SGB | USS
www.sgb.ch | www.uss.ch

DOSSIER NR. 75

Erlass von Mindestlöhnen aufgrund der flankierenden Massnahmen

Eine Praxisübersicht

Februar 2011
Daniel Lampart/Gabriela Medici

SGB | USS
www.sgb.ch | www.uss.ch

Inhalt

Einleitung - Grundsätzliches 5

Fälle, die bisher zum Erlass zwingender Mindestlöhne führten 7

1 Anwendungen im Kanton Genf 7

1.1 NAV Hauswirtschaft 7

1.2 NAV Kosmetik 9

2 Anwendungen im Kanton Tessin 9

2.1 NAV Callcenter 9

2.2 NAV Kosmetik 10

3 NAV industrielle Wartung und Reinigung, Kanton Wallis 10

4 NAV Hauswirtschaft, national 11

Wie werden die flankierenden Massnahmen angewendet? 13

5 Wie wird der Prozess ausgelöst, der zu einem verbindlichen NAV führt? 13

6 Analyse der Situation in einer Branche 13

7 Bestimmung der üblichen Löhne 14

7.1 Begriff des Lohns / vom Lohn umfasste Bestandteile 14

7.2 Begriff der Üblichkeit des Lohns 16

7.2.1 Orts-, Berufs- und Branchenüblichkeit 18

7.2.2 Feststellung der Üblichkeit 19

7.3 Die Unterbietung des üblichen Lohns 21

7.3.1 Begriff der Lohnunterbietung 21

7.3.2 Feststellung der Unterbietung 21

8 Missbrauchsgrenzen 22

9 Notwendigkeit eines Verständigungsverfahrens 24

10 Weitere Anwendungsvoraussetzungen? 24

10.1 Auswirkungen der Lohnunterbietungen 25

10.2 Kriterium Auslandbezug 25

10.3 Pflicht einen Antrag zu stellen? 26

Fazit 27

Literaturverzeichnis 29

Materialverzeichnis 30

Einleitung - Grundsätzliches

Die Einführung der Personenfreizügigkeit brachte grundlegende Änderungen für den schweizerischen Arbeitsmarkt. Sie hat das frühere System mit Kontingenten, Inländervorrang und vorgängiger Kontrolle der Löhne und Arbeitsbedingungen von Ausländern abgelöst und den schweizerischen Arbeitsmarkt für die Arbeitskräfte aus den EU-Staaten geöffnet.

Zeitgleich mit der Personenfreizügigkeit traten auch die flankierenden Massnahmen in Kraft. Die flankierenden Massnahmen sollen verhindern, dass die Öffnung des Arbeitsmarktes zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen und Löhne in der Schweiz führt. Insbesondere soll verhindert werden, dass in der Schweiz der Wettbewerb zwischen den Unternehmen über den Lohn ausgetragen und inländische Arbeitnehmende aus dem schweizerischen Arbeitsmarkt verdrängt werden. Die flankierenden Massnahmen wirken sich somit voll auf den Binnenwettbewerb aus – kein teilnehmender Arbeitgeber darf aufgrund erheblich tieferer Lohnkosten einen Wettbewerbsvorteil erhalten.

Mit den flankierenden Massnahmen werden die Löhne und Arbeitsbedingungen in der Schweiz erstmals systematisch überprüft. Heute kontrollieren schweizweit rund 150 Kontrolleure die Arbeitsbedingungen auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt. Wenn sie Druck auf die Schweizer Löhne feststellen, können verbindliche Mindestlöhne eingeführt werden. Diese Möglichkeit ist neu: Gesetzliche, verbindliche Mindestlöhne kannte der Schweizerische Arbeitsmarkt bisher nur im Rahmen allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge.

