

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser
Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitsrecht
Guisanstrasse 92
9010 St. Gallen

Festschrift für Yvo Hangartner
Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen¹

Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?
Von
Prof. Dr. iur. Thomas Geiser

Inhaltsübersicht:

I.	Einleitung	1.1.
II.	Grundsätze für die Anerkennung eines verfassungsmässigen Rechts	2.1.
III.	Geltende gesetzliche Regelung	3.1.
	1. Recht auf Existenzsicherung	3.2.
	2. Mindestlohnvorschriften für ausländische Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen	3.4.
	3. Die Lohnvorschriften des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts	3.6.
	a. Art. 27 ZGB und Art. 328 OR	3.7.
	b. Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR	3.10.
	c. Verstoss gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 19 OR	3.11.
	d. Zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts	3.13.
	4. Lohngleichheit nach Art. 4 Abs. 2 BV	3.17.
	5. International-privatrechtlicher Anwendungsbereich der Mindestlohnvorschriften	3.18.
IV.	Höhe und Durchsetzung des Mindestlohnes	
	1. Höhe	4.1.
	2. Durchsetzung	4.5.
V.	Folgerung	5.1.

Literatur:

GABRIEL AUBERT, SJ 1990, S. 662 ff.;

GABRIEL AUBERT, Le travail à temps partiel irrégulier, in: FS Berenstein, Lausanne 1989, Etudes de droit du travail, Zürich 1995;

GERARDO BROGGINI, Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale, in: FS Schönenberger, 1968;

JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996;

ALEXANDER BRUNNER, in: Honsell/Vogt/Schnyder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996;

¹ Publiziert in: Erenzeller/Mastronardi/Schaffhauser/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 809 – 829.

- CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER**, Schriftenreihe des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht: Gemäss Obligationenrecht, dt. Fassung der 2., nachgeführten Auflage, Basel 1997;
- EUGEN BUCHER**, Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993;
- BERNARD DUTOIT**, Droit international privé suisse, Basel 1996;
- WALTER FELLMANN**, Berner Kommentar, Art. 394-406 OR, Bern 1992;
- PHOCION FRANCESCAKIS**, Lois d'application immédiate et droit du travail, Rev.crit. de d.i.p., 63 (1974), S. 273 ff.;
- PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1995;
- THOMAS GEISER**, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994, 193 ff. (BJM 1994);
- THOMAS GEISER**, Neue Arbeitsformen, AJP 1995, S. 557 ff. (AJP 1995);
- THOMAS GEISER**, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996;
- THEO GUHL/HANS MERZ/ALFRED KOLLER**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991;
- ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER**, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1993;
- ROGER HISCHIER**, Das Statut des Arbeitsverhältnisses entsandter Arbeitnehmer schweizerischer Unternehmen, Diss. Zürich, Zürich 1995;
- MAX KELLER/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ**, in: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, IPRG Kommentar, Zürich 1993;
- FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER**, Précis de droit international privé suisse, Bern 1990;
- ERNST KRAMER**, Berner Kommentar, Art. 19-22 OR, Bern 1991;
- MONICA MÄCHLER-ERNE**, in: Honsell/Vogt/Schnyder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996;
- HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER**, Zürcher Kommentar, 1929;
- MANFRED REHBINDER**, Berner Kommentar, Art. 319-330a OR, Bern 1985;
- MANFRED REHBINDER**, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1997 (Arbeitsrecht);
- JEAN SCHAPIRA/GEORGES LE TALLEC/JEAN-BERNARD BLAISE**, Droit européen des affaires, Paris 1984;
- AUGUST SIMONIUS**, La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé, in: Travaux de l'association Henri Capitant VII (1952);
- ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, Art. 319-330a OR, Zürich 1996;
- ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Arbeitsvertrag, Zürich 1992;
- PIERRE TERCIER**, Les contrats spéciaux, Zürich 1995;
- FRANK VISCHER**, Industrielle Arbeit im Rechtssystem, Basel 1979;
- FRANK VISCHER**, Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Zürich 1996;
- FRANK VISCHER**, General Course on Private International Law, Dordrecht/Boston/London 1992;
- FRANK VISCHER**, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1,III, Basel 1994 (Arbeitsvertrag);
- ANDREAS VON TUHR/HANS PETER/ARNOLD ESCHER/HERMANN SCHULIN**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1984;
- JEAN-BAPTISTE ZUFFREY-WERRO**, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Diss. Freiburg 1988.

I. Einleitung

1.1. Nach der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ist die Festsetzung der Lohnhöhe der Autonomie der Vertragspartner überlassen². An diesen Grundsatz hat sich nicht nur der Bund zu halten, sondern er gilt auch für die Kantone. Kantonal festgesetzte Mindestlöhne halten vor dem Bundesrecht nur stand, wenn wirtschaftspolizeiliche Beweggründe, wie etwa eine ausgeprägte Notsituation, eine derart einschneidende Massnahme zwingend gebieten³. Demgegenüber haben weder die Kantone noch der Bund eine Verfassungsgrundlage, um allgemein aus wirtschaftspolitischen Gründen Mindestlöhne festzusetzen.

² **FRANK VISCHER**, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1/III, Basel 1994, S. 99; **ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, Art. 319-330a OR, Zürich 1996, N 19 zu Art. 322 OR; **MANFRED REHBINDER**, Berner Kommentar, Art. 319-330a OR, Bern 1985, N 6 zu Art. 322 OR.

³ BGE 80 I 155 ff.; **STAEHELIN** (FN 1), N 19 zu Art. 322 OR.

1.2. Dabei hat der Verfassungsgeber nicht übersehen, dass es sich beim Arbeitsmarkt um einen unvollkommenen Markt handelt, bei dem meistens der einzelne Arbeitnehmer einem wirtschaftlich sehr viel mächtigeren und auch geschäftserfahreneren Arbeitgeber gegenübersteht. Der Ausgleich soll aber nicht durch staatliche Eingriffe, sondern durch die Sozialpartner erfolgen. Die Verfassung anerkennt ausdrücklich die Möglichkeit, die Marktmacht der Arbeitnehmenden durch kollektives Handeln zu stärken und mit Gesamtarbeitsverträgen normsetzend in die Privatautonomie einzugreifen. Sowohl dem Bund wie auch den Kantonen wird zudem von der Verfassung das Recht eingeräumt, unter gewissen Voraussetzungen die von den Verbänden in einem GAV vereinbarten Arbeitsbedingungen als Mindestnormen auch für Nichtmitglieder verbindlich zu erklären⁴. Darüber hinaus greift der Staat sowohl durch sein eigenes Stellenangebot wie auch mit der Regelung gewisser Rahmenbedingungen in den Markt ein. Neben den zwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts und den öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen verändern insbesondere die obligatorischen Sozialversicherungen die Marktverhältnisse entscheidend.

1.3. Der allgemeine Wohlstand in der Schweiz hat bis anhin diesem Konzept Recht gegeben. Es genügte offensichtlich, dass der Staat sehr punktuell in das Lohngefüge eingriff. Die Globalisierung des Wirtschaftsraumes rechtfertigt es aber, die Frage, ob der Staat nicht Mindestlohnvorschriften aufstellen müsste, neu zu überdenken.

