

Dokument	ARV online 2014 Nr. 1
Autor	Isabelle Wildhaber
Titel	Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz
Publikation	ARV online
Herausgeber	Wolfgang Portmann, Gabriel Aubert, Jean-Philippe Dunand, Adrian von Kaenel, Roland A. Müller, Boris Zürcher, Georges Chanson
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG / Swisslex AG

Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz

von Isabelle Wildhaber, Prof. Dr. iur., LL.M., Assistenzprofessorin an der Universität St. Gallen

I. Einleitung

[1] Es gibt im schweizerischen Recht *de lege lata* verschiedene Instrumente, über welche Mindestlöhne eingeführt werden können. Unter **Mindestlohn** ist jeder ziffernmässig definierte Lohn zu verstehen, der in einer generell-abstrakten, gesetzlichen oder kollektivrechtlichen Vorschrift als unterste Grenze der Lohnhöhe für alle oder bestimmte privatrechtliche Arbeitsverträge festgesetzt wird¹. Grundsätzlich gilt in der Schweiz, dass es primär in den Händen der Parteien liegt, den Vertragsinhalt und somit auch die Bedingungen der Entlohnung zu vereinbaren. Dennoch kann der Staat auf verschiedene Weise in die Lohnfestsetzung der Parteien eingreifen. Sowohl der Bund als auch in beschränktem Umfang die Kantone können Massnahmen zur Festsetzung von Mindestlöhnen ergreifen (nachfolgend II.); in eher vereinfachter Form ist dies möglich, seit die flankierenden Massnahmen zu den Bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU in Kraft sind (nachfolgend III.).

[2] Im Rahmen dieses (im Juni 2013 fertig gestellten) Beitrags sollen die bestehenden Instrumente der Mindestlohnregulierung im Hinblick auf ihre Möglichkeiten und Grenzen untersucht werden (nachfolgend IV.). Dabei sollen die Vorteile, die Nachteile sowie die Tauglichkeit der existierenden Instrumente im Hinblick auf den befriedigenden Schutz der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne in der Praxis

¹ Luisa Lepori Tavoli, Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Bern 2009, Rz. 80 (*Kein* Mindestlohn ist demnach ein sog. *Paritätslohn* oder ein individuell-konkreter, durch Verfügung oder Einzelarbeitsvertrag garantierter Mindestlohn.); Karin Kaufmann, Erste Praxis zur wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung, ArbR 2009, 45 ff., 48.



analysiert werden. Will man aufgrund der Resultate dieser de lege lata Analyse über neue Instrumente der Mindestlohnregulierung de lege ferenda nachdenken, so gilt zu bedenken, dass weder gestützt auf die BV noch auf internationale Abkommen ein Anspruch auf einen existenzsichernden Lohn besteht (nachfolgend V.).

[3] Einleitend soll hier noch definiert werden, was unter den Begriffen "Lohn" und "Entlöhnung" in diesem Kontext zu verstehen ist. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber eine **Lohnzahlungspflicht**². Unter Lohn ist dabei jede Vergütung für die geleistete Arbeit zu verstehen, d.h. Geldlohn, Naturallohn (Art. 322 OR), aber auch sog. *fringe benefits*³. Als Lohn kann entweder ein fester Betrag pro Zeiteinheit vereinbart werden. Er kann aber auch variabel leistungsorientiert oder vom Unternehmenserfolg abhängig ausgestaltet werden (Art. 322a ff. OR). Die Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR gehört nicht zum fest vereinbarten Lohn, sondern wird mehr oder weniger freiwillig ausgerichtet⁴. Ebenfalls nicht unter den Lohn fallen Spesenvergütungen. Allerdings kann es Schwierigkeiten geben, diese vom Lohn abzugrenzen, wenn die Spesenvergütungen pauschaliert werden, die Pauschale die tatsächlichen Auslagen übersteigt und damit zum verdeckten Lohnbestandteil wird⁵.

[4] Wenn die Einhaltung von Minimallöhnen kontrolliert werden soll, so müssen verschiedene Lohnsysteme verglichen werden. Dabei wird auf den weiteren Begriff der **Entlöhnung** abgestellt⁶. So ist z.B. bei entsandten Arbeitnehmern die Einhaltung des Minimallohns durch Vergleich des bezahlten und geschuldeten Bruttostundenlohns vorzunehmen. Dabei werden sämtliche Ferien-, Feiertags-, Weg-, Schicht-, Nacht- und anderen Zulagen, 13. Monatslohn und andere finanzielle Leistungen wie Weihnachtsgeld oder Entsendezulage auf den Stundenlohn herunter gebrochen und die Gesamtlohnsomme pro Stunde wird verglichen⁷. Es wird von einer Gesamtlohn Betrachtung ausgegangen, wie dies das Bundesgericht bestätigt, wobei eine Zeitspanne von einem Monat die relevante Periode ist⁸.

[5] Der Begriff der Entlöhnung ist somit als Mindestlohn plus die erwähnten obligatorischen Zuschläge zu verstehen. E contrario folgt, dass der Mindestlohn als Entgelt ohne die oben aufgeführten Zuschläge zu verstehen ist. Von den so definierten Begriffen von Lohn und Entlöhnung ist im Folgenden auszugehen.

2 Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2012, Rz. 372.

3 Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/4, Basel 2005, 85.

4 Geiser/Müller (Fn. 2), Rz. 401 f.; Thomas Geiser, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse, recht 2009, 115 ff.; Christoph Senti, Rechtliche Gefahren und Probleme bei der Ausgestaltung von Leistungslohnsystemen, St. Gallen 2002, 1 ff.

5 Geiser/Müller (Fn. 2), Rz. 416 f.; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 322 OR N 9; ArbGer ZH in plädoyer 1999/2, 59; KantGer SG in JAR 1994, 143.

6 Vgl. zum Begriff der minimalen Entlöhnung im Zusammenhang mit Art. 1a AVEG die Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23.6.1999, BBl 1999, 6128: "Es ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff Entlöhnung alle Lohnbestimmungen umfasst, die durch die Vertragsparteien des GAV vereinbart wurden (Lohn, 13. Monatslohn, Lohnerhöhung, Zulagen für Nacharbeit, Zulagen für Schwerarbeit usw.)". Ähnlich auch der Erläuternde Bericht vom 20.10.2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, 17: "Mindestlohn, die obligatorischen Erhöhungen der Mindest- und Effektivlöhne, die obligatorischen Zuschläge für Überstunden, Akkordarbeit, Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie beschwerliche Arbeit, den anteilmässigen Ferienlohn, den anteilmässigen 13. Monatslohn, die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung nach Artikel 324a OR".

7 Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) vom 11.11.2008, "Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich", Ziff. 3.3 ff. Siehe auch Art. 1 EntsV und dazu SECO, Kommentar: Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, Bern 2008, 15.

8 BGE 116 II 153; vgl. auch BGE 134 III 403; Christoph Senti, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, AJP 2010, 14 ff., 25 ff.



II. Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen

[6] Die Schweiz stellt grundsätzlich einen einheitlichen Wirtschaftsraum dar. Der **Bund** ist zuständig zum Erlass von Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 95 Abs. 1 BV) sowie über den Schutz der Arbeitnehmer (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV). Es handelt sich dabei um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen. Der Bund hat das Arbeitsvertragsrecht geregelt und den Grundsatz der Vertragsfreiheit u.a. für die Bestimmung der Lohnhöhe in Art. 322 OR konkretisiert. Diese Regelung steht grundsätzlich einer kantonalen Festsetzung von gesetzlichen Mindestlöhnen entgegen. De lege lata ist es somit grundsätzlich der Bund, der befugt ist, eine gesetzliche Grundlage für die staatliche Festsetzung von Mindestlöhnen zu erlassen. Für kantonale Mindestlöhne gibt es keine Verfassungsgrundlage auf Bundesebene.

[7] Die **Kantone** dürfen deshalb (ausserhalb der Bestimmungen des NAV gemäss Art. 360a OR) Mindestlohnvorschriften nur dann erlassen, wenn diese aus Polizeigründen, d.h. zur Behebung bestehender oder unmittelbar bevorstehender Missstände in den Lohnverhältnissen einer bestimmten Branche notwendig sind, oder wenn diese sozialpolitische Ziele verfolgen, z.B. die Armutsbekämpfung⁹. Kantonale Mindestlohnvorschriften setzen voraus, dass keine Möglichkeit der Selbsthilfe besteht, d.h. dass in der betroffenen Branche keine Möglichkeit zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags (GAV) und eventuell einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) besteht. In diesen engen Grenzen können demnach gewisse Lohnregulierungen auf staatlicher wie auch auf sozialpartnerschaftlicher Ebene durch die Kantone erfolgen¹⁰. In verschiedenen Kantonen wurden denn auch Initiativen für kantonale Mindestlöhne eingereicht¹¹. Der Kanton Neuenburg hat als erster Kanton der Schweiz Ende November 2011 das Recht aller Arbeitnehmer auf einen Mindestlohn und auf ein menschenwürdiges Leben in der Verfassung verankert¹².

[8] Angesichts der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen sind aber die Möglichkeiten, auf kantonaler Ebene Mindestlohn-Massnahmen einzuführen, alles in allem beschränkt. Deshalb hat auch das Bundesgericht den kantonalen Mindestlohnbestimmungen enge Grenzen gesetzt: Mindestlohnbestimmungen sollten eher tief gesetzt werden, damit das sozialpolitische Ziel der kantonalen Mindestlohnbestimmungen erhalten bleibt; kantonale Mindestlohnvorschriften sollten sich deshalb den Sozialversicherungs- oder Sozialhilfebeiträgen annähern¹³.

III. Flankierende Massnahmen zu den Bilateralen Verträgen

[9] Die flankierenden Massnahmen zu den Bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU spielen eine bedeutende Rolle für die Mindestlohnregulierung. Die Schweiz hat am 21. Juni 1999 sieben sektorielle Abkommen mit der EU abgeschlossen, darunter auch das Abkommen über die Freizügigkeit im

⁹ BGE 80 I 155; BGE 1C.357/2009 vom 8.4.2010 zur Zulässigkeit der Genfer Volksinitiative; siehe auch Thomas Geiser, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, 809 ff., 809.