Die Entwicklung des Schweizer Arbeitsmarkts wird seit der Einführung der Personenfreizügigkeit von verschiedenen Akteuren beobachtet und untersucht. Gemeinsam sind den so entstandenen Berichten und Statistiken, dass in verschiedenen Branchen Druck auf die Löhne und somit Handlungsbedarf geortet wurde. Bis heute wurden die Instrumente der flankierenden Massnahmen aber einzig in den Kantonen Genf, Wallis und Tessin angewendet und Normalarbeitsverträge (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen im Bereich der Hauswirtschaft, der Kosmetik, der Callcenter und der industriellen Wartung und Reinigung erlassen. Anfang 2011 ist zudem ein nationaler NAV Hauswirtschaft in Kraft getreten. Das zweite Instrument der flankierenden Massnahmen, die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung (AVE), mit der ebenfalls zwingende Mindestlöhne eingeführt werden können, wurde bisher noch nicht angewandt.

Die flankierenden Massnahmen sind nun seit mehr als 5 Jahren in Kraft, eine erste Analyse der neu geschaffenen Instrumente ist deshalb geboten. Dafür soll in den folgenden Ausführungen von den ersten Anwendungen der flankierenden Massnahmen ausgegangen werden. Es soll aufgezeigt werden, in welchen Fällen der Handlungsbedarf ausgewiesen erschien und die Arbeitnehmenden vor Lohndumping geschützt wurden. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf eine Untersuchung der Anwendung der flankierenden Massnahmen in Branchen ohne allgemeinverbindliche GAV, weil es bisher nur hier zum Erlass zwingender Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen gekommen ist.

Im zweiten Teil folgen Überlegungen, was für Schlüsse aus der bisherigen Handhabung zu ziehen sind, und welche einheitlichen Kriterien daraus für die zukünftige Anwendung der flankierenden Massnahmen abgeleitet werden können. Durch die Analyse der bisherigen Anwendungen sollen die bisweilen vagen Gesetzesbestimmungen konkretisiert werden – erst die Praxis zeigt, wie die flankierenden Massnahmen angewendet werden können, und unter welchen Bedingungen die neuen Instrumente greifen.

Zwingende Mindestlöhne: Die rechtlichen Grundlagen

Für die Umsetzung der flankierenden Massnahmen in Branchen ohne AVE GAV sind die tripartiten Kommissionen zuständig. Die tripartiten Kommissionen setzen sich zu je einem Drittel aus Vertretern der beiden Sozialpartner und des Staates zusammen. Sie haben den Auftrag, den Arbeitsmarkt zu beobachten. Stellen sie Fälle von Lohndumping fest, haben sie gegenüber der zuständigen Behörde einen Antrag auf Erlass einer erleichterten AVE oder eines NAV mit verbindlichem Mindestlohn zu stellen.

Das Verfahren zum Erlass zwingender Mindestlöhne ist zweigeteilt. In einer ersten Phase stellen die tripartite Kommission eines Kantons oder des Bundes einen Antrag auf Erlass einer erleichterten AVE oder eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen, sofern sie Lohndumping feststellen. Sodann folgt der eigentliche Erlass der Mindestlöhne durch Regierungsbeschluss. Das Gesetz verlangt dafür, dass folgende materielle Voraussetzungen erfüllt sind:

In einer Branche oder einem Beruf werden die orts-, berufs-, oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten[1].

Bevor wir uns aber diesen Voraussetzungen konkret zuwenden, sollen noch einige wichtige allgemeine Bemerkungen zu den flankierenden Massnahmen gemacht und verschiedene Unklarheiten aus dem Weg geräumt werden.

Erstens ist es wichtig hervorzuheben, dass es sich bei den hier besprochenen gesetzlichen Normen immer um Normen handelt, die für alle Arbeitnehmer der Schweiz gelten. Die neuen Vorschriften gelten für alle Arbeitsverhältnisse, die dem schweizerischen Recht unterstehen. Es geht also um allgemeine Regelungen gegen Lohndumping und nicht um spezifische Bestimmungen für europäische Arbeitskräfte, die in der Schweiz tätig werden. Zwingende Mindestlöhne können deshalb auch erlassen werden, wenn schweizerische Unternehmen die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne Schweizer Arbeitnehmenden in missbräuchlicher Weise unterbieten.