1.4. Schon die Einwanderung ausländischer Arbeitskräfte seit den sechziger Jahren hat - wie noch zu zeigen sein wird⁵ - zu staatlichen Massnahmen geführt, die einem Sozialdumping entgegenwirken. Soll in der Schweiz auch in Zukunft gewirtschaftet werden können, wird es unumgänglich sein, sich gegenüber Europa weiter zu öffnen. Ob dies zu einem Beitritt zur EU, zum EWR oder auch nur zu bilateralen Verträgen führen wird, ändert nichts daran, dass die Schweiz den Zielen der Europäischen Gemeinschaft näher kommen wird. Eines dieser Ziele ist die Einführung eines einheitlichen Arbeitsmarktes⁶. Zudem sieht die im EWG-Grundvertrag vom 25. März 1957 vorgesehene Dienstleistungsfreiheit⁷ das Recht jedes Unternehmens vor, seine Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat durch Entsendung von Arbeitnehmenden zu erbringen⁸. Diese Regeln können zu einer Annäherung der unterschiedlichen Lohnniveaus auf einer tieferen Stufe führen. Sie verbieten es den einzelnen Mitgliedstaaten aber nicht, von ausländischen Unternehmen die Einhaltung der lokalen Arbeitnehmerschutzgesetzgebung und der Kollektivverträge zu verlangen, um ein Sozialdumping zu verhindern⁹. In diesem Rahmen sind für in- und ausländische Arbeitnehmende verbindliche Mindestlöhne zulässig.

1.5 Sozialverträgliche Löhne sind in der Schweiz zur Zeit unabhängig von der Öffnung des Arbeitsmarktes gefährdet. Der durch die Internationalisierung der Warenmärkte verursachte Kostendruck bewirkt zusammen mit der für schweizerische Verhältnisse derzeit hohen Arbeitslosigkeit, dass schweizerische Unternehmen auf dem inländischen Arbeitsmarkt die Löhne in einem seit Jahrzehnten nicht mehr gekannten Ausmass drücken. Dabei ist häufig nicht das Lohnangebot selber unbefriedigend, sondern die Rahmenbedingungen. Unter dem Deck-

⁴ Art. 34^{ter} BV.

⁵ Hinten Rz 3.4. f.

⁶ JEAN SCHAPIRA/GEORGES LE TALLEC/JEAN-BERNARD BLAISE, Droit européen des affaires, Paris 1984, S. 616.

⁷ Art. 59 ff. EWGV.

⁸ VISCHER (FN 1), Arbeitsvertrag, S. 99.

⁹ SCHAPIRA/LE TALLEC/BLAISE (FN 5), S. 649.

mantel der Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse werden teilweise Verträge abgeschlossen, die es dem einzelnen Arbeitnehmer oder der einzelnen Arbeitnehmerin verunmöglichen, ein angemessenes Einkommen zu erzielen.

II. Grundsätze für die Anerkennung eines verfassungsmässigen Rechts

2.1. Keine Bestimmung der Schweizerischen Bundesverfassung garantiert ausdrücklich einen Anspruch auf einen Mindestlohn. Es ist in der Verfassungspraxis aber unbestritten, dass auch **ungeschriebene Grundrechte** existieren. Damit ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Recht in der schweizerischen Verfassungspraxis als Grundrecht anerkannt werden kann, ohne in einem Gesetzestext mit Verfassungsrang ausdrücklich erwähnt zu sein.

2.2. Primäre und zentrale Aufgabe der Grundrechte ist ihre **Abwehrfunktion gegenüber dem Staat**¹⁰. Entsprechend werden sie auch als Freiheitsrechte bezeichnet. Eine Drittwirkung kann ihnen grundsätzlich nur *indirekt* zukommen¹¹. Ganz ausnahmsweise können sie auch direkt gegenüber Handlungen Privater angerufen werden¹². Solche direkten Drittwirkungen sind m.E. aber nur mit äusserster Zurückhaltung anzunehmen.

2.3. Das Bundesgericht hatte kürzlich, anlässlich der Anerkennung eines neuen Grundrechts, Gelegenheit, die **Voraussetzungen der Anerkennung** neuer Freiheitsrechte zu umschreiben¹³:

- Vom **Inhalt** her anerkennt das Bundesgericht neue, ungeschriebene Grundrechte nur, soweit es um Befugnisse geht, welche die Voraussetzung für die Ausübung anerkannter Verfassungsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung erscheinen.
- Zudem muss das Recht einer **weiterverbreiteten Verfassungswirklichkeit** in den Kantonen entsprechen und von einem allgemeinen Konsens getragen sein¹⁴.
- Schliesslich können nur Rechte als Grundrechte anerkannt werden, wenn sie **hinreichend justiziabel** sind¹⁵.

III. Geltende gesetzliche Regelung

3.1. Wenn sich auch in der geschriebenen Bundesverfassung keinerlei Kompetenz findet, staatliche Mindestlöhne festzusetzen, und auch kein Anspruch auf Existenzsicherung ausdrücklich verankert ist, so finden sich doch seit Jahren Ansätze dazu in der schweizerischen

¹⁰ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1993, Rz 1117.

¹¹ HÄFELIN/HALLER (FN 9), Rz 1105.

¹² So z.B. Art. 4 Abs. 2 dritter Satz BV.

¹³ BGE 121 I 370 ff.

¹⁴ BGE 121 I 370; 115 Ia 268; 104 Ia 96.

¹⁵ BGE 121 I 373.

Rechtswirklichkeit. Sie betreffen sowohl das Recht auf Existenzsicherung als auch staatliche Mindestlohnvorschriften.

1. *Recht auf Existenzsicherung*

3.2. Nachdem ein solches Recht in der Lehre schon lange anerkannt war, hat das Bundesgericht 1995 den entsprechenden Schritt getan. Es entschied, dass gegenüber dem zuständigen Gemeinwesen ein Anspruch auf Existenzsicherung bestehe, wenn eine Person auf Grund einer Notlage nicht selber in der Lage sei, ihre Existenz zu sichern. Verfassungsrechtlich geboten ist aber nur, „was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Betteexistenz zu bewahren vermag“¹⁶. Wie hoch die entsprechenden Leistungen im Einzelnen sein sollen, entscheidet das verantwortliche Gemeinwesen. Dabei steht ihm ein weites Ermessen zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn die verfassungsmässige Minimalgarantie verletzt ist, was namentlich zutrifft, wenn Ausländern ohne geregelten Status jegliche Sozialhilfe verweigert wird.

3.3. Das Bundesgericht sieht in diesem Grundrecht allerdings keine Garantie eines Mindesteinkommens¹⁷. Damit soll in erster Linie wohl eine quantitative Aussage gemacht werden. Der verfassungsmässige Anspruch geht nur auf das absolute Minimum. Unter einem sozial angemessenen Mindesteinkommen wird hingegen in der Regel ein Betrag verstanden, der nicht bloss das Existenzminimum sichert, sondern ein Mindestmass an weiteren Bedürfnissen abdeckt. Zudem wird damit auch etwas über die Art ausgesagt, wie die Leistung erbracht werden kann. Das Grundrecht auf Existenzsicherung garantiert keine Geldleistungen. Das Gemeinwesen kann seiner Verpflichtung auch durch Naturalleistung nachkommen. Allerdings wird es mit der Menschenwürde kaum je vereinbar sein, die Leistungen *vollständig* in natura zu erbringen, weil damit der betroffenen Person jede Möglichkeit genommen wird, am alltäglichen Rechtsverkehr in üblicher Weise teilzunehmen. Die Menschenwürde gebietet ein Mindestmass an wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit, im Sinne der freien Verfügung über ein Taschengeld.