¹⁰ Frank Vischer, Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Eingriffe in die Lohnvereinbarung, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, FS für Kurt Eichenberger, Basel 1982, 283 ff., 292; Lepori (Fn. 1), 153 f.; Alexandre Berenstein/Pascal Mahon/Jean-Philippe Dunand, Labour Law in Switzerland, Bern 2012, Rz. 369 ff.

¹¹ Die Stimmberechtigten der Kantone Genf und Waadt haben die Initiative im November 2011 bzw. im Mai 2011 abgelehnt.

¹² NZZ vom 27.11.2011, abrufbar unter <www.nzz.ch/aktuell/schweiz/neuenburg-verankert-mindestlohn-in-der-verfassung-1.13433463>.

¹³ BGE 1C.357/2009 vom 8.4.2010 zur Zulässigkeit der Genfer Volksinitiative.



Personenverkehr¹⁴. Das Freizügigkeitsabkommen ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten, wurde per 1. April 2006 auf zehn weitere, der EU neu beigetretene Mitgliedsländer und per 1. Juni 2009 auf Bulgarien und Rumänien ausgeweitet. Der umstrittene Bereich der Personenfreizügigkeit konnte nur schrittweise und begleitet von flankierenden Massnahmen eingeführt werden¹⁵. Die flankierenden Massnahmen sind am 1. Juni 2004 in Kraft getreten und wurden per 1. April 2006 zusätzlich verstärkt¹⁶. Als Ausgleich zur weggefallenen, vorgängigen und systematischen arbeitsmarktlichen Kontrolle soll mit den flankierenden Massnahmen der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz entgegengewirkt werden. Da mit dem freien Personenverkehr der Inländervorrang und die behördliche Lohnkontrolle bei der Anstellung von Arbeitnehmern aus der EU wegfallen, mussten Möglichkeiten eingeführt werden, Lohndruck zu vermeiden¹⁷. Das Ziel der flankierenden Massnahmen ist es zu verhindern, dass in der Schweiz der Wettbewerb zwischen den Unternehmen über den Lohn ausgetragen wird¹⁸. Mit den flankierenden Massnahmen werden die Löhne und Arbeitsbedingungen in der Schweiz erstmals systematisch überprüft. Im Jahr 2011 wurden über 30'000 Kontrollen vorgenommen¹⁹.

[10] Die flankierenden Massnahmen **bestehen aus drei Elementen**: Aus dem neuen Entsendegesetz (EntsG)²⁰ und der dazugehörigen Entsendeverordnung (EntsV)²¹, aus der erleichterten AVE eines GAV (Art. 1a und Art. 2 Ziff. 3^{bis} AVEG)²² sowie dem zwingenden Normalarbeitsvertrag (Art. 360a-360f OR)²³. Diese drei Elemente ermöglichen die nachträgliche Kontrolle der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, sodass im Falle von wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung eingegriffen werden kann. Bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung können Bestimmungen eines GAV, welche die minimale Entlohnung und die ihr entsprechende Arbeitszeit, die Vollzugskostenbeiträge, die paritätischen Kontrollen und die Sanktionen gegenüber fehlbaren Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen, gemäss Art. 1a AVEG leichter allgemeinverbindlich erklärt werden. Diese Massnahme gilt sowohl für inländische Betriebe als auch für Entsendebetriebe. In Branchen, in denen es keinen GAV gibt, können bei wiederholter missbräuchlicher

-
- 14 Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte, FZA) (SR 0.142.112.681).
- 15 Geiser/Müller (Fn. 2), Rz. 978 ff.; Kathrin Müller/Jürgen Bouli, *Ausländische Arbeitskräfte für die Schweizer Wirtschaft*, TREX 2012, 300 ff.
- 16 Wolfgang Portmann, *Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit*, in: Daniel Thürier et al. (Hrsg.): *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU: Handbuch*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 327 ff.; Jürg Marcel Tiefenthal, *Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes*, Zürich 2008, Rz. 54 ff., 166 ff., 253 ff., 279 ff.
- 17 Daniel Oesch, *Die Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen für die Arbeitsmarktregulierung in der Schweiz*, ARV 2012, 120 ff., 124; Daniel Veuve, *Mesures d'accompagnement de l'accord sur la libre circulation des personnes*, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse - UE*, Basel 2001, 289 ff.
- 18 Karin Kaufmann, *Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen*, Basel 2010, 10.
- 19 Siehe <www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26701.pdf>; Daniel Lampart/Gabriela Medici, *Unter welchen Umständen wurden im Rahmen der flankierenden Massnahmen bisher zwingende Mindestlöhne erlassen? Übersicht über die bisherige Praxis*, SGB Dossier Nr. 75, Bern 2011.
- 20 Bundesgesetz vom 8.10.1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhnen (Entsendegesetz, EntsG) (SR 823.20). Siehe dazu Tiefenthal (Fn. 16), Rz. 192 ff.; Kaufmann (Fn. 18), 17 ff.
- 21 Verordnung vom 21.5.2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) (SR 823.201).
- 22 Bundesgesetz vom 28.9.1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) (SR 221.215.311).
- 23 Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).



Lohnunterbietung Normalarbeitsverträge (NAV) gemäss Art. 360a OR mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen werden. Diese Massnahme gilt für alle Betriebe der jeweiligen Branche. Diese beiden Instrumente wurden bis anhin kaum genutzt. Es wird auf sie noch näher eingegangen werden (nachfolgend IV.A. und IV.B.).

[11] Im Rahmen der Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit wurde das EntsG teilrevidiert. Es sieht mit Wirkung zum 15. Juli 2013 in den Bereichen des Bauhaupt- und Baunebengewerbes eine **Solidarhaftung des Erstunternehmers** für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch die Subunternehmer vor (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 und Art. 5 EntsG)²⁴. Das neue Haftungsregime ist nicht nur auf internationale, sondern auch auf reine Binnensachverhalte anwendbar und geht über die Haftung für die Einhaltung bestehender Mindestlohnvorschriften hinaus, indem ein Erstunternehmer auch für die Folgen eines Bauunfalls haftet. Diese Verschärfung der Haftung zielt darauf ab, unerwünschtem Lohn- und Sozialdumping effizienter entgegenzuwirken, indem die Unterbietung von Lohn- und die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen über die ganze Subunternehmerkette hin verhindert werden soll²⁵.

IV. Instrumente der Mindestlohnregulierung in der Schweiz

A. Gesamtarbeitsverträge (GAV)

a. Möglichkeiten

[12] Mit GAV können Mindestlohnregulierungen eingeführt werden. Der Lohn ist jedoch häufig nicht Gegenstand des GAV, sondern wird im einzelnen Unternehmen festgesetzt, entweder in einem Firmentarifvertrag oder in einer individuellen Vereinbarung. Nur etwa die Hälfte der überbetrieblichen Tarifverträge enthalten Mindestlohnvorschriften, während ungefähr zwei Drittel der Firmentarifverträge solche kennen²⁶. Wenn die GAV Mindestlohnregulierungen enthalten, so gelten diese nur für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 356 Abs. 1 und Art. 356b Abs. 1 OR). Das bedeutet, dass grundsätzlich nur diejenigen Arbeitnehmer, welche bei einem Mitglied des Arbeitgeberverbandes angestellt sind, davon profitieren. Es gibt aber Möglichkeiten, mittels derer die normative Wirkung eines GAV auf weitere Arbeitsverhältnisse ausgedehnt werden kann²⁷. Die meisten dieser Möglichkeiten erweitern die Vertragsfreiheit, indem sie es den Parteien des Einzelarbeitsvertrages ermöglichen, die Wirkungen des GAV auf weitere Rechtsverhältnisse auszudehnen (z.B. mittels einer Ausdehnungsklausel), ohne einem Verband beitreten zu müssen.

[13] Des Weiteren gibt es die Möglichkeit der AVE von GAV, welche die Vertragsfreiheit einschränkt und welche hier als Instrument der staatlichen Mindestlohnregulierung relevant ist. Ein wesentliches Ziel der flankierenden Massnahmen besteht - wie gesagt - darin, GAV einfacher als bisher auf alle Arbeitsverhältnisse in der entsprechenden Branche allgemeinverbindlich zu erklären, um so das GAV-System zu stabilisieren. Die AVE durch den Staat ist in der Binnenwirtschaft oftmals eine Voraussetzung für den Abschluss eines GAV. Die Arbeitgeber sind willens, einen GAV zu unterzeichnen, weil und wenn sich alle

²⁴ Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vom 14.12.2012, in Kraft seit 15.7.2013, AS 2012 2121; BBl 2012 3397.

²⁵ Siehe dazu ausführlich Hubert Stöckli/Roger Bieri, Neue Ausfallhaftung von Unternehmen - Teilrevision des Entsendegesetzes vom 14. Dezember 2012, Jusletter vom 24.6.2013; David Equey, La responsabilité solidaire des entrepreneurs de la construction dans le cadre des détachements de travailleurs étrangers, Jusletter vom 15.7.2013.

²⁶ Thomas Geiser, Länderbericht Schweiz, in: Gerhard Ring (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, Baden-Baden 2012, 117 ff., 121. Siehe auch Daniel Lampart/Stefan Rüeegg, Mindestlohn - Situation und Handlungsbedarf, Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlohn (Kurzfassung), Dossier Nr. 80, Bern 2011, 6.

²⁷ Der nachträgliche Beitritt, der formelle Anschluss, ausdehnende Klauseln, die Unterstellungserklärung und einzelvertragliche Abreden, siehe Geiser/Müller (Fn. 2), Rz. 838 ff.



Konkurrenten an diesen halten müssen; seit 2004 sind das auch europäische Betriebe, die Personal in die Schweiz entsenden²⁸. Die Arbeitsmarktöffnung gegenüber Europa stärkt so das gemeinsame Interesse der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände der Binnenwirtschaft, die Beschäftigungsverhältnisse in allgemeinverbindlichen GAV zu regeln²⁹. Da (detaillierte) GAV allen Betrieben einer (Binnenmarkt-)Branche dieselben Mindestlöhne vorschreiben, entziehen sie die Lohnkosten - unterhalb der Mindestlöhne - dem Konkurrenzverhältnis unter Unternehmen. Durch eine AVE wird der persönliche Geltungsbereich von GAV-Bestimmungen auf alle Arbeitsverhältnisse eines Berufs- oder Wirtschaftszweigs ausgedehnt, unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation. Werden die Mindestlohnvorschriften eines GAV allgemeinverbindlich erklärt, dann gelten sie auch für nicht beteiligte Arbeitnehmer und Arbeitgeber derselben Branche (Art. 4 Abs. 1 AVEG i.V.m. Art. 357 OR). Die AVE GAV bewirkt in anderen Worten die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs auf alle Arbeitnehmer und -geber des Berufs oder des Wirtschaftszweigs, unabhängig davon, ob sie Verbandmitglieder sind oder nicht.

