

# Zur rechtlichen Umsetzung der 1:12-Initiative

Jean Christophe Schwaab<sup>1</sup>

In seiner Botschaft<sup>2</sup> lehnt der Bundesrat die Initiative ›1:12 – Für gerechte Löhne‹ ab. Er begründet seinen Entscheid unter anderem damit, dass die Initiative Probleme bei der Umsetzung verursachen würde. Im Gegensatz zum Bundesrat wird in diesem Kapitel aufgezeigt, dass sich die Initiative sehr wohl umsetzen lässt. Denn bereits heute liegen bewährte rechtliche Instrumente zur Lohnkontrolle vor, die auch die Durchsetzung einer maximalen Lohnspanne innerhalb eines Unternehmens zu lassen.

## Instrumente zur Umsetzung der 1:12-Initiative

Im schweizerischen Recht ist die Kontrolle der Löhne ein relativ neues Instrument. Trotzdem ist es bereits gut in der Praxis verankert. Es bestehen verschiedene Mechanismen mit dem Ziel, gesetzlichen und verfassungsmässigen Prinzipien zur Durchsetzung zu verhelfen. Beispielsweise wird so das Prinzip der Gleichbehandlung von Arbeitnehmenden aus EU-Ländern gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA), das Verbot, branchenübliche und Mindestlöhne zu unterbieten (Art. 360a OR) oder das Gebot der Rechtsgleichheit zwischen Mann und Frau (Art. 8 BV) umgesetzt. Die Botschaft des Bundesrats zählt weiter verschiedene Massnahmen auf, die dem Staat eine gewisse Kontrolle über Unternehmen ermöglichen, die ihm gehören, die er kontrolliert oder die ein wirtschaftliches oder systemrelevantes Risiko bergen (*›too big to fail‹*)<sup>3</sup>. Die Existenz solcher Instrumente zeigt, dass die Kontrolle hoher Löhne in der Praxis durchaus möglich ist.

## Veröffentlichung der Löhne

Eine erste Massnahme zur Kontrolle der Umsetzung der Initiative besteht darin, die ihr unterstellten Unternehmen zu verpflichten, ihre Löhne und Lohnsysteme zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung der (individuellen) Löhne ermöglicht es, zu kontrollieren, ob das Unternehmen das 1:12-Verhältnis im Einzelnen tatsächlich respektiert. Die Kontrolle der Lohnsysteme (z.B. Lohnstufen) stellt dagegen eine abstrakte Kontrolle dar. Das Unternehmen muss darlegen, dass seine Lohnpolitik die Vorgaben der Initiative einhält. Eine solche Bestimmung gibt es mit dem Artikel 10a des Bankengesetzes bereits heute. Sie ermächtigt den Bundesrat, systemrelevanten Banken sowohl zu individuellen Vergütungen als auch zu den Vergütungssystemen Vorschriften zu machen.<sup>4</sup> Im Übrigen ist die Lohntransparenz ein Anliegen der InitiantInnen. Sie soll nicht nur der unmittelbaren Umsetzung des 1:12-Verhältnisses dienen, sondern auch anderen Zielen, wie beispielsweise der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau.<sup>5</sup>

Manchmal wird moniert, Löhne zu veröffentlichen sei eine Verletzung der Privatsphäre sowohl der betroffenen Arbeitnehmenden als auch der Unternehmen, die sensible Daten kommunizieren müssen. Zahlreiche Arbeitgeber verbieten deshalb ihren Beschäftigten, über Löhne zu sprechen, sei es gegen aussen oder auch nur unter KollegInnen. Im Recht gibt es jedoch keinerlei Vorschriften, welche die freiwillige Kommunikation der Löhne verbieten würde. Sie ist im Gegenteil notwendig, um Lohndumping oder Lohnungleichheiten zwischen den Geschlechtern aufzudecken oder um gewerkschaftliche Forderungen zu stellen. Seinen Lohn ändern mitzuteilen gehört denn auch zu den geschützten Rechten von Arbeitnehmenden. Allfällige gegensätzliche Bestimmungen (z.B. in Arbeitsverträgen) sind daher nichtig.<sup>6</sup>

Allerdings kann die Kommunikation der Löhne ohne Zustimmung der Arbeitnehmenden tatsächlich eine Verletzung der Privatsphäre darstellen. Das gilt nicht nur für die

Arbeitnehmenden selbst, sondern auch für ihre Arbeitgeber. Letztere können beispielweise ein Interesse daran haben, dass ihre Konkurrenten nichts über ihre Löhne erfahren. Diese Verletzung der Privatsphäre wäre jedoch gerechtfertigt, wenn sie der Umsetzung eines in der Verfassung festgeschriebenen Ziels dient. Das wäre natürlich der Fall, wenn die Initiative von Volk und Ständen angenommen wird.

Die Verpflichtung, Löhne zu publizieren, setzt sich zudem langsam im Gesellschaftsrecht durch. Sowohl die Minder-Initiative gegen die Abzockerei, als auch ihr indirekter Gegenvorschlag verpflichten börsenkotierte Unternehmen, die Löhne beziehungsweise die Gesamtlohnsumme ihrer Geschäftsleitungen zu veröffentlichen. Ebenso lässt sich eine zunehmende Tendenz feststellen, dass individuelle Löhne durch betriebsexterne Organisationen (z.B. Gewerkschaften oder Aktionärsorganisationen) verbreitet werden.

