

# Gratisarbeit und Soziallohn: Folgen eines «falschen» Lohnes

Unterlagen zum Referat der Weiterbildungsveranstaltung des  
Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis  
**St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht**  
20. November 2015, Grand Casino Luzern

## Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter HSG

Christoph Senti AG

Frei Steger Senti

Kriessernstr. 40

9450 Altstätten

www.9450.ch

FAA-HSG

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht

Tellstrasse 2

9000 St. Gallen

www.faa.unisg.ch

## Inhaltsverzeichnis

<b>1 Vorbemerkungen</b> .....	<b>3</b>
<b>2 "Falsche" Löhne: Gratisarbeit, symbolischer Lohn, Soziallohn</b> .....	<b>3</b>
2.1 Gratisarbeit .....	3
2.2 Symbolischer Lohn .....	3
2.3 Soziallohn .....	3
2.4 Gemeinsame Merkmale.....	4
<b>3 Praxisfälle</b> .....	<b>4</b>
3.1 Gratisarbeit: Einsatz für karitative Organisationen .....	4
3.2 Symbolischer Lohn und Soziallohn: Freiwillige Lohnreduktion und freiwilliger Mindestlohn.....	4
<b>4 Abgrenzungen</b> .....	<b>5</b>
4.1 Abgrenzung gegenüber anderen Dienstleistungsverträgen.....	5
4.2 Abgrenzung gegenüber speziellen Rechtsverhältnissen .....	5
4.3 Organe im Sinne des Gesellschaftsrechts .....	6
<b>5 Rechtliche Rahmenbedingungen betreffend Lohnvereinbarungen</b> .....	<b>7</b>
5.1 Verbindliche Mindestlöhne .....	7
5.2 Grenzen einer Lohnvereinbarung nach Obligationenrecht .....	7
5.3 Diskriminierungsverbot nach Gleichstellungsgesetz und Art. 8 Abs. 3 BV .....	8
<b>6 Tiefer Lohn: Gratis- oder Freiwilligenarbeit</b> .....	<b>9</b>
6.1 Entgeltlichkeit als wesentliches Vertragsmerkmal .....	9
6.2 Zwingend entgeltliches Vertragsverhältnis wegen Art. 320 Abs. 2 OR? .....	11
6.3 Rechtliche Qualifikation eines unentgeltlichen Arbeitsvertrages.....	12
6.3.1 Mögliche Vertragsarten .....	12
6.3.2 Unentgeltlicher Arbeitsvertrag als Innominatkontrakt .....	14

<b>7 Hoher Lohn: Soziallohn</b> .....	<b>15</b>
<b>8 Einzelfragen zum Arbeitsvertrag mit "falschem" Lohn</b> .....	<b>16</b>
8.1 Sozialversicherungsrechtliche Aspekte.....	16
8.1.1 AHVG.....	16
8.1.1.1 Versicherte Personen.....	16
8.1.1.2 Beitragspflicht und massgebender Lohn.....	16
8.1.1.3 Gratisarbeit, symbolischer Lohn und Soziallohn.....	17
8.1.1.4 Leistungen nach AHVG.....	18
8.1.2 UVG.....	18
8.1.3 Versicherte Personen.....	18
8.1.3.1 Beitragspflicht und massgebender Lohn.....	19
8.1.4 IVG.....	20
8.1.4.1 Versicherte Personen.....	20
8.1.4.2 Beitragspflicht und massgebender Lohn.....	20
8.1.4.3 Soziallohn.....	20
8.1.5 AVIG.....	21
8.1.6 BVG.....	22
8.1.6.1 Versicherte Personen.....	22
8.1.6.2 Beitragspflicht und massgebender Lohn.....	23
8.1.6.3 Soziallohn.....	24
8.2 Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes.....	24
8.3 Einzelarbeitsvertragsrecht.....	24
8.3.1 Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts bei "falschen" Löhnen.....	24
8.3.1.1 Gratisarbeit: Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts bei Innominatverträgen... 25	
8.3.1.2 Interessenslage bei Arbeitsverträgen mit "falschem" Lohn.....	26
8.3.1.2.1 Gratisarbeit oder symbolischer Lohn.....	27
8.3.1.2.2 Soziallohn.....	27
8.3.2 Lohnvereinbarungen.....	27
8.3.3 Anwendbarkeit des Kündigungsschutzrechts?.....	28
8.3.3.1 Sachlicher Kündigungsschutz.....	28
8.3.3.2 Zeitlicher Kündigungsschutz, Kündigungsfrist und Kündigungstermin.....	29
8.3.3.3 Verfahrensvorschriften bei Massenentlassungen.....	30
8.3.3.4 Kündigungsparität.....	30
8.3.3.5 Kündigungsrecht bei Verträgen mit "falschem" Lohn.....	30
8.3.4 Pönalen als lohnabhängige Sanktionen.....	31
8.3.4.1 Missbräuchliche Kündigung.....	31
8.3.4.2 Ungerechtfertigt fristlose Kündigung.....	32
8.3.5 Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen im Allgemeinen.....	33
<b>9 Schlussbemerkungen</b> .....	<b>33</b>

## 1 Vorbemerkungen<sup>1</sup>

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 Lohnniveau 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 wird<sup>2</sup>. Ein "falscher" Lohn kann sowohl nach unten als auch nach oben vom marktgerechten Gehalt abweichen.

### 2.1 Gratisarbeit

Verzichtet der Arbeitnehmer vollständig auf eine Entlöhnung leistet er Gratis- oder Freiwilligenarbeit<sup>3</sup>. 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> D.h. der Arbeitnehmer vereinbart keinen marktgerechten oder marktüblichen Lohn.

<sup>3</sup> Vgl. dazu RIEMER-KAFKA, passim.

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 qualifizieren<sup>4</sup>. Wie solche Verträge rechtlich zu qualifizieren sind, wird zu prüfen sein<sup>5</sup>.

## 3 Praxisfälle

### 3.1 Gratisarbeit: Einsatz für karitative Organisationen

Abgesehen von der weit verbreiteten Gratisarbeit als Nebenbeschäftigung<sup>6</sup> finden sich in der Praxis diverse Fälle von Gratisarbeit für karitative oder nicht gewinnorientierte Organisationen, welche durchaus das Ausmass einer hauptberuflichen Tätigkeit annehmen<sup>7</sup>. 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."<sup>8</sup>

### 3.2 Symbolischer Lohn und Soziallohn: Freiwillige Lohnreduktion und freiwilliger Mindestlohn

Wie mehrere Onlineportale berichteten<sup>9</sup>, 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.

---

4 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 1 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 2 ff.

5 Vgl. unten, Ziff. 6.3.

6 Bspw. die unentgeltliche Tätigkeit im Vorstand eines Vereins.

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

8 RIEMER-KAFKA, S. 58..

9 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>).

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 Entschädigung<sup>10</sup>.

## 4 Abgrenzungen

Neben den oben 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 aufweisen<sup>11</sup>. Neben dem Arbeitsvertrag gibt es einerseits weitere Arten von Dienstleistungsverträgen<sup>12</sup> wie etwa der Werkvertrag<sup>13</sup> oder verschiedene Arten des Auftrages<sup>14</sup> einerseits sowie Gefälligkeitsleistungen<sup>15</sup> 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)<sup>16</sup> versicherten Person die Möglichkeit eines Arbeitsversuches bietet<sup>17</sup>. Ein solcher Arbeitsversuch dauert längstens 180 Tage und die versicherte Person erhält während dieser Zeit Anspruch auf eine Taggeld oder ein Rente<sup>18</sup>. 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 sind<sup>19</sup>.

Das Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung (AVIG)<sup>20</sup> kennt verschiedene Programme zur vorübergehenden Beschäftigung, Berufspraktika oder Motivationssemester<sup>21</sup>.

