



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Lohnzahlungspflicht

Bachelorvorlesung Arbeitsrecht

Frühjahrssemester 2023

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



Vorbereitungslektüre

Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage,
Zürich/St. Gallen 2020, Randziffern 217–352



Überblick

- Begriff und Wesen der Lohnzahlungspflicht
- Lohnbestimmung
- Lohngleichheit von Frau und Mann
- Erscheinungsformen des Lohns
- Lohnabzüge
- Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung
 - Grundsatz und Ausnahmen
 - Annahmeverzug der Arbeitgeberin
 - unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers
- Ausrichtung und Sicherung des Lohns
- Verletzung der Lohnzahlungspflicht



Begriff und Wesen der Lohnzahlungspflicht

- Entgeltlichkeit als zwingendes Element für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses
- aus Sicht des Arbeitnehmers: eine Forderung
- aus Sicht der Arbeitgeberin: eine Schuld
- vermögensrechtliche Natur
- Hauptleistungspflicht der Arbeitgeberin
- Austauschverhältnis zur Arbeitspflicht des Arbeitnehmers
- kein Lohn (Auswahl):
 - Auslagen (Spesen)
 - Betriebspensionen als Ausfluss der Fürsorgepflicht
 - freiwillige Leistungen wie eine Gratifikation



Lohnbestimmung

Art. 322 OR

- 1 Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.
- 2 Lebt der Arbeitnehmer in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber, so bildet der Unterhalt im Hause mit Unterkunft und Verpflegung einen Teil des Lohnes, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.



Lohnbestimmung

- Gesamtarbeitsvertrag
- Normalarbeitsvertrag
- Einzelarbeitsvertrag
 - keine einseitige Abänderung
 - restriktive Annahme einer stillschweigenden Zustimmung zu einer Lohnreduktion (BGE 4A_552/2013 vom 4.3.2014 vs. BGE 4A_223/2010 vom 12.7.2010)
- Übung
- Billigkeit



Lohnbestimmung

- staatliche Lohnvorschriften (Auswahl)
 - Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GIG: Anspruch von Frau und Mann auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit
 - Art. 9 Anhang I FZA: diskriminierungsfreie Arbeitsbedingungen gemäss Freizügigkeitsabkommen
 - Art. 22 AIG: Anspruch ausländischer Arbeitnehmer auf Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen



Lohnbestimmung

- staatliche Lohnvorschriften (Auswahl)
 - Art. 349a Abs. 2 OR: Anspruch des Handelsreisenden auf angemessenen Lohn bei vorwiegender oder ausschliesslicher Tätigkeit auf Provisionsbasis (vgl. auch BGE 139 III 214)
 - Art. 321c Abs. 3 OR; Art. 13 Abs. 1, Art. 17b Abs. 1 und 2 sowie Art. 19 Abs. 3 ArG: Anspruch auf Lohnzuschläge für Überstunden-, Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit
 - Art. 110 BV und Art. 1 ff. AVEG: Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlöhnen in Gesamtarbeitsverträgen
 - Art. 360a ff. OR: Mindestlohnbestimmungen in Normalarbeitsverträgen



Lohnbestimmung

- staatliche Lohnvorschriften (Auswahl)
 - kantonale Mindestlohnbestimmungen (z.B. in den Kantonen Neuenburg, Tessin, Jura, Genf und Basel-Stadt; zur Zulässigkeit BGE 143 I 403)
 - Art. 732 ff. OR (ehemals Vergütungsverordnung, vgl. auch Art. 95 Abs. 3 BV [«Abzockerinitiative»])
 - Strafrecht (z.B. Art. 157 StGB: Wucher; Fallbeispiel: BGE 6B_430/2020 vom 26.8.2020)
 - öffentliches Beschaffungsrecht (z.B. Art. 12 Abs. 1 BöB)



Ausschliessliche oder vorwiegende Entschädigung auf Provisionsbasis

BGE 139 III 214 = Praxis 2013 Nr. 114 (Anspruch eines Wirtschaftsberaters auf angemessenen Lohn?)



Ausschliessliche oder vorwiegende Entschädigung auf Provisionsbasis

Art. 349a OR

- 1 Der Arbeitgeber hat dem Handelsreisenden Lohn zu entrichten, der aus einem festen Gehalt mit oder ohne Provision besteht.
- 2 Eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, ist gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt.
- 3 Für eine Probezeit von höchstens zwei Monaten kann durch schriftliche Abrede der Lohn frei bestimmt werden.