2. *Mindestlohnvorschriften für ausländische Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen*

3.4. Sozialdumping durch ausländische Arbeitskräfte wird heute in erster Linie dadurch verhindert, dass die Erwerbstätigkeit eines Ausländers in der Schweiz von einer Bewilligung abhängig gemacht wird, welche eine staatliche Überprüfung der Arbeitsbedingungen erlaubt.

3.5. Arbeitsbewilligungen für ausländische Arbeitskräfte dürfen nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber dem ausländischen Arbeitnehmer die gleichen Arbeitsbedingungen gewährt, namentlich den gleichen Lohn bezahlt, wie seinen schweizerischen Arbeitnehmenden¹⁸. Die entsprechenden Bewilligungen betreffen nicht nur einen Mindestlohn, sondern den gesamten schweizerischen Arbeitnehmerschutz. Die Bestimmung dieser Verordnung verpflichtet ge-

¹⁶ BGE 121 I 373.

¹⁷ BGE 121 I 373.

¹⁸ Art. 9 Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO) [SR 823.21].

mäss der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁹ den Arbeitgeber auf Grund von Art. 342 Abs. 2 OR, dem Arbeitnehmer den ortsüblichen Lohn auszurichten²⁰. Die Verpflichtung besteht, selbst wenn um keine Bewilligung nachgesucht oder diese verweigert worden ist²¹. Schlechtere einzelarbeitsvertragliche Vereinbarungen sind nichtig und werden durch den ortsüblichen Lohn ersetzt. Das Zivilgericht ist allerdings bei der Bestimmung des Lohnes daran gebunden, was in der Bewilligung als ortsüblich festgehalten worden ist. Wird der Arbeitnehmer in Abweichung zur Bewilligung für eine qualifiziertere Arbeit eingesetzt, bewirkt Art. 9 BVO, dass er für diese Arbeit auch Anspruch auf eine entsprechend höhere Besoldung hat²².

Es scheint fraglich, ob Art. 9 BVO in Verbindung mit Art. 342 Abs. 2 OR es erlaubt, den gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Lohn in jedem Fall auch auf einen Aussenseiter anzuwenden. Werden nämlich die mit der ausländischen Arbeitskraft vereinbarten (und im Vergleich zu den gesamtarbeitsvertraglichen schlechteren) Arbeitsbedingungen im entsprechenden Unternehmen und von einer Vielzahl von anderen Aussenseitern auch gegenüber Schweizern angewendet, können sie als ortsüblich gelten²³. Insoweit dürfte die in BGE 112 II 507 ff. festgehaltene Rechtsprechung auch durch den neusten Entscheid des Bundesgerichts²⁴ nicht geändert worden sein²⁵. Falls allerdings in der fremdenpolizeilichen Bewilligung auf die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen verwiesen wird, kann sich der Arbeitnehmer auf diese berufen²⁶. Dem Zivilgericht steht es nicht zu, die öffentlichrechtliche Anordnung auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen.

3. Die Lohnvorschriften des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts

3.6. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Bestimmungen des privatrechtlichen Arbeitsvertragsrechts Regeln über einen Mindestlohn enthalten. Solche können sich sowohl in den spezifisch arbeitsvertragsrechtlichen wie auch in den allgemeinen Normen des Privatrechts finden.

a. Art. 27 ZGB und Art. 328 OR

3.7. Gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand im Gebrauch seiner Freiheit in einem Recht und Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Art. 328 OR konkretisiert den Persönlichkeitsschutz für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts, indem er ihn zu einer vertraglichen Pflicht des Arbeitgebers erhebt, ohne damit die ausservertraglichen Anspruchsgrundlagen

¹⁹ BGE 122 III 111; anders noch BGE 112 II 508 f., die Änderung der Rechtsprechung war bereits in einem Entscheid vom 4. November 1991 (JAR 1992, S. 303 ff.) angezeigt worden.

²⁰ JAR 1991, S. 310; 1989, S. 135 und 137; 1987, S. 293; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich 1992, N 6 zu Art. 342 OR; REHBINDER (FN 1), N 14 zu Art. 342 OR; a.M. JAR 1995, S. 94.

²¹ CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER, Schriftenreihe des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht: Gemäss Obligationenrecht, dt. Fassung der 2., nachgeführten Auflage, Basel 1997, N 2 zu Art. 342 OR; GABRIEL AUBERT, SJ 1990, S. 662; a.M. JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 5 zu Art. 342 OR; STAEHELIN (FN 1), N 16 zu Art. 342 OR, STREIFF/VON KAENEL (FN 19), N 6 zu Art. 342 OR; REHBINDER (FN 1), N 13 zu Art. 342 OR.

²² BGE 122 III 116 f.

²³ BRÜHWILER (N 20), N 5 zu Art. 342 OR.

²⁴ BGE 122 III 111 ff.

²⁵ THOMAS GEISER, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996, Rz 2.5.

²⁶ Bger. in JAR 1992 S. 303 ff.

auszuschliessen²⁷. Die Lehre bezieht diese Bestimmung in erster Linie auf Art. 28 ff. ZGB²⁸. Sie verpflichtet den Arbeitgeber, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers vor Eingriffen zu schützen. Die Fürsorgepflicht geht aber darüber hinaus. Es besteht kein Grund, darin nicht auch eine Pflicht zu sehen, den Arbeitnehmer in dem durch Art. 27 ZGB vorgezeichneten Mass vor sich selber zu schützen²⁹.

3.8. Bezüglich des Schutzzumfangs weist **AUBERT** zu Recht darauf hin³⁰, dass sowohl Art. 27 wie auch Art. 328 OR die **ökonomische Freiheit** des Arbeitnehmers schützen. Beide Bestimmungen garantieren zudem auch die Freiheit in der Lebensgestaltung³¹. Mit Bezug auf eine übermässige vertragliche Bindung zielt Art. 27 Abs. 2 ZGB auf Verträge über Arbeitsleistungen ab. Demgegenüber können nach herrschender Auffassung Verpflichtungen zu reinen Sachleistungen oder zu Geldzahlungen grundsätzlich nicht übermässig sein³². Die *Verpflichtung* zu einer Geldzahlung als solche wird von unserer Rechtsordnung nie als persönlichkeitsverletzend angesehen. Die Persönlichkeitsverletzung erfolgt erst über die *Durchsetzung* des Anspruchs. Hier wird der Schutz aber nicht durch Art. 27 ZGB, sondern durch die einschlägigen Bestimmungen des SchKG verwirklicht³³. Soweit es um Sachleistungen geht, deren Durchsetzung sich nach dem kantonalen Recht richtet, setzt Art. 27 Abs. 2 ZGB dem kantonalen Gesetzgeber in der Gestaltungsfreiheit des Vollstreckungsrechts Schranken.

3.9. Das Bundesgericht hat immer wieder ausgeführt, dass eine Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässig sei, „wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind“³⁴. Auch wenn die zitierten Entscheidstellen nicht als bloss obiter dicta angesehen werden können, ist mit **BUCHER** festzuhalten, dass das Bundesgericht im konkreten Fall jeweils regelmässig kein Übermass der Bindung angenommen hat³⁵. Das Bundesgericht legt sich – wohl zu Recht – diesbezüglich eine grosse Zurückhaltung auf.