Hinzukommt, dass es nicht nötig wäre, die Löhne einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Es würde genügen, dass sie den Kontrollorganen (siehe weiter unten) oder jenen Personen zur Verfügung stehen, die ein schützenswertes Interesse geltend machen können (z.B. bei Verdacht auf Nicht-Befolgung der 1:12-Regel in Art. 110a E-BV, des Gleichstellungsartikels gemäss Art. 8 BV<sup>7</sup> oder der Vorschriften zur Bekämpfung von Lohndumping). Insofern könnte man einem Konkurrenten, der versucht, Mitarbeitende abzuwerben und kein schützenswertes Interesse geltend machen kann, ohne weiteres den Zugang zu den Lohndaten verbieten.

Im Übrigen würde es auch reichen, nur den tiefsten und den höchsten Lohn im Unternehmen zu veröffentlichen. Damit wäre die Privatsphäre aller – ausser von zwei – Arbeitnehmenden geschützt. Diese Lösung hätte aber den Nachteil, dass die Angaben zusätzlich kontrolliert werden müssten, um sicherzugehen, dass sie der Wahrheit entsprechen.

Um die Kontrolle von Personen zu ermöglichen, die mehrere Arten von Vergütungen beziehen (z.B. Lohn, Tantiemen, Honorare für weitere Mandate, Gratis-Aktien usw.),

müssten die Unternehmen verpflichtet werden, alle Arbeitnehmenden schriftlich über die Gesamtheit ihrer bezogenen Vergütungen zu informieren. Das könnte nach dem Modell von Art. 330b OR geschehen. Dank diesem Artikel können Arbeitnehmende sicherstellen, dass sie korrekt entschädigt werden. Zugleich vereinfacht er den tripartiten Kommissionen die Lohnkontrollen.

### **Kontrolle durch staatliche Organe, Sozialversicherungen oder tripartite Kommissionen**

Die Kontrolle der Löhne durch staatliche Organe (z.B. im Bereich der Steuern oder der FINMA betreffend systemrelevanter Banken), Sozialversicherungen oder tripartite Kommissionen (Staat, Gewerkschaften, Arbeitgeber; Art. 360b OR) ist eine verbreitete Praxis. Diese Kontrollorgane haben Zugang zu allen relevanten Informationen über Löhne. Die Arbeitgeber sind verpflichtet, ihnen freien Zugang zu ihren Büros und allen weiteren Arbeitsplätzen zu gewähren, damit sie ihre Untersuchungen durchführen können (siehe z.B. Art. 360b al. 5 OR, Art. 7 al. 4 EntsG, Art. 28 ATSG). Sind die Daten nicht verfügbar oder unvollständig, so wird die Beweislast umgekehrt und es obliegt dem Unternehmen, zu beweisen, dass die individuellen Entlohnungen sowie die Lohnskala den Regeln entsprechen.

Die genannten Kontrollen betreffen alle Arten von Vergütungen, nicht nur die Löhne. Denn oft ist zuerst eine klare Unterscheidung notwendig, ob es sich um ein Lohnverhältnis oder um Selbständigkeit (z.B. Auftrag oder Werkvertrag) handelt beziehungsweise handeln sollte. Diese Unterscheidung ist massgebend für die Bestimmung der als allgemein verbindlich geltenden branchenüblichen Lohnansprüche (dazu z.B. Art. 2 EntsG) sowie für die Festlegung von Steuern und Sozialabgaben. Auch im Bereich der Lohngleichheit von Mann und Frau sind Kontrollorgane vorgeschlagen, die jedoch zurzeit noch nicht konkretisiert sind.<sup>9</sup>

Die tripartiten Kommissionen erscheinen als die angemessensten Organe, um die Initiative umzusetzen. Ihre

prioritäre Aufgabe ist es, die Höhe der Löhne und der weiteren Vergütungen zu kontrollieren sowie diese mit anderen entsprechenden Löhnen zu vergleichen. Allerdings müssten sie deutlich mehr Mittel zur Verfügung haben. Im Moment beschränken sie sich auf die Kontrolle der untersten Löhne, da jene der Manager weniger der Gefahr von Lohndumping ausgesetzt sind und keinen Vorgaben entsprechen müssen. Ausserdem müssten diese (heute kantonalen) Kommissionen national koordiniert sein, da die Unternehmen Niederlassungen in mehreren Kantonen haben können.

Die Steuerbehörden kontrollieren nur die individuellen Löhne – unabhängig von den anderen Löhnen im Unternehmen. Verschiedene Steuerbehörden überprüfen verschiedene Personalkategorien eines Unternehmens; diese Kategorien sind z.B. durch Wohnort oder Komplexität der Dossiers definiert. Diese Zersplitterung erschwert Vergleiche natürlich erheblich. Ebenso schwierig ist es, eine zentrale Kontrolle aller Arbeitnehmenden eines Unternehmens durch eine einzige Steuerbehörde einzuführen. Das gilt besonders, wenn die Arbeitnehmenden in verschiedenen Kantonen wohnen. Schliesslich scheint es fast unmöglich, dass die Steuerbehörden die Löhne für im Ausland wohnhafte Arbeitnehmende (d.h. GrenzgängerInnen) kontrollieren.