[14] Untertarifliche Löhne sind für sie nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR. Insofern haben allgemeinverbindlich erklärte Mindestlohnvorschriften die gleiche Wirkung wie staatliche Mindestlöhne³⁰. Die AVE von GAV ist de lege lata die unmittelbarste Art der staatlichen Mindestlohnfestsetzung. Allerdings bestehen bis anhin auf Kantons- und auf Bundesebene kaum zwingende Mindestlöhne aufgrund von erleichtert allgemeinverbindlich erklärten GAV³¹. Mit der Personenfreizügigkeit und der damit verbundenen Möglichkeit ausländischer Firmen, Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen, hat aber die Anzahl an Arbeitgebern und Arbeitnehmern, welche von einem allgemeinverbindlich erklärten GAV betroffen sind, zugenommen.

[15] Möglichkeiten zur Ausweitung von Tarifverträgen wie die AVE sind ein wirkungsvolles Instrument, um den GAV-Abdeckungsgrad zu erhöhen. Die Regeln der AVE entstammen einer Zeit, als der Schweizer Arbeitsmarkt national geschlossen war, und der Minderheitenschutz im Vordergrund stand; heute hingegen hat vielmehr die Ordnungsfunktion des Schutzes einer Branche vor Lohnunterbietung eine hohe Bedeutung. Die Zahl der allgemeinverbindlich erklärten GAV hat sich zwischen 1995 und 2011 vervierfacht³².

[16] Die AVE von GAV erfolgt auf Antrag aller Vertragsparteien durch behördlichen Akt³³. Sie setzt voraus, dass die Sozialpartner einen gültigen Tarifvertrag mit rechtmässigen Vertragsbestimmungen³⁴ abgeschlossen haben, und dass die Tariffähigkeit³⁵ und Tarifizständigkeit³⁶ der vertragsschliessenden Parteien gegeben war. Durch die AVE von GAV wird die privatrechtliche Konzeption nicht geändert, da

28 Oesch (Fn. 17), 124.

29 Für eine ausführlichere Diskussion siehe Daniel Oesch, *Swiss trade unions and industrial relations after 1990: a history of decline and renewal*, in: Christine Trampusch/André Mach (Hrsg.), *Switzerland in Europe, Continuity and Change in the Swiss Political Economy*, London 2011, 82 ff.

30 Luisa Lepori Tavoli, *Mindestlöhne: Auch in der Schweiz rechtlich möglich*, plädoyer 6/2009, 36 ff., 37.

31 Kaufmann (Fn. 1), 51; Lampart/Medici (Fn. 19), 5.

32 Lampart/Rüegger (Fn. 26), 6; Daniel Oesch, *Weniger Koordination, mehr Markt? Kollektive Arbeitsbeziehungen und Neokorporatismus in der Schweiz seit 1990*, *Swiss Political Science Review* 2007, 337 ff., 348.

33 BGE 128 III 18 f.

34 Z.B. darf der GAV die Rechtsgleichheit nicht verletzen: Art. 2 Ziff. 4 AVEG. Siehe dazu Giacomo Roncoroni, in: SGB (Hrsg.), *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Basel 2009, Art. 2 AVEG N 124 ff.

35 Jean-Fritz Stöckli, *Berner Kommentar*, Bd. VI/2/2/3, Art. 356-360 OR, Bern 1999, Art. 356 OR N 31, 35; Geiser/Müller (Fn. 2), Rz 763 ff. Zur umstrittenen Frage, ob ein Verband überbetrieblich organisiert sein muss, siehe Frank Vischer/Andreas C. Albrecht, *Zürcher Kommentar*, Bd. V/2c, Art. 356-360f OR, Zürich 2006, Art. 356 OR N 52; Thomas Geiser, *Tarifvertragsrecht in der Schweiz*, in: Alpay Hekimler/Gerhard Ring (Hrsg.), *Tarifrecht in Europa*, Baden-Baden 2012, S. 239 ff., 242.

36 Christian Bruchez, in: SGB (Hrsg.), *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Basel 2009, Art. 356 OR N 28 f.



die Behörde weder die Initiative für eine AVE ergreifen noch auf den Inhalt des GAV Einfluss nehmen kann³⁷.

[17] Die Vorteile von Mindestlöhnen in GAV (auch in allgemeinverbindlich erklärten GAV) sind die relativ grosse Akzeptanz infolge der Vertragsverhandlungen der Sozialpartner und die Differenziertheit der Mindestlöhne nach branchen- und berufsspezifischen, regionalen und persönlichen Kriterien.

[18] In einem wichtigen Teil der Branchen existieren (keine oder) nur vereinzelte, kleine GAV³⁸, sodass die AVE keine Option darstellt. Mit der AVE kann keine staatliche Lohnregulierung bzw. Lohnstabilisierung betrieben werden, weil der GAV von der individuellen Privatautonomie beherrscht bleibt³⁹. Andererseits ist genau darin auch ein Vorteil zu sehen: Der Staat muss die Höhe des Mindestlohnes nicht selbst bemessen.

b. Grenzen

[19] In der Schweiz sind nur rund 40% der Arbeitsverhältnisse durch Mindestlöhne in GAV geschützt⁴⁰. Mindestlöhne sind keine zwingenden Elemente von GAV und sie wirken nicht konstitutiv. Sie sind in GAV-Verhandlungen oft heftig umstritten. Voraussetzung für Mindestlöhne in GAV sind organisierte Sozialpartner, die einen GAV abschliessen wollen. In zahlreichen Branchen sind nun aber die Arbeitgeber nur schlecht oder gar nicht organisiert, z.B. im Detailhandel (insb. Kleider), Kuriere, Call-Centers, Fitness-Centers oder Kosmetiksalons, oder die Arbeitgeber wollen keinen GAV (z.B. Schuhverkauf⁴¹) oder keinen GAV mit Mindestlöhnen (z.B. Journalismus) abschliessen. Eine Verhandlungspflicht für die Sozialpartner besteht in der Regel nicht⁴². Das Instrument GAV ist somit als Instrument der Lohnregulierung nur beschränkt wirksam⁴³. Wegen des unvollständigen Abdeckungsgrades der GAV mit Mindestlöhnen bieten diese in gewissen Branchen und Berufen keinen Schutz der Löhne. Alles in allem kann das Instrument der gewöhnlichen GAV unerwünscht tiefe Löhne nur in den Branchen bzw. Berufen bekämpfen, in denen die Arbeitnehmer in Verbänden organisiert sind und mit den Arbeitgebern bzw. ihren Verbänden einen Konsens zum Abschluss eines GAV sowie zur Festsetzung von Mindestlöhnen finden.

[20] Gelingt es, dass überhaupt ein GAV zustande kommt, so stellt eine AVE weitere Anforderungen, die nicht immer erfüllt sind. Die Möglichkeit, Mindestlöhne über AVE zu regulieren bzw. festzulegen, kennt vielerlei Grenzen⁴⁴. Art. 2 AVEG setzt voraus, dass gewisse Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Die AVE muss sich wegen zu erwartenden, erheblichen Nachteilen als notwendig erweisen (Ziff. 1), sie muss das Gesamtinteresse, die Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise sowie Minderheitsinteressen berücksichtigen (Ziff. 2), die muss die Rechtsgleichheit und das zwingende Recht durch GAV respektieren (Ziff. 4), sie muss die Koalitionsfreiheit durch den GAV wahren (Ziff. 5), die Möglichkeit des Beitritts zum GAV für andere Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände muss bestehen (Ziff. 6) und die Möglichkeit des Beitritts zum vertragschliessenden Verband oder die Möglichkeit

37 Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich 2004, 28.

38 Daniel Oesch, Mindestlöhne in der Schweiz: Entwicklungen seit 1998 und Handlungsbedarf heute, SGB Dossier Nr. 56, Bern 2008, 34.

39 Vischer (Fn. 10), 285.

40 Oesch (Fn. 17), 122; Lampart/Rüegger (Fn. 26), 6; SGB, Mindestlöhne - Situation und Handlungsbedarf, Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlohn, Bern 2011, 8 f.

41 Siehe <www.schuhschweiz.ch/index.cfm?page=104943&cfid=634597&cftoken=49158022>.

42 Die am 1.10. 2012 in Kraft getretene, neue Postgesetzgebung in der Schweiz sieht vor, dass alle Postdienstleister (auch private Kurier-, Express- und Paketfirmen), die der Meldepflicht unterliegen, mit den Personalverbänden Verhandlungen über einen GAV führen müssen (Art. 4 Abs. 3 lit. c PG).

43 So auch Yves Flückiger, Tieflohne: Probleme erkennen und lösen, Soziale Sicherheit 3/2001, 118 f.

44 Dazu Stöckli (Fn. 35), 356b OR N 55 ff.; Vischer/Albrecht (Fn. 35), 356b OR N 111 ff.; Roncoroni (Fn. 34), Art. 2 AVEG N 73 ff.



des Anschlusses an den GAV für nichtbeteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss gegeben sein (Ziff. 7)⁴⁵.

[21] Der Antrag zu einer gewöhnlichen AVE kann ausserdem nur gestellt werden, wenn drei verschiedene Quoren erfüllt sind. Diese Quoren dienen dazu, dass die den Tarifvertrag abschliessenden Organisationen repräsentativ sind und mit der AVE nicht eine von einer Minderheit geschaffene Regelung einer Mehrheit aufgezwungen wird⁴⁶. Die drei Quoren sind die Folgenden.

