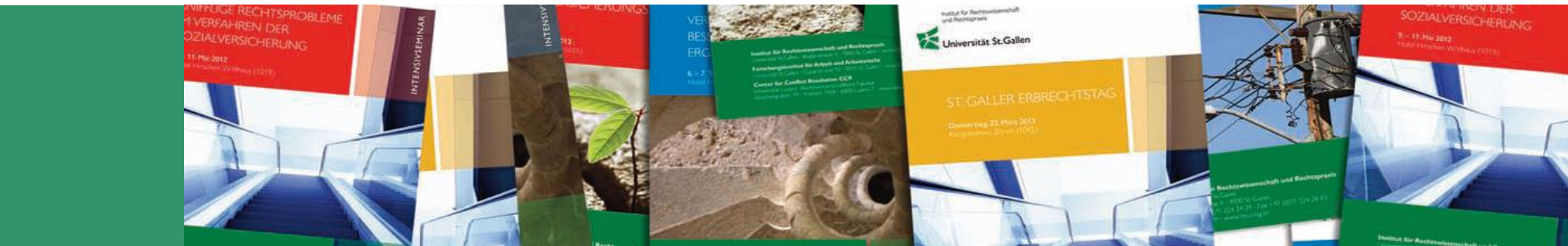




Institut für Rechtswissenschaft und  
Rechtspraxis

Universität St.Gallen



# St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht

Grand Casino, Luzern (1181)

20. November 2015

# Gratisarbeit und Soziallohn: Folgen eines «falschen» Lohnes

**Freitag, 20. November 2015**

**Grand Casino Luzern**

---

**Dr. iur. Christoph Senti**

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht  
Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro  
Frei Steger Grosser Senti  
Kriessernstr. 40  
9450 Altstätten SG  
[www.9450.ch](http://www.9450.ch)

FAA-HSG, Forschungsinstitut  
für Arbeit und Arbeitsrecht  
Guisanstr. 92  
9010 St. Gallen  
[www.faa.unisg.ch](http://www.faa.unisg.ch)