Auch die Sozialversicherungen kontrollieren nicht alle Vergütungen, die im gleichen Unternehmen entrichtet werden. Beschäftigte, die Einkünfte von einem Unternehmen im Rahmen ihres selbstständigen Nebenverdiensts beziehen, müssen diese selbstständig den Sozialversicherungen deklarieren.

Das Kontrollrecht soll allerdings nicht einer einzigen Instanz zugeordnet werden. Wenn weitere Aufsichtsinstanzen (z.B. die FINMA betreffend Finanzunternehmen) rechtliche Kompetenzen zur Kontrolle der Löhne und der Lohnskalen haben (wie das das Rundschreiben der FINMA 2010/01 ›Vergütungssysteme‹ vom 21. Oktober 2009 vorsieht), so sollten diese Instanzen intervenieren, wenn sie eine Übertretung des von der Initiative festgelegten Verhältnisses feststellen.

## Kontrolle durch repräsentative Organisationen

Das Gleichstellungsgesetz bestimmt, dass »Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, [...] im eigenen Namen feststellen lassen [können], dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird« (Art. 7 GlG). Diese Bestimmung erlaubt es, Diskriminierungen in grossem Ausmass auf die Spur zu kommen, und taugt deshalb auch für Kontrollen in grösserem Rahmen. Sie ermöglicht ausserdem Organisationen, grobe Missbräuche anzuklagen. Das ist deshalb wichtig, weil betroffene Arbeitnehmende selbst aus Angst vor einer Entlassung – selbst wenn diese missbräuchlich wäre – oftmals davor zurückschrecken oder weil sie teilweise kein unmittelbares persönliches Interesse daran haben.

In gleichem Sinn muss das Umgehen der 1:12-Initiative weder allen einzelnen Arbeitnehmenden eines Unternehmens – bestimmt nicht jenen die heute Abzockerlöhne beziehen –, noch dessen AktionärInnen zwingend schaden (die, je nach ihren Vorstellung über die richtige Führung des Unternehmens, sehr hohe Löhne befürworten können). Das Umgehen der Initiative ist aber für das Unternehmen als Ganzes, die Mehrheit der Arbeitnehmenden (siehe auch weiter unten) und die Gesellschaft als Ganze schädlich. So muss die öffentliche Hand immer häufiger für Schäden eintreten, die von einer Lohnpolitik verursacht wurden, welche übertriebene Risiken fördert – man erinnere sich beispielsweise an den Beinahe-Bankrott der UBS, der nur durch das Eingreifen des Staats verhindert wurde. Es ist deshalb legitim, dass Organisationen, welche missbräuchliche Löhne bekämpfen und die allgemeinen Interessen der Arbeitnehmenden vertreten, an der konkreten Umsetzung der Initiative beteiligt sind. Ein diesbezügliches Klagerecht muss also jenen repräsentativen Organisationen zukommen,

die ihren Statuten gemäss die Arbeitnehmenden vertreten, d.h. Gewerkschaften, oder die sich für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung einsetzen (z.B. Investoren wie Ethos). Ein solches Klagerecht sollte allerdings nicht auf eine Feststellung der Diskriminierung wie im Gleichstellungsgesetz GlG beschränkt sein, sondern müsste die klagenden Organisationen ermächtigen, die Durchsetzung der von der Initiative vorgesehenen individuellen Löhne bzw. des Lohnsystems zu erwirken, sowie Schadenersatz zu verlangen, wenn Arbeitnehmende oder das Unternehmen benachteiligt wurden.

### **Rechtsanspruch auf eine Expertise und Erleichterung der Beweislast**

In Anlehnung ans Gleichstellungsgesetz GlG muss ein Recht der Parteien (Arbeitnehmende, repräsentative Organisationen) bestehen, eine Expertise der Löhne und des Lohnsystems im Unternehmen zu verlangen.<sup>10</sup> Ebenso muss die Beweislast für Arbeitnehmende, AktionärInnen und Organisationen erleichtert werden, wenn sie glaubhaft machen können, dass die Löhne nicht der 1:12-Initiative entsprechen (siehe Artikel 6 GlG).

### **Whistleblower**

Im Bereich der Wirtschaftskriminalität kommt den Whistleblowern eine immer grössere Bedeutung zu. Sie machen auf illegale Machenschaften innerhalb eines Unternehmens aufmerksam. In der Schweiz sind Whistleblower bekanntlich sehr schlecht geschützt. Die Umsetzung der Initiative muss deshalb Massnahmen zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung von Whistleblowern beinhalten. Dieser Schutz muss auch Arbeitnehmenden anderer Unternehmen (z.B. Revisionsgesellschaften) oder öffentlicher Verwaltungen (z.B. Steuerbehörden) gewährleistet werden, wenn sie im Rahmen ihrer Arbeit Missbräuche feststellen.

## **Sanktionen bei Nichtbefolgen der Regeln der Initiative**

### **Zu hohe Vergütungen fiskalisch nicht als Geschäftsaufwand betrachten**

Der direkte Gegenvorschlag zur Minder-Initiative, der vom Nationalrat letztlich verworfen wurde, sah vor: »Bei Gesellschaften gehört jener Anteil sämtlicher Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, des Beirates oder an Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, der pro Empfängerin oder Empfänger und ihr oder ihm nahestehende Personen 3 Millionen Franken pro Geschäftsjahr übersteigt, steuerrechtlich nicht zum geschäftsmässig begründeten Aufwand« (Art. 127 al. 2bis E-BV)<sup>11</sup>. Dieser Vorschlag könnte ohne weiteres im Rahmen der Umsetzung der Initiative angepasst werden. Er könnte in die Zielbestimmungen des Steuerrechts aufgenommen werden (insbesondere DBG, StHG), indem »drei Millionen Franken« durch »ein Betrag der 12 Mal höher ist als die tiefste in einem Unternehmen für eine Vollzeitanstellung bezahlte Tätigkeit« ersetzt wird.

