



Zulässigkeit von Geheimhaltungsklauseln zur Lohnhöhe

Eine obligationenrechtliche Fragestellung mit verfassungsrechtlicher Antwort

CHARLOTTE ARNDGEN*

Wie sollen Frau und Mann wissen, ob der ihnen zustehende verfassungsmässige Lohngleichheitsanspruch aus Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV erfüllt ist, wenn sie aufgrund der Geheimhaltungsklauseln in ihrem Arbeitsvertrag nicht über ihre Lohnhöhe sprechen dürfen? Das Gespräch über den Lohn ist eine notwendige Voraussetzung zur Grundrechtsausübung. Aufgrund der Drittwirkung des verfassungsmässigen Lohngleichheitsgebots sind sowohl der Staat als auch der private Arbeitgeber verpflichtet, den grundrechtlichen Schutz sicherzustellen. Wo jedoch der Grundrechtsschutz beginnt, ob die Rahmenbedingungen der Grundrechte ebenfalls unter diesen Schutz fallen und ob Geheimhaltungsabreden zur Lohnhöhe generell als zulässig gelten können oder nicht, ist weitgehend ungeklärt. Der vorliegende Artikel will auf diese bisher kaum geführte, aber längst notwendige Diskussion aufmerksam machen und eine eigene umfassende Zulässigkeitsprüfung der Geheimhaltungsklauseln vornehmen, die wiederum vertiefte Kenntnisse des Verfassungs- und Obligationenrechts sowie des Gleichstellungsgesetzes erfordert.

Comment femme ou homme peuvent-ils savoir si le droit constitutionnel à l'égalité salariale que leur confère l'art. 8, al. 3, phrase 3 de la Constitution est respecté, si les clauses de confidentialité dans leur contrat de travail les empêchent de discuter du montant de leur salaire ? Or, la discussion sur le salaire est une condition nécessaire à l'exercice de ce droit fondamental. En raison de l'effet horizontal du principe constitutionnel de l'égalité salariale, tant l'État que l'employeur privé sont tenus d'assurer la protection de ce droit fondamental. Il n'est toutefois pas clair où commence la protection des droits fondamentaux, si leurs conditions-cadres relèvent également de cette protection et si, a priori, les accords de confidentialité sur le montant du salaire peuvent être qualifiés d'admissibles ou non. Le présent mémoire a pour but d'attirer l'attention sur ce débat rarement mené mais nécessaire depuis longtemps, et de procéder à une analyse approfondie de l'admissibilité des clauses de confidentialité. Pour ce faire, les articles et arrêts pertinents du droit constitutionnel, du droit des obligations ainsi que de la loi sur l'égalité ont été étudiés en profondeur.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Problematik von Geheimhaltungsklauseln
- III. Geheimhaltungsklauseln und deren rechtlicher Rahmen
- IV. Geheimhaltungsklauseln als faktische Grundrechtseinschränkung
 - A. Beginn des Grundrechtsschutzes?
 - B. Direkter oder indirekter Grundrechtseingriff?
- V. Geheimhaltungsklauseln und deren Durchsetzung: Die Folgenerwägung
- VI. Fazit

I. Ausgangslage

Aktuelle Statistiken zeigen, dass im Jahr 2020 ein Lohnunterschied von 10,80% zwischen den Geschlechtern bestand.¹ Eine Studie der Universität Luzern aus dem Jahre 2018, die die Daten von mehr als 500 Firmen ausgewertet hat, deckt auf, dass 11% der Unternehmen ihren Angestellten explizit verbieten, mit Arbeitskollegen über Grundgehalt, Lohnerhöhung und variable Vergütung zu sprechen; weitere 23% halten die Belegschaft auf in-

formellem Weg davon ab.² Während das erste Ergebnis verdeutlicht, dass trotz grundrechtlich garantiertem, verfassungsmässigem sowie auch gesetzlichem Lohngleichheitsanspruch geschlechtsspezifische Lohndiskriminierungen ein bestehendes Problem darstellen, betont das zweite Ergebnis die Häufigkeit der vertraglich vereinbarten Geheimhaltungsabreden über die Lohnhöhe in Arbeitsverträgen.