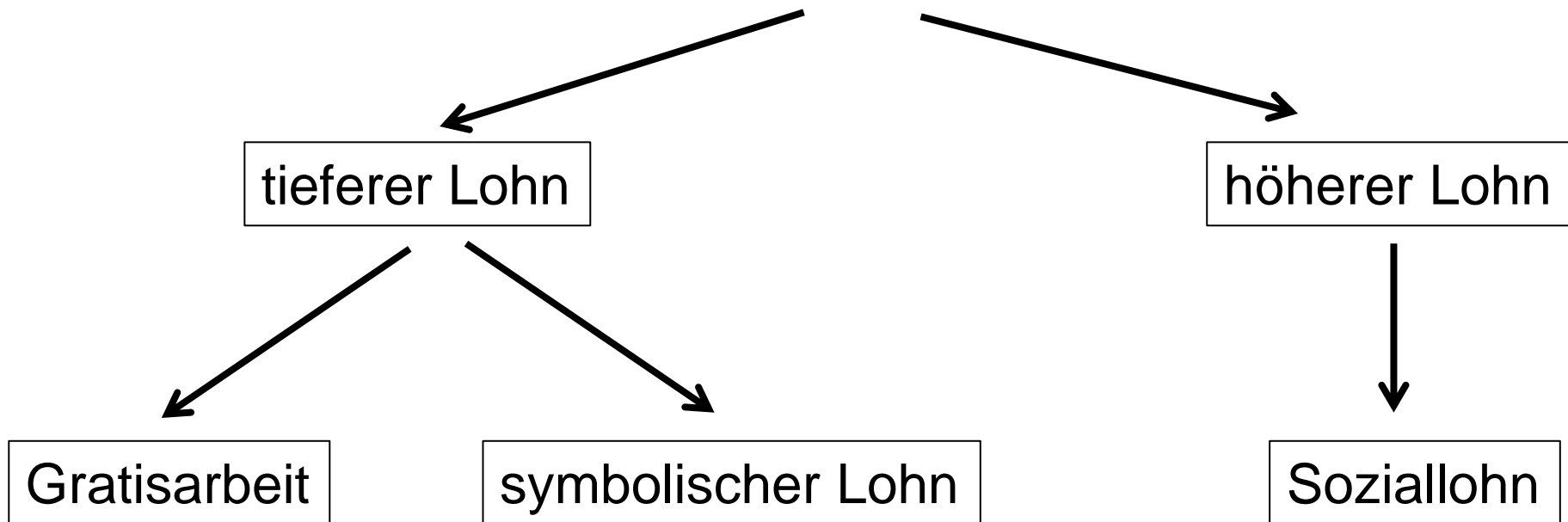


ADVOKATURBÜRO

FREI • STEGER • SENTI

# Fälle einer nicht marktgerechten Entlöhnung

«Falscher», d.h. nicht marktgerechter / marktüblicher Lohn



# Zu tiefer Lohn: Gratis- / Freiwilligenarbeit (I)

**RIEMER-KAFKA:** "(...) 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."

## **Im vorliegenden Zusammenhang:**

Unentgeltliche Arbeitsleistung, wobei das Vertragsverhältnis mit Ausnahme der fehlenden Entschädigung sämtliche wesentlichen Merkmale eines Arbeitsvertrages aufweist, nämlich:

- Erbringung einer Arbeitsleistung.
- Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinations- bzw. Unterordnungsverhältnis).
- Privatrechtliches Dauerschuldverhältnis.

# Zu tiefer Lohn: Gratis- / Freiwilligenarbeit (II)

## Praxisbeispiele:

- Haupt- oder nebenberuflicher Einsatz für karitative Organisationen.
- Unentgeltlich tätiger Manager für den Fall, dass das für die Gründung eines Fonds vereinbarte Investitionskapital nicht beschafft werden kann (BGer 4A\_19/2015, 20.05.2015).

## Abgrenzungen:

- Unentgeltliche Tätigkeit im Rahmen eines Auftragsverhältnisses.  
→ fehlende Subordination.
- Arbeitsversuch nach Art. 18a IVG.  
→ per definitionem kein Arbeitsvertrag (vgl. Art. 18a Abs. 3 IVG).

# Zu tiefer Lohn: Gratis- / Freiwilligenarbeit (III)

## Abgrenzungen:

- Programme zur vorübergehenden Beschäftigung nach Art. 64a AVIG.  
→ Rechtsverhältnis sui generis mit analoger Anwendung des OR.
- Unfreie Berufe (Soldaten, Strafgefangene, kirchlicher Orden, ...).  
→ Verpflichtung als Folge einer Unterstellung unter die öffentlich-rechtliche Zwangsgewalt.

# Zu tiefer Lohn: Symbolischer Lohn (I)

## **Definition:**

Vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung, die nicht zum marktüblichen Niveau, sondern in Form eines Lohnes in symbolischer Höhe entschädigt wird.

## **Praxisbeispiele:**

- Dan Price, CEO und Mitinhaber von Gravity Payments: US\$ 70'000 statt US\$ 1 Mio.
- Manager eines start-up bezieht ein symbolisches Gehalt.
- Hobby-Jobs: (Neben-)tätigkeit als Hobby mit nur symbolischer Gegenleistung.

# Zu tiefer Lohn: Symbolischer Lohn (II)

## Abgrenzungen:

Übergang zum «normalen» Arbeitsverhältnis fliegend:

$$\text{CHF } 1.00 \leq \text{symbolischer Lohn} \leq \text{marktüblicher Lohn}$$

## Beachte:

Symbolischer Lohn muss nicht zwingend in Geld ausgerichtet werden.

Ebenfalls möglich:

- Naturallohn:  
Kost- und Logis, Überlassung Geschäftsfahrzeug zur privaten Nutzung etc.
- Übernahme von Nebenkosten oder anderen Auslagen durch Arbeitgeber:  
Bspw. Kosten für eine freiwillige Versicherung (BVG, ...)



