N 7 f.

³⁴ Art. 319 ff. OR.

³⁵ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 322 N 8 und Art. 341 N 5 lit. b; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 322 N 4 ff.; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 322 N 19 ff.

³⁶ Vgl. z.B. Art. 45 Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Art. 37 GAV für das Metallgewerbe; Art. 5 Abs. 2 GAV für das Holzgewerbe.

³⁷ Z.B. verminderte Leistungsfähigkeit infolge eines Gebrechens, besondere Arten von Arbeitsverhältnissen (Praktikum) oder andere Gründe (vgl. Art. 45 LMV Bauhauptgewerbe, Art. 37 GAV Metallgewerbe, Art. 5 Abs. 2 GAV Holzgewerbe).

³⁸ Vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2 GAV Holzgewerbe.

³⁹ Art. 341 OR.

5.2. Grenzen einer Lohnvereinbarung nach Obligationenrecht

Begrenzt wird die Vertragsfreiheit betreffend Lohnhöhe nach unten durch den Tatbestand der Übervorteilung⁴⁰. Dies bedingt jedoch, dass nicht nur ein Missverhältnis in Form eines zu tiefen Lohnes vorliegt, sondern auch die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen⁴¹. Dasselbe gilt für die Anfechtung eines Arbeitsvertrages mit Berufung auf Grundlagenirrtum⁴². Hierbei muss der Arbeitnehmer beweisen, dass er einem objektiv wesentlichen Irrtum unterlag, was meines Erachtens eher schwierig sein dürfte. Eine weitere Grenze für Lohnabreden bildet in krassen Fällen das Verbot von sittenwidrigen Verträgen bzw. solchen, die gegen die öffentliche Ordnung verstossen⁴³.

Diese Rechtsbehelfe werden wohl nur selten zur Anwendung kommen, wenn die Vertragsparteien aus objektiv nachvollziehbaren Gründen und freiem Willen auf eine Lohnzahlung vollumfänglich verzichten oder einen Lohn vereinbaren, welcher deutlich von einer marktüblichen Entlohnung abweicht.

5.3. Diskriminierungsverbot nach Gleichstellungsgesetz und Art. 8 Abs. 3 BV

Als weitere Rahmenbedingung bei Lohnvereinbarungen ist das Verbot der diskriminierenden Entlohnung zu beachten. Dieses ergibt sich aus den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)⁴⁴ und der Bundesverfassung⁴⁵. Ob sich der Anwendungsbereich in Art. 2 GIG nach dem Wortlaut des Gesetzes effektiv auf «Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht» beschränkt, und damit Innominatverträge nicht vom GIG erfasst werden, kann offen bleiben⁴⁶. Das in der Bundesverfassung verankerte Verbot der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung gilt für alle Verträge be-

treffend Arbeitsleistungen, welche in einem persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis geleistet werden⁴⁷.

Steht dieses Diskriminierungsverbot einer vertraglichen Vereinbarung entgegen, wenn sich ein Arbeitnehmer zu einem vom marktüblichen und wohl auch unternehmensintern unüblichen Lohnniveau beschäftigen lässt? Immerhin ist Art. 3 GIG ein unverzichtbarer Anspruch, welcher durch Art. 341 OR geschützt wird⁴⁸.

Eine indirekte Lohndiskriminierung liegt vor, wenn formal geschlechtsneutrale Massstäbe und Kriterien für die Höhe des Lohnes bestimmend sind, sich deren Anwendung jedoch zum Nachteil eines Geschlechts im Vergleich zum anderen Geschlecht auswirkt⁴⁹. Damit ist als erstes festzustellen, dass eine nicht marktübliche Entlohnung, sei es in Form von Gratisarbeit, einer symbolischen Lohnzahlung oder einem Soziallohn nur dann indirekt diskriminierend sein kann, wenn sich dieses Lohnniveau geschlechtsspezifisch auswirkt⁵⁰. Sind solche geschlechtsspezifischen Auswirkungen festzustellen⁵¹, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob dafür ein objektiver Rechtfertigungsgrund vorliegt⁵². Kriterien, welche den Wert der Arbeit nicht beeinflussen (Alter, familiäre Situation, Zivilstand etc.) dürfen nach Auffassung von FREIVOGEL auch nicht für die Höhe des Grund- oder Funktionslohnes mitbestimmend sein⁵³. Solche Lohndifferenzen im Sinne eines sozialen Ausgleiches sind höchstens in Form von Lohnzulagen zulässig und im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung gegen das verfassungsmässige Interesse einer Gleichbehandlung abzuwägen⁵⁴.

⁴⁰ Vgl. Art. 21 OR.

⁴¹ Insbesondere die Merkmale der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit infolge Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns und der bewussten Ausbeutung dieser Entscheidungsschwäche (BSK, OR-CLAIRE HUGUENIN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I; Art. 21 N 10 ff.).

⁴² Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

⁴³ Vgl. Art. 19 f. OR; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 322 N 20, mit weiteren Verweisen.

⁴⁴ SR 151.1; Art. 3 GIG.

⁴⁵ Art. 8 Abs. 3 BV.

⁴⁶ ELISABETH FREIVOGEL, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A., Basel 2009, schliesst zumindest die analoge Anwendung des GIG nicht von vornherein aus (vgl. dort, Art. 2 N 23 GIG).

⁴⁷ GEISER (FN 32), 82; FREIVOGEL (FN 46), Art. 2 N 22 GIG.

⁴⁸ FREIVOGEL (FN 46), Art. 3 N 78 ff. GIG; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 341 N 6, m. V. a. ArbGer ZH, Urteil vom 25. September 1992, in: JAR 1993, 160 ff.

⁴⁹ FREIVOGEL (FN 46), Art. 3 N 139 GIG.

⁵⁰ Dies wird wohl in der Regel nicht der Fall sein, sofern sich solche Verträge auf Einzelfälle beschränken.

⁵¹ Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn gewisse Stellen einer Unternehmung systematisch durch Gratis- bzw. Freiwilligenarbeit besetzt werden.

⁵² FREIVOGEL (FN 46), Art. 3 N 145 GIG.

⁵³ FREIVOGEL (FN 46), Art. 3 N 146 GIG.

⁵⁴ FREIVOGEL (FN 46), Art. 3 N 147 GIG, welche einen legitimen und geschäftsnotwendigen Zweck verlangt, welcher nicht durch eine weniger diskriminierende Massnahme ersetzt werden könnte und welcher das Interesse an einer Gleichbehandlung überwiegt.

6. Tiefer Lohn: Gratis- oder Freiwilligenarbeit

Die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages ist ein wesentliches Vertragsmerkmal⁵⁵. Damit gilt es vorab zu klären, ob auch dann ein Arbeitsvertrag vorliegt oder vorliegen kann, wenn der Lohn sehr tief ist oder die Arbeitsleistung, wie bei Freiwilligen- oder Gratisarbeit, überhaupt nicht entschädigt wird.

6.1. Entgeltlichkeit als wesentliches Vertragsmerkmal

Bevor auf die Frage der Qualifikation eines unentgeltlichen Arbeitsvertrages eingegangen wird, ist zuerst zu klären, welche Leistungen überhaupt als Lohn im Sinne von Art. 320 Abs. 1 OR zu subsumieren sind. Keiner weiteren Begründung bedarf, dass Zahlungen in Form von Zeit⁵⁶ oder Leistungslohn⁵⁷ als Lohn gelten. Ebenso ist selbstverständlich, dass die Auszahlung sowohl in Geld⁵⁸ wie auch Naturalien erfolgen kann⁵⁹, und damit nicht nur Geld- sondern auch Naturallohn als «Lohn» im gesetzlichen Sinne gelten⁶⁰. *Nicht* als Lohn zu betrachten sind hingegen:

a) Gratifikationen

Wie die Gesetzesbestimmung selbst zum Ausdruck bringt⁶¹, stellt die Gratifikation keinen Lohn, sondern eine Sondervergütung dar⁶². Zu beachten ist hierbei, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann eine Gratifikation ausbezahlt werden kann, wenn diese akzessorisch zum Lohn hinzutritt. Übersteigt die

Gratifikation ein bestimmtes Verhältnis zum vereinbarten Lohn, wird erstere zum Lohnbestandteil⁶³. Es ist daher nicht möglich, die erbrachte Arbeitsleistung statt mit Lohn, ausschliesslich in Form einer (freiwilligen oder vereinbarten) Gratifikation abzugelten.

b) Spesen- oder Auslagenersatz

Nicht als Lohn zu qualifizieren sind Spesen- oder Auslagenersatz⁶⁴. Dies gilt jedoch nicht für Spesen, die als solche bezeichnet werden, richtigerweise aber Lohnbestandteil sind, namentlich Pauschalspesen, deren Höhe die effektiv anfallenden Aufwendungen übersteigen⁶⁵.

c) freiwillige (Sozial-)leistungen, Zuwendungen aufgrund von Betriebszugehörigkeit, Gelegenheits- oder Dienstaltersgeschenke, Abgeltung für Immaterialgüterrechte, etc.

Es gibt eine ganze Anzahl weiterer Leistungen, welche vom Arbeitgeber an die Mitarbeitenden ausgerichtet werden, jedoch nicht als Lohn zu qualifizieren sind:

«Keinen Lohn i.S.v. OR 322 stellen die sog. freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers wie z. B. Gratifikation und Betriebspensionen dar, auf die der Arbeitnehmer keinen Anspruch hat;»⁶⁶ REHBINDER/STÖCKLI unterscheiden dabei zwischen (relativ) freiwilligen Sozialleistungen im weitesten Sinne, auf deren Ausrichtung der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch hat, und solchen in engerem Sinne, die ohne jegliche Verpflichtung seitens des Arbeitgebers ausgerichtet werden. Nur Letztere gelten nicht als Lohn im rechtlichen Sinne⁶⁷.

Nicht als Lohn gelten Leistungen, die dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit zugutekommen und damit keinen Lohn im Sinne einer Gegenleistung für erbrachte Arbeit darstellen. Dies-

⁵⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2 und Art. 322 N 2; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 23.

⁵⁶ Art. 322 OR (Jahres-, Monats- oder Stundenlohn).

⁵⁷ Art. 322a OR (Anteil am Geschäftsergebnis), Art. 322b OR (Provision) oder Art. 326 OR (Akkordlohn).

⁵⁸ Sowohl in Landes- wie auch Fremdwährung, vgl. Art. 323b Abs. 1 OR.

⁵⁹ Vgl. Art. 322 Abs. 2 OR. Dazu gehört insbesondere auch das Überlassen eines Geschäftsfahrzeuges oder anderer betrieblicher Arbeitsgeräte zur privaten Nutzung, die Möglichkeit zu freien Benzinbezügen oder die unentgeltliche Abgabe von Produkten der Unternehmung oder deren Beteiligungspapieren (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 3], Art. 322 N 2). Ausführlich zu Kost und Logis als Naturallohn: BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 322 N 43 und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 322 N 17.

⁶⁰ Zu Fällen, in welchen ausschliesslich Naturallohn ausgerichtet wurde, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 322 N 2 m. V. oder TA TI in SJZ 1928/29 346 (landwirtschaftlicher Arbeitnehmer, welcher lediglich Kost und Logis erhielt).

⁶¹ Art. 322d Abs. 1 OR.

⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 322d N 2.

⁶³ Vgl. dazu: BGer 4A_653/2014; BGE 131 III 615 E. 5.2; BGE 129 III 276 E. 2.1; BGer 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005, E. 2.2; 4C.6/2003 vom 24. April 2003, E. 2.2; 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006, E. 2.1; 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006, E. 5.1; 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007, E. 4.3.5.

⁶⁴ RIEMER-KAFKA (FN 2), 61 mit diversen Beispielen; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2.

⁶⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 322 N 9 und Art. 327a N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 327a N 7.

⁶⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 322 N 41 (im Original teilweise Fettschrift). Vgl. zur Gratifikation eingehend lit. a vorangehend.

⁶⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 322 N 41. Die sog. «relativ freiwilligen Leistungen» sind zwar geschuldet (Rechtsanspruch), vermutlich aber deshalb freiwillig, weil sie gesetzlich nicht vorgesehen, jedoch gestützt auf GAV, NAV, Einzelarbeitsvertrag oder Gewohnheitsrecht geschuldet sind.

bezüglich zu nennen sind diverse Naturalleistungen⁶⁸ oder auch Dienstaltersgeschenke⁶⁹.