Durch die Vereinbarung von Geheimhaltungsabreden zur Lohnhöhe verunmöglicht bzw. erschwert der Arbeitgeber den Arbeitnehmern das Gespräch über die Lohnhöhe. Genau dieses Gespräch ist jedoch notwendige Voraussetzung, um Lohnunterschiede aufzudecken, Massnahmen gegen diese einzuleiten und Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz oder der Verfassung geltend zu machen. Die nachfolgenden Gedanken widmen sich der Frage, ob durch das verwehrte Gespräch bereits ein (indirekter) Grundrechtseingriff von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV vorliegt, der die Geheimhaltungsabreden zur Lohnhöhe im Arbeitsvertrag unzulässig macht.

* CHARLOTTE ARNDGEN, IRP-HSG, Universität St. Gallen.

¹ Bundesamt für Statistik, Lohnunterschied, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten/lohnniveau-schweiz/lohnunterschied.html> (Abruf 3.4.2022).

² ALEXANDRA ARNOLD, Studie der Universität Luzern, Lohntransparenz: «Wie», nicht «Wie viel» ist entscheidend, Internet: <https://www.unilu.ch/forschung/aktivitaeten/fokus-forschung/lohntransparenz-wie-nicht-wie-viel-ist-entscheidend/> (Abruf 3.4.2022).

II. Problematik von Geheimhaltungsklauseln

Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung ist sich einig, dass Löhne kein Geschäftsgeheimnis i.S.v. Art. 321a Abs. 4 OR darstellen.³ Das fehlende gesetzliche Verschwiegenheitsgebot (bzw. die Qualifizierung des Lohnes als Geschäftsgeheimnis) lässt sich aber laut Bundesgericht durch eine gesonderte Vereinbarung einer vertraglichen Verschwiegenheitsklausel korrigieren.⁴ Obwohl es den Arbeitnehmern also grundsätzlich freistehen sollte, über die Höhe, Zusammensetzung und sonstige Besonderheiten des eigenen Lohnes zu sprechen,⁵ duldet das Bundesgericht arbeitsvertragliche Geheimhaltungsabreden hinsichtlich der Lohnhöhe und erklärt sie sogar (implizit) als zulässig.⁶ Dies widerspricht den Zielen von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und des Gleichstellungsgesetzes, das den verfassungsmässigen Anspruch auf gleichen Lohn konkretisiert.⁷ Denn durch die Möglichkeit, den Arbeitnehmer durch Vereinbarung einer Geheimhaltungsklausel – die meist einseitig zulasten des Arbeitnehmers und kaum je gegenseitig (oder gar einseitig zulasten des Arbeitgebers)⁸ wirken – zur Verschwiegenheit über den eigenen Lohn zu verpflichten, erschwert der Arbeitgeber

die Durchsetzung von Lohngleichheitsansprüchen gestützt auf Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie Art. 3 ff. GIG.⁹

In der Schweiz haben einzig CLASS/MÖSSINGER im Jahr 1996 direkte Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geäussert,¹⁰ die die Geheimhaltungsklauseln bzgl. der Lohnhöhe rechtlich zulässt. Sie hielten fest, dass Geheimhaltungsklauseln *«grundsätzlich als unzulässig erachtet werden [müssen], da sie sich diskriminierend und somit persönlichkeitsverletzend auswirken. Sie sind im Hinblick auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV [neu Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV] widerrechtlich und deshalb nichtig.»*¹¹

In diesem Lichte scheint auch die Gerichtspraxis in Deutschland richtig: Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern befasste sich mit der Frage nach der Zulässigkeit vertraglicher Verschwiegenheitsklauseln zur Geheimhaltung der Lohnhöhe und erklärte diese für *unzulässig*: *«Die einzige Möglichkeit für den Arbeitnehmer festzustellen, ob er Ansprüche aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz hinsichtlich seiner Lohnhöhe hat, ist das Gespräch mit Arbeitskollegen. Ein solches Gespräch ist nur erfolgreich, wenn der Arbeitnehmer selbst auch bereit ist, über seine eigene Lohngestaltung Auskunft zu geben. Könnte man ihm derartige Gespräche wirksam verbieten, hätte der Arbeitnehmer kein erfolgversprechendes Mittel, Ansprüche wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Rahmen der Lohngestaltung gerichtlich geltend zu machen.»*¹²

Lässt sich dies auch für die heutige schweizerische Rechtsauffassung herleiten? Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich zuerst den Rahmenbedingungen in arbeitsvertraglicher und grundrechtlicher Hinsicht.