# Zu hoher Lohn: Soziallohn (I)

## Definition:

Lohn, welcher über der für die geleistete Arbeit bezahlten marktgerechten oder marktüblichen Entschädigung liegt.

Vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. b IVV: Lohnbestandteil, für die der Arbeitnehmer nachgewiesenermassen wegen beschränkter Arbeitsfähigkeit keine Gegenleistung erbringen kann.

## Praxisbeispiele:

- Arbeitgeberin beschäftigt vermindert leistungsfähigen Arbeitnehmer zu einem höheren als dem marktgerechten Lohn (vgl. BGer 104 V 90 ff.; BGE 117 V 8 ff., etc.).
- Ehegatte der Firmeninhaberin erhält einen, im Verhältnis zu seinem Arbeitspensum zu hohen Lohn.

# Zu hoher Lohn: Soziallohn (II)

## Abgrenzungen:

Vorliegen eines Vertragsverhältnisses mit allen wesentlichen Merkmalen eines Arbeitsvertrages. Dies ist nicht der Fall bei:

- Fehlen des Unterordnungsverhältnisses  
→ der Geschäftsführer seiner eigenen Einmann-Gesellschaft.
- Fehlen einer Arbeitsleistung  
→ pro forma-Anstellung des Lebenspartners in der eigenen Firma.
- Fehlen eines Dauerschuldverhältnisses  
→ einzelne Gelegenheitseinsätze oder Arbeitsversuche.

# Rechtliche Grenzen bei Lohnvereinbarungen (I)

## Grundsätzlich:

Die Lohnhöhe ist grundsätzlich Objekt freier Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

## Grenzen:

- Mindestlöhne
  - Mindestlöhne nach GAV, NAV (Art. 360a OR) etc.
- Obligationenrecht
  - Übervorteilung (Art. 21 OR); vielleicht Grundlagenirrtum (Art. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).

# Rechtliche Grenzen bei Lohnvereinbarungen (II)

## Grenzen:

- Art. 320 Abs. 2 OR?  
→ Vermutung der Entgeltlichkeit gilt nicht bei ausdrücklicher Vereinbarung zur Leistung von unentgeltlicher Arbeit.
- Gleichstellungsgesetz und Art. 8 Abs. 3 BV  
→ Es muss eine geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung vorliegen.

FREIVOGEL: Kriterien, welche den Wert der Arbeit nicht beeinflussen, dürfen nicht im Grund- oder Funktionslohn enthalten sein. Zahlung eines sozialen Ausgleiches soll in Form eines Lohnzuschlages erfolgen und hat einer Interessenabwägung standzuhalten.

# Lohn

## Grundsätzlich:

Das Vertragsmerkmal der Entgeltlichkeit bezieht sich auf Lohn, d.h.:

- Zeit- oder Leistungslohn,
- ausgerichtet in Form von Geld- oder Naturallohn.

## Kein Lohn:

- Gratifikation nach Art. 322d OR.
- Spesen oder Auslagenersatz.
- Freiwillige Leistungen.
- Zuwendungen infolge Betriebszugehörigkeit.
- Abgeltung für Immaterialgüterrechte.
- Leistungen ausserhalb des Arbeitsvertrages (VR-Honorar, Leistungen als Folge familiärer Beziehungen etc.).

# Rechtliche Qualifikation des Vertrages (I)

## **Vertrag mit symbolischem Lohn:**

→ sämtliche wesentlichen Merkmale eines Arbeitsvertrages sind erfüllt.

## **Vertrag mit Soziallohn:**

→ sämtliche wesentlichen Merkmale eines Arbeitsvertrages sind erfüllt.

## **Vertrag mit Gratis- / Freiwilligenarbeit:**

- Vertragsmerkmal der Entgeltlichkeit fehlt gänzlich.
  - kein «reiner» Arbeitsvertrag.

# Rechtliche Qualifikation des Vertrages (II)

## Vertrag mit Gratis- / Freiwilligenarbeit:

- einfacher Auftrag nach Art. 394 ff. OR?
  - nein: Abgrenzungskriterium ist das Unterordnungsverhältnis, nicht die Entgeltlichkeit.
- Gefälligkeit?
  - nein: Bindungswille der Parteien spricht gegen Gefälligkeitsabrede.
- → **Innominatvertrag** als gemischter Vertrag oder Vertrag sui generis.