[22] Erstens müssen gemäss Art. 2 Abs. 3 AVEG mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden soll, beteiligt sein. Diese Formulierung ist nicht ganz klar. Sie wird heute so interpretiert, dass mehr als 50% der Firmen beim vertragsschliessenden Arbeitgeberverband organisiert sein müssen⁴⁷. Das kann zu unbefriedigenden Situationen in Branchen führen, in denen mehrere Grosskonzerne (mit zahlreichen kontrollierten Unternehmen) einer grossen Anzahl Kleinst- und Kleinbetrieben gegenüberstehen, welche dann eine AVE blockieren können⁴⁸. Da tendenziell eher grössere Unternehmen in den Arbeitgeberorganisationen organisiert sind, stellt das Arbeitgeberquorum in der Praxis die häufigste Ursache für das Scheitern eines Verfahrens zur AVE dar⁴⁹. Aufgrund dieser Vorgabe kann das Instrument der AVE GAV in der Praxis häufig ihre Wirksamkeit nicht entfalten.

[23] Dieses Problem, welches aus der hohen gesetzlichen Hürde für die AVE resultiert, kann am Beispiel der Kurierbranche illustriert werden. In der ganzen Branche der privaten Kurier-, Express- und Paketdienstleister (= KEP) existiert lediglich ein Firmen-GAV zwischen der Gewerkschaft Syndicom und dem Paketdienstleister DPD (Schweiz) AG. Zwar gibt es mit KEP & Mail eine Arbeitgeberorganisation, die ein GAV-Verhandlungsmandat besitzt und deren Unternehmen knapp die Hälfte der Beschäftigten in der KEP-Branche beschäftigen (womit ein AVE-Quorum knapp erreicht wäre), doch der Verband organisiert deutlich weniger als die Hälfte aller Unternehmen in der Branche. Eine gewöhnliche AVE ist deshalb nicht möglich. Um eine erleichterte AVE anzuwenden, müsste wiederum eine Lohnunterbietung nachgewiesen werden, was nicht einfach ist. Deshalb hat nun der Gesetzgeber reagiert: Das am 1. Oktober 2012 in Kraft getretene neue Postgesetz verpflichtet alle meldepflichtigen Anbieter im KEP-Markt, mit den Arbeitnehmervertretungen in GAV-Verhandlungen zu treten (Art. 4 Abs. 3 lit. c PG). Bereits wurden Verhandlungen zwischen KEP & Mail sowie den Arbeitnehmerorganisationen Syndicom und transfair eingeleitet.

[24] In anderen Branchen konnte das Arbeitgeberquorum nur mit einer Beschränkung des betrieblichen Geltungsbereichs des allgemeinverbindlich erklärten GAV auf Unternehmen ab einer gewissen Betriebsgrösse erreicht werden⁵⁰. Eine derartige Beschränkung stellt sowohl unter Gerechtigkeitsaspekten ein Problem dar, als auch wegen des Umstandes, dass gerade bei kleinen Betrieben die Gefahr von Lohnunterbietungen oder anderen Missbräuchen tendenziell höher ist als bei grösseren Betrieben.

45 Siehe Roncoroni (Fn. 34), Art. 2 AVEG N 78 ff.

46 Vgl. ARV 1957, 104 ff. Nr. 43; Kaufmann (Fn. 18), 38.

47 Nicht 50% der vom GAV betroffenen Arbeitsstätten, siehe Thomas Geiser, Staatliche Lohnregeln - Länderbericht Schweiz, Vortrag Graz 2012, bis anhin unpubliziert; SGB Mindestlöhne (Fn. 40), 109.

48 Siehe SGB Mindestlöhne (Fn. 40), 109.

49 Lampart/Rüegger (Fn. 26), 23.

50 Z.B. GAV Private Sicherheitsdienste (AVE gilt für Betriebe bzw. Betriebsteile, welche private Sicherheitsdienstleistungen erbringen und insgesamt mind. 10 Arbeitnehmer beschäftigen), GAV Reinigungsbranche Deutschschweiz (AVE gilt für Betriebe bzw. Betriebsteile, welche Unterhalts- und Spezial-Reinigungsarbeiten an und in Gebäuden aller Art ausführen und mind. 6 Arbeitnehmer beschäftigen), GAV Personalverleih (AVE gilt für Betriebe, die Inhaber einer Arbeitsverleihbewilligung sind, gemäss Art. 66 UVG in der Klasse 70C SUVA-versichert sind und bezüglich der verliehenen Arbeitnehmer pro Kalenderjahr eine Lohnsumme von mind. CHF 1'200'000.- aufweisen).



[25] Es kommt hinzu, dass es in vielen Branchen und Wirtschaftszweigen gar keine Arbeitgeber gibt, mit denen GAV abgeschlossen werden könnten. Ausserdem bleibt ja auch der Abschluss eines GAV immer im Belieben der Parteien, da der Staat die Sozialpartner nicht zwingen kann, sich auf einen Tarifvertrag zu einigen⁵¹. Gewisse Schwachpunkte liegen auch im sozialpartnerschaftlichen Verfahren begründet, indem z.B. die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer beeinflusst sein kann, wenn infolge der Personenfreizügigkeit Schweizer Arbeitgeber bei kurzfristigen Engpässen vereinfacht auf ausländische Arbeitnehmer zurückgreifen können.

[26] Aus diesen Gründen wird ersichtlich, dass das Arbeitgeberquorum eine einschneidende und gravierende Grenze für das Instrument des allgemeinverbindlich erklärten GAV darstellt. Um die AVE zu erleichtern, könnte das Arbeitgeberquorum abgeschafft oder stark gelockert werden, oder es könnte als 50% der vom GAV betroffenen Arbeitsstätten - und nicht betroffener Firmen - interpretiert werden.

[27] Zweitens muss gemäss Art. 2 Abs. 3 AVEG die Hälfte aller Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden soll, beteiligt sein, d.h. in einer am Vertrag beteiligten Gewerkschaft Mitglied sein oder ihr Arbeitsverhältnis dem GAV unterstellt haben.

[28] Drittens müssen die beteiligten Arbeitgeber gemäss Art. 2 Abs. 3 AVEG mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigen, d.h. eine Mehrheit der Arbeitsverhältnisse muss tatsächlich bereits dem Vertrag unterstehen. Bereits 1956 sah das AVEG vor, dass von diesem Arbeitnehmerquorum abgewichen werden kann. Der Grund lag darin, dass in gewissen Branchen der Organisationsgrad auf Arbeitnehmerseite tief sein kann, weil z.B. zahlreiche Ausländer beschäftigt sind, befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden oder die Rotation hoch ist. Da also bereits heute die Möglichkeit besteht, in begründeten Fällen vom Quorum abzuweichen und von dieser Möglichkeit häufig Gebrauch gemacht wird, hat das Arbeitnehmerquorum eine geringe praktische Bedeutung. Die Ausnahme vom Arbeitnehmerquorum ist in der Praxis des Bundesrates sogar zur Regel geworden; der Anteil der "AVE-Beschlüsse mit Ausnahme" hat seit 1999 konstant und deutlich die 50%-Grenze überschritten⁵². Die Streichung des Arbeitnehmerquorums in Art. 2 Ziff. 3 AVEG würde deshalb zwar zu keiner starken Ausweitung des GAV-Abdeckungsgrades führen, könnte aber das Verfahren verkürzen.

[29] Die Beteiligungsquoten von Art. 2 Ziff. 3 AVEG stellen in gewissen Wirtschaftssektoren eine grosse Hürde dar, weil viele Arbeitgeber an keinem GAV beteiligt sind. Die AVE kann demnach an diesen gesetzlichen Quoren scheitern. Aus diesem Grund sind die Quoren im Rahmen der flankierenden Massnahmen zum Personenfreizügigkeitsabkommen unter den Voraussetzungen von Art. 1a AVEG herabgesetzt worden sind⁵³. Seit Inkrafttreten der Verstärkung der flankierenden Massnahmen am 1. April 2006 wird in Art. 2 Ziff. 3^{bis} AVEG nur noch verlangt, dass die beteiligten Arbeitgeber mindestens 50% aller Arbeitnehmer beschäftigen. Die Repräsentativität des GAV wird trotzdem dadurch gewährleistet, dass eine Mehrheit der Arbeitnehmer einer Branche bei einem durch einen GAV gebundenen Arbeitgeber beschäftigt sein muss⁵⁴.

[30] Der Anwendungsbereich der erleichterten AVE von GAV ist aber gemäss Art. 1a AVEG auf Missbrauchsfälle beschränkt. Die tripartite Kommission im Sinne von Art. 360b OR *kann* demnach die AVE "der Bestimmungen über die minimale Entlohnung und die ihr entsprechende Arbeitszeit sowie die paritätischen Kontrollen des für die

⁵¹ Vischer (Fn. 3), 388 ff.

⁵² Die Parteien eines GAV, die von der Ausnahmeregelung Gebrauch machen wollen, müssen in ihrem AVE-Gesuch begründen, weshalb es gerade in deren Branche schwierig ist, die Arbeitnehmer zu organisieren. Begründet wird dies häufig mit dem hohen Anteil ausländischer, weiblicher und jüngerer Arbeitnehmenden sowie zeitlich befristeter Arbeitsverträge.

⁵³ AB 1999 N 1625, 1627. Eingehend zur erleichterten AVE von GAV und den entsprechenden Voraussetzungen: Portmann (Fn. 16), 339 ff.; Tiefenthal (Fn. 16), Rz. 216 ff.

⁵⁴ Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vom 1.10.2004, BBl 2004, 6565 ff., 6582 ff.; siehe Roncoroni (Fn. 34), Art. 2 AVEG N 114 ff.; Tiefenthal (Fn. 16), Rz. 228 f.

betreffende Branche geltenden" GAV beantragen⁵⁵, wenn sie feststellt "dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden." Allerdings wird der Missbrauchs begriff nicht gesetzlich präzisiert. Es gestaltet sich als schwierig zu beurteilen, wann die Unterbietung von Arbeitsbedingungen als missbräuchlich zu betrachten ist⁵⁶. Dies stellt ein Hindernis für die erleichterte AVE von GAV dar. Bis anhin wurde denn auch einzig der GAV für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz erleichtert allgemeinverbindlich erklärt⁵⁷. Es wird Aufgabe der tripartiten Kommission sein, im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller Umstände zu konkretisieren, ob eine Unterbietung missbräuchlich ist oder nicht⁵⁸.