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu die Gerichtsfälle zur Thematik des Soziallohns bei der Feststellung des Invalideneinkommens, unten, Ziff. 8.1.4.3 und Ziff. 8.1.6.3.

<sup>11</sup> Arbeitsleistung, Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis), privatrechtliches Dauerschuldverhältnis (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 2 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2).

<sup>12</sup> Vgl. dazu KOLLER, S. 1627 ff..

<sup>13</sup> Art. 363 ff. OR.

<sup>14</sup> Bspw. einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR), Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) oder Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR).

<sup>15</sup> Vgl. dazu RIEMER-KAFKA, S. 59; KOLLER, S. 1628.

<sup>16</sup> SR 831.20.

<sup>17</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2.

<sup>18</sup> Art. 18a Abs. 1 und 2 IVG.

<sup>19</sup> Art. 18a Abs. 3 IVG.

<sup>20</sup> SR 837.0.

Ziel dieser Beschäftigungsmassnahmen ist die Förderung der Eingliederung von Versicherten, die aus Gründen des Arbeitsmarktes erschwert vermittelbar sind<sup>22</sup>. Sie fallen unter die Kategorie der (kollektiven) arbeitsmarktlichen Massnahmen des AVIG<sup>23</sup> und werden durch die Versicherung finanziell unterstützt<sup>24</sup>, insbesondere durch Zahlung von Taggeldern zu Gunsten der versicherten Person<sup>25</sup>. Auch wenn für diese Arbeitsverhältnisse das Obligationenrecht analog anwendbar ist, handelt es sich um ein Rechtsverhältnis sui generis<sup>26</sup>. 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, sondern infolge Unterstellung unter die öffentlich-rechtliche Zwangsgewalt<sup>27</sup>. Dazu gehören nicht nur Soldaten oder Strafgefangene, sondern auch Angehörige kirchlicher Orden oder Diakonissen<sup>28</sup>.

### 4.3 Organe im Sinne des Gesellschaftsrechts

Bei Organen im Sinne des Gesellschaftsrechts liegt häufig ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor<sup>29</sup>, weshalb es grundsätzlich möglich ist, dass keine Vergütung aus Arbeitsvertrag, sondern nur eine solche gestützt auf das gesellschaftsrechtliche Verhältnis ausbezahlt wird<sup>30</sup>. Insbesondere wenn es sich bei diesem Organ gleichzeitig um den Allein- oder Mehrheitseigentümer der Gesellschaftsanteile handelt, ist der gestalterische Spielraum gross<sup>31</sup>. 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 werden<sup>32</sup>.

---

21 Art. 64a Abs. 1 AVIG.

22 Art. 59 Abs. 2 AVIG.

23 Art. 1 lit. b AVIV; Art. 59 AVIG.

24 Art. 97 ff. AVIV.

25 Art. 59b AVIG.

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

27 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 61.

28 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 61; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2.

29 SENTI, Geschäftsführung, AJP 1/2011, S. 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-WERNLI, N 25 zu Art. 707; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 2. Auflage, S. 57.

30 Bspw. durch Zahlung eines jährlichen Verwaltungsratshonorars und Verzicht auf Ausrichtung eines monatlichen Fixgehalts.

31 Bspw. durch Verzicht auf eine Entschädigung als Arbeitnehmer und/oder Verwaltungsrat, was den geschäftsbedingten Aufwand reduziert und die Auszahlung einer höheren Dividende ermöglicht.

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

## 5 Rechtliche Rahmenbedingungen betreffend Lohnvereinbarungen

"Die Lohnhöhe ist grundsätzlich Objekt freier Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer."<sup>33</sup> Ein anfänglicher oder auch nachträglicher Lohnverzicht durch den Arbeitnehmer fällt daher nicht unter das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR<sup>34</sup>. Die Vereinbarung eines tieferen als den marktüblichen Lohn ist somit grundsätzlich zulässig. Trotzdem gilt es, gewisse Grenzen zu beachten.

### 5.1 Verbindliche Mindestlöhne

Das Einzelarbeitsvertragsrecht<sup>35</sup> 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 Vorschriften<sup>36</sup>.

GAV, welche bestimmte Mindestlöhne vorschreiben, enthalten regelmässig Ausnahmenvorschriften, welche aus bestimmten Gründen die Zahlung eines tieferen, als den im GAV vorgesehenen Mindestlohn zulassen<sup>37</sup>. Solche Unterschreitungen bedürfen aber eines konkreten Grundes<sup>38</sup> und bedürfen häufig einer Bewilligung der zuständigen paritätischen Kontrollstelle<sup>39</sup>. Ein freiwilliger Verzicht des Mitarbeitenden auf den Mindestlohn, ohne dass ein im GAV genannter Rechtfertigungsgrund vorliegt, ist nicht zulässig und wäre als Vertragsverletzung zu qualifizieren<sup>40</sup>.

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.

### 5.2 Grenzen einer Lohnvereinbarung nach Obligationenrecht

Begrenzt wird die Vertragsfreiheit betreffend Lohnhöhe nach unten durch den Tatbestand der Übervorteilung<sup>41</sup>. Dies bedingt jedoch, dass nicht nur ein Missverhältnis in Form eines zu tiefen Lohnes vorliegt, sondern auch die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müs-

---

33 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 341 N 5 lit. a; GEISER, S. 82 ff.

34 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 341 N 5 lit. a; BK-REHBINDER, Art. 341 N 21; ZK-STAEHELIN, Art. 341 N 7 f.

35 Art. 319 ff. OR.

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

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

38 Bspw. 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).

39 Vgl. bspw. Art. 5 Abs. 2 GAV Holzgewerbe.

40 Art. 341 OR.

41 Vgl. Art. 21 OR.

sen<sup>42</sup>. Dasselbe gilt für die Anfechtung eines Arbeitsvertrages mit Berufung auf Grundlagennirrtum<sup>43</sup>. 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 verstossen<sup>44</sup>.

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 Entlöhnung abweicht.

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

Als weitere Rahmenbedingung bei Lohnvereinbarungen ist das Verbot der diskriminierenden Entlöhnung zu beachten. Dieses ergibt sich aus den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)<sup>45</sup> und der Bundesverfassung<sup>46</sup>. 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 bleiben<sup>47</sup>. Das in der Bundesverfassung verankerte Verbot der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung gilt für alle Verträge betreffend Arbeitsleistungen, welche in einem persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis geleistet werden<sup>48</sup>.

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 wird<sup>49</sup>.

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 auswirkt<sup>50</sup>. Damit ist als erstes festzustellen, dass eine nicht marktübliche Entlöhnung, sei es in Form von Gratisarbeit, einer symbolischen Lohnzahlung oder einem Soziallohn nur dann indirekt diskriminierend sein kann, wenn sich dieses Lohnniveau geschlechtsspezifisch auswirkt<sup>51</sup>. Sind solche

---

42 Insbesondere die Merkmale der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit infolge Notlage, Un-  
erfahrenheit oder Leichtsinns und der bewussten Ausbeutung dieser Entscheidungsschwäche  
(BSK, OR-HUGUENIN, Art. 21 N 10 ff.).

43 Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

44 Vgl. Art. 19 f. OR; ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 20, mit weiteren Verweisen.

45 SR 151.1; Art. 3 GIG.

46 Art. 8 Abs. 3 BV.

47 FREIVOGEL schliesst zumindest die analoge Anwendung des GIG nicht von vornherein aus (vgl.  
dort, Art. 2 N 23 GIG).

48 GEISER, S. 82; FREIVOGEL, Art. 2 N 22 GIG.

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

50 FREIVOGEL, Art. 3 N 139 GIG.

51 Dies wird wohl in der Regel nicht der Fall sein, sofern sich solche Verträge auf Einzelfälle be-  
schränken.

geschlechtsspezifischen Auswirkungen festzustellen<sup>52</sup>, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob dafür ein objektiver Rechtfertigungsgrund vorliegt<sup>53</sup>. Kriterien, welche den Wert der Arbeit nicht beeinflussen (Alter, familiäre Situation, Zivilstand etc.) dürfen nach Auffassung von FREIVOGL auch nicht für die Höhe des Grund- oder Funktionslohnes mitbestimmend sein<sup>54</sup>. 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 abzuwägen<sup>55</sup>.