Ebenfalls nicht als Lohn zu qualifizieren sind Gelegenheitsgeschenke⁷⁰ oder die Vergütung, welche ein Arbeitgeber für den Erwerb einer Gelegenheitserfindung an den Arbeitnehmer zu bezahlen hat⁷¹.

d) *Leistungen ausserhalb des Arbeitsvertragsrechts*

Ebenfalls nicht als Lohn zu qualifizieren sind Leistungen, die ein Arbeitgeber aus einem anderen Rechtsgrund als dem arbeitsvertraglichen Verhältnis ausgerichtet. Zu denken ist beispielsweise an Organe einer Gesellschaft, welche sowohl als Geschäftsführer, Verwaltungsrat (bei der AG) oder Gesellschafter (bei der GmbH) tätig sind⁷².

Ebenfalls in diese Kategorie fallen Zahlungen also Folge einer Arbeitsleistung im privaten oder familiären Umfeld, deren Entschädigung sich auf einen anderen Rechtsgrund abstützt⁷³. So wurde bspw. kein Arbeitsverhältnis angenommen, als eine Ehefrau in der Aktiengesellschaft des Mannes über mehrere Jahre Sekretariats- und Buchhaltungsarbeiten erledigte und dafür eine monatliche Entschädigung zwischen CHF 800.– und CHF 1'500.– erhielt⁷⁴.

Wohl einfacher ist die Abgrenzung des Arbeitsvertrages, wenn sich die Zusammenarbeit nicht aus einer persönlichen Beziehung heraus ergibt, sondern als Folge eines separaten, zusätzlich zum Arbeitsvertrag vereinbarten Vertragsverhältnisses⁷⁵.

6.2. Zwingend entgeltliches Vertragsverhältnis wegen Art. 320 Abs. 2 OR?

Art. 320 Abs. 2 OR sieht vor, dass ein Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen gilt, wenn zwar kein Lohn vereinbart wurde, der Arbeitgeber jedoch eine Arbeitsleistung entgegen nimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Steht Art. 320 Abs. 2 OR einem «unentgeltlichen Arbeitsvertrag» entgegen?

Art. 320 Abs. 2 OR figuriert nicht in der Aufzählung zwingender oder halbzwingender Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts⁷⁶, obwohl STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH diese Norm als absolut zwingend qualifizieren⁷⁷. Dem absolut zwingenden Charakter von Art. 320 Abs. 2 OR steht jedoch die Vereinbarung eines unentgeltlichen Einsatzes nicht entgegen⁷⁸. Die Unentgeltlichkeit bedingt aber eine *ausdrückliche* Vereinbarung, welche die gesetzliche Vermutung umstösst⁷⁹: «Die fehlende Lohnvereinbarung wird [nach Art. 320 Abs. 2 OR] ersetzt durch objektive Umstände, die auf Entgeltlichkeit der Arbeit schliessen lassen. Die gesetzliche Vermutung eines Einzelarbeitsvertrages kommt daher dann nicht zum Zug, wenn die Parteien nachweisbar die Unentgeltlichkeit der Arbeit vereinbart haben.»⁸⁰

Die vermutete Entgeltlichkeit eines Arbeitsvertrages nach Art. 320 Abs. 2 OR steht einem unentgeltlichen Arbeitsvertrag also nicht entgegen, bedingt jedoch eine ausdrückliche und klare Vereinbarung⁸¹.

6.3. Rechtliche Qualifikation eines unentgeltlichen Arbeitsvertrages

Die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses ist aus zwei praktischen Gründen von grundsätzlicher Bedeutung⁸²: Die Qualifikation des Vertrages entscheidet über die Anwendbarkeit zwingender Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsrechts oder anderer Gesetze⁸³. Darüber

⁶⁸ Z.B. den Mitarbeitenden unentgeltlich oder verbilligt zur Verfügung gestellte Kantine, Sportanlagen, Kinderkrippen etc. (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 3], Art. 322 N 2).

⁶⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), qualifizieren diese als Gratifikation (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 3], Art. 322d N 9).

⁷⁰ Blumenstraus, Gutscheine etc.; vgl. RIEMER-KAFKA (FN 2), 61.

⁷¹ Vgl. Art. 332 OR; vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 332 N 15.

⁷² Vgl. vorne, Ziff. 4.3.

⁷³ Z.B. Ehe- oder Familienrecht (Art. 159 Abs. 3 ZGB, Art. 272 ZGB, Art. 334 ZGB oder Anspruch aus einfacher Gesellschaft beim Konkubinat). Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 11, BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 320 N 19 ff.; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 320 N 17 ff.

⁷⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 11, m. V. a. JAR 2002, 127 und diversen weiteren Gerichtsentscheiden zu diesem Thema.

⁷⁵ Z.B. ein Arbeitgeber, welcher Wohnung oder Geschäftsräume seines Arbeitnehmers mietet.

⁷⁶ Vgl. Art. 361 f. OR.

⁷⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 320 N 17.

⁷⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 320 N 17; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 320 N 18; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 320 N 10.

⁷⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 320 N 17; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 320 N 18; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 320 N 10; BGer 4A_19/2015 E. 3.2.

⁸⁰ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 320 N 10.

⁸¹ «Die Vermutung des Art. 320 Abs. 2 OR kommt nicht zum Zuge, wenn die Parteien nachweisbar und klar die Unentgeltlichkeit vereinbart haben (...).» (BGer 4A_19/2015 E. 3.2 m. V.); Vgl. auch BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 320 N 18.

⁸² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 3.

⁸³ Z.B. Arbeits- oder Gleichstellungs- oder Mitwirkungsgesetz sowie Sozialversicherungs- oder Steuerrecht, auch wenn die letzten

hinaus beurteilt sich die örtliche und sachliche Zuständigkeit bei gerichtlichen Streitigkeiten ebenfalls danach, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht⁸⁴.

Wie vorangehend gezeigt, fällt die Lohnabrede – vorbehaltlich zwingender Mindestlohnvorschriften – nicht unter die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts⁸⁵. Trotzdem aber gilt die Entgeltlichkeit als wesentliches Vertragsmerkmal⁸⁶. Wie sind nun «unentgeltliche Arbeitsverträge» zu qualifizieren?

6.3.1. Mögliche Vertragsarten

Die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung als wesentliches Vertragsmerkmal hat zur Folge, dass bei unentgeltlichen Einsätzen kein reiner Arbeitsvertrag vorliegen kann⁸⁷. Wird eine Arbeitsleistung erbracht, ohne dass im Gegenzug ein Lohn geschuldet wäre, ist eines der nachfolgenden Rechtsverhältnisse näher zu prüfen:

a) Auftrag

Der Auftrag ist nicht zwingend entgeltlich, weshalb eine unentgeltliche Dienstleistung grundsätzlich ein Auftragsverhältnis darstellen kann⁸⁸. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Arbeitsvertrag ist jedoch nicht die Unentgeltlichkeit⁸⁹, sondern das Ausmass der Unterordnung bzw. der Abhängigkeit⁹⁰. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang vom rechtlichen Subordinationsverhältnis im Sinne einer rechtlichen Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht⁹¹. Fehlt es an diesem Merkmal, darf trotz der Unentgeltlichkeit des Einsatzes nicht von einem Auftragsverhältnis ausgegangen werden⁹².

Nach Auffassung diverser Autoren führt auch Art. 394 Abs. 2 OR nicht dazu, dass Verträge auf Erbringung einer unentgeltlichen Arbeitsleistung *per se*

dem Auftragsrecht zuzuordnen sind⁹³. Entgegen dem engen Wortlaut dieser Bestimmung⁹⁴ gilt nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts auch im Bereich der Verträge auf Arbeitsleistung Typenfreiheit⁹⁵, womit bei Verträgen auf Arbeitsleistung Innominatverträge grundsätzlich möglich und diese nicht gestützt auf Art. 394 Abs. 2 OR *per se* als Auftrag zu qualifizieren sind⁹⁶.

b) Innominatvertrag: Gemischter Vertrag oder Vertrag sui generis

«Innominatkontrakte sind Verträge, welche vom Gesetz nicht besonders geregelt werden. Nach geläufiger Einteilung zerfallen sie in «gemischte Verträge» und «Verträge sui generis». Gemischte Verträge sind dadurch gekennzeichnet, dass sie die Merkmale verschiedener gesetzlicher Vertragstypen zu einem Ganzen kombinieren (...). Alle anderen Innominatkontrakte sind dagegen Verträge sui generis. Sie enthalten nur – oder zumindest auch – solche Elemente, die in keinem gesetzlichen Vertragstyp vorkommen.»⁹⁷

Nach Auffassung von RIEMER-KAFKA scheidet die Möglichkeit eines gemischten Vertrages, bestehend aus Auftrag und Arbeitsvertrag aus, weil es bei Gratis- oder Freiwilligenarbeit an dem für einen Arbeitsvertrag notwendigen Synallagma fehlt⁹⁸. Dieser Meinung widersprechen verschiedene Autoren, welche die Möglichkeit eines gemischten Vertrages durchaus zulassen, allerdings ohne nähere Begründung⁹⁹.

Bezüglich Verträge sui generis erachtet RIEMER-KAFKA die Schaffung eines solchen Vertrages dort als sinnvoll, wo die gesetzlichen Typen keine angemess-

Beiden eigene Definitionen eines Arbeitsvertrages pflegen (vgl. z.B. BGE 122 V 283).

⁸⁴ Art. 34 ZPO.

⁸⁵ Vgl. vorne, Ziff. 5.

⁸⁶ Vgl. vorne, Ziff. 6.

⁸⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2.

⁸⁸ Art. 394 Abs. 3 OR.

⁸⁹ Pra 1997 Nr. 172 E. 2 b, Urteil vom 24. Februar 1997 (=JAR 1998, 104).

⁹⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 49; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 32, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 6.

⁹¹ BGer 4A_602/2013, E. 3; BGer 4A_200/2015, E. 4.2; JAR 1998, 104 = Pra 1997 Nr. 172; BGE 121 I 259 E. 3a.

⁹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2 m. V. a. das Beispiel der Gratisarbeit aus karitativem Antrieb in einer Hilfsorganisation.

⁹³ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2; RIEMER-KAFKA (FN 2), 61; KOLLER (FN 11), 1634; A. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 49.

⁹⁴ Art. 394 Abs. 2 OR: «Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.»

⁹⁵ Gemischte Verträge: BGE 109 II 462; BGE 110 II 380; Verträge sui generis: BGE 115 II 108; BGE 112 II 41.

⁹⁶ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2; RIEMER-KAFKA (FN 2), 61; KOLLER (FN 11), 1634; A. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 49.

⁹⁷ BGer 4C.313/2004, E. 1.2 mit diversen Verweisen; Inwieweit sich das Bundesgericht selbst an diese Gliederung hält, ist allerdings unklar. Anders noch in BGE 115 II 452 (vgl. dort E. 3 a), wo das Bundesgericht Verträge sui generis in gemischte und zusammengesetzte Verträge unterteilt.

⁹⁸ RIEMER-KAFKA (FN 2), 60, mit Verweis auf GEISER (FN 32), 61. Gl. M. wohl auch BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), welche die Möglichkeit eines gemischten Vertrages deshalb ausschliessen, weil Art. 394 Abs. 2 OR einen numerus clausus der Verträge auf Arbeitsleistung statuiert (vgl. dort, Art. 319 N 49).

⁹⁹ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 24 und N 41 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2.

sene Lösung bieten können oder das persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis der einen Vertragspartei gegenüber der anderen nach besonderen Schutznormen ruft¹⁰⁰. Auch andere Autoren sprechen sich für die Zulassung von Dienstleistungsverträgen *sui generis* aus¹⁰¹.

c) Gefälligkeit

Gefälligkeitsabreden stehen den Dienstleistungsverträgen nahe, wenn sie eine Arbeitsleistung zum Gegenstand haben¹⁰². Im Unterschied zu einer vertraglichen Vereinbarung, fehlt es bei der Gefälligkeitsabrede allerdings am Bindungswillen der Parteien¹⁰³ und das Bundesgericht beurteilt eine Haftung des Gefälligen nach den Bestimmungen der unerlaubten Handlung¹⁰⁴. Im Unterschied zur Gefälligkeitsabrede besteht bei einem unentgeltlichen Arbeitsvertrag ein Bindungswille, weshalb die Gefälligkeitsabrede im vorliegenden Fall grundsätzlich nicht als Vertragsart zum Tragen kommen kann¹⁰⁵. Insofern fällt die Qualifikation eines unentgeltlichen Arbeitsvertrages als Gefälligkeitsabrede in aller Regel ausser Betracht.