# Sozialversicherungen (I)

## «Falscher» Lohn und AHVG:

	Gratisarbeit	symbolischer Lohn	Soziallohn
«Arbeitsvertrag»?	abweichend von zivilrechtlicher Qualifikation, eigene Definition nach Art. 5 Abs. 1 AHVG (vgl. WML).		
Versicherte Person	versichert	versichert	versichert
Beitragspflicht (massg. Lohn)	keine Erwerbstätigkeit.	beitragspflichtig; (Nebenbesch.: 2'300.-).	vollumfänglich beitragspflichtig.
Leistungen	grundsätzlich je nach höhe der einbezahlten Beiträge. hyp. Einkommen.		

=> Praktisch kein Spielraum für individuelle Gestaltung mittels vertraglicher Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.



# Sozialversicherungen (II)

## «Falscher» Lohn und UVG:

	Gratisarbeit	symbolischer Lohn	Soziallohn
«Arbeitsvertrag»?	abweichend von zivilrechtlicher Qualifikation; eigene Definition nach Art. 1a Abs. 1 UVG, weiter als Vertrag nach Art. 319 ff. OR (vgl. BGE 141 V 314 E. 2.1).		
Versicherte Person	teilweise (Art. 23 UVV)	versichert	versichert
Beitragspflicht (massg. Lohn)	grundsätzlich wie AHVG mit gewissen Abweichungen.		Obergrenze

=> Wenig Spielraum für individuelle Gestaltung mittels vertraglicher Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Immerhin: Obergrenze der obligatorischen Versicherung bei CHF 148'200.- (ab 1.1.2016).

# Sozialversicherungen (III)

## «Falscher» Lohn und IVG:

	Gratisarbeit	symbolischer Lohn	Soziallohn
«Arbeitsvertrag»?	abweichend von zivilrechtlicher Qualifikation (wie AHVG).		
Versicherte Person	wie AHVG (Art. 1b IVG)		
Beitragspflicht (massg. Lohn)	keine Erwerbs- tätigkeit.	beitragspflichtig	vollumfänglich beitragspflichtig.

=> Praktisch kein Spielraum für individuelle Gestaltung mittels vertraglicher Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

# Sozialversicherungen (IV)

## «Falscher» Lohn und AVIG:

	Gratisarbeit	symbolischer Lohn	Soziallohn
«Arbeitsvertrag»?	abweichend von zivilrechtlicher Qualifikation. Unselbständige Erwerbstätigkeit definiert sich primär über Beitragspflicht.		
Versicherte Person	nicht versichert	versichert	versichert
Beitragspflicht (massg. Lohn)	grundsätzlich wie AHVG mit gewissen Abweichungen.		

=> Praktisch kein Spielraum für individuelle Gestaltung mittels vertraglicher Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

# Sozialversicherungen (V)

## «Falscher» Lohn und BVG:

	Gratisarbeit	symbolischer Lohn	Soziallohn
«Arbeitsvertrag»?	abweichend von zivilrechtlicher Qualifikation. Definition deckt sich mit AHVG.		
Versicherte Person	nicht versichert	nur falls Lohn > 21'150.-	versichert
Beitragspflicht (massg. Lohn)	grundsätzlich wie AHVG mit gewissen Abweichungen. kein Raum für vertragliche Abreden ausserhalb BVG.		

## Gestaltungsmöglichkeiten?

- freiwillige Versicherung (Art. 4 Abs. 1 BVG).
- Weiterführung der Vorsorge bei Ausscheiden aus obl. Versicherung (Art. 47 Abs. 1 BVG).
- Weiterversicherung des bisherigen Verdienstes bei Lohnreduktion ab 58. Jahren (Art. 33 Abs. 1 BVG).