Ausschliessliche oder vorwiegende Entschädigung auf Provisionsbasis

BGE 139 III 214 = Praxis 2013 Nr. 114 (Anspruch eines Wirtschaftsberaters auf angemessenen Lohn?)

- Y., in Vollzeit angestellter „Conseiller économique“ bei der X. AG mit Sitz in Lausanne; u.a. Verkauf von Versicherungspolicen und Bankprodukten
- untergeordnete Stellung; vertragliche Entlohnung ausschliesslich auf Provisionsbasis
- durchschnittlich erzielter Monatsverdienst: Fr. 2'074.–
- Y. fordert nach seinem Ausscheiden einen monatlichen Differenzbetrag von Fr. 1'800.–, insgesamt Fr. 42'000.– für rund 23 Monate

bestätigt in BGE 4A_435/2015 vom 14.1.2016 (Beteiligung am Geschäftsergebnis)



Lohngleichheit von Frau und Mann

- Allgemeines
- Diskriminierungsverbot
 - direkte und indirekte Diskriminierung
 - individuelle und generelle Diskriminierung
 - Erfordernis der gleichwertigen Arbeit
 - Erfordernis der selben Arbeitgeberin
- Rechtsansprüche
- Geltendmachung



Lohngleichheit von Frau und Mann

BGE 141 II 411 (Primarlehrer/-innenberuf: frauen- und damit geschlechtsspezifisch geprägt?; Folgeverfahren: BGE 143 II 366)

Näheres im Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 230 ff.



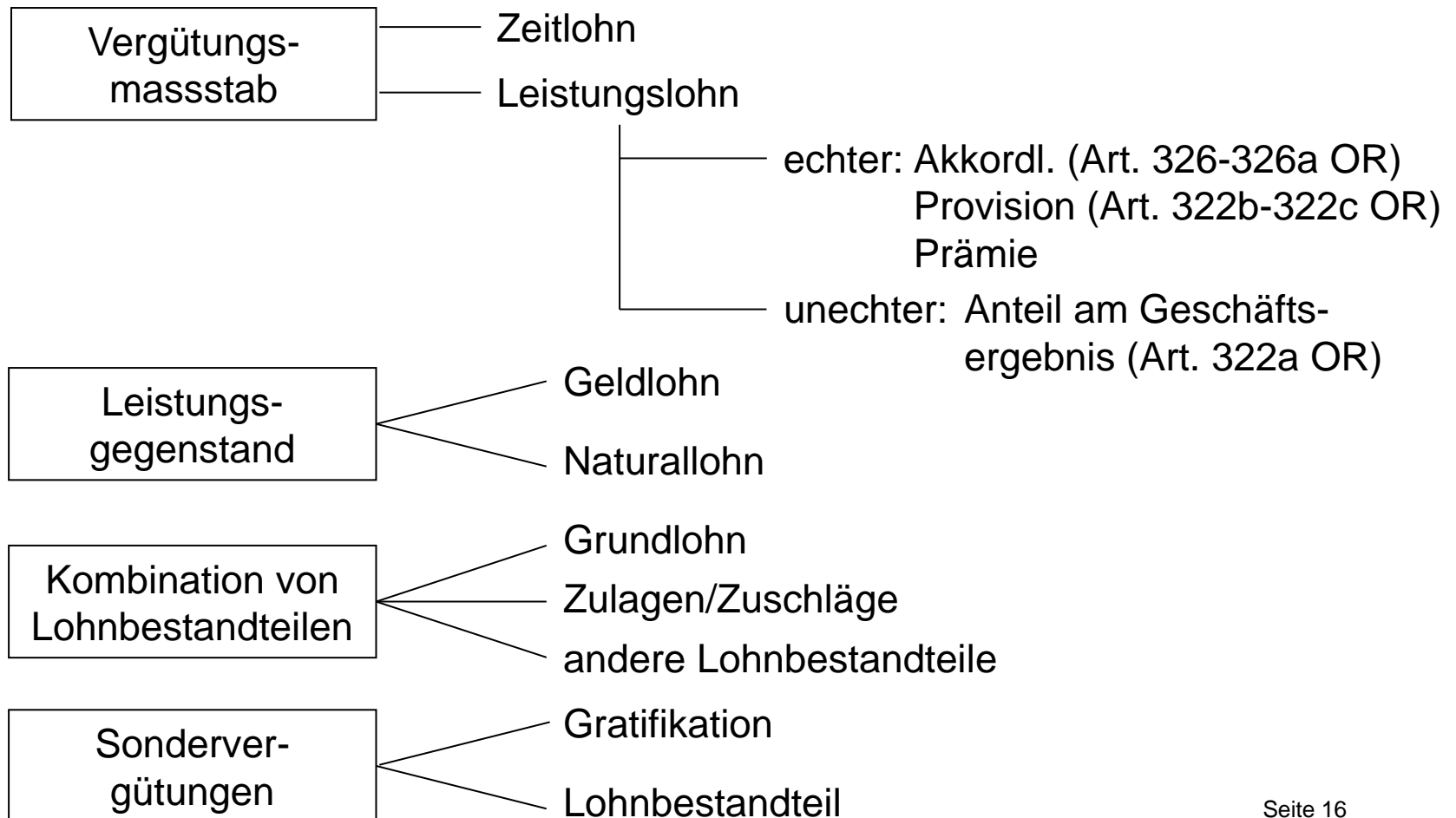
Lohngleichheit von Frau und Mann: Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse

Art. 13a ff. GIG

- Pflicht
- Ausnahmen
- Methode
- Überprüfung
- Information
 - der Arbeitnehmenden
 - der Aktionäre



Erscheinungsformen des Lohns





Gratifikation

Art. 322d OR

- 1 Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.
- 2 Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.



Gratifikation

- Begriff
- echte Gratifikation
 - Freiheit in Grundsatz und Höhe
 - Schranken aus laufenden Verteilrunden
 - Diskriminierungsverbot (Art. 3 GIG)
 - arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 328 OR)
 - Schranken aus früheren Verteilrunden (vgl. BGE 129 III 276)
- unechte Gratifikation
- Sondervergütung mit Lohncharakter: weder im Grundsatz noch in der Höhe vom Ermessen der Arbeitgeberin abhängig (vgl. zur Abgrenzung BGE 142 III 381 E. 2.1)
- Bedeutung der Unterscheidung von Gratifikation und Lohn
- Bonus



Bonus: Anspruchsentstehung durch vorbehaltlose Ausrichtung?

Vgl. BGE 129 III 276



Bonus: Akzessorietätsrechtsprechung

BGE 129 III 276: Begründung der Rechtsprechung

BGE 139 III 155: Änderung der Rechtsprechung

BGE 141 III 407, BGE 142 III 381, BGE 142 III 456, BGE
4A_714/2016 vom 29.8.2017 und BGE 4A_155/2019 vom
18.12.2019: Präzisierung der teils widersprüchlichen Recht-
sprechung



Lohnabzüge

- Arbeitnehmerbeiträge an Sozialversicherungen (z.B. AHV/IV/EO), inkl. berufliche Vorsorge (BVG)
- Quellensteuern für ausländische Arbeitnehmende (vgl. Art. 32 ff. StHG)
- weitere vereinbarte Abzüge (z.B. für Kantinenverpflegung, Parkplatzbenützung oder Krankentaggeldversicherung)
- Lohnrückbehalt nach Art. 323a OR (kaum in Gebrauch)



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: Grundsatz und Ausnahme

Grundsatz: ohne
Arbeit kein Lohn
(Auswahl)

- unberechtigte Arbeitsverweigerung
- verschuldete Verhinderung
- überpersönliche Verhinderung (Unmöglichkeitstatbestände ausserhalb Art. 324 und Art. 324a OR)
- rechtmässige Streiks/Aussperrungen
- unbezahlter Urlaub

Ausnahmen: Lohn
ohne Arbeit
(Auswahl)

- Annahmeverzug der Arbeitgeberin
- unverschuldete Verhinderung
- Gewährung von Freizeit, Ferien und Urlaub (teilweise)
- Lohnzahlungspflicht nach Art. 322 OR



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: Annahmeverzug der Arbeitgeberin (Art. 324 OR)

Art. 324 OR

- 1 Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist.
- 2 Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: Annahmeverzug der Arbeitgeberin (Art. 324 OR)

- Voraussetzungen
 - im Allgemeinen (Art. 91 OR)
 - Angebot der Arbeitsleistung durch Arbeitnehmer
 - kein Verschulden der Arbeitgeberin erforderlich
 - Sonderfälle: Freistellung, berechtigte Leistungsverweigerung
- Rechtsfolgen
 - Lohnfortzahlung mit Anrechnung von Dritteinkommen
 - keine Nachleistungspflicht
 - kein Rücktrittsrecht nach Art. 95 OR
 - Treue- und Fürsorgepflicht bestehen weiter
- einseitig zwingend (Art. 362 OR)



Arbeitgeberverzug bei höherer Gewalt?