## 6 Tiefer Lohn: Gratis- oder Freiwilligenarbeit

Die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages ist ein wesentliches Vertragsmerkmal<sup>56</sup>. 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 subsummieren sind. Keiner weiteren Begründung bedarf, dass Zahlungen in Form von Zeit<sup>57</sup> oder Leistungslohn<sup>58</sup> als Lohn gelten. Ebenso ist selbstverständlich, dass die Auszahlung sowohl in Geld<sup>59</sup> wie auch Naturalien erfolgen kann<sup>60</sup>, und damit nicht nur Geld- sondern auch Naturallohn als "Lohn" im gesetzlichen Sinne gelten<sup>61</sup>. *Nicht* als Lohn zu betrachten sind hingegen:

---

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

53 FREIVOGL, Art. 3 N 145 GIG.

54 FREIVOGL, Art. 3 N 146 GIG.

55 FREIVOGL (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.

56 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2 und Art. 322 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 23.

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

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

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

60 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, Art. 322 N 2). Ausführlich zu Kost und Logis als Naturallohn: BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322 N 43 und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 17.

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

a) *Gratifikationen*

Wie die Gesetzesbestimmung selbst zum Ausdruck bringt<sup>62</sup>, stellt die Gratifikation keinen Lohn sondern eine Sondervergütung dar<sup>63</sup>. 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 Lohnbestandteil<sup>64</sup>. 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 Auslagenersatz<sup>65</sup>. Dies gilt jedoch nicht für Spesen, die als solche bezeichnet werden, richtigerweise aber Lohnbestandteil sind, namentlich Pauschalspesen, deren Höhe die effektiv anfallenden Aufwendungen übersteigen<sup>66</sup>.

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;"<sup>67</sup> 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 Sinne<sup>68</sup>.

Nicht als Lohn gelten Leistungen, die dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit zugutekommen und damit keinen Lohn im Sinne einer Gegenleistung für erbrachte Arbeit darstellen. Diesbezüglich zu nennen sind diverse Naturalleistungen<sup>69</sup> oder auch

---

62 Art. 322d Abs. 1 OR.

63 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 2.

64 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.

65 RIEMER-KAFKA, S. 61 mit diversen Beispielen; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2.

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

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

68 BK-REHBINDER/STÖCKLI, 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.

69 Bspw. den Mitarbeitenden unentgeltlich oder verbilligt zur Verfügung gestellte Kantine, Sportanlagen, Kinderkrippen etc. (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 2).

Dienstaltersgeschenke<sup>70</sup>.

Ebenfalls nicht als Lohn zu qualifizieren sind Gelegenheitsgeschenke<sup>71</sup> oder die Vergütung, welche ein Arbeitgeber für den Erwerb einer Gelegenheitserfindung an den Arbeitnehmer zu bezahlen hat<sup>72</sup>.

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 werden. Zu denken ist bspw. an Organe einer Gesellschaft, welche sowohl als Geschäftsführer, Verwaltungsrat (bei der AG) oder Gesellschafter (bei der GmbH) tätig sind<sup>73</sup>.

Ebenfalls in diese Kategorie fallen Zahlungen also Folge einer Arbeitsleistung im privaten oder familiären Umfeld, deren Entschädigung sich auf einen anderen Rechtsgrund abstützt<sup>74</sup>. 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.- erhielt<sup>75</sup>.

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 Vertragsverhältnisses<sup>76</sup>.

## 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 Arbeitsvertragsrechts<sup>77</sup>, obwohl STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH diese Norm als absolut zwingend qualifizieren<sup>78</sup>. Dem absolut zwingenden Charakter von Art. 320 Abs. 2 OR steht jedoch die Vereinbarung eines unentgeltlichen Einsatzes nicht entgegen<sup>79</sup>. Die Unentgeltlichkeit bedingt aber eine *ausdrückliche* Vereinbarung, welche die gesetzliche

<sup>70</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH qualifizieren diese als Gratifikation (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 9).

<sup>71</sup> Blumenstraus, Gutscheine etc.; vgl. RIEMER-KAFKA, S. 61.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 332 OR; vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 N 15.

<sup>73</sup> Vgl. oben, Ziff. 4.3.

<sup>74</sup> Bspw. 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, Art. 319 N 11, BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 N 19 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 17 ff.)

<sup>75</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 11, m. V. a. JAR 2002, S. 127 und diversen weiteren Gerichtsentscheiden zu diesem Thema.

<sup>76</sup> Bspw. ein Arbeitgeber, welcher Wohnung oder Geschäftsräume seines Arbeitnehmers mietet.

<sup>77</sup> Vgl. Art. 361 f. OR.

<sup>78</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 N 17.

<sup>79</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 N 17; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 N 18; ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 10.

Vermutung umstösst<sup>80</sup>: "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."<sup>81</sup>

Die vermutete Entgeltlichkeit eines Arbeitsvertrages nach Art. 320 Abs. 2 OR, steht einem unentgeltlichen Arbeitsvertrag also nicht entgegen, bedingt jedoch eine ausdrückliche und klare Vereinbarung<sup>82</sup>.

### 6.3 Rechtliche Qualifikation eines unentgeltlichen Arbeitsvertrages

Die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses ist aus zwei praktischen Gründen von grundsätzlicher Bedeutung<sup>83</sup>: Die Qualifikation des Vertrages entscheidet über die Anwendbarkeit zwingender Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsrechts oder anderer Gesetze<sup>84</sup>. Darüber hinaus beurteilt sich die örtliche und sachliche Zuständigkeit bei gerichtlichen Streitigkeiten ebenfalls danach, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht<sup>85</sup>.

Wie vorangehend gezeigt, fällt die Lohnabrede - vorbehaltlich zwingender Mindestlohnvorschriften - nicht unter die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts<sup>86</sup>. Trotzdem aber gilt die Entgeltlichkeit als wesentliches Vertragsmerkmal<sup>87</sup>. 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 kann<sup>88</sup>. 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 kann<sup>89</sup>. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Arbeitsvertrag ist jedoch nicht die Unentgeltlichkeit<sup>90</sup>,

---

<sup>80</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 N 17; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 N 18; ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 10; BGer 4A\_19/2015 E. 3.2.

<sup>81</sup> ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 10.

<sup>82</sup> "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 Art. 320 N 18.

<sup>83</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 3.

<sup>84</sup> Bspw. Arbeits- oder Gleichstellungs- oder Mitwirkungsgesetz sowie Sozialversicherungs- oder Steuerrecht, auch wenn die letzten Beiden eigene Definitionen eines Arbeitsvertrages pflegen (vgl. bspw. BGE 122 V 283).

<sup>85</sup> Art. 34 ZPO.

<sup>86</sup> Vgl. oben, Ziff. 5.

<sup>87</sup> Vgl. oben, Ziff. 6.

<sup>88</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2.

<sup>89</sup> Art. 394 Abs. 3 OR.

<sup>90</sup> Pra 1997 Nr. 172 E. 2 b, Urteil vom 24. Februar 1997 (=JAR 1998 S. 104).

sondern das Ausmass der Unterordnung, bzw. der Abhängigkeit<sup>91</sup>. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang vom rechtlichen Subordinationsverhältnis im Sinne einer rechtlichen Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht<sup>92</sup>. Fehlt es an diesem Merkmal darf trotz der Unentgeltlichkeit des Einsatzes nicht von einem Auftragsverhältnis ausgegangen werden<sup>93</sup>.