6.3.2. Unentgeltlicher Arbeitsvertrag als Innominatkontrakt

Soweit ersichtlich äusserte sich das Bundesgericht bisher nicht zur Frage, wie ein Vertrag, welcher mit Ausnahme der Entgeltlichkeit sämtliche übrigen Merkmale eines Arbeitsvertrages erfüllt, rechtlich zu qualifizieren ist¹⁰⁶. Bestätigt hat das Bundesgericht jedoch bereits mehrfach, dass Innominatverträge mit arbeitsrechtlichen Elementen möglich sind¹⁰⁷. Sieht man vom Spezialfall einer Gefälligkeit ab, besteht in der Lehre weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich

bei einem unentgeltlichen Arbeitsvertrag um einen Innominatkontrakt und nicht um einen Auftrag handeln muss¹⁰⁸. Dies deshalb, weil das Abgrenzungsmerkmal der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Unterordnungs- bzw. Subordinationsverhältnis) gegen den Auftrag spricht¹⁰⁹ und auch Art. 394 Abs. 2 OR entgegen seinem engen Wortlaut Innominatverträge auf Arbeitsleistung nicht ausschliesst¹¹⁰.

Zusammenfassend ist zur Vertragsqualifikation also festzustellen, dass bei Gratis- oder Freiwilligenarbeit im Sinne eines unentgeltlichen Arbeitsvertrages in aller Regel von einem Innominatkontrakt auszugehen ist, sei dies in Form eines gemischten Vertrages oder eines Vertrages *sui generis*. Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal ist dabei die fehlende Entgeltlichkeit der Dienstleistung, welche die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als reinen Arbeitsvertrag verhindert. Damit ist aber auch offenbar, dass jedes noch so kleine Entgelt beim unentgeltlichen Arbeitsvertrag dazu führt, dass das Vertragsverhältnis als «normaler» Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR zu qualifizieren ist, weil damit sämtliche wesentlichen Vertragsmerkmale erfüllt sind¹¹¹. Bei Bedarf lässt sich daher bezüglich einer Vertragsqualifikation dadurch Rechtssicherheit schaffen, dass mit dem Arbeitnehmer ein, wenn auch nur symbolischer, Lohn vereinbart wird.

7. Hoher Lohn: Soziallohn

In der Praxis finden sich diverse Fallbeispiele, bei welchen dem Arbeitnehmer kein zu tiefer, sondern ein zum Teil höherer als der marktübliche Lohn ausbezahlt wird. In diesem Fall ist nachfolgend vom Soziallohn die Rede.

Zu unterscheiden von einem (reinen) Arbeitsvertrag mit Soziallohn sind diejenigen Fälle, in welchen ebenfalls ein höherer als der marktübliche Lohn vereinbart wird, aber weitere Merkmale fehlen und damit die Qualifikation als Arbeitsvertrag in Frage gestellt wird. Zu denken ist bspw. an eine fehlende Unterordnung¹¹², fehlende Ar-

¹⁰⁰ RIEMER-KAFKA (FN 2), 61, m. V. a. GEISER (FN 32), 66.

¹⁰¹ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 24 und N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2.

¹⁰² KOLLER (FN 11), 1628.

¹⁰³ KOLLER (FN 11), 1628; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 24.

¹⁰⁴ BGE 137 III 539 E. 5.1.

¹⁰⁵ Vgl. zu den Praxisbeispielen und Gerichtsentscheiden einer Gefälligkeitsabrede: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2; RIEMER-KAFKA (FN 2), 59 oder KOLLER (FN 11), 1628.

¹⁰⁶ Beachte immerhin BGE 124 III 249 ff., in welchem das Bundesgericht erklärte, dass bei Arbeit auf Abruf die Rufbereitschaft (Bereitschaftsdienst ausserhalb der Unternehmung) als eine zwingend entschädigungspflichtige Arbeitsleistung betrachtete (E. 3 b), und m. E. damit die Zulässigkeit der Vereinbarung eines gemischten Vertrages (Arbeitsvertrag/Auftrag) implizit ausschloss.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. BGE 131 III 566 ff. und BGer 4A_102/2013 (Hauswartzvertrag als gemischter Vertrag mit Elementen von Arbeits- und Mietvertrag); BGE 118 II 157 (Franchisevertrag mit arbeitsrechtlichen Elementen).

¹⁰⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 41 f.; KOLLER (FN 11), 1629. A. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 49.

¹⁰⁹ KOLLER (FN 11), 1629; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 6.

¹¹⁰ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 41; KOLLER (FN 11), 1634.

¹¹¹ RIEMER-KAFKA (FN 2), 60.

¹¹² Geschäftsführer als gleichzeitiger Alleininhaber seiner eigenen Gesellschaft; Vgl. Ziff. 4.3.

beitsleistung¹¹³ oder ein fehlendes privatrechtliches Dauerschuldverhältnis¹¹⁴.

Die Vereinbarung eines Arbeitsvertrages mit einem höheren als dem marktüblichen Lohn lässt die rechtliche Qualifikation dieses Vertragsverhältnisses unberührt: «Die Parteien des Arbeitsvertrages können auch einen weit über dem Durchschnitt liegenden Lohn vereinbaren»¹¹⁵. Kommt hinzu, dass die gesetzlichen Vorschriften in aller Regel nur einen Mindest- aber keinen Höchstlohn vorschreiben und ersterer ohne weiteres auch überschritten werden darf¹¹⁶. Das Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung ist der wohl wichtigste Aspekt des Sozialschutzes im Einzelarbeitsvertrag. Wird ein höherer als der marktübliche Lohn ausbezahlt, stellen sich daher in Bezug auf zwingende Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts keine Probleme. Zu Gunsten des Arbeitgebers sei aber die Frage erlaubt, ob und inwieweit der freiwillig ausbezahlte zu hohe Lohn überall dort automatisch und zwingend zur Anwendung gelangt, wo das Arbeitsvertragsrecht eine Rechtsfolge oder gar Sanktion zu Lasten des Arbeitgebers in Abhängigkeit vom vereinbarten Monatslohn hängt¹¹⁷.

8. Einzelfragen zum Arbeitsvertrag mit «falschem» Lohn

8.1. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

Welche Folgen zeitigt die Zahlung eines «falschen» Lohnes im Sozialversicherungsrecht und wie gross ist der vertragliche Gestaltungsspielraum für die Vertragsparteien?

8.1.1. AHVG

8.1.1.1. Versicherte Personen

Nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)¹¹⁸ sind alle natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz versichert, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit

ausüben oder nicht¹¹⁹. Somit erstreckt sich der Versicherungsschutz grundsätzlich sowohl auf Personen, die einer Gratis- oder Freiwilligenarbeit nachgehen, als auch auf solche, die einen Soziallohn beziehen¹²⁰.

8.1.1.2. Beitragspflicht und massgebender Lohn

Das AHVG definiert für sich selbst und diverse weitere Sozialversicherungen¹²¹, welche Verträge als unselbständige Erwerbstätigkeit gelten und welche Zahlungen als massgebender und damit beitragspflichtiger Lohn zu qualifizieren sind¹²². Dabei wird nicht die zivilrechtliche Betrachtungsweise übernommen, sondern eine eigene Begriffswelt definiert¹²³. Auch die im Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)¹²⁴ anzutreffenden Begriffe der Arbeitnehmenden¹²⁵ und des Arbeitgebers¹²⁶ richten sich nicht nach der zivilrechtlichen Definition¹²⁷, sondern nach der Definition «im jeweiligen Einzelgesetz»¹²⁸ des betreffenden Sozialversicherungszweiges¹²⁹.

Welche Merkmale das Vorliegen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 5 AHVG ausmachen, erschliesst sich insbesondere aus der Wegleitung zum massgebenden Lohn (WML). Gefordert wird eine Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit in unselbständiger Stellung¹³⁰. Die Erfüllung dieser Kriterien hängt wie bereits erwähnt nicht davon ab, ob ein Einzelarbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR vorliegt¹³¹, sondern

¹¹⁹ Art. 1a Abs. 1 AHVG.

¹²⁰ Vgl. zu den Ausnahmen im Einzelfall hinten, Ziff. 8.1.1.3.

¹²¹ Vgl. Arbeitslosenversicherung: Art. 3 AVIG; Invalidenversicherung: Art. 3 IVG; Unfallversicherung: Art. 22 UVV; Erwerbsersetzungsgesetz: Art. 27 EOG.

¹²² Vgl. Art. 5 AHVG und Art. 6 ff. AHVV.

¹²³ Vgl. dazu BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (zit.: BSV, WML), Bundesamt für Sozialversicherungen; Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML); Stand 1. Januar 2015; abrufbar unter: <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:deu/category:22> Rz. 1001 ff.; UELI KIESER, (zit.: KIESER, Rechtsprechung zur AHV), in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht; Alters und Hinterlassenenversicherung; 2. A., Zürich 2005, Art. 5 AHVG, Rz 92 ff.; UELI KIESER, (zit.: KIESER, ATSG-Kommentar), ATSG-Kommentar, 2. A., Zürich 2009, ATSG-Kommentar, Art. 10 ATSG N 5.

¹²⁴ SR 830.1.

¹²⁵ Art. 10 ATSG.

¹²⁶ Art. 11 ATSG.

¹²⁷ Art. 319 ff. OR.

¹²⁸ Vgl. für den Begriff des Arbeitnehmers Art. 10 ATSG und für den Arbeitgeber Art. 11 ATSG, welcher auf Art. 10 ATSG Bezug nimmt.

¹²⁹ Vgl. KIESER (FN 123), ATSG-Kommentar, Art. 10 ATSG N 1 f.

¹³⁰ Vgl. BSV, WML (FN 123), Rz 1003 ff.

¹³¹ BSV, WML (FN 123), Rz 1022.

¹¹³ Ehefrau eines Unternehmers, welche pro forma einen Lohn als Arbeitnehmerin bezieht, obwohl sie effektiv gar keine Arbeitsleistung erbringt. Vgl. vorne, FN 74.

¹¹⁴ Punktuelle Einsätze (Gelegenheitsarbeit) oder Arbeitsversuche nach Art. 18a IVG. Zu letzterem vgl. vorne, Ziff. 4.2.

¹¹⁵ Pra 1997 Nr. 172 E. 2 b, Urteil vom 24. Februar 1997 (=JAR 1998 104), m. V. a. BGE 118 II 136.

¹¹⁶ Vgl. z.B. im Bereich der Gesamtarbeitsverträge: Art. 357 Abs. 2 OR.

¹¹⁷ Strafzahlung bei missbräuchlicher Kündigung etc.; vgl. dazu hinten, Ziff. 8.3.4.

¹¹⁸ SR 831.10.

beurteilt sich nach Würdigung der Umstände im konkreten Einzelfall¹³². Wenn die zivilrechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses keine Rolle spielt, ist folglich auch unerheblich, ob in zivilrechtlicher Hinsicht ein Arbeitsvertrag, Auftrag oder Innominatkontrakt vorliegt.

Ob eine Zahlung des Arbeitgebers als massgebender und damit beitragspflichtiger Lohn¹³³ gilt, bestimmt sich ebenfalls nach den eigenen Regeln des AHVG. Danach gelten alle Bezüge als massgebender Lohn, die wirtschaftlich betrachtet mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen¹³⁴. «Es ist also jede Entschädigung oder Zuwendung, die sonst wie aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, beitragspflichtig, ausser sie sei kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen»¹³⁵. Beachtlich ist im vorliegenden Zusammenhang, dass es überdies keine Rolle spielt, ob die Leistung durch den Arbeitgeber freiwillig war oder nicht¹³⁶. Nicht beitragspflichtig sind hingegen Leistungen, die nicht Entgelt für geleistete Arbeit darstellen¹³⁷.