[31] Bei allgemeinverbindlich erklärten GAV können Mindestlöhne nur in einzelnen Branchen und regelmässig nur für einen geographisch begrenzten Raum eingeführt werden. Dabei kann es zu unterschiedlichen Praxen im Vollzug kommen, wenn in derselben Branche mehrere regionale Kommissionen nebeneinander tätig sind. Regionale Kommissionen können aufgrund der fehlenden Professionalisierung und ungenügender Organisation ausserdem an ihre Grenzen stossen. Auch kann es zu Abgrenzungsproblemen zwischen verschiedenen allgemein verbindlich erklärten GAV kommen. Als Anknüpfungspunkt für den räumlichen Geltungsbereich gilt der Ort, wo sich die Betriebsstätte befindet. Allgemeinverbindlich erklärte GAV sind deshalb problematisch, wenn Betriebs- und Einsatzort auseinanderfallen⁵⁹. Es ist zudem notwendig, dass Mindestlöhne für alle Arbeitnehmerkategorien gelten, die von Tiefelöhnen besonders betroffen sind. Sofern und soweit diese Rahmenbedingungen nicht gegeben sind, kann dieses Instrument zur Problemlösung nicht genügen⁶⁰.

[32] Die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV müssen im Übrigen auch von einem Personalverleih-Unternehmen eingehalten werden, welches Arbeitnehmer einem Betrieb verleiht, der dem GAV untersteht⁶¹. Sie können gemäss dem Entsendegesetz auch gegenüber Arbeitgebern aus dem Europäischen Ausland vollzogen werden, welche ihre Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden⁶², wobei die Durchsetzung von Forderungen wie Vollzugskostenbeiträgen oder Konventionalstrafen gegenüber ausländischen Entsendebetrieben in der Praxis schwierig ist. Es kommt hinzu, dass sich bei Entsendebetrieben viele Arbeitnehmer nur für eine kurze Zeit in der Schweiz aufhalten, was eine Durchführung von Kontrollen (z.B. auf Baustellen) erschwert. Zwar können Lohnabrechnungen auch nachträglich noch schriftlich im Ausland eingefordert werden, kooperiert aber der Entsendebetrieb nicht, so bleibt nur ein mit vielen Unsicherheiten verbundener Prozess im Ausland als Handlungsmöglichkeit übrig.

[33] Nach Art. 18 Abs. 2 AVEG hat die für die AVE zuständige Behörde die AVE ausser Kraft zu setzen, wenn sie von Amtes wegen oder auf Anzeige hin feststellt, dass die Voraussetzungen für die AVE nicht oder nicht mehr erfüllt sind. Dies gilt grundsätzlich auch für Quoren, was aber - wenn angewendet - die Rechtssicherheit empfindlich beeinträchtigt.

⁵⁶ Vgl. statt vieler Kaufmann (Fn. 18), 142 ff.

⁵⁷ BBl 2011 8755.

⁵⁸ Vgl. dazu ausführlich und statt vieler Portmann (Fn. 16), 344 ff.; Tiefenthal (Fn. 16), Rz. 222 ff.; Kaufmann (Fn. 18), 82 ff.

⁵⁹ Siehe dazu Senti (Fn. 8), 16 ff.

⁶⁰ So auch Lepori Tavoli (Fn. 1), Rz. 171.

⁶¹ Art. 20 Abs. 1 Bundesgesetz vom 6.10.1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) (SR 823.11). Siehe dazu Bruchez (Fn. 36), Art. 356 OR N 101 ff.; Tiefenthal (Fn. 16), Rz. 266 ff.

⁶² Art. 2 EntsG. Siehe dazu Bruchez (Fn. 36), Art. 356 OR N 109 ff.

B. Normalarbeitsverträge (NAV)

a. Möglichkeiten

[34] Der NAV stellt berufsspezifisches Gesetzesrecht dar, das entweder für einzelne Regionen oder für die ganze Schweiz in Form einer unselbstständigen Rechtsverordnung vom Bund oder von einem Kanton erlassen wird⁶³. Der NAV ist eine durch die Behörde erlassene Verordnung, welche für bestimmte Arbeitsverhältnisse unmittelbar anwendbare Bestimmungen (Art. 360 Abs. 1 OR) über Abschluss, Inhalt und Beendigung (Art. 359 Abs. 1 OR) des Arbeitsverhältnisses aufstellt. Er soll die soziale Sicherheit gefährdeter Berufsgruppen, deren Arbeitsverhältnisse durch schlechte Arbeitsbedingungen und tiefe Löhne gekennzeichnet sind, schützen. Das Normalarbeitsvertragsrecht hat insofern auch den Zweck, Lücken zu füllen, die das kollektive Arbeitsrecht nicht deckt. Subsidiäre staatliche Mindestlöhne können in NAV festgesetzt werden und gelten entsprechend nur für bestimmte Arbeitsverhältnisse. Sie sind dispositiver Natur, d.h. weder für die Sozialpartner noch für die Parteien eines Einzelarbeitsvertrages verbindlich (Art. 360 Abs. 1 OR). Sie kommen deshalb nur zur Anwendung, wenn im GAV oder Einzelarbeitsvertrag darauf verwiesen oder die Lohnhöhe nicht vereinbart wird (vgl. Art. 322 Abs. 1 OR).

[35] Ein wesentliches Ziel der flankierenden Massnahmen bei der Öffnung des schweizerischen Arbeitsmarktes im Rahmen der Bilateralen Verträge mit der EU war die Einführung der Möglichkeit, in Bereichen, in denen keine GAV bestehen, zwingende staatliche Mindestlöhne in (befristeten) NAV (Art. 360a ff. OR) zu erlassen⁶⁴. Dafür wurde das bereits bestehende Instrument des gewöhnlichen, dispositiven NAV ausgebaut.

[36] NAV mit zwingenden Mindestlöhnen sind im Verhältnis zum GAV eine subsidiäre Massnahme, die nur möglich ist, wenn in der betroffenen Branche kein GAV, ein GAV ohne Lohnbestimmungen oder ein GAV mit Lohnbestimmungen, welche die Voraussetzungen der AVE nicht erfüllen, besteht (Art. 360a Abs. 1 OR). Sie erlauben es in diesen Fällen, Mindestlöhne in Nichtvertragsbranchen oder -berufen einzuführen. Zwingende NAV gelten auch für Arbeitnehmer, die nur vorübergehend im Geltungsbereich des NAV beschäftigt werden, wie entsandte oder verliehene Arbeitnehmer. Durch zwingende NAV wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit in Bezug auf den Lohn relativiert und es wird eine rechtliche Grundlage für staatliche Lohninterventionen geschaffen⁶⁵.

[37] Der Bundesrat hat am 20. Oktober 2010 zum ersten Mal einen NAV mit Mindestlöhnen festgesetzt, nämlich in der Verordnung über den NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, welcher am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist⁶⁶ und bis zum 31. Dezember 2016 verlängert wurde⁶⁷. Dieser NAV gilt für die ganze Schweiz mit Ausnahme des Kantons Genf, welcher schon früher einen entsprechenden NAV für die Hauswirtschaft und einen solchen für den Kosmetikbereich erlassen hatte, und mit Inkrafttreten auf den 1. Februar 2013 auch

⁶³ Wolfgang Portmann, Basler Kommentar OR I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 359 OR N 1; Stöckli (Fn. 35), Art. 359 OR N 1 f.; Vischer/Albrecht (Fn. 35), Art. 359 OR N 2 f.; Frank Vischer, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 397 ff., 401 ff.; Giacomo Roncoroni, in: SGB (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, Art. 359-360f OR N 4.

⁶⁴ Siehe dazu Vischer (Fn. 63), 403 ff.

⁶⁵ Vischer/Albrecht (Fn. 35), Vorbem. zu Art. 359-360f OR N 12; Vischer (Fn. 63), 405; Kaufmann (Fn. 18), 53.

⁶⁶ Verordnung vom 20.10.2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) (SR 221.215.329.4). Siehe dazu den Erläuternden Bericht zur Verordnung vom 20.10.2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft).

⁶⁷ Jurius, NAV Hauswirtschaft: Verlängerung und Anpassung des Mindestlohnes, in: Jusletter 18.11.2013.

für den Einzelhandel⁶⁸. NAV mit zwingenden Mindestlöhnen kennen auch die Kantone Tessin für Angestellte im Bereich von Callcenters, von Schönheitssalons und von Reifendienstleistern ("aziende die riparazione e/o sostituzione gomme "gommisti"), sowie Wallis im Bereich der industriellen Wartung und Reinigung und im Bauhauptgewerbe⁶⁹. Alles in allem muss aber hervorgehoben werden, dass bis anhin nur sehr wenige NAV mit Mindestlohnregulierung erlassen wurden, was mit dem grossen politischen Widerstand gegen NAV zu erklären ist⁷⁰. Das Instrument der zwingenden NAV wird somit nicht annähernd ausgeschöpft.

b. Grenzen

[38] Eine grosse Schwäche des gewöhnlichen NAV besteht darin, dass er ausschliesslich dispositives Recht setzt⁷¹. Die Parteien des Einzelarbeitsvertrages können von den Bestimmungen des NAV - also auch von den Mindestlöhnen - beliebig abweichen und schlechtere Arbeitsbedingungen vereinbaren. In Bereichen mit Kleinunternehmen ist das Instrument des NAV aber effizient, weil solche Unternehmen dazu neigen, die Arbeitsbedingungen nur mündlich festzuhalten, im NAV aber häufig festgehalten wird, dass Abweichungen der Schriftform bedürfen⁷². In dieser Form können Mindestlöhne somit nur funktionieren, wenn die Parteien keine abweichende Lohnabrede getroffen haben.