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 sind<sup>94</sup>. Entgegen dem engen Wortlaut dieser Bestimmung<sup>95</sup> gilt nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts auch im Bereich der Verträge auf Arbeitsleistung Typenfreiheit<sup>96</sup>, womit bei Verträgen auf Arbeitsleistung Innominatverträge grundsätzlich möglich und diese nicht gestützt auf Art. 394 Abs. 2 OR *per se* als Auftrag zu qualifizieren sind<sup>97</sup>.

*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."<sup>98</sup>

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 fehlt<sup>99</sup>. Dieser Meinung widersprechen verschiedene Autoren, welche die Möglichkeit eines gemischten Vertrages durchaus zulassen, allerdings ohne nähere Begründung<sup>100</sup>.

91 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 49; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 32, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 6.

92 BGer 4A\_602/2013, E. 3; BGer 4A\_200/2015, E. 4.2; JAR 1998, S. 104 = Pra 1997 Nr. 172; BGE 121 I 259 E. 3a.

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

94 ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2; RIEMER-KAFKA, S. 61; KOLLER, S. 1634; A. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 49.

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

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

97 ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2; RIEMER-KAFKA, S. 61; KOLLER, S. 1634; A. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 49.

98 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.

99 RIEMER-KAFKA, S. 60, mit Verweis auf GEISER, S. 61; Gl. M. wohl auch BK-REHBINDER/STÖCKLI, 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).

100 ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 24 und N 41 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2.

Bezüglich Verträge *sui generis* erachtet RIEMER-KAFKA die Schaffung eines solchen Vertrages dort als sinnvoll, wo die gesetzlichen Typen keine angemessene Lösung bieten können oder das persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis der einen Vertragspartei gegenüber der anderen nach besonderen Schutznormen ruft<sup>101</sup>. Auch andere Autoren sprechen sich für die Zulassung von Dienstleistungsverträgen *sui generis* aus<sup>102</sup>.

### c) *Gefälligkeit*

Gefälligkeitsabreden stehen den Dienstleistungsverträgen nahe, wenn sie eine Arbeitsleistung zum Gegenstand haben<sup>103</sup>. Im Unterschied zu einer vertraglichen Vereinbarung, fehlt es bei der Gefälligkeitsabrede allerdings am Bindungswillen der Parteien<sup>104</sup> und das Bundesgericht beurteilt eine Haftung des Gefälligen nach den Bestimmungen der unerlaubten Handlung<sup>105</sup>. Im Unterschied zur Gefälligkeitsabrede besteht bei einem unentgeltlichen Arbeitsvertrag ein Bindungswille, weshalb die Gefälligkeitsabrede im vorliegenden Fall grundsätzlich nicht als Vertragsart zum Tragen kommen kann<sup>106</sup>. 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 ist<sup>107</sup>. Bestätigt hat das Bundesgericht jedoch bereits mehrfach, dass Innominatverträge mit arbeitsrechtlichen Elementen möglich sind<sup>108</sup>.

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 muss<sup>109</sup>. Dies deshalb, weil das Abgrenzungsmerkmal der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Unterordnungs- bzw. Subordinationsverhältnis) gegen den Auftrag spricht<sup>110</sup> und auch Art. 394 Abs. 2 OR entgegen seinem engen Wortlaut Innominatverträge auf Arbeitsleistung nicht ausschliesst<sup>111</sup>.

---

<sup>101</sup> RIEMER-KAFKA, S. 61, m. V. a. GEISER, S. 66.

<sup>102</sup> ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 24 und N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2.

<sup>103</sup> KOLLER, S. 1628.

<sup>104</sup> KOLLER, S. 1628; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 24.

<sup>105</sup> BGE 137 III 539 E. 5.1.

<sup>106</sup> Vgl. zu den Praxisbeispielen und Gerichtsentscheiden einer Gefälligkeitsabrede: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2; RIEMER-KAFKA, S. 59 oder KOLLER, S. 1628.

<sup>107</sup> 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.

<sup>108</sup> Vgl. bspw. 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).

<sup>109</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 41 f.; KOLLER, S. 1629; A. M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 49.

<sup>110</sup> KOLLER, S. 1629; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 6.

<sup>111</sup> ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 41; KOLLER, S. 1634.

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 sind<sup>112</sup>. Bei Bedarf lässt sich daher bezüglich einer Vertragsqualifikation dadurch Rechtssicherheit schaffen, als 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 Unterordnung<sup>113</sup>, fehlende Arbeitsleistung<sup>114</sup> oder ein fehlendes privatrechtliches Dauerschuldverhältnis<sup>115</sup>.

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"<sup>116</sup>. Kommt hinzu, dass die gesetzlichen Vorschriften in aller Regel nur einen Mindest- aber keinen Höchstlohn vorschreiben und ersterer ohne weiteres auch überschritten werden darf<sup>117</sup>. 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 verhängt<sup>118</sup>.

---

<sup>112</sup> RIEMER-KAFKA, S. 60.

<sup>113</sup> Geschäftsführer als gleichzeitiger Alleininhaber seiner eigenen Gesellschaft; Vgl. Ziff. 4.3.

<sup>114</sup> Ehefrau eines Unternehmers welche pro forma einen Lohn als Arbeitnehmerin bezieht, obwohl sie effektiv gar keine Arbeitsleistung erbringt; Vgl. oben, FN 75.

<sup>115</sup> Punktuelle Einsätze (Gelegenheitsarbeit) oder Arbeitsversuche nach Art. 18a IVG; Zu letzterem vgl. oben, Ziff. 4.2.

<sup>116</sup> Pra 1997 Nr. 172 E. 2 b, Urteil vom 24. Februar 1997 (=JAR 1998 S. 104), m. V. a. BGE 118 II 136.

<sup>117</sup> Vgl. bspw. im Bereich der Gesamtarbeitsverträge: Art. 357 Abs. 2 OR.

<sup>118</sup> Strafzahlung bei missbräuchlicher Kündigung etc.; Vgl. dazu unten, Ziff. 8.3.4.

## 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)<sup>119</sup> sind alle natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz versichert, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausüben oder nicht<sup>120</sup>. Somit erstreckt sich der Versicherungsschutz grundsätzlich sowohl auf Personen, die einer Gratis- oder Freiwilligenarbeit nachgehen, als auch auf solche, die einen Soziallohn beziehen<sup>121</sup>.

##### 8.1.1.2 Beitragspflicht und massgebender Lohn

Das AHVG definiert für sich selbst und diverse weitere Sozialversicherungen<sup>122</sup>, welche Verträge als unselbständige Erwerbstätigkeit gelten und welche Zahlungen als massgebender und damit beitragspflichtiger Lohn zu qualifizieren sind<sup>123</sup>. Dabei wird nicht die zivilrechtliche Betrachtungsweise übernommen, sondern eine eigene Begriffswelt definiert<sup>124</sup>. Auch die im Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)<sup>125</sup> anzutreffenden Begriffe der Arbeitnehmenden<sup>126</sup> und des Arbeitgebers<sup>127</sup> richten sich nicht nach der zivilrechtlichen Definition<sup>128</sup>, sondern nach der Definition "im jeweiligen Einzelgesetz"<sup>129</sup> des betreffenden Sozialversicherungszweiges<sup>130</sup>.

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 Stellung<sup>131</sup>. Die Erfüllung dieser Kriterien hängt wie bereits erwähnt nicht davon ab, ob ein Einzelarbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR vorliegt<sup>132</sup>, sondern beurteilt sich

---

<sup>119</sup> SR 831.10.

<sup>120</sup> Art. 1a Abs. 1 AHVG.

<sup>121</sup> Vgl. zu den Ausnahmen im Einzelfall unten, Ziff. 8.1.1.3.

<sup>122</sup> Vgl. Arbeitslosenversicherung: Art. 3 AVIG; Invalidenversicherung: Art. 3 IVG; Unfallversicherung: Art. 22 UVV; Erwerbsersatzgesetz: Art. 27 EOG.