8.1.1.3. Gratisarbeit, symbolischer Lohn und Soziallohn

Bei der Frage, wie und auf welchen Leistungen Sozialversicherungsabzüge abzurechnen sind, besteht kein Raum für vertragliche Abreden zwischen den Vertragsparteien¹³⁸. Grundsätzlich richtet sich die Beitragspflicht nicht nach dem (hypothetischen) marktgerechten, sondern nach dem effektiv ausbezahlten Lohn. Dies hat bei Gratis- oder Freiwilligenarbeit zur Folge, dass mangels Lohnzahlung keine Erwerbstätigkeit im Sinne des AHVG vorliegt und der betreffende Mitarbeiter als nichterwerbstätig zu qualifizieren ist¹³⁹. Wer hingegen «(...) während längerer Zeit in grossem Umfang eigene oder fremde Arbeitskräfte einsetzt und erhebliche finanzielle Mittel investiert, um ein Produkt zur Marktreife zu entwickeln, übt eine Erwerbstätigkeit aus. Dies gilt selbst dann, wenn die Geschäftsverluste die Gewinne übersteigen.»¹⁴⁰ Ähnliches gilt für den

Unternehmer, welcher als Geschäftsführer seiner eigenen Firma auf eine Lohnzahlung verzichtet und sich stattdessen aus dem erwirtschafteten Gewinn eine Dividende auszahlt¹⁴¹. Demgegenüber gilt ein Direktor als nichterwerbstätig, wenn er zwar während des ganzen Jahres für die Gesellschaft arbeitete, aber aufgrund der schlechten finanziellen Lage auf eine Entlohnung verzichtet¹⁴².

Im Zusammenhang mit einem symbolischen Lohn ist die Lohngrenze von jährlich CHF 2'300.– zu erwähnen, auf welche nur dann Beiträge abzuführen sind, wenn der Arbeitnehmer dies verlangt¹⁴³. Dieser Grenzwert gilt jedoch nur in Bezug auf Nebenbeschäftigungen¹⁴⁴, weshalb eine Beitragsbefreiung für einen geringfügigen Nebenerwerb im Rahmen des Grenzbetrages eine Haupttätigkeit voraussetzt¹⁴⁵.

Beim Soziallohn sind auch dann auf dem gesamten, ausbezahlten Monatsgehalt Sozialabzüge vorzunehmen, wenn freiwillig und bewusst ein höheres als ein marktübliches Entgelt vereinbart wurde¹⁴⁶. Auch hier gibt es Ausnahmen: Keine Beitragspflicht gilt für Tätigkeiten, welche nur zum Schein ausgeübt werden. Insofern ist der Soziallohn einer Ehegattin, welche nur formell in der Unternehmung ihres Mannes angestellt ist, ohne effektiv tätig zu sein und damit ein im Verhältnis zur Arbeitsleistung ein viel zu hohes Gehalt bezieht, nicht beitragspflichtig¹⁴⁷. Dasselbe dürfte wohl auch für den Eigentümer einer Unternehmung gelten, welcher formell als Geschäftsführer angestellt ist, jedoch keinerlei Arbeitsleistung erbringt und sich aus dem Vermögensertrag der Gesellschaft einen Geschäftsführerlohn auszahlt.

8.1.1.4. Leistungen nach AHVG

Die Höhe der Altersrente richtet sich grundsätzlich nach der Höhe desjenigen Einkommens, für welches Beiträge abgeführt wurden¹⁴⁸. Bei nichterwerbstätigen Personen wird gestützt auf die einbezahlten Beiträge ein hypothetisches Einkommen errechnet¹⁴⁹. Das Leistungsrecht des AHVG knüpft also direkt an die Höhe der einbezahlten

¹³² BSV, WML (FN 123), Rz 1016.

¹³³ Art. 5 Abs. 2 AHVG.

¹³⁴ KIESER (FN 123), Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG, Rz 92; BSV, WML, Rz 2001 ff.

¹³⁵ KIESER (FN 123), Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG, Rz 92, m. V. A. BGE 126 V 222 f.

¹³⁶ KIESER (FN 123), Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG, Rz 92, m. V. a. BGE 124 V 102.

¹³⁷ Art. 9 AHVV; BSV, WML (FN 123), Rz 3001 ff.; Dazu gehören Z.B. Spesenentschädigungen oder Auslagenersatz.

¹³⁸ BSV, WML (FN 123), Rz 1024.

¹³⁹ Art. 10 AHVG; RIEMER-KAFKA (FN 2), 68.

¹⁴⁰ BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (zit.: BSV, WSN): Bundesamt für Sozialversicherungen; Wegleitung über die Beiträge der Selbständigwerbenden und Nichterwerbstätigen in der

AHV, IV und EO (WSN); Stand 1. Januar 2015; abrufbar unter: <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/2921/lang:deu/category:22> Rz 2008 m. V. a. BGE 115 V 161.

¹⁴¹ Vgl. BGE 103 V 1 ff.; BGE 134 V 297 ff.

¹⁴² BSV, WSN (FN 140), Rz 2009 m. V. a. EVGE 1953, S. 35.

¹⁴³ Art. 34d AHVV.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 19 Abs. 1 AHVV.

¹⁴⁵ BGE 125 V 378 E. 1 b.

¹⁴⁶ Art. 5 AHVG und Art. 7 AHVV sehen keine Obergrenze vor, weshalb grundsätzlich der gesamte massgebende Lohn beitragspflichtig ist.

¹⁴⁷ BSV, WSN (FN 140), Rz 2006.

¹⁴⁸ Art. 29^{quinquies} Abs. 1 AHVG.

¹⁴⁹ Art. 29^{quinquies} Abs. 2 AHVG.

Beiträge an und lässt den Parteien keinen Spielraum für eine autonome, vertragliche Ausgestaltung dieses Sozialversicherungsweiges.

8.1.2. UVG

8.1.2.1. Versicherte Personen

Wie beim AHVG¹⁵⁰ beschränkt sich der Kreis der versicherten Personen auch beim Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)¹⁵¹ nicht auf Personen mit einem Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR:

«Die Arbeitnehmereigenschaft ist daher jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (...). Das Vorhandensein eines Arbeitsvertrages ist jedoch nicht Voraussetzung für die Versicherteneigenschaft gemäss Art. 1a Abs. 1 UVG. Liegt weder ein Arbeitsvertrag noch ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis vor, ist unter Würdigung der wirtschaftlichen Umstände in ihrer Gesamtheit zu beurteilen, ob die Arbeitnehmereigenschaft gegeben ist. Dabei ist zu beachten, dass das UVG im Interesse eines umfassenden Versicherungsschutzes auch Personen einschliesst, deren Tätigkeit mangels Erwerbsabsicht nicht als Arbeitnehmertätigkeit einzustufen wäre, wie bspw. Volontärverhältnisse, bei welchen der für ein eigentliches Arbeitsverhältnis typische Lohn in der Regel weder vereinbart noch üblich ist (...). Von der obligatorischen Unfallversicherung werden somit auch Tätigkeiten erfasst, die die Begriffsmerkmale des Arbeitnehmers nicht vollständig erfüllen. Der Begriff des Arbeitnehmers gemäss Art. 1a Abs. 1 UVG ist damit weiter als im Arbeitsvertragsrecht (...).»¹⁵²

In Bezug auf die Unterstellung spielt es daher keine Rolle, ob mit der beschäftigten Person ein zivilrechtlicher Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR oder ein Innominatvertrag abgeschlossen wurde. Die Unterstellung richtet sich unabhängig von der zivilrechtlichen Betrachtungsweise nach den Kriterien des UVG im konkreten Einzelfall.

8.1.2.2. Beitragspflicht und massgebender Lohn

Wie bereits erwähnt¹⁵³, richtet sich die Definition des beitragspflichtigen Lohnes beim Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)¹⁵⁴ im Wesentlichen nach derjenigen des AHVG¹⁵⁵. Darüber hinaus regelt Art. 23 UVV diverse Sonderfälle zum massgebenden Lohn für den versicherten Verdienst und erwähnt insbesondere auch Prak-

tikanten oder Volontäre¹⁵⁶. Auch wenn die Aufzählung in Art. 23 UVV nicht abschliessend zu sein scheint¹⁵⁷, findet sich soweit ersichtlich keine *generelle* Sonderregelung für Gratis- oder Freiwilligenarbeit. Ebenso besteht keine Möglichkeit zum Abschluss einer freiwilligen Versicherung nach Art. 4 UVG. Bei den in Art. 23 Abs. 6 UVV nicht genannten Fällen von Gratis- oder Leiharbeit ist daher das Unfallrisiko, sofern gewünscht, über eine freiwillige Unfallversicherung nach VVG abzusichern¹⁵⁸.

Abweichend vom AHVG sieht das UVG jedoch eine Lohnobergrenze für die obligatorische Versicherung vor, welche ab dem 1. Januar 2016 bei einem Jahreseinkommen von CHF 148'200.– liegt¹⁵⁹. Übersteigt der Soziallohn diese Obergrenze, besteht für die Vertragsparteien daher die Möglichkeit, ab diesem Lohnniveau auf eine weitere Unfallversicherung zu verzichten.

Zum Soziallohn, welcher auch bei der Bestimmung des Invaliditätsgrades nach UVG eine praktische Rolle spielt, vgl. nachfolgend Ziff. 8.1.4.3.

8.1.3. IVG

8.1.3.1. Versicherte Personen

Der Anwendungsbereich des IVG richtet sich nicht ausschliesslich nach der zivilrechtlichen Definition des Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR. Wie bereits erwähnt¹⁶⁰, geht die «unselbständigen Erwerbstätigkeit»¹⁶¹ nach AHVG über den Anwendungsbereich des Einzelarbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR hinaus. Das IVG übernimmt diesen Geltungsbereich, indem sämtliche Personen versichert werden, welche obligatorisch oder freiwillig der Versicherung nach AHVG unterstehen¹⁶². Damit übernimmt das IVG dessen umfassenden Anwendungsbereich und entsprechend sind auch Personen, welche in Form von Innominatverträgen beschäftigt werden, der Versicherungspflicht nach IVG unterstellt.

¹⁵⁰ Vgl. vorne, FN 123.

¹⁵¹ SR 832.20.

¹⁵² BGE 141 V 314 f. E. 2.1, mit diversen Verweisen, im Original z.T. Fettschrift.

¹⁵³ Vgl. vorne, FN 121.

¹⁵⁴ SR 832.20.

¹⁵⁵ UVG: Art. 22 Abs. 2 UVV i. V. m. Art. 5 AHVG. Vgl. zu den Abweichungen Art. 22 Abs. 2 lit. a–d UVV sowie BSV, WML (FN 123), Anhang Ziff. 3, S. 121 f.; IVG: Art. 25 IVV i. V. m. Art. 5 AHVG. Vgl. zu den Abweichungen Art. 25 Abs. 1 lit. a–c IVV.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 23 Abs. 6 UVV.

¹⁵⁷ Vgl. dazu die verschiedenen Praxisbeispiele in BGE 141 V 313 E. 2, wozu auch die in Art. 23 Abs. 6 UVV nicht genannte Schnupperlehre gehört (mit Verweis auf BGE 124 V 301).

¹⁵⁸ RIEMER-KAFKA (FN 2), 68.

¹⁵⁹ Art. 22 Abs. 1 UVV (vgl. die Änderung der Verordnung vom 12. November 2014 [AS 2014 4213]).

¹⁶⁰ Vgl. vorne, Ziff. 8.1.1.2.

¹⁶¹ Art. 5 Abs. 1 AHVG.

¹⁶² Art. 1b IVG.

8.1.3.2. Beitragspflicht und massgebender Lohn

Wie bereits erwähnt¹⁶³, richtet sich die Definition des beitragspflichtigen Lohnes auch beim IVG im Wesentlichen nach derjenigen des AHVG¹⁶⁴.

Da es bei der Gratis- oder Freiwilligenarbeit an einem massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 AHVG fehlt, gelten solche Personen als Nichterwerbstätige im Sinne des IVG¹⁶⁵. Deren Invaliditätsgrad wird nach der Methode des allgemeinen Einkommensvergleiches bestimmt, falls ihnen eine Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann¹⁶⁶ und andernfalls nach der Methode des Betätigungsvergleiches¹⁶⁷.