III. Geheimhaltungsklauseln und deren rechtlicher Rahmen

Das im Privatrecht geltende Prinzip der Vertrags- und Inhaltsfreiheit nach Art. 19 OR¹³ findet seine Einschrän-

³ CONRADIN CRAMER, Lohngeheimnis und Lohntransparenz, AJP 2016, 1471 ff., 1482 mit Verweis auf BGer, 4A_283/2010, 11.8.2010, E. 2.3; BGer, 4C.350/1994, 14.12.1994, E. 2a, in: JAR 1995, 214; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. A., Bern 1999, § 8 N 53; URS WICKIHALDER, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, Diss. Zürich, Bern 2004, 203; gl.M. ist auch MATTHIAS W. RICKENBACH, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich, Bern 1999, 125, der jedoch festhält, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ausdrücklich die Geheimhaltung seiner Lohnsumme auferlegen könne. Dies begründet er damit, dass Art. 321a Abs. 4 OR i.V.m. Art. 361 f. OR nicht zwingend sei, weshalb die Parteien den Umfang der Geheimhaltungspflicht erweitern oder beschränken könnten.

⁴ BGer, 4C.350/1994, 14.12.1994, E. 2a, in: JAR 1995, 214, in dem das Bundesgericht betont, dass *«die Betriebsordnung der Bekl. [...] unter Ziffer 3.2 diesbezüglich keine vertragliche Bindung [enthaltete]»*; vgl. dazu auch WICKIHALDER (FN 3), 203, Fn 1505, der festhält, dass es aufgrund der fehlenden gesetzlichen Pflicht zur Verschwiegenheit des Lohnes möglich sei, eine besondere vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers, über den eigenen Lohn Still-schweigen zu bewahren, einzuführen.

⁵ CRAMER (FN 3), AJP 2016, 1482.

⁶ BGer, 4C.350/1994, 14.12.1994, E. 2a, in: JAR 1995, 214; CRAMER (FN 3), AJP 2016, 1482; EDI CLASS/RAINER MÖSSINGER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich 1996, 37 f.

⁷ Vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. A., Bern 2018, § 36 N 94; SABINE STEIGER-SACKMANN, Urteil des Arbeitsgerichtes Zofingen vom 11.6.1997 (AR.96.50080), AJP 1997, 1432 ff., 1433.

⁸ CRAMER (FN 3), AJP 2016, 1483; vgl. hierzu auch NAOKI D. TAKEI, Inhalt und Rechtsfolgen von Geheimhaltevereinbarungen, SJZ 2007,

57 ff., 58 f., der sich ausführlich mit den verschiedenen Arten der Geheimhaltungsvereinbarungen beschäftigt.

⁹ CLASS/MÖSSINGER (FN 6), 38.

¹⁰ BGer, 4C.350/1994, 14.12.1994, E. 2a, in: JAR 1995, 214.

¹¹ CLASS/MÖSSINGER (FN 6), 38.

¹² LAG Mecklenburg-Vorpommern, 2 Sa 237/09, 21.10.2009, E. 2.

¹³ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020; vgl. ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 19–20 OR N 7; REHBINDER (FN 3), § 8 N 31; vgl. auch CLAUDIA CAMASTRAL, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Chur/Zürich 1996, 33 ff., 128 ff.

kungen nicht nur in den arbeitsvertraglichen Grundlagen des Obligationen- und Zivilrechts, sondern auch in der gesetzlichen und verfassungsmässigen Verankerung des Lohngleichheitsanspruchs.¹⁴