Zweitens ist es auch nicht erforderlich, dass ein nachgewiesenes Lohndumping auf die tatsächliche Einwanderung von Arbeitskräften aus der EU zurückzuführen ist. Der Erlass zwingender Mindestlöhne bei Missbräuchen ist nicht an eine bestimmte Ursache des Lohndumpings gebunden und betrifft auch das rein binnenschweizerische Verhältnis[2]. Die neuen Artikel kommen schon dann zur Anwendung, wenn Lohnunterbietungen aus der reinen Möglichkeit der Rekrutierung von Arbeitskräften aus dem Ausland entstehen[3]. Bereits ein offener Arbeitsmarkt ohne starke Immigration kann nämlich zu Lohndruck führen. Analog zur Regelung im Kartellrecht (namentlich bei Unternehmenszusammenschlüssen) reicht hierzu die „potenzielle Konkurrenz“, also schon die Möglichkeit, Personal im Ausland zu tieferen Löhnen rekrutieren zu können[4].

Drittens ist es äusserst wichtig zu verstehen, dass innerhalb der flankierenden Massnahmen die üblichen Löhne geschützt werden, es geht also um einen Bestandesschutz. Existenzsichernde Löhne stehen explizit nicht zur Diskussion[5]. Vielmehr soll das tatsächlich vorherrschende Lohnniveau geschützt werden.

---

1 Art. 1a AVEG, Art. 360a OR.

2 Amtl. Bull StR 1999, 670.

3 SECO, Kommentar, S. 67.

4 In der Anwendung des Kartellrechts reicht ein potenzieller Aussenwettbewerb aus, um das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung zu verneinen.

5 Es besteht deshalb keine Möglichkeit sich bei der Feststellung der wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung auf die Existenzminima abzustützen, wie dies von KAUFMANN, S. 125 suggeriert wird.

Fälle, die bisher zum Erlass zwingender Mindestlöhne führten

Die gesetzlichen Bestimmungen zu den flankierenden Massnahmen sind äusserst offen formuliert worden, um den tripartiten Kommissionen einen breiten Ermessensspielraum zu gewähren. Doch wie gehen die tripartiten Kommissionen mit diesem Spielraum um und was beinhalten die Normen tatsächlich?

Ausgangspunkt der flankierenden Massnahmen sind die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne. Sie bilden den Referenzwert, den es zu schützen gilt. Werden die üblichen Löhne wiederholt auf missbräuchliche Art und Weise unterboten, so müssen gemäss den gesetzlichen Grundlagen Massnahmen ergriffen und zwingende Mindestlöhne eingeführt werden. Der Gesetzgeber hat bewusst auf genaue rechtliche Definitionen dieser Begriffe verzichtet, um den lokalen Behörden und insbesondere den tripartiten Kommissionen einen Ermessensspielraum zu überlassen. Verschiedene Akteure haben sich bisher zum Inhalt der Bestimmungen geäussert, um gesamtschweizerisch einheitliche Kriterien und Methoden zu entwickeln, und so eine allzu starke Rechtszersplitterung und die damit verbundene Rechtsunsicherheit zu vermeiden[6]. Bei der anschliessenden Analyse sollen insbesondere folgende Fragen gestellt werden: 1. Wie wird der Handlungsbedarf in einer Branche ermittelt? 2. Wie wird der übliche Lohn bestimmt? 3. Wann werden Lohnunterbietungen als missbräuchlich qualifiziert? und 4. Bestehen weitere Anwendungsvoraussetzungen um zwingende Mindestlöhne zu erlassen? Diese Fragen sollen beantwortet werden durch eine Betrachtung derjenigen Anwendungen, die zum Erlass zwingender Mindestlöhne geführt haben. Gleichzeitig soll eine umfassende Klärung der teilweise komplizierten Begrifflichkeiten erfolgen.

1 Anwendungen im Kanton Genf

1.1 NAV Hauswirtschaft

Der Kanton Genf hat als erster Kanton die Instrumente der flankierenden Massnahmen angewendet und einen NAV mit zwingenden Mindestlöhnen in Kraft gesetzt. Die Erarbeitung des kantonalen NAV im Bereich der Hauswirtschaft wurde durch Genfer Gewerkschaften initiiert und ist in den Kontext des Kampfes um Regularisierung von Sans-Papiers in Genf zu situieren. Dieser Prozess wird nachfolgend kurz dargestellt, da er massgeblich dazu beitrug, dass der obligatorische NAV erlassen wurde.