8.1.3.3. Soziallohn

Im Bereich der Unfall- und Invalidenversicherung finden sich diverse Bundesgerichtsentscheide, welche den Soziallohn ausdrücklich erwähnen¹⁶⁸. Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades ist das Einkommen nach Eintreten der Invalidität mit demjenigen Einkommen zu vergleichen, welches die invalide Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre¹⁶⁹. Dabei ist beim Invalideneinkommen der Soziallohn nicht zu berücksichtigen. Die Verordnung zum IVG definiert den Soziallohn als denjenigen Teil des effektiv verdienten Invalideneinkommens, «(...) für die der Arbeitnehmer nachgewiesenermassen wegen beschränkter Arbeitsfähigkeit keine Gegenleistung erbringen kann.»¹⁷⁰ Da es sich hierbei um eine freiwillige Sozialleistung handelt¹⁷¹, widerspiegelt das Invalideneinkommen nicht dasjenige Niveau, welches «(...) die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutba-

re Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte.»¹⁷²

8.1.4. AVIG

Dem AVIG unterstellt sind unselbständig erwerbstätige Personen¹⁷³. Wer als unselbständig erwerbstätig gilt, definiert sich primär über die Beitragspflicht¹⁷⁴, welche sich, wie nachfolgend gezeigt wird, nicht nach der zivilrechtlichen Definition des Einzelarbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR richtet, sondern darüber hinaus geht¹⁷⁵.

Wie diverse andere Sozialversicherungszweige knüpft auch die Beitragspflicht des AVIG mit gewissen Ausnahmen¹⁷⁶ an den massgebenden Lohn nach den Vorschriften des AHVG an¹⁷⁷.

Eine Voraussetzung zum Bezug von Arbeitslosentageldern ist die Erfüllung der Beitragszeit¹⁷⁸, soweit die versicherte Person nicht davon befreit ist¹⁷⁹. Eine Voraussetzung für die Befreiung von der Beitragszeit ist unter anderem, dass die versicherte Person innerhalb der Rahmenfrist während insgesamt mehr als zwölf Monaten nicht in einem Arbeitsverhältnis stand¹⁸⁰. Diese Voraussetzung erfüllen Personen, welche einer Gratis- oder Freiwilligenarbeit nachgehen, an sich nicht und sie werden sich auch nicht auf den Ausnahmetatbestand nach Art. 14 Abs. 2 AVIG berufen können¹⁸¹. Deshalb, und weil bei Wegfall einer Gratisarbeit zudem kein anrechenbarer Verdienstaufschlag entsteht¹⁸², besteht auch bei unfreiwilliger Beendigung dieses Vertragsverhältnisses kein Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung¹⁸³.

Ebenfalls kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht selbstredend für diejenigen Personen, welche nicht als Arbeitnehmer im Sinne des AVIG zu qualifi-

¹⁶³ Vgl. vorne, FN 121.

¹⁶⁴ UVG: Art. 22 Abs. 2 UVV i. V. m. Art. 5 AHVG. Vgl. zu den Abweichungen Art. 22 Abs. 2 lit. a–d UVV sowie BSV, WML (FN 123), Anhang Ziff. 3, S. 121 f.; IVG: Art. 25 IVV i. V. m. Art. 5 AHVG; Vgl. zu den Abweichungen Art. 25 Abs. 1 lit. a–c IVV.

¹⁶⁵ RIEMER-KAFKA (FN 2), 69; Art. 5 Abs. 2 IVG i. V. m. Art. 8 Abs. 2 ATSG; BSV, Kreisschreiben, Rz 1020.

¹⁶⁶ BSV, Kreisschreiben, Rz 3012 («Privatiers»).

¹⁶⁷ RIEMER-KAFKA (FN 2), 69; BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (zit.: BSV, Kreisschreiben), Bundesamt für Sozialversicherungen; Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (IVG); Stand 8. Dezember 2014; abrufbar unter: http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/3950/lang:deu/category:34Rz_3001_und_3079. Bei dieser Methode werden insbesondere auch nichtentlohnte karitative Einsätze berücksichtigt (BSV, Kreisschreiben, Rz 3082).

¹⁶⁸ IVG: BGE 104 V 90 ff.; BGE 117 V 8 ff.; UVG: BGer 8C_541/2012.

¹⁶⁹ Art. 16 ATSG.

¹⁷⁰ Art. 25 Abs. 1 lit. b IVV.

¹⁷¹ Vgl. BSV, Kreisschreiben (FN 167), Rz 3058 m. V.

¹⁷² Art. 16 ATSG.

¹⁷³ UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich 2007, Sozialversicherungsrecht, 70, Rz 90.

¹⁷⁴ Art. 2 Abs. 1 AVIG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG.

¹⁷⁵ Vgl. vorne, FN 123.

¹⁷⁶ Art. 2 Abs. 2 AVIG.

¹⁷⁷ Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG i. V. m. Art. 5 AHVG.

¹⁷⁸ Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG, Art. 13 AVIG.

¹⁷⁹ Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG.

¹⁸⁰ Art. 14 Abs. 1 AVIG.

¹⁸¹ Befreiung von Personen, die infolge Trennung oder Scheidung, Invalidität oder Tod des Ehegatten oder aus ähnlichen Gründen oder infolge Wegfall der Invalidität zur Aufnahme oder Erweiterung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gezwungen sind. RIEMER-KAFKA (FN 2), 70. Zu den «ähnlichen Gründen» vgl. STAUFFER/KUPFER, S. 57 f.

¹⁸² Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG; Art. 11 Abs. 1 AVIG.

¹⁸³ RIEMER-KAFKA (FN 2), 70.

zieren sind¹⁸⁴. Dazu gehören insbesondere Arbeitnehmer, deren berufliche Stellung mit der eines Arbeitgebers vergleichbar ist (arbeitgeberähnliche Stellung des Geschäftsführers einer GmbH oder des Verwaltungsrates oder Geschäftsführers einer Aktiengesellschaft)¹⁸⁵.

8.1.5. BVG

8.1.5.1. Versicherte Personen

Der Kreis der obligatorisch versicherten Personen beschränkt sich beim Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)¹⁸⁶ auf Arbeitnehmer¹⁸⁷, welche einen Jahreslohn von mindestens CHF 21'150.– erzielen¹⁸⁸. Dabei deckt sich der Begriff des Arbeitnehmers mit der weiten Definition nach AHVG¹⁸⁹, geht also über denjenigen nach Art. 319 ff. OR hinaus¹⁹⁰. Aufgrund des notwendigen Mindestlohnes gehören Personen, welche Gratisarbeit verrichten oder einen symbolischen Lohn verdienen, nicht zum Kreis der obligatorisch versicherten Personen. Es drängt sich daher die Frage auf, ob und inwieweit die Möglichkeit einer freiwilligen BVG-Versicherung besteht. Dazu bieten sich folgende Möglichkeiten an:

a) *Freiwillige Versicherung*

Arbeitnehmer, die der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt sind, können sich nach den Bestimmungen des BVG freiwillig versichern lassen¹⁹¹. Voraussetzung für eine solche freiwillige Versicherung ist jedoch, dass der betreffende Arbeitnehmer nach AHVG versichert ist¹⁹².

b) *Weiterführung der Vorsorge bei Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung*

«Scheidet der Versicherte aus der obligatorischen Versicherung aus, so kann er die Vorsorge oder bloss die Altersvorsorge, sofern das Reglement dies zulässt, im bisherigen Umfang bei derselben Vorsorgeeinrichtung oder aber bei der Auffangeinrichtung weiterführen.»¹⁹³

Diese Option bietet sich an, wenn ein Arbeitnehmer von einem Arbeitsvertrag mit marktgerechtem Lohn in ein Arbeitsverhältnis wechselt, welches überhaupt nicht oder nur symbolisch entlohnt wird. In diesem Fall kann der betreffende Arbeitnehmer die Vorsorge oder auch nur die Altersvorsorge bei der bestehenden Pensionskasse oder der Auffangeinrichtung weiterführen. Art. 47 Abs. 1 BVG nennt als Voraussetzung einzig das «Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung». Es spielt dabei keine Rolle, ob ein bestehendes Arbeitsverhältnis endet oder das Arbeitsverhältnis weiter andauert, aber der dafür notwendige Mindestlohn unterschritten wird¹⁹⁴. Beide Gründe für das Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung berechtigen zur Weiterführung der Vorsorge¹⁹⁵.

Wird die Versicherung beim bestehenden Arbeitgeber weiter geführt, ist dieser zur paritätischen Mitfinanzierung der zu leistenden Beiträge verpflichtet¹⁹⁶. Erklärt sich ein Arbeitgeber bei Vereinbarung eines Vertrages zur Gratisarbeit zur Übernahme sämtlicher, sich aus der Weiterführung der bisherigen Vorsorge resultierenden Beiträge bereit, führt dies zu einem entgeltlichen Arbeitsvertrag; dies deshalb, weil die freiwillige Übernahme von Arbeitnehmerbeiträgen eine im Ergebnis entgeltliche Gegenleistung darstellt, welche ausserdem auch als massgebender und damit beitragspflichtiger Lohn gilt¹⁹⁷.

c) *Weiterversicherung des bisherigen Verdienstes nach dem 58. Altersjahr*

Hat der Arbeitnehmer das 58. Altersjahr überschritten, steht ihm die Möglichkeit offen, die Vorsorge für den bisherigen versicherten Verdienst auch bei sinkendem

¹⁸⁴ Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG i. V. m. Art. 13 Abs. 1 AVIG und Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG.

¹⁸⁵ Vgl. HANS-ULRICH STAUFFER/BARBARA KUPFER BUCHER, in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 3. A.; Zürich 2008, 16 f. Zur analogen Regelung bei der Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG: vgl. STAUFFER/KUPFER, 183 ff. und BGer 8C_191/2014, wo trotz fehlender formeller Eintragung als Organ eine arbeitgeberähnliche Stellung angenommen wurde.

¹⁸⁶ SR 831.40.

¹⁸⁷ Art. 2 Abs. 1 BVG.

¹⁸⁸ Art. 7 Abs. 1 BVG. Zu den Ausnahmen von der Versicherungspflicht nach Art. 2 Abs. 4 BVG vgl. Art. 1j BVV2.

¹⁸⁹ THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 5 N 6 ff. BVG; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. A., Zürich 2012, N 530 ff., S. 190 ff.

¹⁹⁰ Vgl. vorne, FN 123.

¹⁹¹ Art. 4 Abs. 1 BVG.

¹⁹² Art. 5 Abs. 1 BVG; STAUFFER (FN 189), N 610, S. 225.

¹⁹³ Art. 47 Abs. 1 BVG.

¹⁹⁴ Vgl. jedoch zu letzterem Grund die Spezialfälle nach Art. 8 Abs. 3 BVG.

¹⁹⁵ THOMAS GEISER/CHRISTOPH SENTI, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 47 N 13 BVG. Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b und c BVG.

¹⁹⁶ Dies ergibt sich aus der paritätischen Beitragspflicht nach Art. 331 Abs. 3 OR; vgl. GEISER/SENTI, Stämpflis Handkommentar (FN 195), Art. 47 N 48 BVG.

¹⁹⁷ BSV, WML (FN 123), Rz 2080.

Lohn weiterzuführen¹⁹⁸. Diese Möglichkeit zur Weiterführung der bisherigen Vorsorge bei einem Wechsel zu Gratisarbeit oder einem symbolischen Lohn unterliegt zwei wesentliche Einschränkungen: Erstens muss der betreffende Arbeitnehmer das 58. Altersjahr zurückgelegt haben, und zweitens darf sich der bisherige Lohn um höchstens die Hälfte reduzieren¹⁹⁹. Insoweit wird Art. 33a BVG bei Gratis- oder Freiwilligenarbeit nur im Ausnahmefall eine Weiterführung der beruflichen Vorsorge ermöglichen.

8.1.5.2. Beitragspflicht und massgebender Lohn

Der für das BVG relevante Jahreslohn entspricht mit gewissen Ausnahmen²⁰⁰ dem massgebenden Lohn nach AHVG²⁰¹. An diese Rahmenbedingungen hat sich eine Vorsorgeeinrichtung zu halten und es steht ihr insbesondere nicht zu, das versicherte Einkommen in Absprache mit dem Arbeitgeber abweichend von den statutarischen und gesetzlichen Vorgaben zu definieren²⁰².