Auf Gesetzesebene konkretisiert das Gleichstellungsgesetz den verfassungsmässigen Lohngleichheitsanspruch.¹⁵ Nach Art. 3 GIG haben Arbeitnehmer Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden.¹⁶ In Art. 6 GIG findet sich eine Beweislasteileichterung, nach welcher das Gericht unter anderem bei der Entlohnung eine Diskriminierung vermutet, wenn die betroffene Person diese glaubhaft macht.¹⁷ Wie aber soll der Arbeitnehmer dies glaubhaft machen, wenn er die relevanten Löhne nicht kennt? CRAMER gibt dazu einen bemerkenswerten Hinweis. Er fragt, «*ob umfassende vertragliche Geheimhaltungspflichten in einem Unternehmen bereits einen objektiven Anhaltspunkt für eine mögliche Lohndiskriminierung geben und diese im Rahmen der Beweislasteileichterung von Art. 6 GIG bereits glaubhaft gemacht ist, wenn eine Arbeitnehmerin keinerlei arbeitsvertragskonforme Vergleichsmöglichkeiten mit Arbeitskollegen hat*».¹⁸ Indirekt bejaht der Europäische Gerichtshof in einem Urteil vom 19. April 2012 diese Frage, in dem er festhält, dass die Verweigerung der Auskunft über Informationen, die diskriminierende Tatsachen ersichtlich machen würden, als Indiz für eine Diskriminierung gelten und somit bereits zur Beweislastumkehr führen könne.¹⁹ Ahnt der Arbeitgeber indes nicht einmal

die Lohndiskriminierung, weil niemand über den Lohn spricht, bleibt eine Rechtsdurchsetzung illusorisch.

Dass die faktische Durchsetzung dem Gesetzgeber am Herzen liegt, zeigt die Beweislasteileichterung. Diese findet in Gleichstellungsprozessen insofern statt, «*als zwar die klagende Partei immer noch die Last trägt, die Diskriminierung glaubhaft zu machen, ist dies aber gelungen (was nach Art. 3 GIG für geschlechtsbezogene Benachteiligungen und Anknüpfung an geschlechtsbezogene Merkmale von Gesetzes wegen angenommen wird), geht die Beweislast, den Vollbeweis der Nichtdiskriminierung zu erbringen, auf die beklagte Partei über*».²⁰ Diese Beweislasteileichterung aus Art. 6 GIG hat als verfahrensrechtliches Instrument zum Ziel, eine bessere Durchsetzung von Lohngleichheitsklagen zu ermöglichen und somit der tatsächlichen Verwirklichung des Grundrechts auf Lohngleichheit i.S.v. Art. 35 BV zu dienen.²¹ Bei Bestehen einer Lohndiskriminierung ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG der entsprechend höhere Lohn geschuldet.²²

Fraglich ist zudem, ob die Geheimhaltungsklauseln aufgrund ihrer Qualifikation als (indirekte) Beweismittelverträge nicht nichtig sein sollten.²³ Diese Argumentation folgt dem Gedanken, dass durch die Geheimhaltungsklausel dem Arbeitnehmer das einzige Mittel, mit welchem er eine Lohndiskriminierung grundsätzlich erfahren und beweisen könnte, faktisch genommen wird. Eine solche Klausel bzw. ein solcher indirekter Beweismittelvertrag, der nur einen möglichen Beweis zur Verfügung stellt, des-

¹⁴ SUSY STAUBER-MOSER, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, 1352 ff., 1352; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2022, N 793.

¹⁵ MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandsaufnahme, AJP 2001, 1269 ff., 1270 ff.; HANS UELI SCHÜRER, Arbeit und Recht, 12. A., Zürich 2013, 230; WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 230, hält fest, dass das verfassungsmässige Lohngleichheitsprinzip in Art. 3 Abs. 2 GIG wiederholt werde und diesem insoweit keine eigenständige Bedeutung zukomme; vgl. dazu auch SENTI, N 4.47, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018 (zit. Verfasser, FHB). Nach SENTI, FHB (FN 15), N 4.47, und BIGLER-EGGENBERGER (FN 15), AJP 2001, 1270 ff., stellt Art. 3 GIG materiell-rechtlich eine Wiederholung des bereits in der Verfassung verankerten Rechts dar; a.M. ist das Bundesgericht jedoch in BGE 126 II 217 E. 4a.

¹⁶ BGE 146 V 210 E. 3.4; 141 II 411 E. 6.1.2; 125 I 71 E. 2; 124 II 529 E. 3a; 124 II 409 E. 7–9; 125 II 385 E. 3.

¹⁷ CRAMER (FN 3), AJP 2016, 1481; REHBINDER (FN 3), § 8 N 66; STAUBER-MOSER (FN 14), AJP 2006, 1358.

¹⁸ CRAMER (FN 3), AJP 2016, 1483.