Soweit ein Arbeitsvertrag bei einem vollen Arbeitspensum zu keinem existenzsichernden Einkommen führt, sind die vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien für eine übermässige Bindung erfüllt. Die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers ist unmittelbar gefährdet, weil der Lohn zum Leben nicht ausreicht. Der Arbeitnehmer ist aber gebunden, so dass er jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist keine andere Arbeitsstelle annehmen kann. Gleichzeitig sind ihm auch die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung verwehrt, weil er in einem Arbeitsverhältnis steht³⁶. Es bleibt ihm somit nichts anderes übrig, als sich für den laufenden Unterhalt zu verschulden, gegebenenfalls gegenüber der öffentlichen Fürsorge. Daneben ist er aber verpflichtet, seine Arbeit zu leisten. Das betrifft nicht nur seine wirtschaftliche, sondern auch seine persönliche Freiheit. M. E. reicht dies aus, die Bindung – unabhängig von der Dauer der Kündigungsfrist - als übermässig im Sinne von Art. 27 ZGB zu qualifi-

²⁷ **PIERRE TERCIER**, Les contrats spéciaux, Zürich 1995, Rz 2716.

²⁸ **STAEHELIN** (FN 1), N 1 zu Art. 328 OR; **VISCHER** (FN 1), Arbeitsvertrag, S. 77.

²⁹ So verweisen **REHBINDER** (FN 1), N 4 zu Art. 328 OR, und **STREIFF/VON KAENEL** (FN 19), N 2 zu Art. 328 OR auf beide Bestimmungen des ZGB.

³⁰ **GABRIEL AUBERT**, Le travail à temps partiel irrégulier, in: Festschrift Berenstein, Lausanne 1989, Etudes de droit du travail, Zürich 1995, S. 186.

³¹ **BUCHER**, Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993, N 118 ff. zu Art. 27 ZGB.

³² **BUCHER** (FN 30), N 105 f. zu Art. 27 ZGB.

³³ **BUCHER** (FN 30), N 146 f. zu Art. 27 ZGB.

³⁴ BGE 114 II 162; 111 II 337; 104 II 8.

³⁵ **BUCHER** (FN 30), N 220 zu Art. 27 ZGB.

³⁶ Art. 10 AVIG.

zieren. Arbeitsverträge, welche bei voller Erwerbstätigkeit kein ausreichendes Einkommen sichern, sind somit rechtswidrig.

b. Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR

3.10. In vereinzelt Fällen kann in einer Lohnvereinbarung, welche bei voller Erwerbstätigkeit das Existenzminimum nicht deckt, auch ein Verstoss gegen Art. 21 OR erblickt werden. Eine Übervorteilung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch „Ausbeutung einer Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinnes“ zum Vertragsschluss bestimmt hat und ein „offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung“ vereinbart worden ist. Die Notlage kann auch wirtschaftlicher Art sein und in der marktmächtigen Stellung des Kontrahenten liegen³⁷. Damit eine Übervorteilung vorliegt, muss allerdings die andere Partei die Notlage erkannt und sie für den Vertragsschluss auch ausgenutzt haben³⁸. Schliesslich muss ein krasses Missverhältnis zwischen den Leistungen bestehen. Massgebend ist der objektive Unterschied zwischen diesen³⁹. Hier dürfte die hauptsächlichliche Schwierigkeit für die Anwendung von Art. 21 OR auf nicht existenzsichernde Löhne bestehen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Höhe des Mindestlohnes individuell zu bestimmen⁴⁰. Der objektive Wert der Arbeitsleistung kann somit ohne weiteres tiefer sein, so dass bei einer entsprechenden Lohnvereinbarung nicht von einem *objektiven* Missverhältnis ausgegangen werden kann. Überdies ist die Übervorteilung innert Jahresfrist seit Abschluss des Vertrages geltend zu machen. Der Mangel kann somit geheilt werden.

c. Verstoss gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 19 OR

3.11. Art. 19 Abs. 2 OR hält fest, dass von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen zulässig sind, „wo das Gesetz nicht unabänderliche Vorschriften aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst“. Bei dieser Aufzählung erscheint wenig klar, was mit der *öffentlichen Ordnung* gemeint ist. Ein Teil der Lehre misst dieser Inhaltsschranke keine selbständige Bedeutung zu⁴¹. Andere sehen in ihr einen Teilbereich der guten Sitten⁴². GAUCH/SCHLUEP interpretieren sie als Umschreibung für die zwingenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts⁴³. Ein weiterer Teil der Lehre misst diesem Begriff dem-

³⁷ ERNST KRAMER, Berner Kommentar, Art. 19-22 OR, Bern 1991, N 39 zu Art. 21 OR.

³⁸ KRAMER (FN 36), N 33 zu Art. 21 OR.

³⁹ KRAMER (FN 36), N 20 zu Art. 21 OR.

⁴⁰ Hinten Rz 4.2.

⁴¹ HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, 1929, N 7 zu Art. 19 OR; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER/ARNOLD ESCHER/HERMANN SCHULIN, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1984, S. 250.

⁴² Vgl. die Zitate bei KRAMER (FN 36), N 153 zu Art. 21 OR.

⁴³ PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1995, Rz 648; so auch THEO GUHL/HANS MERZ/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991, S. 40.

gegenüber eine selbständige Bedeutung zu⁴⁴. Art. 19 OR verbiete Verträge, welche den **Ordnungsgedanken widersprechen, die der Rechtsordnung innewohnen**⁴⁵.

3.12. Ein für unsere Wertordnung tragender Gedanke besagt, dass sich eine Person grundsätzlich durch ihre Arbeit wirtschaftlich selber erhalten können sollte. Eine Person darf sich nicht verpflichten, ihre Arbeitskraft vollständig in den Dienst eines Arbeitgebers zu stellen und trotzdem für ihren Unterhalt nicht selber aufkommen zu können. Es widerspricht einer liberalen Wirtschaftsordnung, wenn eine Arbeitsleistung nur erbracht werden kann, weil die öffentliche Hand für den Unterhalt des Arbeitnehmers aufkommt. Insofern lässt sich aus Art. 19 Abs. 2 OR der Grundsatz ableiten, dass bei einem **Arbeitsvertrag mit Vollzeitarbeit ein mindestens den Existenzbedarf abdeckender Lohn bezahlt werden muss**⁴⁶.

d. Zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts

3.13. Das Arbeitsvertragsrecht enthält keine Bestimmung, die einen Mindestlohn garantieren würde. Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR bestimmt sich der geschuldete Lohn vielmehr nach der Parteiabrede. Normalerweise berechnet er sich nach der vereinbarten Arbeitszeit. Es ist auch zulässig, den Lohn leistungs- oder erfolgsorientiert festzusetzen.

3.14. Das Gesetz regelt bestimmte Formen dieser Leistungsorientierung ausdrücklich. Die gesetzliche Aufzählung ist allerdings nicht abschliessend. Andere Formen der Leistungsorientierung des Lohnes sind ohne weiteres zulässig⁴⁷. Aus dem Gesetz ergeben sich aber auch gewisse Grenzen für solche Vereinbarungen. Zum Wesen des Arbeitsvertrages gehört es, dass der Arbeitgeber das *Betriebsrisiko* trägt. Art. 324, Art. 324a sowie Art. 326 OR zeigen auf, dass der Arbeitgeber dieses Risiko nicht auf den Arbeitnehmer überwälzen darf. Das setzt einer erfolgsabhängigen Entlohnung Grenzen. Nach Art. 349a Abs. 2 OR hat eine ausschliesslich erfolgsabhängige Entschädigung nur Bestand, wenn damit ein angemessenes Entgelt garantiert wird⁴⁸. Das gilt auch, wenn zwar ein fester Grundlohn vereinbart ist, dieser aber nach den Erwartungen der Parteien weniger als die Hälfte des gesamten Lohnes ausmacht⁴⁹.