Dieser Vorschlag hat allerdings den Nachteil, dass er Unternehmen nicht daran hindern würde, weiterhin Löhne zu gewähren, die mehr als 12 Mal höher sind als die niedrigsten Löhne, wenn sie denn die dafür geschuldeten Steuern bezahlen. Ausserdem bewirkt dieser Vorschlag in keiner Weise, dass tiefe Löhne erhöht würden. Missbräuchliche Löhne zu bezahlen bliebe also legal, was den Zielen der Initiative widerspricht.

### **Rückerstattung**

Artikel 678 OR sieht für Aktiengesellschaften vor (al. 1), dass »Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, [...] zur Rückerstattung verpflichtet [sind]. Sie sind auch zur Rückerstattung ande-



rer Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (al. 2). Der Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft und dem Aktionär zu; dieser klagt auf Leistung an die Gesellschaft (al. 3)«.

Missbräuchliche Löhne werden oft als eine versteckte Gewinnausschüttung betrachtet.<sup>12</sup> Im Rahmen der Umsetzung der Initiative könnte Art. 678 OR für Personen ergänzt werden, die Löhne erhalten haben, die mehr als dem Zwölfwachen der untersten Löhne entsprechen. Eine analoge Vorschrift könnte für andere Formen von juristischen Personen eingeführt werden.

Des Weiteren wäre es sinnvoll, den Arbeitnehmenden eines Unternehmens ein Klagerecht zu geben im Sinne von jenem, das den AktionärInnen zusteht (Rückerstattung an die Gesellschaft, Art. 678 al. 3 OR). Denn die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmenden sind grundsätzlich in einem Unternehmen verletzt, das missbräuchliche Löhne bezahlt. Eine solche Lohnpolitik gefährdet das Unternehmen. Sie leistet Risikoverhalten und kurzfristiger Gewinnmaximierung Vorschub. In allen diesen Fällen tragen aber die Arbeitnehmenden die Konsequenzen in Form von Stellenabbau und ungleicher Verteilung der Produktivitätsgewinne.

### **Das Recht der Arbeitnehmenden auf mindestens einen Zwölftel des höchsten Lohns**

Eine wirksame Umsetzungsmassnahme bestünde darin, ein Recht der Arbeitnehmenden auf mindestens einen Zwölftel des höchsten Lohns einzuführen. Ihr Lohn würde also in dementsprechend erhöht. Diese Massnahme könnte auf einem revidierten Artikel 322 OR beruhen (Einführung eines al. 1bis, zwingend): »Für eine Vollzeitstelle hat jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin Anrecht auf einen Lohn, der mindestens einem Zwölftel des höchsten im Unternehmen ausgerichteten Lohns entspricht.« Eine solche

Massnahme würde mit Sicherheit einen starken Anreiz auf die Unternehmen ausüben, denn in einem Betrieb, der darauf besteht, die Vorgaben der Initiative nicht zu respektieren (und der sich z.B. damit abfinden würde, den steuerrechtlichen ›Preis‹ dafür zu bezahlen, siehe oben »Zu hohe Vergütungen fiskalisch nicht als Geschäftsaufwands betrachten«), wären die den Arbeitnehmenden geschuldeten Beträge zweifellos kolossal. So hätte zum Beispiel jede und jeder Arbeitnehmende von Novartis Anspruch auf ein Jahresgehalt von mindestens 1.6 Millionen Franken!

Die gesetzliche Grundlage für ein Klagerecht der Arbeitnehmenden könnte analog zu Art. 5 al. 1 Abs. d des Gleichstellungsgesetzes GLG (Anordnung zur Zahlung des geschuldeten Lohns) redigiert werden.

## **Der Begriff des ›Unternehmens‹**

Die Botschaft des Bundesrates erwähnt Umsetzungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Begriff ›Unternehmen‹, der nicht klar gefasst sei.<sup>13</sup> Der Begriff ›Unternehmen‹, wie er in der Initiative verwendet wird, bezeichnet nicht nur öffentliche und private Unternehmen im Sinne des Gesellschaftsrechts, sondern auch Betriebsgruppen (Holdings) sowie Vereine und Stiftungen.<sup>14</sup> Die Umsetzung der Initiative beschränkt sich also nicht auf die gängige Begrifflichkeit von Arbeitgeber (wie er z.B. im GLG verwendet wird) oder von Betrieb (z.B. im Sinne der Vorschriften bei Massenentlassungen).<sup>15</sup> Der von der Initiative verwendete Begriff ›Unternehmen‹ geht auch über jenen der juristischen Person hinaus. Eine Unternehmensgruppe kann als eine einzige Einheit betrachtet werden, die eine einzige Lohnspannbreite von 1:12 anwenden muss, wenn es sich um eine Einheit mit einem einzigen wirtschaftlichen Ziel handelt, auch wenn diese Einheit aus mehreren juristischen Personen besteht.