Die Genfer Gewerkschaft SIT startete 2001 eine Kampagne für die in Genf lebenden und arbeitenden Sans-Papiers. Diese schrieben sich bei der Gewerkschaft ein und erhielten im Gegenzug eine Vollmacht, die ihnen einen gewissen Schutz bei Polizeikontrollen garantiert. In der Folge wurden umfangreiche Dossiers über die Lebens- und Arbeitssituation von Tausenden von Sans-Papiers erstellt. Diese Dossiers enthalten unter Anderem genaue Daten zu Lohn- und Arbeitszeiten der Sans-Papiers, sowie Berufstätigkeit und Branche.

In den Jahren 2003 und 2004 wurden sodann mehrere Tausend Dossiers von Sans-Papiers und ihren Familienangehörigen bei den Genfer Behörden eingereicht mit der Forderung nach einer kollektiven Regularisierung. Gleichzeitig wurde auch eine Motion vom Genfer Parlament überwie-

[6] GABATHULER, S. 9.

sen, die sich ebenfalls mit diesem Thema befasste[7]. Gefordert wurde in der Motion, dass der Kanton alles zu unternehmen habe, damit die im Kanton gültigen Arbeitsbedingungen eingehalten werden, und zwar zugunsten aller Arbeitnehmer. Ausserdem sollte der Kanton an die Bundesbehörden gelangen, um Kriterien für eine individuelle Regularisierung von illegal anwesenden Personen festzulegen. Dabei sollte aufgrund einer realistischen Situationsbeurteilung den Bedürfnissen der gesamten Wirtschaft nach Arbeitskräften Rechnung getragen werden. Kernforderung beider Aktionen war die Anerkennung der Hauswirtschaft als Wirtschaftssektor.

Der Staatsrat reagierte mit der Erteilung von zwei Mandaten: Zum einen befasste sich eine ad-hoc-Expertenkommission mit der Problematik der Regularisierung der Arbeitnehmenden, zum anderen beschäftigte sich die kantonale TPK (Conseil de surveillance du marché de l'emploi CSME) mit der Einhaltung von Arbeitsbedingungen und der Bekämpfung der illegalen Einwanderung. Die Universität Genf wurde parallel dazu beauftragt, eine Studie über die wirtschaftliche Bedeutung des Hauswirtschaftssektors in Genf zu erstellen. Das Resultat liegt in der Studie von Prof. Flückiger vor[8].

Der Hauswirtschaftssektor in Genf beschäftigte gemäss den damaligen Schätzungen rund 6'500 Personen. Davon waren 80 Prozent oder rund 5'000 Personen nicht deklariert, wobei es sich in 95 Prozent der Fälle um Frauen handelte, die hauptsächlich aus Südamerika und den Philippinen stammen. Diese Situation bewirkte zahlreiche Missbräuche, insbesondere bei Löhnen und Arbeitsbedingungen, und führte auch dazu, dass alleine dem Kanton Genf jährlich geschätzte 38 Millionen Franken an Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern entgingen.

Diese Erkenntnisse führten dazu, dass der Kanton Genf im Januar 2005 vom Bundesrat ein Kontingent von 5000 Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen für Hausangestellte forderte. Der Vorschlag berücksichtigte sowohl die ausgewiesene Nachfrage nach Arbeitskräften in einem bedeutenden Wirtschaftsektor, wie auch die nötige Einhaltung der Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Konkret schlug der Staatsrat dem Bundesrat eine einmalige und ausserordentliche Regularisierung der Arbeitnehmenden der Hauswirtschaftsbranche, sowie begleitende Massnahmen vor. Als eine der begleitenden Massnahmen wurde der Erlass eines NAV mit obligatorischen Mindestlöhnen definiert.