3.15. Diese Regel ist in zwei Punkten einer **Verallgemeinerung zugänglich**. Wie das Bundesgericht ausführt, bezweckt Art. 349a Abs. 2 OR, den auf Provisionsbasis angestellten Handelsreisenden nicht schlechter zu stellen als Arbeitnehmende mit einem festen Lohn⁵⁰. Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass der *feste Lohn angemessen sein müsse*. Zudem ist zu beachten, dass zwingende Bestimmungen stets dort aufgestellt werden, wo der entsprechende soziale Konflikt in der Praxis typischerweise auftritt. Das Vertragsrecht lässt es aber zu, dass

⁴⁴ **KRAMER** (FN 36), N 155 ff. zu Art. 19-20 OR; **AUGUST SIMONIUS**, La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé, in: Travaux de l'association Henri Capitant VII (1952), S. 802 ff.; **GERARDO BROGGINI**, Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale, in: FS Schönnenberger, 1968, S. 104 ff.; **JEAN-BAPTISTE -WERRO**, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, diss. Freiburg 1988, S. 116 ff.

⁴⁵ **KRAMER** (FN 36), N 155 zu Art. 19-20 OR.

⁴⁶ Diesen Gedanken verdanke ich einer Anregung meines hochverehrten Lehrers und Freundes Prof. Frank Vischer.

⁴⁷ **STAEHELIN** (FN 1), N 18 zu Art. 322 OR.

⁴⁸ **VISCHER** (FN 1), Arbeitsvertrag, S. 111; **STREIFF/VON KAENEL** (FN 19), N 2 zu Art. 322a OR; **REHBINDER** (FN 1), N 5 zu Art. 322a OR.

⁴⁹ **STAEHELIN** (FN 1), N 3 zu Art. 349a OR; im Grundsatz gleich: **REHBINDER** (FN 1), N 6 zu Art. 349a OR; **STREIFF/VON KAENEL** (FN 19), N 4 zu Art. 349a OR.

⁵⁰ JAR 1987, S. 307 mit Hinweis auf BGE 83 II 78.

die Parteien atypische Verträge abschliessen. Soweit bei diesen atypischen Vereinbarungen die Interessenkonflikte in gleicher Weise auftreten wie bei den gesetzlich geregelten, sind grundsätzlich auch die entsprechenden zwingenden Bestimmungen anwendbar⁵¹. Art. 349a Abs. 2 OR kann deshalb bei anderen Arbeitsverträgen als denjenigen der Handelsreisenden auf erfolgsabhängige Lohnfestsetzungen angewendet werden⁵².

3.16. Was in diesem Zusammenhang unter „angemessen“ zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht weiter umschrieben. Lehre und Rechtsprechung bestimmen das **Mass** in erster Linie **nach dem Markt**. Angemessen sei, was der Handelsreisende auf dem Arbeitsmarkt nach seiner besonderen Stellung und seinen Fähigkeiten verdienen könne⁵³. Es ist den durchschnittlichen Löhnen für vergleichbare Leistungen Rechnung zu tragen⁵⁴. Das Bundesgericht lässt – was als Widerspruch zu einer Marktorientierung verstanden werden könnte - auch eine Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers und seiner Familie im Sinne des Existenzbedarfes zu⁵⁵. Entsprechend sieht **STAEHELIN** mit Berufung auf einen Entscheid des Zürcher Obergerichts⁵⁶ die Angemessenheit nur als gegeben an, wenn der Lohn dem Handelsreisenden „unter Berücksichtigung des Arbeitseinsatzes, der Ausbildung, der Dienstjahre, des Alters und der sozialen Verpflichtungen eine anständige Lebensführung ermöglicht“⁵⁷. Ist nun eine marktkonforme Entlohnung geschuldet oder richtet sich diese nach den Bedürfnissen des Handelsreisenden? Die dargelegten Ausführungen in Praxis und Lehre sind nur dann widerspruchsfrei, wenn in diesen beiden Kriterien kein Gegensatz gesehen wird. Der Widerspruch löst sich, sofern angenommen wird, dass ein nicht existenzsichernder Lohn rechtswidrig ist. Als marktkonform können aber nur rechtmässige Vereinbarungen berücksichtigt werden. Art. 349a Abs. 2 OR steht insofern in Einklang mit dem zu Art. 19 OR ausgeführten⁵⁸.

4. **Lohngleichheit nach Art. 4 Abs. 2 BV**

3.17. Art. 4 Abs. 2 dritter Satz BV stellt wohl die einzige ausdrückliche Verankerung einer direkten Drittwirkung eines Grundrechts in unserer Verfassung dar. Die Bestimmung eignet sich aber nur sehr indirekt als Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf existenzsichernde Löhne. Sie ist nur verletzt, wenn der Lohn *geschlechtsspezifisch* unterschiedlich ist. Häufig werden allerdings die ungenügenden Löhne in typischen Frauenberufen auftreten. Dann liegt eine *indirekte* Diskriminierung vor, und die betroffene Arbeitnehmerin kann auf Grund von Art. 4 Abs. 2 BV einen höheren Lohn fordern. Erst anschliessend steht dann auch den männlichen Arbeitnehmern die gleiche Möglichkeit offen. Haben die Frauen in einem bestimmten Beruf eine Lohnerhöhung mit dem Argument einer indirekten Diskriminierung erwirkt, so sind anschliessend die (wenigen) Männer im gleichen Beruf gegenüber den nunmehr besser bezahlten Frauen *direkt* diskriminiert und können sich damit auf Art. 4 Abs. 2 BV berufen.

⁵¹ **GEISER** (FN 24), Rz 2.23. ff.

⁵² Vgl. die Kritik am Gesetzgeber bei **REHBINDER** (FN 1), N 8 zu Art. 349a OR.

⁵³ **REHBINDER** (FN 1), N 6 zu Art. 349a OR; **STREIFF/VON KAENEL** (FN 19), N 4 zu Art. 349a OR; JAR 1987, S. 307 f.

⁵⁴ Bger. in JAR 1987, S. 308.

⁵⁵ Bger. in JAR 1987, S. 308.

⁵⁶ JAR 1987, S. 304 f.

⁵⁷ **STAEHELIN** (FN 1), N 4 zu Art. 349a OR. Allerdings scheint dieser Autor u.U. auch ein unter dem betriebsrechtlichen Existenzminimum liegendes Entgelt als angemessen anzusehen, da er sonst nicht den in SJZ 1945, S. 259 aufgeführten Entscheid als „weitergehend“ bezeichnen könnte.

⁵⁸ Vgl. vorn Rz 3.11. f.

Werden nicht existenzsichernde Löhne aber gleichermassen Frauen und Männern ausgerichtet, greift Art. 4 Abs. 2 BV nicht.