<sup>123</sup> Vgl. Art. 5 AHVG und Art. 6 ff. AHVV.

<sup>124</sup> Vgl. dazu BSV, WML, Rz. 1001 ff.; KIESER, Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG, Rz 92 ff.; KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 10 ATSG N 5.

<sup>125</sup> SR 830.1.

<sup>126</sup> Art. 10 ATSG.

<sup>127</sup> Art. 11 ATSG.

<sup>128</sup> Art. 319 ff. OR.

<sup>129</sup> Vgl. für den Begriff des Arbeitnehmers Art. 10 ATSG und für den Arbeitgeber Art. 11 ATSG, welcher auf Art. 10 ATSG Bezug nimmt.

<sup>130</sup> Vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 10 ATSG N 1 f.

<sup>131</sup> Vgl. BSV, WML, Rz 1003 ff.

<sup>132</sup> BSV, WML, Rz 1022.

nach Würdigung der Umstände im konkreten Einzelfall<sup>133</sup>. 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 Lohn<sup>134</sup> 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 stehen<sup>135</sup>. "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"<sup>136</sup>. Beachtlich ist im vorliegenden Zusammenhang, dass es überdies keine Rolle spielt, ob die Leistung durch den Arbeitgeber freiwillig war oder nicht<sup>137</sup>. Nicht beitragspflichtig sind hingegen Leistungen, die nicht Entgelt für geleistete Arbeit darstellen<sup>138</sup>.

### 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 Vertragsparteien<sup>139</sup>. 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 ist<sup>140</sup>. 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."<sup>141</sup> Ähnliches gilt für den Unternehmer, welcher als Geschäftsführer seiner eigenen Firma auf eine Lohnzahlung verzichtet und sich stattdessen aus dem erwirtschafteten Gewinn eine Dividende auszahlt<sup>142</sup>. 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 Entlöhnung verzichtet<sup>143</sup>.

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 verlangt<sup>144</sup>. Dieser Grenzwert gilt jedoch nur in Bezug auf Nebenbeschäftigungen<sup>145</sup>,

---

133 BSV, WML, Rz 1016.

134 Art. 5 Abs. 2 AHVG.

135 KIESER, Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG, Rz 92; BSV, WML, Rz 2001 ff.

136 KIESER, Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG, Rz 92, m. V. A. BGE 126 V 222 f.

137 KIESER, Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG, Rz 92, m. V. a. BGE 124 V 102.

138 Art. 9 AHVV; BSV, WML, Rz 3001 ff.; Dazu gehören bspw. Spesenentschädigungen oder Auslagenersatz.

139 BSV, WML, Rz 1024.

140 Art. 10 AHVG; RIEMER-KAFKA, S. 68.

141 BSV, WSN, Rz 2008 m. V.a. BGE 115 V 161.

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

143 BSV, WSN, Rz 2009 m. V.a. EVGE 1953, S. 35.

144 Art. 34d AHVV.

weshalb eine Beitragsbefreiung für einen geringfügigen Nebenerwerb im Rahmen des Grenzbetrages eine Haupttätigkeit voraussetzt<sup>146</sup>.

Beim Soziallohn sind auch dann auf dem gesamten, ausbezahlten Monatsgehalt Sozialabzüge vorzunehmen, wenn freiwillig und bewusst ein höheres als ein marktübliches Entgelt vereinbart wurde<sup>147</sup>. 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 beitragspflichtig<sup>148</sup>. 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 wurden<sup>149</sup>. Bei nichterwerbstätigen Personen wird gestützt auf die einbezahlten Beiträge ein hypothetisches Einkommen errechnet<sup>150</sup>. Das Leistungsrecht des AHVG knüpft also direkt an die Höhe der einbezahlten Beiträge an und lässt den Parteien keinen Spielraum für eine autonome, vertragliche Ausgestaltung dieses Sozialversicherungszweiges.

#### **8.1.2 UVG**

#### **8.1.3 Versicherte Personen**

Wie beim AHVG<sup>151</sup> beschränkt sich der Kreis der versicherten Personen auch beim Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)<sup>152</sup> 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

---

<sup>145</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1 AHVV.

<sup>146</sup> BGE 125 V 378 E. 1 b.

<sup>147</sup> Art. 5 AHVG und Art. 7 AHVV sehen keine Obergrenze vor, weshalb grundsätzlich der gesamte massgebende Lohn beitragspflichtig ist.

<sup>148</sup> BSV, WSN, Rz 2006.

<sup>149</sup> Art. 29quinquies Abs. 1 AHVG.

<sup>150</sup> Art. 29quinquies Abs. 2 AHVG.

<sup>151</sup> Vgl. oben, FN 124.

<sup>152</sup> SR 832.20.

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 vollumfänglich erfüllen. Der Begriff des Arbeitnehmers gemäss Art. 1a Abs. 1 UVG ist damit weiter als im Arbeitsvertragsrecht (...)."<sup>153</sup>

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.

### 8.1.3.1 Beitragspflicht und massgebender Lohn

Wie bereits erwähnt<sup>154</sup>, richtet sich die Definition des beitragspflichtigen Lohnes beim Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)<sup>155</sup> im Wesentlichen nach derjenigen des AHVG<sup>156</sup>. Darüber hinaus regelt Art. 23 UVV diverse Sonderfälle zum massgebenden Lohn für den versicherten Verdienst und erwähnt insbesondere auch Praktikanten oder Volontäre<sup>157</sup>. Auch wenn die Aufzählung in Art. 23 UVV nicht abschliessend zu sein scheint<sup>158</sup>, 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 abzusichern<sup>159</sup>.

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.- liegt<sup>160</sup>. 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.

---

<sup>153</sup> BGE 141 V 314 f. E. 2.1, mit diversen Verweisen, im Original z.T. Fettschrift.

<sup>154</sup> Vgl. oben, FN 122.

<sup>155</sup> SR 832.20.

<sup>156</sup> 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, 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.

<sup>157</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 6 UVV.

<sup>158</sup> 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).

<sup>159</sup> RIEMER-KAFKA, S. 68.

<sup>160</sup> Art. 22 Abs. 1 UVV (vgl. die Änderung der Verordnung vom 12. November 2014 [AS 2014 4213]).

## 8.1.4 IVG

### 8.1.4.1 Versicherte Personen

Der Anwendungsbereich des IVG richtet sich nicht ausschliesslich nach der zivilrechtlichen Definition des Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR. Wie bereits erwähnt<sup>161</sup> geht die "unselbständigen Erwerbstätigkeit"<sup>162</sup> 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 unterstehen<sup>163</sup>. Damit übernimmt das IVG dessen umfassenden Anwendungsbereich und entsprechend sind auch Personen, welche in Form von Innominatverträgen beschäftigt werden, der Versicherungspflicht nach IVG unterstellt.

### 8.1.4.2 Beitragspflicht und massgebender Lohn

Wie bereits erwähnt<sup>164</sup>, richtet sich die Definition des beitragspflichtigen Lohnes auch beim IVG im Wesentlichen nach derjenigen des AHVG<sup>165</sup>.

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 IVG<sup>166</sup>. Deren Invaliditätsgrad wird nach der Methode des allgemeinen Einkommensvergleiches bestimmt, falls ihnen eine Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann<sup>167</sup> und andernfalls nach der Methode des Betätigungsvergleiches<sup>168</sup>.

### 8.1.4.3 Soziallohn

Im Bereich der Unfall- und Invalidenversicherung finden sich diverse Bundesgerichtsentscheide, welche den Soziallohn ausdrücklich erwähnen<sup>169</sup>. 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 wäre<sup>170</sup>. 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."<sup>171</sup> Da es sich hierbei um

---

<sup>161</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.1.1.2.

<sup>162</sup> Art. 5 Abs. 1 AHVG.

<sup>163</sup> Art. 1b IVG.

<sup>164</sup> Vgl. oben, FN 122.