Auch wenn das GLG nur auf individuelle Arbeitsverträge anwendbar ist, so können dessen Lehre und Rechtsprechung einen Weg aufzeigen, wie die Initiative umgesetzt werden kann. Dies gilt auch für Unternehmensgruppen. Im GLG ist

zwar vorgesehen, dass einzelne Löhne nur mit solchen verglichen werden können, die von einem einzigen Arbeitgeber bezahlt werden.<sup>16</sup> Ein Vergleich in diesem Sinne wäre aber auch in einer Unternehmensgruppe möglich.<sup>17</sup> Die Vorgaben der Initiative könnten also auch innerhalb einer ganzen Unternehmensgruppe umgesetzt werden.

Es läge an den Ausführungsbestimmungen genau zu definieren, wann eine Unternehmensgruppe als ein Unternehmen zu betrachten ist und somit das 1:12-Verhältnis angewendet werden muss. Das entscheidende Kriterium dafür wäre aber die unternehmerische Autonomie der Teilbetriebe. Wenn diese keinerlei strategische Autonomie haben, so können sie nicht als eigenständige Unternehmen betrachtet werden. Das wäre dann der Fall, wenn die verschiedenen Filialen einer Gruppe im Auftrag eines einzigen Managements und im Rahmen einer einzigen, zentralen, gemeinsamen Tätigkeit Dienstleistungen erbringen beziehungsweise Güter produzieren. Dies wäre auch dann der Fall, wenn die Filialen einer Muttergesellschaft über keinen oder nur geringen eigenen Handlungsspielraum verfügen und bloss die von der Direktion beschlossenen Befehle ausführen, ohne dass sie eine eigene Strategie entwickeln können, insbesondere betreffend der Lohnpolitik.

Im gleichen Sinne sind Subunternehmen und Unternehmen in einem ständigen Auftragsverhältnis als Teil eines Unternehmens zu betrachten, auf welches das 1:12-Verhältnis angewandt werden muss. Bei ihnen handelt es sich zwar um separate juristische Personen und Unternehmen mit unterschiedlichen Gesellschaftszwecken. Trotzdem führen sie auf lange Dauer nur eine bestimmte Tätigkeit auf Rechnung eines auftraggebenden Unternehmens aus – und haben daher nicht die nötige strategische Autonomie eines wirklich unabhängigen Unternehmens. Darunter fallen z.B. Reinigungsunternehmen, Betriebskantinen, Freelancer oder BeraterInnen, die zu 100 Prozent für ein und denselben Auftraggeber tätig sind.

Letztlich könnte das selbst auf einen Teil eines Subunternehmens angewendet werden. Zum Beispiel wenn das Sub-

unternehmen immer das gleiche Personal für die gleichen Aufgaben in den Dienst eines einzigen auftraggebenden Unternehmens stellt. In diesem Fall muss dieser Teil des Personals wie direkte Arbeitnehmende des auftraggebenden Unternehmens betrachtet werden – und entsprechend wäre auch das 1:12-Verhältnis auf sie anzuwenden.

## **Der Begriff der ›Zuwendungen‹**

### **Lohn im Rahmen eines individuellen Arbeitsvertrags**

Unter dem Begriff ›Zuwendungen‹ versteht die Initiative nicht nur einen Lohn im engeren Sinn, der im Rahmen eines individuellen Arbeitsvertrags ausgerichtet wird, sondern auch alle weiteren Zuwendungen, die im Zusammenhang mit einer Arbeitstätigkeit ausbezahlt werden. Die InitiantInnen bestehen auf dem Begriff Lohn, denn es geht ihnen zwar um die Arbeitnehmenden, sie schliessen jedoch andere Anstellungsverhältnisse wie z.B. Aufträge nicht aus.

Die Botschaft des Bundesrats behauptet, dass der Begriff unklar sei und Unsicherheit stifte, indem sie andere Arbeitsverhältnisse erwähnt, wie z.B. Werkverträge.<sup>18</sup> Die InitiantInnen sind da allerdings klar anderer Meinung.

Die maximale Lohnhöhe, welche die Initiative einführen will, wäre keine Neuheit in der schweizerischen Gesetzgebung. So hat die Gesetzgeberin im Rahmen der Regeln für systemrelevante Banken die Möglichkeit vorgesehen, die Vergütungen in Finanzinstituten, die staatliche Hilfe in Anspruch nehmen, zu begrenzen (Art. 10a BankG). Diese Vorschrift scheint allerdings einzig Löhne zu betreffen.<sup>19</sup>

Um den Betrag einer Vergütung zu bestimmen, muss wie im GlG, nicht nur der Lohn im engeren Sinn in Betracht gezogen werden, sondern die Gesamtsumme aller Zuwendungen, die im direkten Zusammenhang mit einer Arbeitsleistung entrichtet werden, d.h. Sozialleistungen (z.B. Familienzulagen, Lohnausfallzahlungen, einmalige oder regelmässige Beiträge an betriebliche Vorsorge), Gratifikationen und Boni, Gewinnbeteiligungen (›stock-options‹) sowie alle Formen von Sachleistungen.<sup>20</sup> Diese Definitionen

gelten bei allen Formen von Entlohnung, wie sie im Rahmen weiterer Vertragsverhältnisse gewährt werden, bei denen das 1:12-Verhältnis zur Anwendung kommt.