5 *International-privatrechtlicher Anwendungsbereich der Mindestlohngarantie*

3.18. Wie aufgezeigt, kennt das schweizerische Recht somit die Garantie eines existenzsichernden Lohnes. Es bleibt, den international-privatrechtlichen Anwendungsbereich dieser Rechtsregel abzugrenzen. Die **fremdenpolizeilichen Bestimmungen**⁵⁹ schützen nur ausländische Staatsangehörige. Sie haben keinen Einfluss auf schweizerische Arbeitnehmer von ausländischen Unternehmen. Wird die Arbeit nicht gewöhnlich in der Schweiz verrichtet⁶⁰, kann die objektive Anknüpfung zu einem ausländischen Recht führen. Das gilt - selbst bei einer Tätigkeit in der Schweiz - auch bei einer Rechtswahl. Die objektive oder durch Parteiwahl bedingte Anknüpfung an ausländisches Arbeitsvertragsrecht schliesst aber die Anwendung schweizerischer Schutzbestimmungen nicht vollständig aus.

3.19. Soweit von den ortsüblichen Arbeitsbedingungen abweichende Anstellungsverträge dem Arbeitgeber gegenüber seinen Konkurrenten auf dem Warenmarkt einen Wettbewerbsvorteil bringen, ist international-privatrechtlich nicht mehr nach den vertragsrechtlichen, sondern nach den **wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen** anzuknüpfen. Entsprechend schränkt Art. 136 IPRG die in Art. 121 IPRG für das Arbeitsrecht vorgesehenen Regeln zu Gunsten des schweizerischen Rechts ein⁶¹. Wirken sich schlechtere Arbeitsbedingungen auf dem schweizerischen Waren- oder Dienstleistungsmarkt aus, so gelangen insoweit auch die schweizerischen Arbeitnehmerschutzbestimmungen unabhängig davon zur Anwendung, welchem Recht der Arbeitsvertrag nach Art. 121 IPRG untersteht⁶².

3.20. Das IPRG enthält keine Norm über die Anwendbarkeit des **kollektiven Arbeitsrechts**. Ein Teil der Lehre geht von einer streng territorialen Anknüpfung der normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages aus⁶³. In neuerer Zeit mehren sich aber die Stimmen, welche schweizerische Gesamtarbeitsverträge auch auf im Ausland tätige Arbeitnehmende anwenden wollen, wenn das Arbeitsverhältnis schweizerischem Recht untersteht⁶⁴. Einigkeit besteht aber insoweit, dass diese Normen als lois d'application immédiate⁶⁵ für Arbeitsverhältnisse in der Schweiz gelten, unabhängig davon, ob schweizerisches oder ausländisches Einzelarbeitsvertragsrecht anwendbar ist⁶⁶.

⁵⁹ Vgl. vorn Rz 3.4. f.

⁶⁰ Art. 121 Abs. 1 IPRG.

⁶¹ **ALEXANDER BRUNNER**, in: Honsell/Vogt/Schnyder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996, N 29 f. zu Art. 121 IPRG

⁶² **THOMAS GEISER** (FN 24), Rz 2.4.

⁶³ **MANFRED REHBINDER**, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1997, S. 237; **BERNARD DUTOIT**, Droit international privé suisse, Basel 1996, N 7 zu Art. 121 IPRG.

⁶⁴ **FRANK VISCHER**, Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Zürich 1996, N 130 der Vorbem. zu Art. 356 ff. OR; **MAX KELLER/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ**, in: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, IPRG Kommentar, Zürich 1993, N 8 ff. zu Art. 121 IPRG; **GEISER** (FN 24), Rz 2.7..

⁶⁵ Art. 18 IPRG; vgl. dazu hinten Rz 3.23. f.

⁶⁶ **BRUNNER** (N50), N 17 ff. zu Art. 121 IPRG.

3.21. Mit der **Wahl eines ausländischen Arbeitsvertragsrechts** kann somit für **Arbeitsverhältnisse in der Schweiz** die Anwendbarkeit von Gesamtarbeitsverträgen nicht umgangen werden. Allerdings werden diese von ihrem Geltungsbereich her bei einem ausländischen Arbeitgeber nur massgebend sein, wenn sie allgemeinverbindlich erklärt worden sind, da der ausländische Arbeitgeber kaum je Mitglied eines schweizerischen Arbeitgeberverbandes ist.

Wird die **Arbeit** für einen **ausländischen Arbeitgeber** im **Ausland verrichtet** und vereinbaren die Parteien die Anwendung ausländischen Rechts⁶⁷, so untersteht das Arbeitsverhältnis nicht einem schweizerischen Gesamtarbeitsvertrag, selbst wenn eine schweizerische Arbeitskraft betroffen ist. Handelt es sich demgegenüber um einen **schweizerischen Arbeitgeber**, erscheint fraglich, ob die Wahl ausländischen Rechts für den Einzelarbeitsvertrag nicht nur insoweit gültig ist, wie das gewählte Recht den gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen nicht widerspricht. Gegen die Rechtswahl ist an sich nichts einzuwenden. Soweit aber das Arbeitsverhältnis objektiv und subjektiv einem Gesamtarbeitsvertrag untersteht, können dessen zwingende Bestimmungen durch die Rechtswahl nicht umgangen werden. Diese zwingenden Bestimmungen finden als Mindestvorschriften auch auf die ausländischem Recht unterstehenden Arbeitsverträge Anwendung.

3.22. Da das schweizerische **Sozialversicherungsrecht** seinen Anwendungsbereich international autonom umschreibt, können die entsprechenden Schutzvorschriften im Arbeitsvertrag nicht durch die Wahl ausländischen Rechts umgangen werden⁶⁸.

3.23. Schliesslich behält Art. 18 IPRG die Anwendung jener Bestimmungen des schweizerischen Rechts vor, die wegen ihres besonderen Zwecks, unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Zu diesen **lois d'application immédiate** zählen in erster Linie eigentliche Polizeivorschriften. Es fallen aber auch sozialrechtliche Normen darunter, deren Anwendbarkeit nicht vom Parteiwillen abhängt⁶⁹. Sie gelten deshalb unabhängig davon, welchem Recht das privatrechtliche Verhältnis der Parteien untersteht⁷⁰. Weil es sich um *einseitige* Schutznormen handelt, enthalten sie ausschliesslich Minimalgarantien. Es spricht somit nichts dagegen, dass die *lex causae* zur Anwendung gelangt, falls diese einen höheren Arbeitnehmerschutz kennt als das schweizerische Recht⁷¹. Der Umstand, dass Art. 121 IPRG bereits dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmenden in einem gewissen Umfang Rechnung trägt, steht einer Anwendung von Art. 18 IPRG nicht entgegen⁷².

Art. 18 IPRG setzt zwar dem Wortlaut nach keinen **Inlandbezug** voraus. Aus dem Zweck der Norm ergibt sich aber, dass eine Anwendung bestimmter schweizerischer Normen unabhängig von der *lex causae* nur bei einem ausreichenden Inlandbezug in Frage kommt⁷³. Dieser ist jedenfalls gegeben, wenn die Arbeit ganz oder teilweise in der Schweiz verrichtet wird. Inso-

⁶⁷ Art. 121 Abs. 3 IPRG.

⁶⁸ Siehe dazu im Einzelnen **GEISER** (FN 24), Rz 2.9. ff.

⁶⁹ **FRANK VISCHER**, General Course on Private International Law, Dordrecht/Boston/London 1992, S. 159; zu eng: **WALTER FELLMANN**, Berner Kommentar, Art. 394-406 OR, Bern 1992, N 182 der Vorbem. zu Art. 394 bis 406 OR.