[39] Im Zusammenhang mit der Öffnung des Arbeitsmarktes mit den bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU wurde vom dispositiven Charakter der NAV eine Ausnahme gemacht⁷³. Der Bund bzw. die Kantone können in einem NAV zwingende Minimallohne festsetzen, wenn innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt und in missbräuchlicher Weise unterboten werden, wenn kein GAV mit Mindestlöhnen vorliegt, der allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 360a Abs. 1 OR), und wenn die Mindestlöhne weder dem Gesamtinteresse noch den berechtigten Interessen anderer Branchen oder Bevölkerungskreise zuwiderlaufen sowie Minderheiteninteressen berücksichtigen (Art. 360a Abs. 2 OR). Unter diesen Voraussetzungen kann die zuständige Behörde zur Bekämpfung oder Verhinderung von Missbräuchen auf Antrag der tripartiten Kommission nach Art. 360b OR einen befristeten NAV erlassen, der nach Regionen und gegebenenfalls Orten differenzierte Mindestlöhne vorsieht (Art. 360 Abs. 1 OR). Die zuständige Behörde *muss* für eine bestimmte Berufsgruppe keinen NAV erlassen, sondern *kann* dies tun⁷⁴. Es handelt sich also um eine "Kann-Bestimmung", was die Effektivität des Instruments dezidiert einschränkt.

[40] Eine sehr grosse Schwäche des Instruments des NAV mit relativ zwingenden Mindestlöhnen liegt darin, dass schwierig abzusehen ist, wann und ob diese greifen⁷⁵. Wie bei der erleichterten AVE von GAV auch, ist es schwierig abzuschätzen, wann nachgewiesen werden kann, dass die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt und in missbräuchlicher Weise unterboten wurden. Es handelt sich hier um

⁶⁸ <www.geneve.ch/ocirt/relation_travail/contrats_types.asp>; <www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html?lang=de>. Siehe dazu Kaufmann (Fn. 1), 55 ff.; Lampart/Medici (Fn. 19), 7 ff.

⁶⁹ Siehe dazu Kaufmann (Fn. 1), 52 ff.; Lampart/Medici (Fn. 19), 9 ff.; <www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html?lang=de>.

⁷⁰ Vgl. Lampart/Medici (Fn. 19), 26.

⁷¹ Roncoroni (Fn. 63), Art. 359-360f OR N 8, N 65 ff.

⁷² Geiser (Fn. 47), unpubliziert.

⁷³ Rémy Wyler, *Droit du travail*, Bern 2008, 64 ff., 68 f.; Kaufmann (Fn. 18), 8 ff.

⁷⁴ Vgl. Lepori Tavoli (Fn. 1), Rz. 204; Dietrich (Fn. 55), 54; Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23.6.1999, BBl. 1999, 4590 ff., 268. Anders Roncoroni (Fn. 34), Art. 1a AVEG N 58; Portmann (Fn. 16), 361 f.; Lampart/Medici (Fn. 19), 26; Streiff/von Kaenel (Fn. 5), Art. 360a OR N 7; Kaufmann (Fn. 18), 55.

⁷⁵ Kaufmann (Fn. 1), 45 ff.; Roncoroni (Fn. 63), Art. 359-360f OR N 83 ff.; Lampart/Medici (Fn. 19), 17 ff.

unbestimmte Rechtsbegriffe, die noch wenig geklärt sind⁷⁶. Der zwingende NAV ist an sehr strenge Voraussetzungen gebunden⁷⁷. Der Gesetzgeber hat aber bewusst auf genaue rechtliche Definitionen verzichtet, um den lokalen Behörden und insb. den tripartiten Kommissionen, welche sich aus Vertretern der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber und des Staates zusammensetzt (Art. 360b OR), einen Ermessensspielraum zu überlassen. Diese Kommissionen definieren somit, was ein orts- und brachenüblicher Lohn ist und empfehlen Regierungsräten allenfalls einen NAV zu verfügen. Die tripartite Kommission stellt das Vorliegen der Voraussetzungen fest und stellt den entsprechenden Antrag an die zuständige Behörde. Damit sie dies tut, muss sie aber dazu motiviert sein und muss sie einen Konsens finden; genau dies kann sich aber in der Praxis als problematisch erweisen⁷⁸ und begrenzt somit die Effektivität des Instruments. Die Zahl der Lohnmissbräuche festzustellen, hängt entscheidend von drei steuerbaren Faktoren ab, der Zahl der Kontrollen, dem Referenzlohn und dem Missbrauchsmodell, welche von den kantonalen tripartiten Kommissionen nach freiem Ermessen definiert werden. Obwohl das Gesetz seit 2004 in Kraft ist, haben bisher nur die Kantone Wallis, Genf und Tessin relativ zwingende NAV erlassen.

[41] Das Instrument der NAV mit zwingenden Mindestlöhnen hat einige weitere Grenzen, welche die Effektivität des Instruments stark begrenzen. Ebenfalls wie die AVE GAV hat der NAV mit zwingenden Mindestlöhnen keine präventive Wirkung, weil er erst nach der Lohnunterbietung eingeführt wird⁷⁹. Der NAV mit zwingenden Mindestlöhnen ist ausserdem gemäss Art. 360a Abs. 1 OR befristet. Kann nach Ablauf der Frist keine Lohn-Unterbietung mehr nachgewiesen werden, so wird der NAV nicht verlängert, was zur Folge hat, dass bei Wirksamkeit des NAV der Schutz der Mindestlohnregulierung wieder wegfällt. Die entsprechenden Mindestlöhne kennen auch hier Grenzen, indem sie auf die im NAV umschriebene Branche und auf entsprechende Kantone oder Regionen beschränkt sind⁸⁰. Eine Ausdehnung der NAV durch die tripartiten Kommissionen auf verwandte Berufe oder die gesamte Branche ist nicht möglich.

[42] Innerhalb der flankierenden Massnahmen wird Bestandsschutz angestrebt⁸¹, d.h. es wird bei allgemeinverbindlich erklärten GAV und relativ zwingenden GAV auf die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne abgestellt und nicht auf existenzsichernde Löhne. Die Bestimmung der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne ist somit der Dreh- und Angelpunkt der flankierenden Massnahmen. Es sind alle Elemente der Entlohnung (Art. 322-322d, 324a und 324b, 326 und 329d OR), die vom Arbeitgeber bezahlten Sozialbeiträge und allfällige Lohnzuschläge und Naturalleistungen, zu vergleichen. Für die NAV mit zwingenden Mindestlöhnen gilt, dass es schwierig sein kann festzulegen, welcher Lohn im NAV gelten soll⁸², da die Löhne durch die Unterbietung gesenkt wurden und unklar sein kann, welches die früheren Löhne waren, die vor der Unterbietung üblich waren. Insbesondere besteht die Gefahr, dass die infolge der Lohnunterbietung gesunkenen Löhne und nicht die früheren, üblichen Löhne im NAV festgeschrieben werden.

⁷⁶ Vgl. statt vieler Kaufmann (Fn. 18), 108 ff., 121, 142 ff.

⁷⁷ Roncoroni (Fn. 63), Art. 359-360f OR N 82 ff.; Tiefenthal (Fn. 16), Rz. 243 ff.

⁷⁸ Siehe dazu z.B. Andreas Valda, Kantone gegen Mindestlöhne, Tagesanzeiger vom 26.4.2013,

⁷⁹ Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999, 6128 ff., 6395; Bericht über flankierende Massnahmen zur Einführung des freien Personenverkehrs im Rahmen des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit (BWA), Bern 1999, 12; Kaufmann (Fn. 18), 52.

⁸⁰ Kaufmann (Fn. 18), 63 ff.

⁸¹ Siehe Vischer (Fn. 3), 377; Vischer/Albrecht (Fn. 35), Vorbem. zu Art. 359-360f OR N 13; Lampart/Medici (Fn. 19), 6; Kaufmann (Fn. 18), 50.

⁸² Vgl. dazu Tiefenthal (Fn. 16), Rz. 242.

C. Ausländergesetz

[43] Bei der Anstellung ausländischer Arbeitskräfte müssen die zwingenden schweizerischen Arbeitsbestimmungen ebenfalls eingehalten werden. Gemäss Ausländergesetz müssen die Arbeitsverhältnisse ausländischer Arbeitskräfte die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhalten⁸³, damit diese von der Arbeitsmarktbehörde eine Arbeitsbewilligung erteilt bekommen. Die Lohnbedingungen stellen auf die Lohnvorschriften in GAV und NAV ab, sowie auf die üblichen Löhne im selben Betrieb und in derselben Branche. Fehlt ein vergleichbarer Betriebslohn, so ist der im betreffenden Wirtschaftszweig übliche regionale Lohnansatz für ähnliche Arbeiten anzuwenden⁸⁴. Es findet somit eine Art staatlicher Lohnkontrolle statt, wobei auf die statistischen Erhebungen bezüglich des üblichen Lohnes abgestellt wird. Wird im Rahmen der staatlichen Kontrolltätigkeit festgestellt, dass der im Gesuch zur Erteilung einer Arbeitsbewilligung deklarierte übliche Lohn nicht eingehalten wird, besteht für die Behörden die Möglichkeit, die Bewilligung wegen Wegfall einer Bewilligungsvoraussetzung zu widerrufen. Diese Überprüfung findet aber nur stichprobenartig statt. Die staatliche Lohnkontrolle ist somit insofern beschränkt, als in der Praxis die kantonalen Arbeitsinspektorate ex post nicht systematisch prüfen werden, ob der angegebene Lohn effektiv ausbezahlt wurde.

[44] Der die Grundlage der Arbeitsbewilligung bildende Lohn oder der Mindestlohn gemäss allgemeinverbindlich erklärtem GAV kann vom Arbeitnehmer zivilrechtlich eingeklagt werden⁸⁵. Der zivilrechtliche Anspruch besteht selbst dann, wenn der Arbeitgeber es unterlassen hat, die Bewilligung einzuholen und den Arbeitnehmer zu einem schlechteren Lohn schwarz beschäftigt oder ihn für eine andere Tätigkeit einsetzt, als die in der Bewilligung genannte.

[45] Aufgrund des Abkommens über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der EU dürfen gegenüber den Europäern keine strengeren Vorschriften angewendet werden als gegenüber den Inländern, was bedeutet dass die genannten Regeln *für Personen aus der EU nicht* gelten. Für Ausländer aus Mitgliedstaaten der EU sowie aus Vertragsstaaten des EFTA-Übereinkommens gilt die persönliche Freizügigkeit (Art. 2 Abs. 2 und 3 AuG). Sie haben u.a. das Recht zur Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz sowie das Recht auf Gleichbehandlung mit den einheimischen Arbeitskräften in Bezug auf Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 2 und 7 lit. a FZA; Art. 20 Abs. 2 lit. a und Art. 9 Anhang K EFTA-Übereinkommen)⁸⁶. Sie haben somit das Recht auf den sog. *Paritätslohn*, d.h. auf den gleichen Lohn, der anderen Arbeitnehmerkategorien für gleichwertige Arbeit bezahlt wird. Dieser stellt den marktüblichen Lohn dar⁸⁷. Sie brauchen aber - anders als die restlichen Ausländer gemäss Art. 22 AuG - keine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz und ihre Lohnbedingungen unterstehen keiner präventiven Kontrolle. Die behördliche Kontrolle der Arbeitsbedingungen, welche die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Löhne durchsetzt und damit die bestehenden GAV schützt, ist weggefallen.