### **Vergütungen im Rahmen weiterer Vertragsverhältnisse**

Vergütungen, die im Rahmen weiterer Vertragsverhältnisse gewährt werden, müssen der Gesamtlohnsumme angerechnet werden, die dem Verhältnis 1:12 unterstellt ist. Dies gilt in den Fällen, in denen eine Arbeitsleistung normalerweise durch den Lohn vergütet wird und in jenen, bei denen mittels anderer Vertragsverhältnisse die Vorgaben der Initiative umgangen werden sollen. Was die Scheinselbständigen betrifft, d.h. Mitarbeitende, die eine Arbeitsleistung im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses ihrem »Mandanten« gegenüber erbringen, so müssen diese, wie vom Arbeitsrecht und den Sozialversicherungen vorgeschrieben, als Arbeitnehmende betrachtet werden. Dies gilt auch, wenn der entsprechende Vertrag kein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319ff OR ist. Die BesitzerInnen eines Unternehmens sind hingegen nicht von der Initiative betroffen, solange sie sich nur einen Teil des Gewinns zuteilen und nicht einen Lohn ausbezahlen.

### **Teilzeitarbeit**

Die Bundesrats-Botschaft erwähnt angebliche Umsetzungsschwierigkeiten im Fall von Teilzeitarbeit oder von multiplen Vertragsverhältnissen, wie sie durch Leiharbeit entstehen können.<sup>21</sup> Nun ist es so, dass sämtliche Entlohnungsformen problemlos auf monatliche Löhne oder Bruchteile davon umgerechnet werden können. Dafür muss bloss die zur Ausführung der entsprechenden Tätigkeit notwendige Zeit bestimmt und mit der durchschnittlichen Arbeitszeit der niedrigsten im Unternehmen ausgerichteten Löhne verglichen werden. So lässt sich feststellen, ob der Lohn für Teilzeitarbeit oder auch auf mehreren Arbeitsverhältnissen beruhende Arbeit den Vorgaben der Initiative entspricht.

## Massnahmen zur Vermeidung von Aus- und Verlagerungen

Eine Möglichkeit der Unternehmen, die Initiative nicht umzusetzen, bestünde darin, einen Teil oder die gesamte Produktion zu verlagern und insbesondere natürlich jene, die mit den höchsten Löhnen abgegolten wird. So könnten die Unternehmen die höchsten Löhne vor der 1:12-Regel schützen und diese nur für in der Schweiz durchgeführte Aktivitäten anwenden.<sup>22</sup> Es ist schwierig, die Verlagerung eines Unternehmens an sich zu verhindern, sowohl was den Firmensitz als auch was die Produktion betrifft. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) garantiert eine freie Standortwahl.<sup>23</sup>

Auch wenn die Begrenzung von Abzockerlöhnen als eine staatliche Einschränkung der freien Marktwirtschaft betrachtet würde<sup>24</sup> (siehe weiter unten), könnte Art. 110a E-BV als eine genügend klare Verfassungsgrundlage für eine derartige Einschränkung betrachtet werden. Einerseits muss eine solche Grundlage nicht explizit sein<sup>25</sup>, und andererseits führen die Vorgaben der Initiative zwingend zu einer Einschränkung des Wettbewerbs. Unserer Meinung nach führt die Initiative zwar zu einer Einschränkung des ›freien‹ Markts der (hohen) Löhne, nicht aber des Wettbewerbs der Löhne insgesamt, denn die Initiative begrenzt nur die höchsten Löhne, und das betrifft nur wenige Löhne. Ausserdem verfolgt sie in erster Linie ein sozialpolitisches Ziel.<sup>26</sup> Insofern darf sie nicht als Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 94 al.4 BV, sondern muss als eine einfache Beschränkung von Art. 27 BV betrachtet werden. Dazu ist es ausreichend, wenn Art. 36 BV genüge getan wird, was in der Ausführungsgesetzgebung geregelt werden kann.<sup>27</sup>

Zu den Massnahmen, um Verlagerungen zu verhindern, gehören z.B. spezifische Steuern für Unternehmen, die die Produktion delokalisieren oder die Nichtigkeit eines Entschlags von kollektiver Entlassung. Allerdings dürfte es schwierig sein, politische Mehrheiten für derartige Massnahmen zu finden.<sup>28</sup>

Ebenso dürfte es schwierig sein, bei Verlagerungen Sanktionen durchzusetzen. Sanktionen könnten wohl kaum eine Auslagerung des Firmensitzes (und damit der höchsten Löhne) ins Ausland verhindern. Es ist durchaus vorstellbar, dass die Angestellten mit den höchsten Löhnen bereit wären, freiwillig ihren Arbeitsplatz zu wechseln, da es sich ja bei ihnen in der Regel um mobilitätsgewohnte Kaderleute handelt.

Die Initiative kann auch bei Angestellten ab einem bestimmten Aktivitätsgrad in der Schweiz zur Anwendung kommen, und dies unabhängig vom nationalen Recht, das dem individuellen Arbeitsvertrag zu Grunde liegt (Expats, siehe Art. 1 ExpaV, sowie entsandte ArbeitnehmerInnen, siehe Art. 1 EntsG, sind in der Regel einem individuellen Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht unterstellt). Insofern wird ein Unternehmen sanktioniert, wenn es die Vorgaben 1:12 für Arbeitnehmende, die in beträchtlichem Ausmass in der Schweiz tätig sind, nicht anwendet.