Obligatorisch versichert ist der koordinierte Lohn, d.h. der Jahreslohn zwischen CHF 24'675.– und CHF 84'600.–²⁰³. Im Bereich des Soziallohnes besteht für die Parteien damit die Möglichkeit, den Lohn, welcher den Betrag von CHF 84'600.– übersteigt, von der Versicherung auszunehmen bzw. auf eine weitergehende Vorsorge²⁰⁴ zu verzichten.

8.1.5.3. Soziallohn

Wie bei der Invaliden- und Unfallversicherung kann auch bei der beruflichen Vorsorge im Versicherungsfall die Bestimmung des Validen- und Invalideneinkommens notwendig werden²⁰⁵. Konsequenter Weise ist daher auch im BVG bei der Bestimmung des Invalideneinkommens ein allfälliger Soziallohn zu berücksichtigen²⁰⁶.

8.2. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG)²⁰⁷ gilt grundsätzlich für alle öffentli-

chen und privaten Betriebe²⁰⁸. Dessen persönlicher Geltungsbereich (Anwendbarkeit bezüglich der in einem Betrieb tätigen Personen) findet sich in Art. 3 ArG. Dieser listet verschiedene Kategorien von Arbeitnehmenden auf, für welche das Arbeitsgesetz mit Ausnahme von Art. 3a ArG²⁰⁹ nicht anwendbar ist. Welche in einem Betrieb tätigen Personen als Arbeitnehmer im Sinne Gesetzes gelten, regelt die Verordnung Nr. 1 wie folgt: «Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin ist jede Person, die in einem unter das Gesetz fallenden Betrieb dauernd oder vorübergehend während der ganzen Arbeitszeit oder eines Teils davon beschäftigt wird.»²¹⁰ Der persönliche Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes erstreckt sich somit auf alle Personen, welche in einem Betrieb «beschäftigt» werden. Fallen darunter auch solche Personen, die im Rahmen eines Innominatvertrages in einer Unternehmung arbeiten? Art. 1 Abs. 2 ArGV 1 erklärt unter anderem auch Praktikanten oder Volontäre als Arbeitnehmenden im Sinne des Arbeitsgesetzes. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass sich der Begriff des Arbeitnehmers im Arbeitsgesetz nicht auf die zivilrechtliche Definition des Arbeitsvertrages nach Obligationenrecht beschränkt²¹¹. Der Schutz des Arbeitsgesetzes erstreckt sich vielmehr auf alle Personen, welche im Unternehmen *beschäftigt* werden, auch wenn diese keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben²¹². Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Arbeitsgesetzes ist weit zu fassen und hängt insbesondere nicht davon ab, ob die beschäftigte Person einen Lohn ausbezahlt erhält²¹³.

8.3. Einzelarbeitsvertragsrecht

8.3.1. Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts bei «falschen» Löhnen

Bezüglich der Anwendbarkeit des Einzelarbeitsvertragsrechts sind folgende drei Fälle eines «falschen» Lohnes auseinander zu halten:

¹⁹⁸ Art. 33a Abs. 1 BVG.

¹⁹⁹ Art. 33a Abs. 1 BVG.

²⁰⁰ Art. 3 Abs. 1 lit. a BVV 2, welcher den Vorsorgeeinrichtungen die Möglichkeit eröffnet, nur gelegentlich anfallende Lohnbestandteile vom versicherten Verdienst auszunehmen.

²⁰¹ Art. 7 Abs. 2 BVG.

²⁰² BGer 9C_507/2014 E. 6.3.

²⁰³ Art. 8 Abs. 1 BVG.

²⁰⁴ Vgl. Art. 49 Abs. 2 BVG.

²⁰⁵ Vgl. vorne, Ziff. 8.1.4.3.

²⁰⁶ Vgl. z.B. BGer 9C_670/2014 = BGE 141 V 351 ff. oder BGer 2A_236/2006.

²⁰⁷ SR 822.11.

²⁰⁸ Art. 1 ff. ArG, sog. betrieblicher Geltungsbereich.

²⁰⁹ Vorschriften des Gesundheitsschutzes nach Art. 6, 35 und 36a ArG.

²¹⁰ Art. 1 Abs. 1 ArGV1.

²¹¹ Seco, STAATSSKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT (zit.: SECO), Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2; Bern 2015; abrufbar unter: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=de101-1>.

²¹² SECO (FN 211), S. 101–1 f., u. a. m. V. auf die in einem Einsatzbetrieb beschäftigten Leiharbeiter.

²¹³ SECO (FN 211), S. 101–2.

a) *Gratis-/Freiwilligenarbeit*

Wie bereits erwähnt, ist Gratis- bzw. Freiwilligenarbeit als Innominatvertrag zu qualifizieren²¹⁴. Insofern gilt es zu prüfen, ob und in welchem Umfang die zum Teil zwingenden Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsrechts anzuwenden sind.

b) *Symbolischer Lohn*

Anstatt ganz auf eine Vergütung zu verzichten, kann mit dem Arbeitnehmer ein symbolischer Lohn vereinbart werden. Als Folge dieses wenn auch nur symbolischen Entgelts liegen alle wesentlichen Merkmale eines Arbeitsvertrages vor und das Vertragsverhältnis ist als reiner Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR zu qualifizieren²¹⁵. Die Besonderheit beim symbolischen Lohn liegt darin, dass die vertraglich vereinbarte Gegenleistung nicht dem marktüblichen Lohn entspricht, was die wirtschaftliche Wirkung gewisser Schutzbestimmungen womöglich ausser Kraft setzt, mindestens aber stark reduziert²¹⁶. Jede Art von Entgelt ist als Lohn zu qualifizieren²¹⁷, womit der symbolische Lohn nicht zwingend als Geldzahlung vereinbart sein muss. In Frage kommen auch ein Naturallohn²¹⁸ oder die Übernahme von arbeitnehmerseitigen Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber²¹⁹.

c) *Soziallohn*

Ebenfalls als Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR zu qualifizieren ist die Vereinbarung eines Arbeitsvertrages, dessen Lohn über dem marktgerechten Niveau liegt und damit zu hoch ist. Da das Arbeitsvertragsrecht keinerlei Differenzierung bezüglich Lohnhöhe kennt, sind zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts auch bei Verträgen mit Soziallohn direkt anwendbar. Im Unterschied zum Arbeitsvertrag mit symbolischem Lohn hat der Soziallohn jedoch zur Folge, dass gewisse Sanktionsmechanismen den Arbeitgeber unverhältnismässig hart treffen können²²⁰. Meines Erachtens darf diese Rechtsfolge im konkreten Einzelfall hinterfragt werden, wenn sich der Arbeitge-

ber bereits zu Gunsten des Arbeitnehmers freiwillig dazu bereit erklärte, einen Lohn zu zahlen, welcher mehr oder weniger deutlich über einer marktgerechten Entschädigung liegt.

8.3.1.1. *Gratisarbeit: Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts bei Innominatverträgen*

Ob und in welchem Umfang die zum Teil zwingenden Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsrechts bei Innominatverträgen anzuwenden sind, ist anhand des konkreten Einzelfalls zu prüfen. Beim Hauswartzvertrag als gemischter Vertrag, bestehend aus Elementen des Miet- und Einzelarbeitsvertrages, verweist das Bundesgericht auf die Anwendbarkeit desjenigen Vertragsrechts, dessen charakteristische Leistung höher entschädigt wird und damit wirtschaftlich mehr Gewicht hat²²¹. Allgemeiner äussert sich STAEHELIN zur Frage der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Bestimmungen bei Innominatverträgen:

«Die zwingenden Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsrechts müssen jedoch Geltung behalten, sofern sie nicht im Widerspruch zu vorrangigen zwingenden Schutzvorschriften eines anderen Vertragstypus stehen, dem der betreffende Innominatkontrakt ebenfalls nahesteht. Bei Widersprüchen der zwingenden Vorschriften zweier Vertragsarten hinsichtlich von Punkten, welche beide Arten berühren, namentlich die Kündigung, sind somit die Bestimmungen des Vertragstyps anzuwenden, dem mehr Gewicht zukommt (...).»²²²

Ausführlich setzt sich GEISER mit der Anwendbarkeit zwingender arbeitsvertraglicher Bestimmungen bei anderen Verträgen auseinander²²³ und kommt zum Schluss, dass beim Innominatvertrag immer zu prüfen ist,

«(...) ob ein dem Arbeitsverhältnis entsprechendes persönliches und wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, so dass sich die Anwendung einzelner arbeitsvertraglicher Schutznormen dennoch rechtfertigt. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis ist anzunehmen, wenn die Arbeit stark weisungsgebunden ist und die leistungspflichtige Person wirtschaftlich in ein ausgeprägtes Abhängigkeitsverhältnis tritt. Letzteres trifft namentlich zu, wenn das Erwerbseinkommen praktisch ausschliesslich aus dem entsprechenden Vertragsverhältnis herrührt. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist allerdings zu verlangen, dass diese Abhängigkeit für die andere Vertragspartei erkennbar ist.»²²⁴

²¹⁴ Vgl. vorne, Ziff. 6.3.2 f.

²¹⁵ RIEMER-KAFKA (FN 2), 60.

²¹⁶ Z.B. die Zahlung eines symbolischen Lohnes während der Kündigungsfrist oder die Pönale von maximal sechs Monatslöhnen bei ungerechtfertigter fristloser oder missbräuchlicher Kündigung.

²¹⁷ Vgl. vorne, Ziff. 6.1.

²¹⁸ Z.B. die Überlassung eines Geschäftsfahrzeuges zum privaten Gebrauch.

²¹⁹ Was zudem die Pflicht auslöst, diese Leistungen als massgebenden Lohn nach AHVG abzurechnen: BSV, WML (FN 123), Rz 2080.

²²⁰ Z.B. die Zahlung eines symbolischen Lohnes während der Kündigungsfrist oder die Pönale von maximal sechs Monatslöhnen bei ungerechtfertigter fristloser oder missbräuchlicher Kündigung.

²²¹ BGer 4A_102/2013 E. 2.2, mit diversen Verweisen; Da in casu der Lohn für die geleistete Arbeit höher war als der Mietzins für die genutzte Wohnung, richtete sich die Kündigung des Hauswartzvertrages und damit auch der Wohnung nach Arbeits- und nicht nach Mietrecht.

²²² ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 42, u. a. mit Verweis auf BGE 118 II 157 ff. (Franchising) und BGE 115 II 452 ff. (Miet-/Zusammenarbeitsvertrag). A. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 12), welche mit Berufung auf Art. 394 Abs. 2 OR jedoch ausschliesslich Auftragsrecht für anwendbar halten.

²²³ Vgl. GEISER (FN 32), 61 ff.

²²⁴ GEISER (FN 33), 66. Gl. M. wohl auch BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 319 N 70, welche bei arbeitnehmerähnlichen Personen

8.3.1.2. Interessenslage bei Arbeitsverträgen mit «falschem» Lohn

Bei Arbeitsverträgen mit «falschem» Lohn ist die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber umso höher, je höher der zur Finanzierung des Lebensunterhalts vereinbarte Lohn ist. Daraus ergibt sich bei Verträgen mit tiefem Lohn (Gratisarbeit oder symbolischer Lohn) eine völlig entgegengesetzte Interessenslage gegenüber dem Arbeitsvertrag mit vereinbartem Soziallohn.

8.3.1.2.1 *Gratisarbeit oder symbolischer Lohn*

Bei der Gratis- oder Freiwilligenarbeit erhält der Arbeitnehmer überhaupt keinen Lohn. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer wirtschaftlich überhaupt nicht vom Arbeitgeber abhängig sein kann. Vielmehr ist es eher der Arbeitgeber, welcher auf die (unentgeltliche) Arbeitskraft des Arbeitnehmers angewiesen sein wird. Eine ähnliche Interessenkonstellation ergibt sich bei einem Arbeitsverhältnis mit symbolischer Lohnzahlung. Auch hier besteht aufgrund der symbolischen und damit sehr tiefen Gegenleistung wohl keine wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

Da beim Vertrag mit symbolischer Lohnzahlung sämtliche Merkmale eines Arbeitsvertrages vorliegen, handelt es sich nicht um einen Innominat-, sondern um einen reinen Arbeitsvertrag. Damit sind sämtliche zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts – ungeachtet der viel zu tiefen Lohnvereinbarung – direkt anwendbar und verbindlich. Nach Auffassung von GEISER gebietet es die Rechtssicherheit, in solchen Fällen die zwingenden Vorschriften auch dann anzuwenden, «(...) wenn sie nicht auf die Besonderheiten des von den Parteien gewählten Vertrages passen, der aber unter eine geregelte Vertragsart subsumiert werden kann. Nur ausnahmsweise ist eine Abweichung durch die Gerichtspraxis möglich.»²²⁵

Das Vorliegen eines reinen Arbeitsvertrages bei symbolischem Entgelt schafft für die Vertragsparteien also Rechtssicherheit, hat aber den Nachteil der bedingungslosen Anwendbarkeit sämtlicher arbeitsvertraglicher Schutzvorschriften.