# Anwendbarkeit von Art. 319 ff. OR?

## **Vertrag mit symbolischem Lohn:**

→ «Reiner» Arbeitsvertrag: Art. 319 ff. OR direkt anwendbar.

## **Vertrag mit Soziallohn:**

→ «Reiner» Arbeitsvertrag: Art. 319 ff. OR direkt anwendbar.

## **Vertrag mit Gratis- / Freiwilligenarbeit:**

→ Innominatvertrag: Anwendbarkeit von Art. 319 ff. OR?

# Anwendbarkeit von Art. 319 ff. OR? (II)

## Innominatvertrag im Bereich des Arbeitsvertragsrechts:

→ BGE 4A\_102/2013: Gemischter Vertrag Hauswart/Mieter: Abstellen auf dasjenige Vertragsrecht, welches wirtschaftlich grösseres Gewicht hat.

→ STAEHELIN: Zwingende Schutzvorschriften des Arbeitsrechts sind anwendbar, sofern keine Kollision mit zwingenden Schutzvorschriften der anderen Vertragsart. Bei Kollision geht Vertragsart mit mehr Gewicht vor.

→ GEISER: Es ist zu prüfen, ob persönliches/wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, sodass sich Anwendung einzelner Schutznormen rechtfertigt.

# Anwendbarkeit von Art. 319 ff. OR? (III)

**(Wirtschaftliches) Abhängigkeitsverhältnis bei:**

**Vertrag mit symbolischem Lohn:**

- Je nach Lohnhöhe womöglich keine wirtschaftliche Abhängigkeit.
- Aber: da «reiner» Arbeitsvertrag, Art. 319 ff. OR direkt anwendbar.

**Vertrag mit Soziallohn:**

- In der Regel wohl sehr hoch.
- Da «reiner» Arbeitsvertrag, Art. 319 ff. OR direkt anwendbar.

**Vertrag mit Gratis- / Freiwilligenarbeit:**

- Mangels Lohn überhaupt keine wirtschaftliche Abhängigkeit.
- (Analoge) Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften?

# Symbolischer Lohn und Kündigungsschutz (I)

## **Grundsatz:**

«Reiner» Arbeitsvertrag, somit Art. 319 ff. OR direkt und zwingend anwendbar.

## **Sachlicher Kündigungsschutz:**

Sanktionswirkung der Pönale als Strafzahlung bei symbolischem Lohn?

## **Kündigungsfristen:**

Mindestfrist von 1 Monat: Sinnvoll bei symbolischer Entlohnung?

## **Zeitlicher Kündigungsschutz:**

Sperrfrist greift im Ergebnis nur, wenn Kündigungsfrist zwingend. Ohne Kündigungsfrist kein Stillstand solcher Fristen.



# Symbolischer Lohn und Kündigungsschutz (II)

## **Kündigungstermin:**

Kündigungstermin nach Art. 335c Abs. 1 OR: Dispositives Recht.

## **Fristlose Kündigung:**

Nur von Bedeutung, wenn Kündigungsfrist zwingend. Sanktionswirkung der Pönale und der Pflicht zur Zahlung des hypothetischen Verdienstes?

## **Kündigungsparität:**

Zwingendes Recht auch zum Schutze des Arbeitgebers.

## **Massenentlassungsvorschriften:**

An sich ebenfalls direkt anwendbar. Sinnvoll?

GEISER: Bei Innominatverträgen ist bspw. Anwendbarkeit der Informationspflichten nicht sinnvoll, wenn betreffende Person nicht als Arbeitnehmer im Sinne des AVIG gilt. Soll dies auch beim symbolischen Lohn gelten?

# Soziallohn und Kündigungsschutz (I)

## **Grundsatz:**

«Reiner» Arbeitsvertrag, Art. 319 ff. OR direkt und zwingend anwendbar.  
In der Regel sinnvoll wegen des ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnisses.

## **Sachlicher Kündigungsschutz:**

Sanktionswirkung stärker als bei Arbeitsvertrag mit «normalem» Lohn.

## **Kündigungsfristen:**

Anwendbar.

## **Zeitlicher Kündigungsschutz:**

Anwendbar.