Wenn nun das Unternehmen nur seine Geschäftsleitung (und damit in aller Regel die höchsten Löhne) ins Ausland verlagert und also seine reale wirtschaftliche Aktivität in der Schweiz behält, so kann die verlagerte Geschäftsleitung keinesfalls als unabhängiges Unternehmen mit einer eigenen Lohnspannbreite 1:12 betrachtet werden.

Allerdings kann eine solche Regel leider nicht konkret verhindern, dass mit der Initiative unvereinbare Löhne entrichtet werden. Sie kann nur Sanktionen gegenüber Unternehmen ermöglichen, die sich nicht an die Regeln halten, und sie gibt den Arbeitnehmenden das Recht, dass ihr Lohn bis auf mindestens einen Zwölftel des höchsten Lohnes angehoben wird (siehe auch oben ›Das Recht der Arbeitnehmenden auf mindestens einen Zwölftel des höchsten Lohns‹).

Hat das Unternehmen eine staatliche Unterstützung bezogen (Subvention, Steuererleichterung), so dürfte es möglich sein, deren Rückzahlung zu fordern.<sup>29</sup> Eine solche Massnahme hat allerdings keine wirklich abschreckende Wirkung auf Unternehmen, die kaum auf derartige Unterstützungen

bauen, oder wenn die Rückzahlung zu einem Zeitpunkt fällig wird, wo das Unternehmen Gewinne macht, die in keinem Verhältnis mehr zu der bezogenen Unterstützung stehen (das sind im Allgemeinen Hilfen bei der Firmengründung). Ausserdem hat diese Regel keine Wirkung auf Unternehmen, die gar keine Unterstützung bezogen haben.

### **Vergabe von Unteraufträgen an Subunternehmen**

Unternehmen, die eine missbräuchliche Lohnpolitik fortsetzen wollen, könnten bestimmte Aktivitäten als Unteraufträge zu tiefen Löhnen vergeben. Da der Subunternehmer ein ›unabhängiger‹ Betrieb wäre, käme die 1:12-Regel einzig dort zur Anwendung, und die dort ausgerichteten tiefen Löhne würden die höchsten im Hauptbetrieb bezahlten Löhne nicht mehr gegen unten ziehen.

Auch hier kann die Doktrin zum GIG angewendet werden. Sie zeigt, wie Unternehmen daran gehindert werden können, sich missbräuchlich in Subunternehmen aufzuspalten, um die Tieflohne in einem Betrieb und die hohen Löhne in einem anderen zu konzentrieren und so ein jeweils separates 1:12-Verhältnis anzuwenden. Das Personal derart zu kategorisieren, kann zu Diskriminierung im Sinne des GIG führen. Wenn Lohnunterschiede für unterschiedliche Typen oder Kategorien von Personal bestehen, so müssen diese Typen und Kategorien objektiv begründet sein.<sup>30</sup> Daraus folgt, dass ein Unternehmen, das sich in mehrere Subunternehmen aufteilt mit dem einzigen Ziel, die Vorgaben der Initiative zu umgehen, Rechtsmissbrauch begeht (Art. 2 al. 2 ZGB). Die auf diese Art gegründeten (Sub-)Unternehmen müssten als ein einziges Unternehmen betrachtet werden.

Des Weiteren weisen wir darauf hin, dass die Regeln betreffend der Löhne in systemrelevanten Banken mit staatlicher Beihilfe auch in den jeweiligen Mutterunternehmen (Konzernobergesellschaften) gelten.<sup>31</sup> Eine weitere Massnahme bestünde darin, die Regeln zur Verhinderung von Scheinselbständigkeit per Analogie anzuwenden. Ein ›Unternehmen‹ ohne eigenes Erscheinungsbild oder Marke-



ting, deren einzige ›Kundin‹ eine Zentrale ist, die sämtliche strategischen Entscheide fällt, kann nicht als unabhängiges Unternehmen mit einem eigenen 1:12-Verhältnis gelten. Es handelt sich vielmehr um eine Tochterfirma, die dem 1:12-Verhältnis des gesamten Unternehmens unterstellt wäre.

## **Fazit**

Was auch immer der Bundesrat behauptet: Die 1:12-Initiative ist viel einfacher umzusetzen als angenommen. Die Ausführungsbestimmungen können sich auf zahlreiche Beispiele von bestehenden Instrumenten der Lohnkontrolle stützen. Allerdings müssen die Kontrollorgane über genügend Mittel verfügen, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden. Ausserdem müssen jene Personen angemessen geschützt werden, welche oft als erste Missbräuche in den Unternehmen feststellen – nämlich die Arbeitnehmenden selbst. Nur so können Missbräuche wirksam bekämpft werden.

## Abkürzungen

AB	Amtliches Bulletin (N : Nationalrat ; S : Ständerat)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz)
Expav	Verordnung über den Abzug besonderer Berufskosten bei der direkten Bundessteuer von vorübergehend in der Schweiz tätigen leitenden Angestellten, Spezialisten und Spezialistinnen (Expatriates-Verordnung)
FZA	Freizügigkeitsabkommen
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz)
OR	Obligationenrecht
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden
WAK-N	Kommission für Wirtschaft und Abgaben WAK des Nationalrates
ZGB	Zivilgesetzbuch

## Literatur

- Aubert, Gabriel et Lempin, Karine (ed.) (2011): *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*. Genève.
- Brunner, Christiane, Bühler, Jean-Michel, Waeber, Jean-Bernard und Bruchez, Christian (2004): *Commentaire du contrat de travail*. Lausanne. 4. Aufl.
- JUSO Schweiz (2009): *Argumentarium zur 1:12-Initiative der Juso Schweiz*. Bern.
- Kaufmann, Claudia und Steiger-Sackmann, Sabine (Hrsg.) (2009): *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*. Basel.
- Lepori-Tavoli, Luisa (2009): *Mindestlöhne im schweizerischen Recht*. In: *Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht*, Bd. 69. Zürich/Bern.