[46] Es ist somit nicht möglich, die europäischen Ausländer vor unüblich tiefen Löhnen zu schützen. Auf den Europäer dürfen nur jene Lohnbestimmungen angewendet werden, die auch für einen Schweizer zwingend sind. Damit erhalten hier allgemeinverbindlich erklärte GAV und NAV mit zwingenden Minimallöhnen Bedeutung. Nur soweit solche Bestimmungen bestehen, kann eine Unterbietung der Arbeitsbedingungen durch Arbeitnehmer aus der EU verhindert werden.

⁸³ Art. 22 des Bundesgesetzes vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (SR 142.20), in Kraft seit 1.1.2008.

⁸⁴ SGB Mindestlöhne (Fn. 40), 94.

⁸⁵ BGE 122 III 110; 129 II 618; 135 III 162 ff.; Felix Klaus, Ausländische Personen als Arbeitnehmende, in: Peter Übersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. VIII, Ausländerrecht, Basel 2009, 819 ff., Rz. 17.62.

⁸⁶ Lepori Tavoli (Fn. 1), Rz. 36.

⁸⁷ Lepori Tavoli (Fn. 1), Rz. 31.



D. Öffentliches Beschaffungswesen

[47] Unternehmen, die öffentliche Beschaffungen ausführen, müssen laut eidgenössischen und kantonalen Submissionsvorschriften orts- und branchenübliche Löhne bezahlen. In Zusammenhang mit der Vergabe von Staatsaufträgen können Bund und Kantone also verlangen, dass die beauftragten Firmen ihren Arbeitnehmern gewisse Mindestarbeitsbedingungen - unter anderem einen gewissen Mindestlohn - gewähren, wobei die Bestimmungen am Ort der Leistung massgebend sind.

[48] So vergibt z.B. der Bund gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BöB⁸⁸ Aufträge für Leistungen in der Schweiz nur an Anbieter, welche die Einhaltung der Arbeitsbedingungen, der Arbeitsschutzbestimmungen sowie der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau gewährleisten. Als einzuhaltende Mindestarbeitsbedingungen gelten auf Bundesebene die gesamtarbeitsvertraglichen oder die normalarbeitsvertraglichen Bestimmungen; wo solche fehlen, sind die tatsächlichen orts- und berufsublichen Arbeitsbedingungen einzuhalten (Art. 7 Abs. 1 VöB⁸⁹). Kommt ein Anbieter dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Auftraggeber den Zuschlag widerrufen oder den Anbieter aus dem Verfahren ausschliessen (Art. 11 lit. d BöB). Die Durchsetzung der Bestimmungen von Art. 8 BöB ist allerdings in der Praxis problematisch. Es ist schwierig zu überprüfen, ob Mindestlöhne tatsächlich eingehalten werden, und Konventionalstrafen oder der Widerruf des Zuschlags bei einer festgestellten Lohnunterbietung sind selten⁹⁰.

[49] Die Kantone haben regelmässig ähnliche gesetzliche Regeln für ihre öffentlichen Aufträge, wobei sie in beschränkten Rahmen sogar schärfere Regeln vorsehen können⁹¹. Sie dürfen dabei den Kreis der zu berücksichtigenden Bewerber nicht auf jene beschränken, die sich formell einem Tarifvertrag unterstellt haben⁹².

[50] Die Lehre geht davon aus an, dass sich aus dem Zuschlag für einen öffentlichen Auftrag an ein Unternehmen auch ein zivilrechtlicher Anspruch der Arbeitnehmer gegen dieses Unternehmen auf Einhaltung der entsprechenden Löhne ergibt⁹³. Ein solcher Anspruch lässt sich einerseits aufgrund der sog. Rezeptionsklausel gemäss Art. 342 Abs. 2 OR konstruieren, die besagt, dass aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Schutze der Arbeitnehmer zivilrechtliche Ansprüche entstehen, die auch als solche eingeklagt werden können. Andererseits kann im Zuschlag bzw. im Vertrag, den der Staat mit dem Unternehmer auf der Basis eines bestimmten Lohnniveaus abschliesst, ein Vertrag zugunsten Dritter erblickt werden, sodass die Arbeitnehmer ihren Anspruch auf diese Abmachung stützen können.

[51] Regelungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen können somit einen Einfluss auf die Verbreitung von GAV haben. In der Verknüpfung der Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Einhalten sozialer Lohnstandards liegt ein grosses Potential zur Förderung von GAV. Eine staatliche Festsetzung von Mindestlöhnen kann in anderen Worten indirekt auch durch das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes und der Kantone erfolgen. Nach dem Urteil *Rüffert* des EuGH⁹⁴ sind im öffentlichen Beschaffungswesen für ausländische Entsendebetriebe aber nur GAV einzuhalten, welche in einem von der Richtlinie vorgesehenen Modus eingeführt worden sind, wenn sie also für alle Betriebe in der betreffenden Branche in gleicher Weise gelten. Zwar ist die Schweiz an die Rechtsprechung des EuGH nicht gebunden, jedoch dürfte dieser Entscheid die Tendenz aufzeigen. Auch aus

⁸⁸ Bundesgesetzes vom 16.12.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) (SR 172.056.1).

⁸⁹ Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) (SR 172.056.11).

⁹⁰ SGB Mindestlöhne (Fn. 40), 94, 103.

⁹¹ Vischer (Fn. 10), 294.

⁹² BGE 102 Ia 533; 124 I 107 ff.

⁹³ So Geiser (Fn. 47), unpubliziert; Lepori Tavoli (Fn. 1), 23; Manfred Rehbinder, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/2/2, Der Einzelarbeitsvertrag: Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 342 OR N 16.

⁹⁴ EuGH vom 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*. Vgl. Christa Tobler, Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten Systems des bilateralen Rechts, Jusletter vom 30.9.2013, N 54 ff.

verfassungsrechtlichen Gründen verlangen die öffentlichen Beschaffungsstellen von den Anbietern keinen Abschluss eines GAV und keinen Anschluss an einen bestehenden GAV⁹⁵.

E. Konzessionen

[52] Bei der Erteilung von Konzessionen bzw. Bewilligungen für Tätigkeiten oder Nutzungen, die dem Gemeinwesen vorbehalten sind, wird oftmals die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen verlangt. Es wird gesetzlich vorgesehen, dass gewisse Arbeitsbedingungen eingehalten werden müssen, dass z.B. die konzessionierten Unternehmen "die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten" müssen⁹⁶, oder dass der Konzessionsnehmer "Gewähr bietet, dass er die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche (...) einhält"⁹⁷. Allerdings kann sich der "programmatische" Inhalt dieser Bestimmungen in der Praxis als wenig effektiv zeigen. So besteht z.B. im KEP-Bereich bis anhin kein GAV⁹⁸.

[53] Was genau mit der Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen gemeint ist, wird in den entsprechenden Verordnungen regelmässig nicht definiert und bleibt somit unklar. Setzen z.B. die Arbeitsbedingungen eines marktbeherrschenden Anbieters den Massstab für die Marktüblichkeit? Damit würde der firmeninterne GAV faktisch auf die anderen Unternehmen ausstrahlen.

[54] In der Regel sind die Konzessionsbehörden mangels Infrastruktur und Fachwissen nicht in der Lage, die Einhaltung der entsprechenden Arbeitsbedingungen zu kontrollieren, womit die die Mindestlohnregulierung mittels dieses Instruments wenig effizient ist⁹⁹. Die Durchsetzung ist problematisch. Sie hängt regelmässig davon ab, ob die Gewerkschaften derart Druck auf die Behörde ausüben können, dass die Konzessionsnehmer dem Anliegen freiwillig nachkommen. Alles in allem ist aber weder die Auslagerungen öffentlicher Aufgaben noch die Liberalisierung von Märkten von einer GAV-Abdeckung abhängig.

F. Finanzhilfen und andere Subventionen

[55] Bei der Gewährung von Finanzhilfen der öffentlichen Hand oder anderen Subventionen müssen die Behörden darauf achten, diese nicht an Empfänger zu vergeben, welche offensichtlich und systematisch gegen die geltenden GAV bzw. üblichen Arbeitsbedingungen verstossen¹⁰⁰. In den meisten Branchen sind dementsprechend Finanzhilfen und andere Subventionen an die Einhaltung von orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen gebunden¹⁰¹. So setzt z.B. die Gewährung einer Finanzhilfe für die Herstellung eines Films nicht nur voraus, dass vom Produzenten die "zwischen den Verbänden vereinbarten Richtlinien (...) oder branchenüblichen" Arbeitsbedingungen eingehalten werden, sondern es können auch nur die entsprechenden Kosten für die Finanzhilfe angerechnet werden¹⁰². Der Staat kann somit nicht nur minimale Arbeitsbedingungen, sondern faktisch auch Maximallöhne festlegen.

⁹⁵ Lampart/Rüegger (Fn. 26), 22.

⁹⁶ So Art. 6 lit. c des Fernmeldegesetzes vom 30.4.1997 (FMG) (SR 784.10); Art. 5 Abs. 2 lit. b des Postgesetzes vom 30.4.1997 (PG) (SR 783.0).

⁹⁷ So Art. 44 des Bundesgesetzes vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen (RTVG) (SR 784.40).

⁹⁸ Vgl. aber www.syndicom.ch/de/newsaktivitaeten/news/news-detailansicht/news/gav-verhandlungen-im-kep-und-mail-bereich-gestartet.html.

⁹⁹ So Geiser (Fn. 47), unpubliziert.

¹⁰⁰ SGB Mindestlöhne (Fn. 40), 103.