¹⁹ EuGH, C-415/10, Meister/Speech Design Carrier Systems GmbH, 19.4.2012. Hier gilt anzumerken, dass das Bundesgericht bzgl. der

Zulässigkeit der Geheimhaltungsklauseln zur Lohnhöhe noch kein solch umfassendes Verständnis der Reichweite des Lohngleichheitsgebotes wie der Europäische Gerichtshof aufgebracht hat.

²⁰ STAUBER-MOSER (FN 14), AJP 2006, 1358; vgl. zur Glaubhaftmachung gemäss Art. 6 GIG auch BGE 142 II 59 E. 6.2; 130 III 145 E. 3 ff.; 125 I 71 E. 4a; 125 II 541 E. 6a; BGer, 8C_32/2009, 4.1.2010, E. 8.

²¹ SG-Komm-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 110, 130, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014 (zit. SG-Komm-Verfasser); vgl. dazu auch KELLER, Staatsrecht, § 38 N 48, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. Verfasser, Staatsrecht).

²² THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PARLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019, N 266; vgl. dazu auch KAUFMANN, ART. 3 N 134, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. A., Basel 2020.

²³ Siehe zu den verschiedenen Arten der Beweisverträge ausführlich OLIVIA PELLI, Beweisverträge im Zivilprozess, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 14, Zürich/St. Gallen 2012. Auf den Seiten 10 ff. widmet sich die Autorin spezifisch den Beweismittelverträgen.

sen Erlangen aber faktisch unmöglich ist, kann nur nichtig sein.²⁴

Das verfassungsmässige Lohngleichheitsgebot, verankert in Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV, ist von besonderer Bedeutung, da es den einzelnen Arbeitnehmern sowohl im öffentlich- als auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis einen *unmittelbar anwendbaren, justiziablen und subjektiven Individualanspruch* gegenüber dem Arbeitgeber auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit gibt.²⁵ Aufgrund der (direkten) Drittwirkung dieser Verfassungsbestimmung ist sowohl der Staat als auch der private Arbeitgeber verpflichtet, die Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern sicherzustellen.²⁶ Lohnabreden, die gegen Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV oder Art. 3 ff. GIG verstossen, sind gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig; dies sogar dann, wenn eine Zustimmung in Kenntnis der Lohnungleichheit vorliegt.²⁷

IV. Geheimhaltungsklauseln als faktische Grundrechtseinschränkung

Vertragliche Verschwiegenheitsklauseln zur Lohnhöhe erschweren bzw. verunmöglichen den Arbeitnehmern das Gespräch über den eigenen Lohn und infolgedessen auch die Ausübung des Grundrechts auf Lohngleichheit. Es handelt sich dabei nicht um eine direkte Grundrechtsverletzung, sondern (lediglich) um eine Verletzung der Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung.

A. Beginn des Grundrechtsschutzes?

Auf den ersten Blick scheint es fraglich, *wo der Grundrechtsschutz beginnt und ob bereits die Rahmenbedingungen bzw. die faktischen Voraussetzungen zur Ausübung der Grundrechte vom grundrechtlichen Schutz erfasst sind*. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte beantwortet diese Frage jedoch relativ direkt und hält in einem Urteil aus dem Jahr 2012 explizit fest, dass der Staat auch die faktischen Voraussetzungen der Grundrechte schützen und die tatsächliche Grundrechtsausübung gewährleisten muss.²⁸

In der schweizerischen Lehre ist anerkannt, dass der Staat diejenigen Rahmenbedingungen setzen muss, die zur effektiven Ausübung der Grundrechte notwendig sind.²⁹ Nach dem heute geltenden konstitutiven Grundrechtsverständnis muss der Staat somit nicht nur unzulässige Eingriffe in die Grundrechte unterlassen, sondern auch allfällige tatsächliche Hindernisse einer wirksamen Grundrechtsausübung aus dem Weg räumen.³⁰

Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung zwar (noch) nicht explizit zum *Beginn* des Grundrechts auf Lohngleichheit aus Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV geäußert, aber dafür ausführlich zum Beginn anderer Grundrechte. So hält es etwa bezüglich der Versammlungsfreiheit fest, dass der Grundrechtsschutz nicht erst bei der Verletzung der Versammlungsfreiheit selbst, sondern bereits bei der Ausübung des Grundrechts beginnt, nämlich bei der Vermeidung übermässiger, an die Grundrechtsausübung angeknüpfter negativer Begleiterscheinungen.³¹ Bezüglich der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV betont das Bundesgericht zwar, dass der generelle Zutritt zu Betrieben

²⁴ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 90, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch I*, Basler Kommentar, Basel 2018, die betonen, dass Beweismittelverträge nahezu ausnahmslos als unzulässig gälten. Siehe dazu auch ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, *Zivilgesetzbuch*, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 8 ZGB N 322, die sich ausführlich mit der Zulässigkeit der Beweismittelverträge beschäftigen.