- Müller, Jörg Paul (1999): Grundrechte in der Schweiz. Bern. 3. Aufl.
- Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB (Hrsg.) (2011): Mindestlöhne, Situation und Handlungsbedarf. Bericht der SGB-Experten-Gruppe Mindestlöhne. Bern.
- SECO (2008): Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. Bern.
- Schweizerische Bundesverwaltung  
 Botschaft ›too big to fail‹ 2.1.6.1.  
 Botschaft ›zur Änderung des Bankengesetzes‹ BBl 2011.  
 Botschaft zur Volksinitiative ›1:12 – Für gerechte Löhne‹ BBl 2012 637 vom 18.1.2012.  
 Botschaft 4.1.2.1–4.2.3.2.  
 Botschaft 5.5.2.  
 Interpellation 04.3470 Rennwald.  
 Parlamentarische Initiative der SP 11.445.  
 Parlamentarische Initiative 10.443.  
 Parlamentarische Initiative 05.406 Zysiadis.  
 Volksinitiative ›Gegen die Abzockerei‹ 08.080.

## Anmerkungen

- 1 Übersetzung aus dem Französischen von Véréna Keller
- 2 Botschaft zur Volksinitiative ›1:12 – Für gerechte Löhne‹ BBl 2012 637.
- 3 Botschaft, 4.1.2.1–4.1.3.2, S. 5f.
- 4 Botschaft ›zur Änderung des Bankengesetzes‹ (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) vom 20. April 2011, BBl 2011, S. 4717–4806 (im Weiteren: Botschaft too big to fail).
- 5 Argumentarium zur 1:12-Initiative der JUSO Schweiz, 6. Oktober 2009, S. 19.
- 6 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 4. Auflage, Lausanne 2004, N 12 zu Art. 328.
- 7 Von der Initiative vorgesehen.
- 8 SECO, Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, Bern 2008, S.58.
- 9 Parlamentarische Initiative der SP 11.445.
- 10 Freivogel in Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.) 2009: Kommentar zu Gleichstellungsgesetz, Basel, S. 89 s.; Aubry Girardin in Aubert/Lempen (éd.): Commentaire de la loi fédéral sur l'égalité, Genève 2011, S. 88.
- 11 Parlamentarisches Geschäft 08.080/10.443, vom Nationalrat in der Schlussabstimmung am 15.06.2012 verworfen.

- 12 AB 2012 N 231 s., Wortmeldungen Leutenegger-Oberholzer, Vogler und Schwaab.
- 13 Botschaft 5.5.2, S. 658.
- 14 Argumentarium zur 1:12-Initiative der JUSO Schweiz, 6. Oktober 2009, S. 4.
- 15 Im Unterschied zu Art. 335d al. 1 OR, der eben den Begriff ›Betrieb‹ verwendet, benutzt die Initiative systematisch den Begriff ›Unternehmen‹.
- 16 BGE 130 III 145 E. 3.2.1 in fine.
- 17 Lempen in Aubert/Lempen (éd.): Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, S. 39.
- 18 Botschaft 5.5.2, S. 658.
- 19 Botschaft too big to fail, 2.1.6, S. 4763/f.
- 20 Aubry Girardin in Aubert/Lempen 2011, S. 77/f.
- 21 Botschaft 5.5.2, S. 658.
- 22 Siehe Meinung des Bundesrates in der Botschaft 5.1, S. 656.
- 23 BGE 119 Ia 374.
- 24 Grundsätzlich gilt, dass staatliche Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit mit dem Ziel, den Wettbewerb zu beeinflussen, nur dann möglich sind, wenn sie auf einer Verfassungsgrundlage beruhen (Art. 94 al. 4 BV). Weitere Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind auf Grund von Art. 36 BV möglich (Gesetzesgrundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit).
- 25 Siehe z.B. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 660, über Atomenergie und Art. 90 BV.
- 26 Siehe Argumente betreffend Mindestlöhne: Lepori-Tavoli: Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Diss. Zürich/Bern 2009, S. 147/f.
- 27 SGB (Hrsg.), Mindestlöhne, Situation und Handlungsbedarf, Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlöhne, Bern 2011, S. 92s. Der Bericht kommt zum überzeugenden Schluss, dass die Einführung eines Mindestlohnes keiner speziellen Verfassungsgrundlage bedarf. Dabei wäre ja ein Mindestlohn eine (untere) Beschränkung von Angebot und Nachfrage im gleichen Sinne, wie die Initiative eine (obere) Begrenzung vorschlägt.
- 28 Parlamentarische Initiative 05.406 Zisyadis und Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben WAK-N, 26.06.2006.
- 29 Siehe Interpellation 04.3470 Rennwald und parlamentarische Initiative 05.406 Zisyadis.
- 30 Wyler in Aubert/Lempen 2011, S.157.
- 31 Botschaft too big to fail, 2.1.6.1, S. 4763.