Die TPK hat daraufhin am 21. Januar 2005 den Antrag auf Erlass eines solchen NAV gestellt. Aufgrund der Sans-Papiers-Datenbank des SIT war weitaus genügend Datenmaterial über Lohn- und Arbeitsbedingungen vorhanden und die Behandlung des Themas in der TPK konnte rasch abgeschlossen werden. Das SIT gab zu diesem Zeitpunkt einige wenige Einzelfälle in die TPK, die wiederholte Praktiken von Monatslöhnen zwischen 900 und 1500 CHF bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von bis zu 60 Stunden widerspiegelten. Die TPK hat in ihrem Entscheid ausdrücklich festgehalten, dass missbräuchliche, wiederholte Lohnunterbietungen in der Hauswirtschaftsbranche im Kanton Genf bereits vor der Personenfreizügigkeit beobachtet wurden, und diese Missbräuche nicht eine Konsequenz der Arbeitsmarktöffnung darstellten. Nichtsdestotrotz war man im Kanton Genf einstimmig der Meinung, die neu erschaffenen Instrumente der flankierenden Massnahmen für diesen spezifischen Fall anzuwenden, um die vorherrschende Situation im Bereich der Hauswirtschaft zu korrigieren. Der bereits existierende, nicht verbindliche NAV für den Bereich der Hauswirtschaft wurde von der Genfer Regierung umgewandelt in einen NAV mit zwingenden Mindestlöhnen.

---

[7] Motion Nr. M 1555, überwiesen am 24. Oktober 2003.

[8] Analyse du secteur clandestin de l'économie domestique à Genève, Observatoire universitaire de l'emploi, Genève, Januar 2005.

Dieser erste NAV mit zwingenden Mindestlöhnen wurde im Jahr 2007 um vier weitere Jahre verlängert. Wiederum dienten die Informationen aus der SIT-Datenbank als Grundlage des Entscheides der TPK. Die Datenbank brachte genügend Beweise für Lohnverstösse auf. Das SIT hatte zur Vorbereitung dieses Entscheides elf Fälle von teilweise frappanten Lohnunterbietungen bekannt gegeben, wobei rund die Hälfte der Fälle Arbeitnehmende aus europäischen Staaten betrafen. Zurzeit wird eine weitere Verlängerung des NAV Hauswirtschaft vorbereitet, wobei wieder aufgrund derselben Datenbasis entschieden werden soll[9].

1.2 NAV Kosmetik

Der zweite Genfer NAV regelt Mindestlöhne für KosmetikerInnen. Auch hier haben Genfer Gewerkschaften die kantonale TPK mit dokumentierten Fällen auf missbräuchliche Lohnpraktiken in der Kosmetikbranche aufmerksam gemacht und so die Erarbeitung des NAV angestossen. Konkret ging es um drei Betriebe, in denen für 43,5-45h/Woche monatlich zwischen 1300.- und 2500.- CHF bezahlt wurde, mit eventuellen Lohnzuschlägen je nach Betriebsumsatz[10]. Die TPK hat aufgrund dieser Daten die besagten Firmen eingeladen und versucht, sich mit ihnen auf höhere Löhne zu einigen. Da aber keine Einigung erzielt werden konnte, gab die TPK eine Untersuchung über die Kosmetikbranche des Kantons Genf in Auftrag[11]. Die Untersuchung wurde in der Hälfte aller ermittelten Kosmetikbetriebe mit Angestellten durchgeführt[12]. Der Fragebogen enthielt allgemeine Fragen zum Betrieb, zur Arbeitsdauer und Ruhezeiten, zu Qualifikation und Art der Beschäftigungsverhältnisse sowie zur Lohnpolitik[13]. Die Ergebnisse der Untersuchung, basierend auf Lohnkontrollen in 37 Kosmetikbetrieben, zeigten, dass 10 Prozent der kontrollierten Angestellten (15 Arbeitnehmende) einen Monatslohn von unter CHF 3200.- erhielten bei einer Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche, wobei mit 66 Prozent aller Kontrollierten ein variabler Lohnanteil vereinbart worden war. Ausserdem zeigte die Studie, dass von diesen 15 Arbeitnehmenden 10 Angestellte sogar unter CHF 2900.- verdienten für 40 Stunden pro Woche[14]. Sie waren bei sieben verschiedenen Kosmetikunternehmen angestellt. Aufgrund dieser Ergebnisse und dem Misserfolg des vorangehenden Verständigungsverfahrens wurde entschieden, dass die Voraussetzungen des Art. 360b OR erfüllt sind. Die Kosmetikbranche wurde als Branche mit äusserst prekären Arbeitsbedingungen erkannt, die zudem kollektiv kaum organisiert noch organisierbar ist. Deshalb wurde der Regierung ein Antrag auf Erlass eines zwingenden NAV gestellt. Die Regierung folgte allen Anträgen der tripartiten Kommission und der NAV trat am 1. Oktober 2007 in Kraft.