8.3.1.2.2 *Soziallohn*

Der Soziallohn ist höher als eine marktgerechte Entlohnung, womit die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vermutlich noch grösser ist als bei marktgerechtem Lohnniveau. Wie beim symbolischen Lohn

erfüllt auch ein Vertrag mit einem Soziallohn sämtliche Merkmale eines Arbeitsvertrages, weshalb die zwingenden Schutzvorschriften des Arbeitsrechts direkt anwendbar sind.

8.3.2. Lohnvereinbarungen

Gewisse Ausnahmen vorbehalten²²⁶, bestehen bei der Lohnvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine gesetzlichen Einschränkungen. Bei Verträgen mit Gratisarbeit, symbolischem Lohn oder Soziallohn empfiehlt sich eine ausdrückliche, schriftliche Vertragsvereinbarung. Damit wird bei der Gratisarbeit oder dem Arbeitsvertrag mit symbolischem Lohn die Vermutung eines entgeltlichen Arbeitsverhältnisses nach Art. 320 Abs. 2 OR widerlegt²²⁷, was andernfalls zur Pflicht zur Zahlung des üblichen²²⁸ (marktgerechten) Lohnes zur Folge hätte. Beim Soziallohn kann es sinnvoll sein, die nach Auffassung der Vertragsparteien bestehende Differenz zum marktgerechten Lohn ebenfalls im Arbeitsvertrag festzuhalten und damit die Interessenslage im konkreten Fall offen zu legen. Dies ist insbesondere dann zu beachten, wenn eine ganz oder teilweise arbeitsunfähige (womöglich nahestehende) Person zu einem Soziallohn beschäftigt wird, und die Gefahr besteht, dass dieses Einkommen bei der Bemessung des Invaliditätsgrades berücksichtigt wird²²⁹. Ebenso wird empfohlen, im Hinblick auf die Gefahr des Vorwurfes einer Lohndiskriminierung den «Sozialzuschlag» offen auszuweisen²³⁰.

Bei der Vertragsgestaltung ist zu beachten, dass jede Art von Gegenleistung für die erbrachte Arbeit Lohn im Sinne des Arbeitsvertragsrechts darstellt und dadurch ein Innominatvertrag (Gratisarbeit) zum reinen Arbeitsvertrag mutiert²³¹. Die Leistung muss jedoch Lohn im Sinne des Gesetzes sein. Nicht möglich ist bspw. die Vereinbarung eines Vertrages mit Gratisarbeit, bei welchem der Arbeitgeber am Ende des Jahres eine Gratifikation als Anerkennung für die geleisteten Dienste auszahlt. Aufgrund der Akzessorietät besteht die erhebliche Gefahr, dass eine solche Leistung wohl als Lohnzahlung zu qualifizieren wäre²³².

Wie hoch der vereinbarte Lohn sein soll, hängt nicht zuletzt auch von den Bedürfnissen der Vertragsparteien im sozialversicherungsrechtlichen Bereich ab. Wie auf-

für die sinngemässe Anwendung arbeitsvertraglicher Schutznormen bei Dauerschuldverhältnissen votieren, wenn die eine Partei wirtschaftlich von der anderen abhängig ist.

²²⁵ GEISER (FN 32), 64.

²²⁶ Vgl. vorne, Ziff. 5.

²²⁷ Vgl. vorne, Ziff. 6.2.

²²⁸ Art. 322 Abs. 1 OR.

²²⁹ Vgl. vorne, Ziff. 8.1.4.3.

²³⁰ Vgl. vorne, Ziff. 5.3.

²³¹ Vgl. vorne, Ziff. 6.1.

²³² Vgl. vorne, Ziff. 6.1.

gezeigt²³³, besteht im Sozialversicherungsrecht nur wenig Spielraum für eine vertragliche Ausgestaltung von Versicherungsrisiken, auch wenn im Bereich der beruflichen Vorsorge gewisse Optionen möglich sind²³⁴. Auf jeden Fall ist zu beachten, dass sowohl der Arbeitsvertrag (bei symbolischem Lohn oder Soziallohn) als auch der Innominatvertrag (bei Gratisarbeit) grundsätzlich der Beitragspflicht nach AHVG und den weiteren, sich daraus ergebenden Sozialversicherungen unterstehen²³⁵, auch wenn bei Gratisarbeit mangels eines massgebenden Lohnes gerade keine Beiträge abzuführen sind.

Die Lohnhöhe können die Vertragsparteien grundsätzlich frei vereinbaren, weshalb das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR einem durch den Arbeitnehmer *nachträglich* erklärten Lohnverzicht nicht entgegensteht²³⁶. Trotzdem empfiehlt es sich, einen solchen Lohnverzicht *vorgängig* zu vereinbaren, weil ein nachträglicher Verzicht als Schenkung gilt²³⁷ und auch nicht zu einer nachträglichen Neuqualifizierung der Vertragsvereinbarung führen kann²³⁸.

8.3.3. Anwendbarkeit des Kündigungs-schutzrechts?

8.3.3.1. Sachlicher Kündigungsschutz

Bei Innominatverträgen ist regelmässig die Frage der Anwendbarkeit des arbeitsvertraglichen Kündigungsschutzes von Interesse. In BGE 118 II 163 ff. erklärte das Bundesgericht nach eingehender Analyse der Interessenlage bei einem Franchisevertrag als Innominatkontrakt: «All das rückt den Vertrag in seiner Bedeutung für die Beklagte in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses, bestand doch, obschon die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit formell selbständig ausübte, faktisch eine Abhängigkeit von der Klägerin, die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahe kommt. Damit rechtfertigt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften.»²³⁹ In der Folge erklärte das Bundesgericht die Kündigung des Franchisegebers als missbräuchlich. Mit Verweis auf die Rechtsfolgen nach Art. 336a OR erachtete es die Kündigung aber trotzdem als rechtsgültig erfolgt und sprach dem Franchisenehmer

eine Pönale zu. Das Bundesgericht sprach sich bei diesem Innominatvertrag also für die analoge Anwendung des sachlichen Kündigungsschutzes aus, da zwischen den Parteien ein dem Arbeitsvertrag vergleichbares Abhängigkeitsverhältnis vorlag²⁴⁰.

8.3.3.2. Zeitlicher Kündigungsschutz, Kündigungsfrist und Kündigungstermin

Ob bei Innominatverträgen mit einem zum Arbeitsvertrag vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis auch der zeitliche Kündigungsschutz²⁴¹ analog anwendbar sein soll, hat das Bundesgericht soweit ersichtlich (noch) nicht entschieden²⁴². Die Einhaltung der Vorschriften zum zeitlichen Kündigungsschutz rechtfertigt sich meines Erachtens nur, wenn auch minimale Kündigungsfristen zwingend einzuhalten sind. Ob sich diese Fristen nach Art. 335 ff. OR oder einem anderen Vertragsrecht richten, kann offen bleiben. Ein Recht zur fristlosen Kündigung, wie dies bspw. der einfache Auftrag zwingend vorsieht²⁴³, macht die Anwendbarkeit des zeitlichen Kündigungsschutzes jedoch obsolet: Wenn keine Kündigungsfrist einzuhalten ist, kann diese auch nicht still stehen.

Dasselbe gilt für die analoge Anwendbarkeit von Art. 337 ff. OR, welche sich zu den Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung und die mit einer gerechtfertigten²⁴⁴ oder ungerechtfertigten²⁴⁵ fristlosen Kündigung einhergehenden Sanktionen äussern. Auch hier ist eine analoge Anwendung des Arbeitsvertragsrechts nur dann opportun, wenn die kündigende Vertragspartei bei ordentlicher Kündigung eine minimale Kündigungsfrist einzuhalten hat. Anderenfalls ist eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung per se nicht möglich.

Die im Arbeitsvertragsrecht vorgesehene Regelung zum Kündigungstermin ist für Innominatverträge nicht zwingend, da diese Bestimmung dispositiver Natur ist²⁴⁶. Bei analoger Anwendung des Arbeitsvertragsrechts kann daher Art. 335c Abs. 1 OR für Innominatverträge keine zwingende Bestimmung sein.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die analoge Anwendung der arbeitsvertraglichen Vorschriften zum zeitlichen Kündigungsschutz und zur fristlosen Kündigung bei Innominatverträgen meines Erachtens nur dann Sinn

²³³ Vgl. vorne, Ziff. 8.1.

²³⁴ Vgl. vorne, Ziff. 8.1.6.

²³⁵ Vgl. vorne, Ziff. 8.1.

²³⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 341 N 5 m. w. V.

²³⁷ RIEMER-KAFKA (FN 2), 60.

²³⁸ Vgl. dazu BGer 4A_19/2015, wo trotz Lohnverzicht des Arbeitnehmers ohne weiteres von einem arbeitsvertraglichen Verhältnis ausgegangen wurde.

²³⁹ BGE 118 II 164, E. 4 a bb.

²⁴⁰ BGE 118 II 164, E. 4 a bb; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 319 N 2, m. V. Vgl. auch ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 42; GEISER (FN 32), 75 f.

²⁴¹ Art. 336c OR.

²⁴² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), bejahen dies.

²⁴³ Art. 404 Abs. 1 OR; BGE 115 II 464 ff.

²⁴⁴ Art. 337a f. OR.

²⁴⁵ Art. 337c f. OR.

²⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 335c N 6.

macht, wenn zwingend gewisse Kündigungsfristen einzuhalten sind. Ein Recht zur jederzeitigen fristlosen Beendigung des Vertragsverhältnisses macht sowohl die Anwendbarkeit eines zeitlichen Kündigungsschutzes als auch die Bestimmungen zur fristlosen Kündigung nach Arbeitsvertragsrecht obsolet.

8.3.3.3. Verfahrensvorschriften bei Massenentlassungen

Nicht das Abhängigkeitsverhältnis, sondern Sinn und Zweck der Gesetzesnorm sollen nach Auffassung von GEISER darüber entscheiden, ob bei Innominatverträgen die Verfahrensvorschriften der Massenentlassung einzuhalten sind²⁴⁷. Bei Innominatverträgen ist den Besonderheiten des entsprechenden Vertragsverhältnisses Rechnung zu tragen. «So macht bspw. die Information des Arbeitnehmers nach Art. 335g OR kaum einen Sinn, wenn die betroffenen Personen nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Arbeitslosenversicherung gelten.»²⁴⁸

8.3.3.4. Kündigungsparität

Interessant, aber soweit ersichtlich ebenfalls nicht richterlich entschieden ist die Frage, ob bei Innominatverträgen auch Art. 335a OR als analog anwendbare Vorschrift zu beachten ist. Das Verbot der Vereinbarung ungleicher Kündigungsfristen schützt nicht nur den Arbeitnehmer, sondern auch den Arbeitgeber²⁴⁹. Insofern ist das Kriterium des Abhängigkeitsverhältnisses, wie es beim sachlichen Kündigungsschutz gefordert wird, an sich untauglich. Gerade bei der Gratis- oder Freiwilligenarbeit können ungleiche Kündigungsfristen aber von Interesse sein, bspw. indem sich der Arbeitnehmer als Folge der Unentgeltlichkeit das Recht herausnehmen möchte, von einer kürzeren Kündigungsfrist zu profitieren.