<sup>165</sup> 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, 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.

<sup>166</sup> RIEMER-KAFKA, S. 69; Art. 5 Abs. 2 IVG i. V. m. Art. 8 Abs. 2 ATSG; BSV, Kreisschreiben, Rz 1020.

<sup>167</sup> BSV, Kreisschreiben, Rz 3012 ("Privatiers").

<sup>168</sup> RIEMER-KAFKA, S. 69; BSV, Kreisschreiben, Rz 3001 und 3079; Bei dieser Methode werden insbesondere auch nichtentlohnte karitative Einsätze berücksichtigt (BSV, Kreisschreiben, Rz 3082).

<sup>169</sup> IVG: BGE 104 V 90 ff.; BGE 117 V 8 ff.; UVG: BGer 8C\_541/2012.

<sup>170</sup> Art. 16 ATSG.

<sup>171</sup> Art. 25 Abs. 1 lit. b IVV.

eine freiwillige Sozialleistung handelt<sup>172</sup>, 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 zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte."<sup>173</sup>

### 8.1.5 AVIG

Dem AVIG unterstellt sind unselbständig erwerbstätige Personen<sup>174</sup>. Wer als unselbständig erwerbstätig gilt, definiert sich primär über die Beitragspflicht<sup>175</sup>, welche sich, wie nachfolgend gezeigt wird, nicht nach der zivilrechtlichen Definition des Einzelarbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR richtet, sondern darüber hinaus geht<sup>176</sup>.

Wie diverse andere Sozialversicherungszweige knüpft auch die Beitragspflicht des AVIG mit gewissen Ausnahmen<sup>177</sup> an den massgebenden Lohn nach den Vorschriften des AHVG an<sup>178</sup>.

Eine Voraussetzung zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern ist die Erfüllung der Beitragszeit<sup>179</sup>, soweit die versicherte Person nicht davon befreit ist<sup>180</sup>. 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 stand<sup>181</sup>. 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 können<sup>182</sup>. Deshalb, und weil bei Wegfall einer Gratisarbeit zudem kein anrechenbarer Verdienstausfall entsteht<sup>183</sup>, besteht auch bei unfreiwilliger Beendigung dieses Vertragsverhältnisses kein Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung<sup>184</sup>.

Ebenfalls kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht selbstredend für diejenigen Personen, welche nicht als Arbeitnehmer im Sinne des AVIG zu qualifizieren sind<sup>185</sup>. Dazu gehören insbesondere Arbeitnehmer, deren berufliche Stellung mit der eines Arbeitgebers

---

<sup>172</sup> Vgl. BSV, Kreisschreiben, Rz 3058 m. V.

<sup>173</sup> Art. 16 ATSG.

<sup>174</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, S 70, Rz 90.

<sup>175</sup> Art. 2 Abs. 1 AVIG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 lit e AVIG.

<sup>176</sup> Vgl. oben, FN 124.

<sup>177</sup> Art. 2 Abs. 2 AVIG.

<sup>178</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG i. V. m. Art. 5 AHVG.

<sup>179</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG, Art. 13 AVIG.

<sup>180</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG.

<sup>181</sup> Art. 14 Abs. 1 AVIG.

<sup>182</sup> 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, S. 70. Zu den "ähnlichen Gründen" vgl. STAUFFER/KUPFER, S. 57 f.

<sup>183</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG; Art. 11 Abs. 1 AVIG.

<sup>184</sup> RIEMER-KAFKA, S. 70.

<sup>185</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG i. V. m. Art. 13 Abs. 1 AVIG und Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG.

vergleichbar ist (Arbeitgeberähnliche Stellung des Geschäftsführers einer GmbH oder des Verwaltungsrates oder Geschäftsführers einer Aktiengesellschaft)<sup>186</sup>.

## 8.1.6 BVG

### 8.1.6.1 Versicherte Personen

Der Kreis der obligatorisch versicherten Personen beschränkt sich beim Bundesgesetz über die berufliche Alters- Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)<sup>187</sup> auf Arbeitnehmer<sup>188</sup>, welche einen Jahreslohn von mindestens CHF 21'150.- erzielen<sup>189</sup>. Dabei deckt sich der Begriff des Arbeitnehmers mit der weiten Definition nach AHVG<sup>190</sup>, geht also über denjenigen nach Art. 319 ff. OR hinaus<sup>191</sup>.

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 lassen<sup>192</sup>. Voraussetzung für eine solche freiwillige Versicherung ist jedoch, dass der betreffende Arbeitnehmer nach AHVG versichert ist<sup>193</sup>.

#### 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."<sup>194</sup>

Diese Option bietet sich an, wenn ein Arbeitnehmer von einem Arbeitsvertrag mit markt-gerechtem Lohn in ein Arbeitsverhältnis wechselt, welches überhaupt nicht oder nur sym-bolisch entlohnt wird. In diesem Fall kann der betreffende Arbeitnehmer die Vorsorge oder auch nur die Altersvorsorge bei der bestehenden Pensionskasse oder der Auffangeinrich-tung weiterführen. Art. 47 Abs. 1 BVG nennt als Voraussetzung einzig das "Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung". Es spielt dabei keine Rolle, ob ein bestehendes

---

<sup>186</sup> Vgl. dazu STAUFFER/KUPFER, S. 16 f.. Zur analogen Regelung bei der Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG: vgl. STAUFFER/KUPFER, S. 183 ff. und BGer 8C\_191/2014, wo trotz fehlender formeller Eintragung als Organ eine arbeitgeberähnliche Stellung angenommen wurde.

<sup>187</sup> SR 831.40.

<sup>188</sup> Art. 2 Abs. 1 BVG.

<sup>189</sup> Art. 7 Abs. 1 BVG; Zu den Ausnahmen von der Versicherungspflicht nach Art. 2 Abs. 4 BVG vgl. Art. 1j BVV2.

<sup>190</sup> GÄCHTER/HUNZIKER, Stämpflis Handkommentar, Art. 5 N 6 ff. BVG; STAUFFER, N 530 ff., S. 190 ff.

<sup>191</sup> Vgl. oben, FN 124.

<sup>192</sup> Art. 4 Abs. 1 BVG.

<sup>193</sup> Art. 5 Abs. 1 BVG; STAUFFER, N 610, S. 225.

<sup>194</sup> Art. 47 Abs. 1 BVG.

Arbeitsverhältnis endet oder das Arbeitsverhältnis weiter andauert, aber der dafür notwendige Mindestlohn unterschritten wird<sup>195</sup>. Beide Gründe für das Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung berechtigen zur Weiterführung der Vorsorge<sup>196</sup>.

Wird die Versicherung beim bestehenden Arbeitgeber weiter geführt, ist dieser zur paritätischen Mitfinanzierung der zu leistenden Beiträge verpflichtet<sup>197</sup>. 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 gilt<sup>198</sup>.

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 Lohn weiterzuführen<sup>199</sup>. 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 reduzieren<sup>200</sup>. Insoweit wird Art. 33a BVG bei Gratis- oder Freiwilligenarbeit nur im Ausnahmefall eine Weiterführung der beruflichen Vorsorge ermöglichen.

### 8.1.6.2 Beitragspflicht und massgebender Lohn

Der für das BVG relevante Jahreslohn entspricht mit gewissen Ausnahmen<sup>201</sup> dem massgebenden Lohn nach AHVG<sup>202</sup>. 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 definieren<sup>203</sup>.

Obligatorisch versichert ist der koordinierte Lohn, d.h. der Jahreslohn zwischen CHF 24'675.- und CHF 84'600.-<sup>204</sup>. 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 Vorsorge<sup>205</sup> zu verzichten.

---

<sup>195</sup> Vgl. jedoch zu letzterem Grund die Spezialfälle nach Art. 8 Abs. 3 BVG.