²⁵ PORTMANN/WILDHABER (FN 15), N 230; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. A., Zürich 2017, Art. 8 N 33 mit Verweis auf BGE 131 I 105 E. 3.2 f.; vgl. auch BGE 142 II 49 E. 5.1; 124 II 436 E. 10d/e; 118 Ia 35 E. 2b; 117 Ia 262 E. 2d; 113 Ia 107 E. 1a/b.

²⁶ BGE 125 III 368 E. 2; vgl. dazu auch CAMASTRAL (FN 13), 63, die sich ausführlich der Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis widmet.

²⁷ SENTI, FHB (FN 15), N 4.48; SG-Komm-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (FN 21), Art. 8 BV N 119 mit Verweis auf BGE 130 III 145, betont, dass die Zustimmung des Arbeitnehmers zum entrichteten Lohn, selbst wenn sie juristisch gebildet sei, nicht beachtlich sei; siehe auch GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 22), N 384.

²⁸ EGMR 38676/08, *Disk and Kesik vs. Turkey*, 27.11.2012, 6, E. 27 betreffend die Voraussetzungen der Versammlungsfreiheit: «The Court also notes that States must not only safeguard freedom of peaceful assembly, but must also refrain from applying unreasonable indirect restrictions upon that right. Finally, it considers that, although the essential object of Article 11 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities in the exercise of the rights protected, there may also be positive obligations to secure their effective enjoyment» (Hervorhebungen hinzugefügt).

²⁹ MARKUS SCHREIBER/MARA JOSS, *Der «Chilling Effect» auf die Grundrechtsausübung*, ZBl 2020, 523 ff., 536; MARKUS HUSMANN, *Demokratiefeindliche Polizeikostenüberwälzung*, *Sicherheit & Recht* 2015, 143 ff., 152.

³⁰ FLORIAN SAMUEL FLEISCHMANN, *Polizeirechtliche Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen*, Zürich/Basel/Genf 2018, N 415; gl.M. PATRICIA EGLI, *Grundrechte*, *Sicherheit & Recht* 2012, 193 ff., 196.

³¹ VGer LU, P 12 2, 7.5.2013, E. 6a/bb; vgl. dazu auch den *Leitentscheid* BGE 143 I 147 hinsichtlich des *chilling effect*, der sich ebenfalls mit der Überwälzung von Polizeikosten bei Demonstrationen auf die Grundrechtsausübenden befasst; FLEISCHMANN (FN 30), N 415; HUSMANN (FN 29), 152.

keine unabdingbare Voraussetzung zur Ausübung der Gewerkschaftsfreiheit sei. Einzig bei rechtmässigen Streiks sei dies der Fall. Damit räumt das Bundesgericht zuerst indirekt und dann direkt ein, dass unabdingbare Voraussetzungen der Ausübung vom Grundrechtsschutz auch erfasst sind.³²

Die analoge Anwendung dieser Beispiele auf die Frage nach der Zulässigkeit der vertraglichen Geheimhaltungsklauseln zur Lohnhöhe führt zum Resultat, dass sich das Gespräch über den eigenen Lohn als notwendige Rahmenbedingung für die Ausübung des Grundrechtes auf Lohngleichheit nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV qualifizieren lässt und somit bereits die Gewährleistung dieses Gesprächs unter den Grundrechtsschutz fällt. Obwohl die Grundrechtsausübung trotz der vertraglich vereinbarten Geheimhaltungsklauseln theoretisch und rechtlich noch möglich ist, ist sie in der Praxis aufgrund dieser Klauseln (bzw. aus Angst vor den Konsequenzen einer Verletzung derselben) *faktisch nicht mehr wahrnehmbar*.³³ Der Staat und die privaten Arbeitgeber sind sowohl zum Schutz des verfassungsmässigen Lohngleichheitsanspruchs als auch zum Schutz der Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung verpflichtet.