8.3.3.5. Kündigungsrecht bei Verträgen mit «falschem» Lohn

Wie erwähnt²⁵⁰, besteht bei der Gratisarbeit als direkte Folge der Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung vermuthungsweise gerade *kein* Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Folglich müsste auch die analoge Anwendbarkeit des arbeitsvertraglichen Kündigungsschutzes abgelehnt werden. Zudem kann die jederzeitige Möglichkeit zur Beendigung des Vertragsverhältnisses für die Vertragsparteien eine adäquatere Lösung sein. Dies unter anderem deshalb, weil andernfalls

der «Arbeitnehmer» dazu gezwungen würde, während einer zwingenden Kündigungsfrist gegen seinen Willen unentgeltlich arbeiten zu müssen. Eine Verneinung der Anwendbarkeit des arbeitsvertraglichen Kündigungsschutzes hätte meines Erachtens aber zu Folge, dass die Anwendbarkeit der anderen, ebenfalls zwingenden Kündigungsregelung zum Tragen kommt²⁵¹: Geht man von einem gemischten Vertragsverhältnis aus, käme alternativ das Recht des einfachen Auftrages zur Anwendung, womit sich die Vertragsparteien an die zwingende Möglichkeit zur fristlosen Kündigung zu halten haben²⁵². Auch dies kann aber den Interessen der Vertragsparteien diametral widersprechen. Eine meines Erachtens liberalere Lösung wäre die Annahme eines Vertrages *sui generis*, welcher den Vertragsparteien die freie Wahl lässt, ob und wenn ja welche Kündigungsfristen oder Kündigungstermine vereinbart werden sollen. Nach Auffassung von GEISER soll in solchen Fällen auf den Parteiwillen abgestellt werden, indem im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Bindung auf längere Zeit gewollt war, womit die Anwendung von Art. 404 OR abzulehnen ist²⁵³.

Beim Arbeitsvertrag mit symbolischem Lohn wird in der Regel wohl ebenfalls kein Abhängigkeitsverhältnis festzustellen sein. Trotzdem ist das Arbeitsvertragsrecht vollumfänglich und direkt anwendbar, nachdem sämtliche Merkmale dieser Vertragsart erfüllt sind, damit ein reiner Arbeitsvertrag vorliegt²⁵⁴. Insofern erübrigt sich wohl die Frage nach der Verbindlichkeit der Kündigungsvorschriften, obwohl das Interesse des Arbeitnehmers an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsvertrages vergleichbar sein kann mit der Interessenlage bei Gratisarbeit. Ob ein Arbeitnehmer unentgeltlich oder zu einem symbolischen Lohn eine Kündigungsfrist abarbeiten muss, macht wohl keinen grossen Unterschied.

Vollumfänglich zum Tragen kommt das Kündigungsschutzrecht beim Soziallohn. Erstens ist von einem reinen Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR auszugehen, und zweitens ist das Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers bei solchen Verträgen vermuthungsweise besonders gross²⁵⁵. Insofern rechtfertigt sich ohne weiteres auch die Anwendbarkeit der zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen des Arbeitsrechts.

²⁴⁷ Art. 335g OR; GEISER (FN 32), 87.

²⁴⁸ GEISER (FN 32), 87.

²⁴⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 335a N 2.

²⁵⁰ Vgl. vorne, Ziff. 8.3.1.2.1.

²⁵¹ Vgl. ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 319 N 42, welcher in diesem Fall die zwingende Vorschrift der anderen Vertragsart angewendet wissen will.

²⁵² Art. 404 Abs. 1 OR; BGE 115 II 464 ff.

²⁵³ GEISER (FN 32), 86.

²⁵⁴ Vgl. vorne, Ziff. 8.3.1.2.

²⁵⁵ Vgl. vorne, Ziff. 8.3.1.2.2.

8.3.4. Pönalen als lohnabhängige Sanktionen

In diversen Fällen richten sich die Sanktionen eines Fehlverhaltens oder andere Rechtsfolgen nach der Höhe des an den Arbeitnehmer zu zahlenden Lohnes. Zu erwähnen sind z.B. die Pönalen bei ungerechtfertigter fristloser oder missbräuchlicher Kündigung²⁵⁶. Vereinbarten die Vertragsparteien einen nicht marktgerechten Lohn, führt dies zwangsläufig dazu, dass die Wirkung von Sanktionen oder Rechtsfolgen, welche von der Höhe des ausbezahlten Lohnes abhängen, ebenfalls zu einem unangemessenen Ergebnis führen.

8.3.4.1. Missbräuchliche Kündigung

«Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten. Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht.»²⁵⁷

Die Bemessung der Pönale richtet sich nach dem Bruttolohn. «Zu berücksichtigen ist nicht nur der Grundlohn, sondern jede geschuldete Entschädigung mit Lohncharakter (...)»²⁵⁸. Geht man davon aus, dass beim Soziallohn nicht nur der marktgerechte Lohn, sondern auch die Differenz zum effektiv ausbezahlten Gehalt Lohncharakter hat, kann dies, im Vergleich zu einem Arbeitsvertrag mit marktgerechtem Lohn, zu einer überaus massiven Sanktion führen. Dem lässt sich allerdings soweit notwendig Rechnung tragen, indem bei der Bemessung der Pönale eine kleinere Anzahl Monatslöhne zugesprochen wird²⁵⁹.

Diese Möglichkeit besteht bei Verträgen mit Gratisarbeit oder nur symbolischem Lohn nicht. Besonders frappant ist die Rechtslage bei der Gratisarbeit: Besteht die Sanktion einer missbräuchlichen Kündigung in der Zusprechung eine Pönale von maximal sechs Monatslöhnen, ist die Strafe für ein solches Verhalten immer noch null. Insofern führt dies im Ergebnis dazu, dass einem Arbeitnehmer, der sich zur Leistung von Gratisarbeit verpflichtet hat, der sachliche Kündigungsschutz auch bei zwingender analoger Anwendung gar nichts bringt. Erschwerend kommt hinzu, dass mit der Anwendung von Art. 336a ff. OR die zusätzliche Geltendmachung von Schadenersatz oder Genugtuung im Normalfall ausgeschlossen ist. Da

Gratisarbeit vereinbart wurde, erleidet der Arbeitnehmer wohl auch keinen Schaden und müsste dessen Höhe zudem beweisen. Die Zusprechung einer Genugtuung nach Art. 47 oder 49 OR wäre grundsätzlich möglich. Nach Meinung des Bundesgerichts ist dies in aussergewöhnlichen Situationen möglich, wenn die Persönlichkeitsverletzung durch Zusprechung von sechs Monatslöhnen nicht kompensiert erscheint²⁶⁰.

Ähnlich verhält es sich bei Arbeitsverträgen mit symbolischem Lohn. Aufgrund der symbolischen Lohnhöhe führt auch eine Pönale im Betrag von maximal sechs Monatslöhnen nicht zu einer Sanktion mit Präventivwirkung. Aufgrund des klaren Wortlautes im Gesetz und der Tatsache, dass der Gesetzgeber bei Erlass von Art. 336a OR diese Vertragsstrafe von zwölf auf sechs Monatslöhne herabsetzte²⁶¹, wird es den Gerichten wohl verwehrt sein, über diesen gesetzlichen Rahmen hinaus zu gehen.

8.3.4.2. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung

Die vorangehend gemachten Ausführungen lassen sich wohl auch auf die Pönale als Folge einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung nach Art. 337c OR übertragen. Dies insbesondere auch deshalb, weil für die Bemessung der Pönale auf Art. 336a OR verwiesen werden kann²⁶².

Die Schadenersatzforderungen richten sich dabei nach Art. 337c Abs. 1 OR, wonach der Arbeitnehmer Anspruch auf denjenigen Verdienst hat, welchen er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre. Dies wird in den Fällen von Gratislohn und dem symbolischem Gehalt wohl zu keinen nennenswerten Schadenersatzzahlungen führen: Erstens ist bei der Gratisarbeit fraglich, ob die Kündigungsfristen des Arbeitsvertragsrechts überhaupt anwendbar sind²⁶³. Zweitens erzielt ein Arbeitnehmer bei Gratisarbeit oder einem Vertrag mit symbolischem Gehalt während der Kündigungsfrist ohnehin keinen oder nur einen minimalen hypothetischen Verdienst.

8.3.5. Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen im Allgemeinen

Neben den Vorschriften zum Kündigungsschutz finden sich im Arbeitsvertragsrecht andere Bestimmungen mit

²⁵⁶ Art. 336a Abs. 1 OR; Art. 337c Abs. 3 OR.

²⁵⁷ Art. 336a OR.

²⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 336a N 3.

²⁵⁹ Vgl. zum umfangreichen Katalog der Bemessungskriterien, bei welchem auch finanzielle bzw. wirtschaftliche Aspekte zu berücksichtigen sind: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 336a N 3 und BK-REHBINDER (FN 33), Art. 336a N 11.

²⁶⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 336a N 8; BK-REHBINDER (FN 34), Art. 336a N 19, je mit Verweisen auf diverse Bundesgerichtsurteile.

²⁶¹ Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 3), Art. 336a N 9.

²⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 3), Art. 336a N 8: «Bezüglich Rechtsnatur und bezüglich Höhe gilt das bei Art. 336a Gesagte».

²⁶³ Vgl. vorne, Ziff. 8.3.3.2.

zwingendem oder halbzwingendem Charakter²⁶⁴. Wie verhält es sich mit der Anwendbarkeit solcher Vorschriften bei Vorliegen eines Innominatvertrages?

Meines Erachtens ist vorab das Schutzobjekt oder Schutzziel der fraglichen Bestimmung zu klären. Anschliessend ist zu prüfen, ob beim betreffenden (Innominat-)vertrag die Interessenlage der schutzwürdigen Partei mit derjenigen eines «normalen» Arbeitsvertrages vergleichbar ist. Ist dies der Fall, ist die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zu bejahen und die zwingende Bestimmung ist in analoger Anwendung auch für die Gratisarbeit als Innominatvertrag verbindlich. So hat der Arbeitnehmer wohl auch bei Gratisarbeit ein zum «normalen» Arbeitsverhältnis vergleichbares Interesse am Persönlichkeits- oder Gesundheitsschutz, womit Art. 328b OR (Schutz der Persönlichkeit bei der Bearbeitung von Personendaten) oder Art. 329a ff. OR (Anspruch, Dauer oder Bezug der Ferien) ebenfalls zwingend einzuhalten sind.

Im Gegensatz zu Gratisarbeit und Verträgen mit symbolischem Lohn führt die Zahlung eines Soziallohnes zu einer Verschärfung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften: Indem der Arbeitgeber einen höheren als den marktüblichen Lohn zahlt, haben auch die Sanktionen und Rechtsfolgen des Arbeitsvertragsrechts, welche das Gesetz ausdrücklich oder im Ergebnis von der Lohnhöhe abhängig macht, eine deutlich durchschlagendere Wirkung. Ob und in welchem Umfang in solchen Fällen für Gerichte oder Vertragsparteien Gestaltungsspielraum besteht, ist im konkreten Einzelfall abzuklären und nicht immer einfach zu entscheiden.

9. Schlussbemerkungen

Gratis- oder Freiwilligenarbeit ist, sofern die übrigen Merkmale eines Arbeitsvertrages vorliegen, als Innominatvertrag zu qualifizieren. Aufgrund der Eingliederung in die Organisation des Arbeitgebers (Subordination) fällt das Abstellen auf den einfachen Auftrag ausser Betracht. Wie aufgezeigt, führt aber auch eine analoge Anwendung der arbeitsvertraglichen Schutzvorschriften nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen. Wegen der fehlenden wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers unterscheidet sich die Interessenlage der Vertragsparteien bei Gratisarbeit grundlegend vom klassischen Arbeitsvertrag. Zudem orientieren sich diverse Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts an der Höhe des Lohnes, was ebenfalls zu nicht adäquaten Lösungen führt.

Beim Arbeitsvertrag mit symbolischem Gehalt spitzt sich diese Situation noch zu: Da mit Zahlung eines wenn auch nur symbolischen Lohnes alle Merkmale eines Arbeitsvertrages vorliegen, ist von einem Arbeitsvertrag auszugehen und Art. 319 ff. OR sind an sich direkt anwendbar. Aber auch in diesen Fällen erscheinen diverse Rechtsfolgen des Arbeitsvertragsrechts unangemessen, da aufgrund des nur symbolischen Lohnes dem Arbeitnehmer keine finanziellen Sicherheiten gewährleistet werden und der präventive Charakter von lohnabhängigen Sanktionen verloren geht.

²⁶⁴ Vgl. Art. 361 f. OR.