Obergericht Zürich, LA220011 vom
6.2.2023



Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers

BGE 120 II 209 (ausstehende Lohnzahlung; vgl. aber BGE 136 III 313 E. 2.4 betreffend Gratifikation)



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeit- nehmers (Art. 324a–324b OR)

Art. 324a OR

¹ Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

² Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeit- nehmers (Art. 324a–324b OR)

Art. 324a OR

(...)

³ Bei Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten.

⁴ Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeit- nehmers (Art. 324a–324b OR)

Art. 324b OR

¹ Ist der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, obligatorisch versichert, so hat der Arbeitgeber den Lohn nicht zu entrichten, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken.

² Sind die Versicherungsleistungen geringer, so hat der Arbeitgeber die Differenz zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten.

³ Werden die Versicherungsleistungen erst nach einer Wartezeit gewährt, so hat der Arbeitgeber für diese Zeit mindestens vier Fünftel des Lohnes zu entrichten.



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers (Art. 324a–324b OR)

- Voraussetzungen von Art. 324a OR
 - Verhinderung an der Arbeitsleistung
 - aus persönlichen, subjektiven Gründen (nicht der Fall bei objektiven Gründen)
 - Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung
 - fehlendes Verschulden des Arbeitnehmers
 - Ablauf der Karenzfrist
- Rechtsfolge: Lohnfortzahlung
 - Höhe
 - Dauer (gerichtliche Skalen; Gesamtanspruch für sämtliche Verhinderungsgründe im betreffenden Dienstjahr)



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeit- nehmers (Art. 324a–324b OR): gerichtliche Skalen

Im ... Dienstjahr	BS	BE	ZH (revidierte Skala)
1.	3 W	3 W	3 W
2.	2 M	1 M	8 W
3.	2 M	2 M	9 W
4.	3 M	2 M	10 W
5.	3 M	3 M	11 W
6.	3 M	3 M	12 W
7.	3 M	3 M	13 W
8.	3 M	3 M	14 W
9.	3 M	3 M	15 W
10.	3 M	4 M	16 W
11.	4 M	4 M	17 W
12.	4 M	4 M	18 W
13.	4 M	4 M	19 W
14.	4 M	4 M	20 W
15.	4 M	5 M	21 W
16.	5 M	5 M	22 W
17.	5 M	5 M	23 W
18.	5 M	5 M	24 W
19.	5 M	5 M	25 W
20.	5 M	6 M	26 W



Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung: unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeit- nehmers (Art. 324a–324b OR)

- abweichende Regelungen
 - Art. 324a Abs. 4 OR
 - mindestens gleichwertig gegenüber gesetzlicher Regelung
 - wichtigster Fall: kollektive Krankentaggeldversicherung
- Ausnahmen gemäss Art. 324b OR
- Sonderregelung für Schwangerschaft und Mutterschaft (vgl. Art. 324a Abs. 3 und 329f OR; Art. 16b ff. EOG [Mutterschaftsversicherung])
- wichtig: die Frage der Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung (Art. 324a und Art. 324b OR) ist vom zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 336c OR) zu unterscheiden (kein paralleler Fristenlauf)



Beweis einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung

BGE 8C_760/2012 vom 4.9.2013 (Beweiswert eines ärztlichen
Zeugnisses; vertrauensärztliche Untersuchung)



Ausrichtung und Sicherung des Lohns

- Zahlungsfristen und -termine (Art. 323 OR); Vorschuss (Art. 323 Abs. 4 OR)
- Lohnrückbehalt (Art. 323a OR)
- Modalitäten der Lohnzahlung (Art. 323b Abs. 1 OR)
- Verrechnung (Art. 323b Abs. 2 OR)
- Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR)
- Abtretung und Verpfändung künftigen Lohns (Art. 325 OR)



Beweis der Lohnzahlung

BGE 4A_16/2013 vom 11.3.2013 und Arbeitsgericht Zürich,
Entscheide 2011 Nr. 3



Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR)

BGE 130 III 19 (Zulässigkeit einer Verpflegungsvereinbarung?)



Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR)

Obergericht Zürich, Urteil NP120018 vom 17.9.2013 (Aktienbonus)



Verletzung der Lohnzahlungspflicht

Sanktion	Anspruch
Erfüllungszwang	Erfüllungsklage Betreibung
Verweigerung der Arbeitsleistung	Zulässig trotz Vorleistungspflicht
Schadenersatz	Verzugszinsen weiterer Schaden
Ordentliche Kündigung	+
Ausserordentliche Kündigung	im Allgemeinen bei Lohngefährdung (Art. 337a OR) oder gestützt auf Art. 337 OR



Zusammenfassung und Fragerunde