<sup>196</sup> GEISER/SENTI, Stämpflis Handkommentar, Art. 47 N 13 BVG; Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b und c BVG.

<sup>197</sup> Dies ergibt sich aus der paritätischen Beitragspflicht nach Art. 331 Abs. 3 OR (vgl. GEISER/SENTI; Stämpflis Handkommentar, Art. 47 N 48 BVG).

<sup>198</sup> BSV, WML, Rz 2080.

<sup>199</sup> Art. 33a Abs. 1 BVG.

<sup>200</sup> Art. 33a Abs. 1 BVG.

<sup>201</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a BVV 2, welcher den Vorsorgeeinrichtungen die Möglichkeit eröffnet, nur gelegentlich anfallende Lohnbestandteile vom versicherten Verdienst auszunehmen.

<sup>202</sup> Art. 7 Abs. 2 BVG.

<sup>203</sup> BGer 9C\_507/2014 E. 6.3.

<sup>204</sup> Art. 8 Abs. 1 BVG.

<sup>205</sup> Vgl. Art. 49 Abs. 2 BVG.

### 8.1.6.3 Soziallohn

Wie bei der Invaliden- und Unfallversicherung kann auch bei der beruflichen Vorsorge im Versicherungsfall die Bestimmung des Validen- und Invalideneinkommens notwendig werden<sup>206</sup>. Konsequenter Weise ist daher auch im BVG bei der Bestimmung des Invalideneinkommens ein allfälliger Soziallohn zu berücksichtigen<sup>207</sup>.

## 8.2 Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG)<sup>208</sup> gilt grundsätzlich für alle öffentlichen und privaten Betriebe<sup>209</sup>. 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 ArG<sup>210</sup> *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."<sup>211</sup> 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 beschränkt<sup>212</sup>. Der Schutz des Arbeitsgesetzes erstreckt sich vielmehr auf alle Personen, welche im Unternehmen *beschäftigt* werden, auch wenn diese keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben<sup>213</sup>. 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 erhält<sup>214</sup>.

## 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:

---

<sup>206</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.1.4.3.

<sup>207</sup> Vgl. bspw. BGer 9C\_670/2014 = BGE 141 V 351 ff. oder BGer 2A\_236/2006.

<sup>208</sup> SR 822.11.

<sup>209</sup> Art. 1 ff. ArG, sog. betrieblicher Geltungsbereich.

<sup>210</sup> Vorschriften des Gesundheitsschutzes nach Art. 6, 35 und 36a ArG.

<sup>211</sup> Art. 1 Abs. 1 ArGV1.

<sup>212</sup> SECO, S. 101-1.

<sup>213</sup> SECO, S. 101-1 f., u. a. m. V. auf die in einem Einsatzbetrieb beschäftigten Leiharbeitnehmer.

<sup>214</sup> SECO, S. 101-2.

a) *Gratis- / Freiwilligenarbeit*

Wie bereits erwähnt, ist Gratis- bzw. Freiwilligenarbeit als Innominatvertrag zu qualifizieren<sup>215</sup>. 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 qualifizieren<sup>216</sup>. 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 reduziert<sup>217</sup>. Jede Art von Entgelt ist als Lohn zu qualifizieren<sup>218</sup>, womit der symbolische Lohn nicht zwingend als Geldzahlung vereinbart sein muss. In Frage kommen auch ein Naturallohn<sup>219</sup> oder die Übernahme von arbeitnehmerseitigen Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber<sup>220</sup>.

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 können<sup>221</sup>. Meines Erachtens darf diese Rechtsfolge im konkreten Einzelfall hinterfragt werden, wenn sich der Arbeitgeber 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

---

<sup>215</sup> Vgl. oben, Ziff. 6.3.2 f.

<sup>216</sup> RIEMER-KAFKA, S. 60.

<sup>217</sup> Bspw. die Zahlung eines symbolischen Lohnes während der Kündigungsfrist oder die Pönale von maximal 6 Monatslöhnen bei ungerechtfertigt fristloser oder missbräuchlicher Kündigung.

<sup>218</sup> Vgl. oben, Ziff. 6.1.

<sup>219</sup> Bspw. die Überlassung eines Geschäftsfahrzeuges zum privaten Gebrauch.

<sup>220</sup> Was zudem die Pflicht auslöst, diese Leistungen als massgebenden Lohn nach AHVG abzurechnen: BSV, WML, Rz 2080.

<sup>221</sup> Bspw. die Zahlung eines symbolischen Lohnes während der Kündigungsfrist oder die Pönale von maximal 6 Monatslöhnen bei ungerechtfertigt fristloser oder missbräuchlicher Kündigung.

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 hat<sup>222</sup>. 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 (...)." <sup>223</sup>

Ausführlich setzt sich GEISER mit der Anwendbarkeit zwingender arbeitsvertraglicher Bestimmungen bei anderen Verträgen auseinander<sup>224</sup> 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." <sup>225</sup>

### 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)

---

<sup>222</sup> 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.

<sup>223</sup> ZK-STAEHELIN, 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 (vgl. Art. 319 N 12) welche mit Berufung auf Art. 394 Abs. 2 OR jedoch ausschliesslich Auftragsrecht für anwendbar halten.

<sup>224</sup> Vgl. GEISER, S 61 ff.

<sup>225</sup> GEISER, S. 66; Gl. M. wohl auch BK-REHBINDER/STÖCKLI (Art. 319 N 70), welche bei arbeitnehmerähnlichen Personen für die sinngemässe Anwendung arbeitsvertraglicher Schutznormen bei Dauerschuldverhältnissen votieren, wenn die eine Partei wirtschaftlich von der anderen abhängig ist.

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 subsummiert werden kann. Nur ausnahmsweise ist eine Abweichung durch die Gerichtspraxis möglich." <sup>226</sup>

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 Entlöhnung, womit die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vermutungsweise 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 vorbehalten<sup>227</sup>, bestehen bei der Lohnvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine gesetzlichen Einschränkungen. Bei Verträgen mit Gratisarbeit, symbolischem 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 widerlegt<sup>228</sup>, was andernfalls zur Pflicht zur Zahlung des üblichen<sup>229</sup> (marktgerechten) Lohnes zur Folge hätte. Beim Soziallohn kann es sinnvoll sein, die nach Auffassung der Vertragspar-

---

<sup>226</sup> GEISER, S. 64.

<sup>227</sup> Vgl. oben, Ziff. 5.

<sup>228</sup> Vgl. oben, Ziff. 6.2.

<sup>229</sup> Art. 322 Abs. 1 OR.

teilen 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 wird<sup>230</sup>. Ebenso wird empfohlen, im Hinblick auf die Gefahr des Vorwurfes einer Lohndiskriminierung den "Sozialzuschlag" offen auszuweisen<sup>231</sup>.

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 mutiert<sup>232</sup>. 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 wäre<sup>233</sup>.

Wie hoch der vereinbarte Lohn sein soll, hängt nicht zuletzt auch von den Bedürfnissen der Vertragsparteien im sozialversicherungsrechtlichen Bereich ab. Wie aufgezeigt<sup>234</sup>, besteht im Sozialversicherungsrecht nur wenig Spielraum für eine vertragliche Ausgestaltung von Versicherungsrisiken, auch wenn im Bereich der beruflichen Vorsorge gewisse Optionen möglich sind<sup>235</sup>. 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 unterstehen<sup>236</sup>, auch wenn bei Gratisarbeit mangels eines massgebenden Lohnes gerade keine Beiträge abzuführen sind.

Die Lohnhöhe können die Vertragsparteien grundsätzlich frei vereinbaren, weshalb das Verzichtverbot nach Art. 341 OR einem durch den Arbeitnehmer *nachträglich* erklärten Lohnverzicht nicht entgegensteht<sup>237</sup>. Trotzdem empfiehlt es sich, einen solchen Lohnverzicht *vorgängig* zu vereinbaren, weil ein nachträglicher Verzicht als Schenkung gilt<sup>238</sup> und auch nicht zu einer nachträglichen Neuqualifizierung der Vertragsvereinbarung führen kann<sup>239</sup>.