B. Direkter oder indirekter Grundrechtseingriff?

Vertragliche Verschwiegenheitsklauseln zur Lohnhöhe vereiteln eine effektive Ausübung des Grundrechtes auf gleichen Lohn bei gleichwertiger Arbeit der Arbeitnehmer insofern, als diese aufgrund der Klauseln auf das Gespräch über den Lohn verzichten. Dieses stellt jedoch eine notwendige Voraussetzung für die Grundrechtsausübung dar.

Das Bundesgericht unterscheidet in seiner Rechtsprechung seit bald vierzig Jahren mindestens sinngemäss zwischen zwei Arten der Grundrechtseinschränkung:³⁴ dem direkten bzw. klassischen Grundrechtseingriff und

dem indirekten Grundrechtseingriff.³⁵ Während ersterer den Regelfall darstellt und dann vorliegt, wenn durch staatliches Handeln oder Unterlassen in grundrechtlich garantierte Positionen des Einzelnen eingegriffen wird,³⁶ ist insbesondere letzterer für diesen Artikel von Bedeutung.

Beim indirekten, mittelbaren oder faktischen Grundrechtseingriff geht es um Fälle, «in denen ein grundrechtsverkürzender Effekt eintritt, obwohl die staatliche Handlung [...] nicht gezielt, direkt und verpflichtend an die betroffenen Grundrechtsträger herantritt».³⁷ So kann der indirekte Eingriff unter anderem dadurch eintreten, dass der Staat die *tatsächlichen Voraussetzungen* der Grundrechtsausübung beeinträchtigt.³⁸ Da das Gespräch über den Lohn, das mittels vertraglich vereinbarter Verschwiegenheitsklauseln unterbunden wird, Voraussetzung für eine effektive Grundrechtsausübung ist, können diese Klauseln als indirekter Grundrechtseingriff qualifiziert werden. Dies, weil die Geheimhaltungsklauseln es dem Arbeitnehmer erschweren bzw. gar verunmöglichen, sein Grundrecht auf Lohngleichheit gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV auszuüben.

Der sog. *chilling effect* – in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung auch als Abkühlungseffekt oder Einschüchterungseffekt bekannt – gilt ebenfalls als eine mittelbare Grundrechtseinschränkung.³⁹ Das Konzept des *chilling effect* bezeichnet die indirekte Beeinträchtigung der Grundrechte durch Abschreckung.⁴⁰ Hinsichtlich der Geheimhaltungsklauseln im Arbeitsvertrag muss daher gelten, dass, sobald Grundrechtsberechtigte ihren verfassungsmässigen Anspruch auf Lohngleichheit nicht mehr ausüben, weil die vertragliche Verschwiegenheitspflicht selbst oder aber die Konsequenzen aus einer Verletzung dieser derart abschreckend wirken, dies im Sinne des *chilling effect* einen faktischen Grundrechtseingriff darstellt.⁴¹

Da der grundrechtliche (Rechtfertigungs-)Schutz in der Schweiz sowohl bei direkten als auch bei indirekten

³² BGer, 6B_758/2011, 24.9.2012, E.1.3.4 mit Verweis auf BGE 132 III 122 E. 4.4.1 und die zitierten Verweise; vgl. dazu auch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, AJP 2014, 1463 ff., 1468 f.

³³ Siehe hierzu BSK BV-HERTIG, Art. 16 N 40, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser), der explizit erwähnt, dass auch überhöhte Schadenersatzsummen einschüchternd wirken könnten.

³⁴ CHRISTOPH RAESS, Die Grundrechtsbeeinträchtigung, Zürich/Basel/Genf 2020, 15; vgl. dazu etwa BGE 107 Ia 45 E. 3, in dem das Bundesgericht erstmals ein bestimmtes Handeln als einen nicht «direkten Eingriff» erklärte.

³⁵ Auch mittelbarer bzw. faktischer Grundrechtseingriff genannt.

³⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 14), N 306b; vgl. dazu auch BSK BV-EPINEY (FN 33), Art. 36 N 17; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (FN 7), § 9 N 24; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. A., Bern 2021, N 343 und 346.