¹⁰¹ Vgl. dazu BGE 124 I 107, wonach die Verknüpfung von staatlicher Hilfe für Unternehmen mit dem Beitritt zu einem GAV eine unzulässige Einschränkung der Vereinigungsfreiheit darstellt.

¹⁰² Art. 12 Abs. 2 der Verordnung des EDI vom 20.12.2002 über die Filmförderung (FiFV) (SR 443.113). Vgl. auch Art. 5 Abs. 1 der Verordnung des UVEK vom 5.10.2007 über Radio und Fernsehen (SR 784.401.11).

[56] Nicht in allen Branchen sind aber Finanzhilfen und andere Subventionen an die Einhaltung von orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen gebunden. Eine gewichtige Ausnahme bildet z.B. die Landwirtschaft¹⁰³. Die Vergabe staatlicher Finanzhilfen und anderer Subventionen wird nicht generell davon abhängig gemacht werden, dass in der jeweiligen Branche GAV mit Mindestlöhnen oder NAV mit Mindestlöhnen existieren, um so die Arbeitsbedingungen in allen Branchen zu schützen. Dies wäre z.B. bei Subventionen an Kindertagesstätten oder Privatschulen, welche von den Kantonen vergeben werden, von Vorteil.

V. Anspruch auf einen existenzsichernden Lohn?

[57] Umstritten und von der Rechtsprechung nach wie vor nicht entschieden ist die Frage, ob sich ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer Existenzsicherung direkt aus der Verfassung ableiten lässt. Thomas Geiser¹⁰⁴ hat schon vor Jahren die Meinung vertreten, dass - gestützt auf Art. 7 BV zum Schutz der Menschenwürde, Art. 12 BV Anspruch auf Hilfe, Betreuung und Mittel in Notlagen, und Art. 41 BV zur Verpflichtung von Bund und Kantonen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können - 100%-Arbeitsverträge ohne existenzsichernden Lohn nicht zulässig seien, weil sie der öffentlichen Ordnung widersprüchen¹⁰⁵. Somit sei die Lohnabrede bei einem Arbeitsvertrag mit einem nicht-existenzsichernden Lohn nichtig. Geschuldet sei dann nicht der vereinbarte, sondern der übliche und existenzsichernde Lohn¹⁰⁶. Diese Überlegungen sind allerdings in der Literatur in den ganzen Jahren seit deren Publikation nur sehr zurückhaltend aufgenommen worden¹⁰⁷.

[58] Ein Anspruch auf einen existenzsichernden Lohn könnte sich auch aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz ableiten lassen.

[59] Erstens hat die Schweiz den UNO-Pakt I über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 ratifiziert¹⁰⁸. Art. 7 lit. a Ziff. ii UNO-Pakt I verpflichtet die Vertragsstaaten, das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, welche einen angemessenen Lebensunterhalt für ihn und seine Familie sichern, anzuerkennen. Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden festgehalten, dass der UNO-Pakt I grundsätzlich nicht direkt anwendbar ist, weil er keine individuellen Rechte gewährt, sondern die Staaten zu einer bestimmten Gesetzgebung verpflichten will¹⁰⁹. Es ist nicht zu erwarten, dass das Bundesgericht eine direkte Anwendbarkeit der Norm zu den Mindestlöhnen annimmt¹¹⁰.

[60] Zweitens hat die Schweiz das ILO-Übereinkommen Nr. 26 über die Einrichtung von Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen vom 16. Juni 1928 ratifiziert¹¹¹. Das ILO-Übereinkommen Nr. 26 verlangt nur, dass die Vertragsstaaten ein Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen in gewissen Wirtschaftszweigen einrichten. Sie verpflichtet die Schweiz, in denjenigen Gewerben oder Teilen von Gewerben, in denen

¹⁰³ SGB Mindestlöhne (Fn. 40), 103 f.

¹⁰⁴ Geiser (Fn. 9), 809 ff.

¹⁰⁵ Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 OR.

¹⁰⁶ Geiser (Fn. 9), 825 f.

¹⁰⁷ Siehe Kaufmann (Fn. 18), 126; Lepori Tavoli (Fn. 1), Rz. 227, 230.

¹⁰⁸ Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Recht (SR 0.103.1).

¹⁰⁹ BGE 120 Ia 12; 130 I 113; 133 I 166. Mangels genügender Justiziabilität hat das Bundesgericht in BGE 136 I 290 eine Bezahlung der staatlicher Feiertage für Arbeitnehmer im Stundenlohn trotz Art. 7 Bst. d UNO-Pakt I abgelehnt. A.M. Wolfgang Portmann/Christine Petrovic, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 20a ArG N 17 ff.; Pascale Byrne-Sutton, Le contrat de travail à temps partiel, Zürich 2001, 145 f.; Thomas Geiser, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, 243 ff.

¹¹⁰ So auch Lepori Tavoli (Fn. 1), Rz. 219; Geiser (Fn. 47), unpubliziert.

¹¹¹ Übereinkommen Nr. 26 vom 16.6.1928 über die Einrichtung von Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen (SR 0.822.713.6).



keine wirksamen Einrichtungen zur Festsetzung der Löhne bestehen und in denen die Löhne aussergewöhnlich niedrig sind, entsprechende Massnahmen zu treffen, um diese Lücke zu schliessen. Dieser Verpflichtung ist die Schweiz wenigstens teilweise nachgekommen¹¹². Ein Anspruch auf die Festsetzung eines allgemeinen Mindestlohnes lässt sich diesem Abkommen nicht entnehmen.

VI. Zusammenfassung

[61] schweizerische Rechtsordnung kennt de lege lata verschiedene Instrumente, um in die Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzugreifen und u.a. Mindestlöhne festzusetzen. Die Voraussetzungen, um von dieser Möglichkeit von Bund und Kantonen, Gebrauch zu machen, sind restriktiv und die entsprechenden Bestimmungen beschränken sich immer auf bestimmte Wirtschaftszweige, meist auch auf bestimmte Kantone. Es überrascht deshalb nicht, dass die Schweiz im internationalen Vergleich eine tiefe Abdeckung mit Mindestlöhnen hat.

[62] Es gibt aber durchaus Instrumente, die nutzbar und ausbaubar wären, so die durch die flankierenden Massnahmen neu zur Verfügung gestellten Instrumente der erleichterten AVE GAV und den NAV mit zwingenden Mindestlöhnen. Diese Instrumente wurden als Folge der Öffnung des schweizerischen Arbeitsmarktes für Arbeitnehmer aus dem EU-Raum im Rahmen der Freizügigkeitsabkommen eingeführt und erlauben branchenbezogene und regionale Mindestlöhne. Beide Optionen stellen eine grundlegende Neuerung dar, da es bis anhin in der Schweiz keine staatlich verordneten Minimallohne gab.

[63] Die gemachten Ausführungen haben gezeigt, dass und weshalb bis anhin der erleichtert allgemeinverbindlich erklärte GAV und der NAV mit zwingenden Mindestlöhnen kaum benutzt werden.

[64] Mit den im Rahmen der flankierenden Massnahmen bestehenden zwingenden NAV steht seit einigen Jahren in der Theorie ein gesetzliches Instrument zur Verfügung, welches den kantonalen Regierungen und dem Bundesrat den Erlass von verbindlichen Mindestlöhnen für ausgewählte Branchen ermöglichen könnte, in denen keine GAV bestehen. NAV mit zwingenden Mindestlöhnen können einen verstärkten gesetzlichen oder gesetzes-ähnlichen Schutz bieten¹¹³. Die NAV mit zwingenden Mindestlöhnen bilden einen Ansatz für ein Instrument, mittels dessen der Staat ein Vertragswerk ohne Vorhandensein einer Arbeitgebervertretung errichten kann¹¹⁴. Dieses Instrument weist aber in der derzeitigen Form eine Vielzahl von Grenzen auf, sodass die in der Theorie bestehenden, gesetzlichen Instrumente in der Praxis nicht zufriedenstellend genutzt werden können.

[65] Die formal existierenden Möglichkeiten gesetzlicher, verbindlicher Mindestlöhne werden heute also systembedingt nicht ausgeschöpft. Dies liegt an zahlreichen Grenzen aller Instrumente, welche in diesem Beitrag aufgezeigt wurden. Zu diesen Grenzen gehören die strengen Voraussetzungen (z.B. die Quoren), welche bedeutende Hürden für die Anwendung und Durchsetzung dieser Instrumente aufstellen, die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe, der Organisationsgrad der Arbeitgeber und die Abhängigkeit der zuständigen Behörden vom politischen Willen. Das Instrument des allgemeinverbindlich erklärten GAV entfaltet somit in der Rechtspraxis ebenfalls nicht das Potential, welches im Gesetzestext angelegt wäre.

[66] Es wäre sinnvoll, diese beiden bestehenden Instrumente zu verbessern und vermehrt zu benutzen, da sie durchaus das Potenzial zur Ausweitung der Abdeckung mit Mindestlöhnen mit sich bringen. Die erleichterte AVE von GAV könnte gefördert werden, indem die AVE von GAV weiter vereinfacht würde, z.B. durch eine Senkung der Quoren bzw. Neudefinition der Quoren oder eine Simplifizierung des Verfahrens. Der Erlass von NAV mit zwingenden Mindestlöhnen könnte erleichtert werden, indem

¹¹² Vgl. dazu im Einzelnen Lepori Tavoli (Fn. 1), Rz. 221.

¹¹³ Andreas Rieger, Entwicklung und Bedeutung der GAV in der Schweiz, in: SGB (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, 97ff., 116 Rz 61.

¹¹⁴ Lampart/Rüegger (Fn. 26), 10.



die Voraussetzungen der zwingenden NAV an diejenigen des gewöhnlichen NAV angepasst würden. Eine andere Möglichkeit wäre, bei beiden Instrumenten die Bedingung der wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung zu streichen¹¹⁵. Eine derartige Optimierung der bestehenden Instrumente zur Bekämpfung der tiefen Löhne wäre selbstverständlich vom politischen Willen abhängig¹¹⁶.

¹¹⁵ SGB Mindestlöhne (Fn. 40), 28 f., 107 ff.

¹¹⁶ So schon Daniel Oesch/Serge Gaillard, Expertenbericht Mindestlöhne, SGB, Bern 2000, Rz. 17.