### 8.3.3 Anwendbarkeit des Kündigungsschutzrechts?

#### 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

---

<sup>230</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.1.4.3.

<sup>231</sup> Vgl. oben, Ziff. 5.3.

<sup>232</sup> Vgl. oben, Ziff. 6.1.

<sup>233</sup> Vgl. oben, Ziff. 6.1.

<sup>234</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.1.

<sup>235</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.1.6.

<sup>236</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.1.

<sup>237</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 341 N 5 m. w. V..

<sup>238</sup> RIEMER-KAFKA, S. 60.

<sup>239</sup> Vgl. dazu BGer 4A\_19/2015, wo trotz Lohnverzicht des Arbeitnehmers ohne weiteres von einem arbeitsvertraglichen Verhältnis ausgegangen wurde.

nach eingehender Analyse der Interessenslage 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."<sup>240</sup> 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 vorlag<sup>241</sup>.

### 8.3.3.2 Zeitlicher Kündigungsschutz, Kündigungsfrist und Kündigungstermin

Ob bei Innominatverträgen mit einem zum Arbeitsvertrag vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis auch der zeitliche Kündigungsschutz<sup>242</sup> analog anwendbar sein soll, hat das Bundesgericht soweit ersichtlich (noch) nicht entschieden<sup>243</sup>. 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 vorsieht<sup>244</sup>, 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 gerechtfertigten<sup>245</sup> oder ungerechtfertigten<sup>246</sup> 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. Andernfalls 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 ist<sup>247</sup>. 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 der fristlosen Kündigung bei Innominatver-

---

<sup>240</sup> BGE 118 II 164, E. 4 a bb.

<sup>241</sup> BGE 118 II 164, E. 4 a bb; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2, m. V.; Vgl. auch ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 42; GEISER, S. 75 f.;

<sup>242</sup> Art. 336c OR.

<sup>243</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH bejahen dies (vgl. Art. 337c N 3 am Ende, m. V.).

<sup>244</sup> Art. 404 Abs. 1 OR; BGE 115 II 464 ff.

<sup>245</sup> Art. 337a f. OR.

<sup>246</sup> Art. 337c f. OR.

<sup>247</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335c N 6.

trägen meines Erachtens nur dann Sinn 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 soll nach Auffassung von GEISER darüber entscheiden, ob bei Innominatverträgen die Verfahrensvorschriften der Massenentlassung einzuhalten sind<sup>248</sup>. 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."<sup>249</sup>

### 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 Arbeitgeber<sup>250</sup>. 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 erwähnt<sup>251</sup>, besteht bei der Gratisarbeit als direkte Folge der Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung vermutungsweise 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 kommt<sup>252</sup>: 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

---

<sup>248</sup> Art. 335g OR; GEISER, S. 87.

<sup>249</sup> GEISER, S. 87.

<sup>250</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 335a N 2.

<sup>251</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.3.1.2.1.

<sup>252</sup> Vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 42, welcher in diesem Fall die zwingende Vorschrift der anderen Vertragsart angewendet wissen will.

halten haben<sup>253</sup>. 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 ist<sup>254</sup>.

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 vorliegt<sup>255</sup>. 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 vermutungsweise besonders gross<sup>256</sup>. Insofern rechtfertigt sich ohne weiteres auch die Anwendbarkeit der zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen des Arbeitsrechts.

### 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 bspw. die Pönalen bei ungerechtfertigter fristloser oder missbräuchlicher Kündigung<sup>257</sup>. Vereinbaren 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."<sup>258</sup>

Die Bemessung der Pönale richtet sich nach dem Bruttolohn. "Zu berücksichtigen ist nicht nur der Grundlohn, sondern jede geschuldete Entschädigung mit Lohncharakter (...)"<sup>259</sup>.

---

<sup>253</sup> Art. 404 Abs. 1 OR; BGE 115 II 464 ff.

<sup>254</sup> GEISER, S. 86.

<sup>255</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.3.1.2.1.

<sup>256</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.3.1.2.2.

<sup>257</sup> Art. 336a Abs. 1 OR; Art. 337c Abs. 3 OR.

<sup>258</sup> Art. 336a OR.

<sup>259</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336a N 3.

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 wird<sup>260</sup>.

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 6 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 erscheint<sup>261</sup>.

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 herabsetzte<sup>262</sup>, wird es den Gerichten wohl verwehrt sein, über diesen gesetzlichen Rahmen hinaus zu gehen.

#### **8.3.4.2 Ungerechtfertigt 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 kann<sup>263</sup>.

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

---

<sup>260</sup> Vgl. zum umfangreichen Katalog der Bemessungskriterien, bei welchem auch finanzielle, bzw. wirtschaftliche Aspekte zu berücksichtigen sind: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336a N 3 und BK-REHBINDER, Art. 336a N 11.

<sup>261</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336a N 8; BK-REHBINDER, Art. 336a N 19, je mit Verweisen auf diverse Bundesgerichtsurteile.

<sup>262</sup> Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336a N 9.

<sup>263</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336a N 8: "Bezüglich Rechtsnatur und bezüglich Höhe gilt das bei Art. 336a Gesagte"

Kündigungsfristen des Arbeitsvertragsrechts überhaupt anwendbar sind<sup>264</sup>. 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 zwingendem oder halbzwingendem Charakter<sup>265</sup>. 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.

## **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.

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 Er-

---

<sup>264</sup> Vgl. oben, Ziff. 8.3.3.2.

<sup>265</sup> Vgl. Art. 361 f. OR.

gebnis 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.

## Literaturverzeichnis

AUTOR (zit. AUTOR, Stämpflis Handkommentar):

JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER / THOMAS GEISER / THOMAS GÄCHTER (Hrsg.): Stämpflis Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010.

BK-AUTOR

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, Obligationenrecht; Bern ab 1983.

BSK OR-AUTOR:

Basler Kommentar zum Privatrecht; Obligationenrecht; Basel ab 2011.

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:34>

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>

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>

FREIVOOGEL, ELISABETH:

CLAUDIA KAUFMANN / SABINE STEIGER-SACKMANN (Hrsg.): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage, Basel 2009.

GEISER, THOMAS:

Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität; in: ERWIN MURER (Hrsg.), Neue Erwerbsformen - veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Bern 1996, S. 43-90.

KIESER, UELI (KIESER, Sozialversicherungsrecht):

Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich 2007.

KIESER, UELI (zit.: KIESER, ATSG-Kommentar):

ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009.

KIESER, UELI (zit.: KIESER, Rechtsprechung zur AHV):

ERWIN MURER / HANS-ULRICH STAUFFER (Hrsg.): Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht; Alters und Hinterlassenenversicherung; 2. Auflage; Zürich 2005.

KOLLER, ALFRED:

Dienstleistungsverträge - Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen; AJP 2014, S. 1627 ff.

RIEMER-KAFKA, GABRIELA:

Freiwilligenarbeit aus (arbeits-)vertraglicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht; ARV 2007 S. 57 ff.

SENTI, CHRISTOPH:

Die Geschäftsführung bei der GmbH: Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht; AJP 1/2011, S. 18 ff.

STAATSSSEKRETARIAT 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=de>

STAUFFER, HANS-ULRICH / KUPFER BUCHER BARBARA:

ERWIN MURER / HANS-ULRICH STAUFFER (Hrsg.): Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht; Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung; 3. Auflage; Zürich 2008.

STAUFFER, HANS-ULRICH:

Berufliche Vorsorge, 2. Auflage, Zürich 2012.

STREIFF, ULLIN / VON KAENEL, ADRIAN / RUDOLPH ROGER:

Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR; 7. Auflage, Zürich, 2012.

ZK-STAEHELIN:

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürich 2006.