⁷⁰ Zum Ganzen vgl. **PHOCION FRANCESCAKIS**, Lois d'application immédiate et droit du travail, Rev.crit. de d.i.p., 63 (1974), S. 273 ff.

⁷¹ **FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER**, Précis de droit international privé suisse, Bern 1990, Rz 385.

⁷² **ROGER HISCHIER**, Das Statut des Arbeitsverhältnisses entsandter Arbeitnehmer schweizerischer Unternehmen, Diss. Zürich, Zürich 1995, S. 82 f.

⁷³ **MONICA MÄCHLER-ERNE**, in: Honsell/Vogt/Schnyder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996, N 14 zu Art. 18 IPRG.

weit spielt weder die Staatsangehörigkeit noch der Wohnsitz bzw. Sitz der Parteien eine Rolle. Andererseits kann aber auch ausnahmsweise ein genügender Inlandbezug bestehen, wenn eine Arbeitskraft mit Wohnsitz in der Schweiz oder schweizerischer Staatsangehörigkeit für einen Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz im Ausland tätig wird⁷⁴.

Die damit verbundene Anwendung von Mindestnormen des Gastlandes für von einem ausländischen Unternehmen entsandte Arbeitnehmer ist auch nach den Regeln der Europäischen Gemeinschaft zulässig⁷⁵. In zwei Entscheidungen hat der EuGH festgehalten, dass es dem Gemeinschaftsrecht nicht widerspricht, wenn ein Mitgliedstaat seine Rechtsvorschriften und Kollektivvereinbarungen über Mindestlöhne⁷⁶ und die übrigen allgemeinen Arbeitsbedingungen⁷⁷ auf alle Personen anwende, die in seinem Staatsgebiet einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen. Diese Praxis hat, soweit es sich nicht um ganz kurze Arbeitseinsätze handelt, inzwischen in einem Entwurf für eine Richtlinie ihren Niederschlag gefunden⁷⁸.

3.24. Soweit der Lohn der Parteiautonomie untersteht, bestehen auch keine Normen, welche als lois d'application immédiate angesehen werden könnten⁷⁹. Anders verhält es sich dort, wo solche Vorschriften bestehen. So fallen unter Art. 18 IPRG das Verbot der Abtretung und der Verpfändung von Lohnforderungen⁸⁰ sowie die Beschränkung der Verrechenbarkeit⁸¹, soweit der Arbeitnehmer in der Schweiz wohnt⁸². Unter gewissen Voraussetzungen besteht eine ausreichende Binnenbeziehung, um trotz ausländischem Arbeitsvertragsstatut und nach Art. 18 IPRG regelwidrig die schweizerischen Bestimmungen über die Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung⁸³ anzuwenden⁸⁴. Zudem gilt der in Art. 4 Abs. 2 BV enthaltene Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit unabhängig vom Vertragsstatut für alle Arbeitsverhältnisse mit ausgeprägter Binnenbeziehung⁸⁵. Eine solche ist zu bejahen, wenn der Arbeitsort in der Schweiz ist oder der Arbeitgeber seinen Sitz in der Schweiz hat und der Arbeitnehmer in der Schweiz angestellt worden ist oder hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat⁸⁶. Zu den lois d'application immédiate ist auch die Mindestlohngarantie im oben⁸⁷ umschriebenen Rahmen zu zählen. Sie gilt um der öffentlichen Ordnung Willen für alle Personen, die in der Schweiz Anspruch auf Existenzsicherung haben⁸⁸. Aus wettbewerbsrechtlichen Gründen ist die Mindestlohngarantie überdies auch bei ausländischem Wohnsitz (und Aufenthalt) des Arbeitnehmers für in der Schweiz verrichtete Arbeit einzuhalten, wenn deren Nichteinhaltung dem Arbeitgeber auf dem schweizerischen Waren- oder Dienstleistungsmarkt einen Wettbewerbsvorteil verschaffen würde.

⁷⁴ Zur Frage der Anwendung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen, siehe vorn Rz 2.20.

⁷⁵ Vgl. dazu: **VISCHER** (FN 1), Arbeitsvertrag, S. 100.

⁷⁶ Entscheid des EuGH vom 3. Februar 1982 i.S. Seco SA und Desquene & Giral SA c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité (verbundene Rechtssachen 62 und 63/81).

⁷⁷ Entscheid des EuGH vom 27. März 1990 in Sachen Rush Portuguesa Lda gegen Office national d'immigration (ONI) (Rechtssache C-113/89).

⁷⁸ Entwurf: Amtsblatt der Europ. Gemeinschaften vom 30.8.91, Nr. C 225/7.

⁷⁹ **GEISER** (FN 24), Rz 2.14.

⁸⁰ Art. 325 OR.

⁸¹ Art. 323b OR.

⁸² **HISCHIER** (FN 71), S. 133.

⁸³ Art. 324a OR.

⁸⁴ **GEISER** (FN 24), Rz 2.15.

⁸⁵ **HISCHIER** (FN 71), S. 121 ff.

⁸⁶ **GEISER** (FN 24), Rz 2.14.

⁸⁷ Vgl. Rz 3.12.

⁸⁸ Vgl. vorn Rz 3.2. f.

IV. Höhe und Durchsetzung des Mindestlohnes

1. Höhe

4.1. Aus den Art. 19 OR, 27 ZGB und 349a Abs. 2 OR hat sich somit ein Anspruch auf einen existenzsichernden Lohn ergeben. Es ist nun zu prüfen, wie dessen Höhe zu bestimmen ist. Dabei ist von der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auszugehen. Massgebend muss sein, was der Gesetzgeber in anderem, vergleichbarem Zusammenhang als minimales Einkommen angesehen hat.

4.2. Aus den Rechtsgrundlagen dieses Anspruchs ergibt sich, dass die vertragliche Bindung die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers nicht gefährden darf⁸⁹. Die Vollzeitbeschäftigung muss mindestens zu einem den Existenzbedarf abdeckenden Lohn führen⁹⁰. Die Höhe des Mindestlohns bemisst sich somit nach den Bedürfnissen des Arbeitnehmers, nicht nach dem objektiven Marktwert seiner Leistung. Was unter dem Mindestlohn verstanden wird, ist somit **individuell**, nach den **persönlichen Verhältnissen des einzelnen Arbeitnehmers** zu bestimmen. Hat dieser für Familienangehörige aufzukommen, braucht er einen höheren Lohn, als wenn er nur für seinen eigenen Unterhalt zu sorgen hat.

4.3. Es geht nur um die **Existenzsicherung**, nicht auch um die Sicherung eines – wenn auch bescheidenen – Wohlstandes. Die Garantie eines gewissen Wohlstandes bleibt Aufgabe der Sozialpartner und damit der Gesamtarbeitsverträge. Das schweizerische Recht definiert den Notbedarf – die Grenze zur Bedürftigkeit – in verschiedenen Rechtsbereichen unterschiedlich. Am tiefsten liegt der Notbedarf wohl im Betreibungsrecht. Im Bereich der staatlichen Sozialhilfe sehen die kantonalen Richtlinien regelmässig einen etwas höheren Betrag vor. Im Bereich des Scheidungsrechts umschreibt das Bundesgericht für die Anwendung von Art. 152 ZGB die Bedürftigkeit in einer Weise, die wohl meistens zu noch etwas höheren Beträgen führt.