³⁷ TSCHANNEN (FN 36), N 347 (mit Hervorhebungen).

³⁸ TSCHANNEN (FN 36), N 348 f., hält zutreffend fest, dass dabei die Vorfrage gestellt werden müsse, ob diese Voraussetzungen der Grundrechtsausübung auch vom Schutzbereich des Grundrechtes erfasst seien.

³⁹ SCHREIBER/JOSS (FN 29), 536; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (FN 7), § 9 N 30.

⁴⁰ HUSMANN (FN 29), 152.

⁴¹ Siehe hierzu auch BSK BV-WALDMANN (FN 33), Art. 8 N 123.

Grundrechtseingriffen zum Tragen kommt,⁴² ist für den betroffenen Grundrechtsträger nicht die Art des Eingriffes, sondern einzig der Fakt von Relevanz, «*dass ihr Grundrecht beeinträchtigt wird und dass als Folge davon der Staat sich dafür rechtfertigen muss*».⁴³ Soweit die Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Grundrechtsgüter Ziel ist, ist diese Erweiterung des Eingriffsbegriffs unerlässlich.⁴⁴

V. Geheimhaltungsklauseln und deren Durchsetzung: Die Folgenerwägung

Zur abschliessenden Beurteilung der Zulässigkeit vertraglich vereinbarter Geheimhaltungsklauseln zur Lohnhöhe ist eine Prüfung mit *Folgenerwägungen* unerlässlich. Diese bezweckt, «*[...] bei der Begründung juristischer Entscheidungen die Folgen dieser Entscheidungen zu berücksichtigen und gegebenenfalls die Auslegung an ihren Folgen zu korrigieren*».⁴⁵ Entscheidungen über juristische Fragen lassen sich nicht treffen, ohne vorab einen Blick auf die Folgen zu werfen.⁴⁶

Wenn, hypothetisch betrachtet, Geheimhaltungsklauseln über die Lohnhöhe zulässig wären, stellt das Gespräch des Arbeitnehmers über den Lohn eine Vertragsverletzung dar.⁴⁷ Wenn dieses Gespräch sodann zur Folge hat, dass der Arbeitnehmer oder einer seiner Mitarbeiter Forderungen nach gleichem Lohn stellt, kann der Arbeitgeber vom vertragsbrüchigen Arbeitnehmer dann Schadenersatz für die höheren Lohnkosten verlangen? Oder kann er gar die Forderungen des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers nach Lohngleichheit mit der Gegenforderung auf Schadenersatz verrechnen? Diese Gedankenspiele zeigen deutlich, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer sicher nicht dafür haftbar machen kann, weil er nicht an seiner widerrechtlichen Praxis festhalten kann.

VI. Fazit

Vertragliche Verschwiegenheitsklauseln erschweren bzw. verunmöglichen nicht nur das Gespräch über den Lohn, welches Voraussetzung für die Grundrechtsausübung und somit auch für die Durchsetzung von Lohnansprüchen ist, sondern stellen aufgrund der Drittwirkung des Lohngleichheitsgebotes sowie der Erschwerung der (grundrechtsgeschützten) Grundrechtsausübung selbst einen faktischen Grundrechtseingriff dar. Die Geheimhaltungsklauseln zur Lohnhöhe wirken sich diskriminierend und persönlichkeitsverletzend aus, sind aufgrund mangelnder Durchsetzungsmöglichkeiten wertlos, laufen den Zielen und Grundsätzen von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 ff. GlG entgegen und sind somit als widerrechtlich und daher auch als nichtig zu qualifizieren.

⁴² RAESS (FN 34), N 158; SG-Komm-SCHWEIZER (FN 21), Art. 36 BV N 2.

⁴³ RAESS (FN 34), N 158; gl.M. KIENER, Staatsrecht (FN 21), § 30 N 86.

⁴⁴ RAESS (FN 34), N 158; SG-Komm-SCHWEIZER (FN 21), Art. 36 BV N 2.

⁴⁵ MARTINA DECKERT, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995, 6, zitiert nach URS FELLER, Folgenerwägungen und Rechtsanwendungen, Zürich 1998, 4.

⁴⁶ FELLER (FN 45), 16.

⁴⁷ TAKEI (FN 8), 63.