# Soziallohn und Kündigungsschutz (II)

## **Kündigungstermin:**

Kündigungstermin nach Art. 335c Abs. 1 OR: Dispositives Recht.

## **Fristlose Kündigung:**

Anwendbar. Sanktionswirkung von Pönale und Pflicht zur Zahlung des hypothetischen Verdienstes stärker als bei «normalem» Lohn.

## **Kündigungsparität:**

Zwingendes Recht auch zum Schutze des Arbeitgebers.

## **Massenentlassungsvorschriften:**

Anwendbar.

# Gratisarbeit und Kündigungsschutz (I)

## Grundsatz:

Innominatvertrag: Anwendbarkeit zwingender Schutzbestimmungen nur, falls sich dies als Folge des Abhängigkeitsverhältnisses aufdrängt.

## Sachlicher Kündigungsschutz:

BGE 118 II 163 ff.: Analoge Anwendbarkeit bejaht bei Franchisevertrag als gemischtes Vertragsverhältnis.

Fehlende Sanktionswirkung der Pönale:  $6 \times 0 = 0$

## Kündigungsfristen:

Mindestfrist von 1 Monat: Sinnvoll bei Gratisarbeit?

## Zeitlicher Kündigungsschutz:

Sperrfrist greift im Ergebnis nur, wenn Kündigungsfrist zwingend. Ohne Kündigungsfrist kein Stillstand solcher Fristen.

# Gratisarbeit und Kündigungsschutz (II)

## **Kündigungstermin:**

Kündigungstermin nach Art. 335c Abs. 1 OR: Dispositives Recht.

## **Fristlose Kündigung:**

Nur von Bedeutung, wenn Kündigungsfrist zwingend. Keine Sanktionswirkung von Pönale und der Pflicht zur Zahlung des hypothetischen Verdienstes:  $(6 \times 0) + (3 \times 0) = 0$ .

## **Kündigungsparität:**

Zwingendes Recht auch zum Schutze des Arbeitgebers.

## **Massenentlassungsvorschriften:**

An sich ebenfalls direkt anwendbar. Sinnvoll?

GEISER: Bei Innominatverträgen ist bspw. Anwendbarkeit der Informationspflichten nicht sinnvoll, wenn betreffende Person nicht als Arbeitnehmer im Sinne des AVIG gilt. Soll dies auch beim symbolischen Lohn gelten?

# Gedanken zur Vertragsgestaltung (I)

## **Vertrag mit symbolischem Lohn:**

- Jeder noch so kleine Lohn macht Gratisarbeit als Innominatvertrag zu einem Arbeitsvertrag mit symbolischem Lohn.
- + Qualifikation als Arbeitsvertrag erhöht Rechtssicherheit.
- Qualifikation als Arbeitsvertrag verhindert bedürfnisgerechte Lösungen.

## **Vertrag mit Soziallohn:**

- Separates Ausweisen der Soziallohnkomponente zur Offenlegung der Interessen sinnvoll?
  - Bestimmung Invalideneinkommen.
  - Vermeidung des Vorwurfes einer Lohndiskriminierung.
- Soziallohnkomponente als Zuschlag: Mehr Freiheit bei Vertragsgestaltung?

# Gedanken zur Vertragsgestaltung (II)

## **Gratis- / Freiwilligenarbeit:**

- Innominatvertrag.
- Notwendigkeit der ausdrücklichen Vereinbarung, um Vermutung der Entgeltlichkeit nach Art. 320 Abs. 2 OR zu verhindern.
- Merke: Jede noch so kleine Entschädigung in Form von Lohn führt zur Qualifikation als «reinem» Arbeitsvertrag mit symbolischem Lohn.
- Vorgängige Vereinbarung der Unentgeltlichkeit, da andernfalls Schenkung vorliegen kann.
- Ausschöpfen des (beschränkten) Gestaltungsspielraumes im Bereich des Sozialversicherungsrechts.
- Ausschöpfen des Gestaltungsspielraumes im Bereich des Arbeitsvertragsrechts.

# Fragen?

## Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!