4.4. Ausgehend vom *verfassungsmässigen Recht auf Existenzsicherung*⁹¹ hat jedermann gegenüber dem Staat einen Anspruch darauf, nötigenfalls zu erhalten, „was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist“⁹². Wie hoch diese Leistungen sind, bestimmt das pflichtige Gemeinwesen selbständig. Soll nun vermieden werden, dass eine vollzeitlich erwerbstätige Person auf Grund des genannten verfassungsmässigen Rechts Sozialhilfe beanspruchen kann, muss der Mindestlohn diesem Betrag der Sozialhilfe entsprechen.

Zu beachten ist schliesslich auch, dass niedrigere Löhne zu einer indirekten Subventionierung des Arbeitgebers führen, was unter dem Blickwinkel der internationalen Handelsabkommen bedenklich erscheint. Der Arbeitnehmer kann dann nämlich seine Arbeit nur deshalb zu den entsprechenden Arbeitsbedingungen verrichten, weil ihm der Staat einen Teil des Unterhalts bezahlt. Andernfalls könnte er seine Tätigkeit nicht in dieser Art ausüben und das Unternehmen müsste entweder teurere Arbeitnehmer anstellen oder auf diese Tätigkeiten verzichten.

⁸⁹ Von Rz 3.16.; BGE 114 II 162; 111 II 337; 104 II 8.

⁹⁰ Vorn Rz 3.12.

⁹¹ Vorn Rz 3.2. f.

⁹² BGE 121 I 373.

2. Durchsetzung

4.5. Verträge, die Art. 19 OR oder Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzen, sind nach herkömmlicher Lehre gestützt auf Art. 20 OR von Anfang an **nichtig**. Art. 320 Abs. 3 OR wirkt milder, falls der Arbeitnehmer gutgläubig ist, indem beide Parteien bis zur Geltendmachung der Nichtigkeit ihre vertragliche Leistung erbringen müssen. Diese Rechtsfolge ist allerdings vorliegend äusserst unbefriedigend⁹³. Es bestünde für beide Parteien die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis jederzeit mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Soweit der Arbeitnehmer die Ungültigkeit der Bindung erkannt hat, entfielen überdies auch für die Vergangenheit jeder Lohnanspruch und er wäre auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen.

4.6. BUCHER hält demgegenüber Art. 20 OR bei Verstössen gegen Art. 27 ZGB für nicht anwendbar⁹⁴. Nach seiner Auffassung besteht die Rechtsfolge in der Verweigerung der Vertragserfüllung⁹⁵, wobei je nach den Umständen sogar noch eine Frist vom Zeitpunkt der Erklärung bis zu deren Wirksamkeit zu berücksichtigen sei⁹⁶. Sodann entfallen auch die Gegenleistung⁹⁷. Auch diese Rechtsfolge vermag indessen nicht zu befriedigen.

4.7. Mit dem Arbeitnehmerschutz vereinbar ist nur, die **Ungültigkeit ausschliesslich auf die Lohnabrede** zu beziehen. Nur sie widerspricht Art. 19 OR oder Art. 27 Abs. 2 ZGB. Wegen Art. 320 Abs. 2 OR liegt dann dennoch ein gültiger Arbeitsvertrag vor und geschuldet ist der übliche Lohn⁹⁸. Da darunter kein rechtswidriger Lohn verstanden werden kann, muss dieser mindestens existenzsichernd im dargelegten Sinn sein. Der Arbeitnehmer kann somit die Differenz zwischen dem üblichen und dem gemäss dem Arbeitsvertrag ungültig vereinbarten, zu tiefen **Lohn**, soweit der Anspruch noch nicht verjährt ist, d.h. in der Regel **für die letzten fünf Jahre, nachfordern**.

V. Folgerungen

5.1. Es bleibt zu prüfen, ob das Recht auf einen Mindestlohn wie es vorn umschrieben worden ist, als Grundrecht angesehen werden kann. Vom **Inhalt** her vermag es den an ein Grundrecht zu stellenden Anforderungen ohne weiteres zu genügen. Ohne eine Existenzsicherung ist es gar nicht möglich, eine grosse Zahl der anerkannten Grundrechte auszuüben. Es handelt sich dabei – wie das Bundesgericht sich ausdrückt – um „die Bedingung menschlicher Existenz“⁹⁹. Wohl kann nicht eine breite **Anerkennung dieses Rechts in der Verfassungswirklichkeit der Kantone** angenommen werden¹⁰⁰. Das Recht findet aber – wie aufgezeigt - in der Arbeitsrechtslehre in der einen oder anderen Ausprägung breite Anerkennung. Schliesslich ist das Recht ohne weiteres justizierbar. Die Höhe des Mindestlohnes entspricht dem fürsorgerechtlichen Existenzminimum und ist damit genau berechenbar¹⁰¹. Dass der Betrag individuell

⁹³ AUBERT (FN 29), S. 187.

⁹⁴ BUCHER (FN 30), N 162 ff. zu Art. 27 ZGB.

⁹⁵ BUCHER (FN 30), N 525 ff. zu Art. 27 ZGB.

⁹⁶ BUCHER (FN 30), N 536 ff. zu Art. 27 ZGB.

⁹⁷ BUCHER (FN 30), N 540 ff. zu Art. 27 ZGB.

⁹⁸ Art. 322 Abs. 1 OR.

⁹⁹ BE 121 I 371.

¹⁰⁰ Zu diesem Erfordernis vgl. BGE 121 I 370; 115 Ia 268; 104 Ia 96.

¹⁰¹ BGE 121 I 373.

berechnet werden muss und überdies noch vom kantonalen Recht abhängt, ist zwar der Rechtssicherheit nicht gerade förderlich, steht aber der Justiziabilität nicht entgegen.

5.2. Es bleibt zu beachten, dass sich das Recht auf einen Mindestlohn nicht gegen den Staat, sondern gegen die privaten Arbeitgeber richtet. Insofern handelt es sich **nicht um ein klassisches Grundrecht**. Vielmehr ist darin ein fundamentaler Rechtssatz unserer Privatrechtsordnung zu sehen, der grundsätzlich der Disposition des Gesetzgebers anheim gestellt ist. Er ist – wie jeder Rechtssatz auf Gesetzesstufe - von den Gerichten einzuhalten und kann vor diesen geltend gemacht werden. Dies genügt auch, um den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einen minimalen Anspruch auf menschenwürdige Arbeitsbedingungen zu sichern.

5.3. Eine ausdrückliche Verankerung des Mindestlohnanspruchs im Arbeitsvertragsrecht wäre der Rechtssicherheit sicher förderlich. Art. 322 OR könnte in diesem Sinn um einen dritten Absatz ergänzt werden. Demgegenüber empfiehlt es sich m.E. nicht, die Höhe des Minimallohnes auf Bundesebene festzusetzen, solange die Kantone für die Regelung der Sozialhilfe zuständig sind. Die sich daraus ergebenden Rechtsunsicherheiten und Rechtsungleichheiten sind zu verkraften. Sie treffen nur jene Arbeitgeber, die ihre Löhne im untersten Segment festsetzen.

5.4. Der dargestellte Anspruch vermag nur die Existenz der arbeitenden Bevölkerung sicherzustellen und zu verhindern, dass es eigentliche working poors gibt. Er vermag demgegenüber keinen Wohlstand – auch nicht einen bescheidenen – zu sichern. Dafür ist die Gesellschaft nach wie vor auf die Marktkräfte angewiesen. Wo diese versagen, müssen kollektivvertragliche Regelungen einen Ausgleich schaffen.

*