2 Anwendungen im Kanton Tessin

2.1 NAV Callcenter

Im Kanton Tessin trat am 1. August 2007 ein NAV mit zwingenden Mindestlöhnen in Kraft für Arbeitnehmende in Callcentern. Dieser NAV basierte auf Lohnkontrollen der kantonalen TPK in sechs Betrieben, die erschreckende Arbeitsbedingungen zu Tage legten. Die Lohnkontrollen erfolgten mittels Formular, mit Fragen an Arbeitgebende (z.B. bezüglich Personalstruktur, Betrieb) und Arbeitnehmende (z.B. Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation und Lohn)[15]. Die Auswer-

[9] Die Angaben zur Entstehungsgeschichte des Genfer NAV Hauswirtschaft stammen neben der erwähnten Studie aus einem Gespräch mit Christina Stoll, Mitglied der TPK des Kantons Genf.
[10] DUCRET, Folie 3.
[11] DUCRET, Folie 4.
[12] DUCRET, Folie 7.
[13] DUCRET, Folie 7.
[14] DUCRET, Folie 9.
[15] Riassunto, S. 1.

tung zeigte, dass vor allem Frauen, Ausländer und Grenzgänger in den kontrollierten Callcenter tätig waren. Von den insgesamt 128 kontrollierten Arbeitnehmenden verdienten 65 Prozent höchstens 1500.- CHF/Monat; 18 % verdienten einen Lohn unter 2500.- CHF/Monat. Vier der sechs kontrollierten Betriebe bezahlten keine fixen Monatslöhne, sondern ausschliesslich Provisionen. Es wurden ausserdem Praktiken bekannt, wonach Arbeitnehmende keinen Lohn verdienten, sofern sie nicht einen Mindestumsatz von CHF 1000.- generierten. Das Betriebsrisiko wurde also vollständig auf die Arbeitnehmenden übertragen[16]. Die entsprechenden Unternehmen waren auch nach Gesprächen mit der TPK nicht dazu bereit, ihre Entlöhnungssysteme zu ändern. Die Problematik der Arbeitsbedingungen in Tessiner Callcenter war ausserdem auch aus einem anderen Grund von grosser Aktualität: Nach einer italienischen Gesetzesänderung befürchtete man, dass die italienischen Callcenter in das Tessin abwandern und schlechteste Arbeitsbedingungen einführen würden. Um ein Schutzdispositiv gegen eine solche Entwicklung einzurichten und um gegen die bereits zum damaligen Zeitpunkt äusserst prekären Arbeitsbedingungen anzukämpfen, haben die Mitglieder der TPK entschieden, dass hier ein Fall missbräuchlicher Lohnunterbietungen im Sinne von Art. 360a OR vorliegt und haben einen Antrag auf Erlass zwingender Mindestlöhne gestellt.

2.2 NAV Kosmetik

Der auf den 1. April 2010 in Kraft getretene Tessiner NAV im Bereich der Kosmetik basiert ebenfalls auf Lohnkontrollen und zwar auf 168 Lohnkontrollen in 73 Kosmetikbetrieben[17]. Die bezahlten Löhne wurden bei diesen Kontrollen mit einem Richtlohn verglichen, der sich aus einem kantonalen Lohnrechner ergab, welcher wiederum auf der Lohnstrukturerhebung des BFS[18] basiert. Die Üblichkeit der Lohndaten aus dem Lohnrechner wurde in einem zweiten Schritt durch eine untere Lohnschwelle bestimmt, die die tiefsten Löhne ausschliesst. Hierzu wurde die Schwelle des unteren Quartils gewählt. Für die Anwendung von Art. 360a OR bzw. Art. 1a AVEG bedeutet dies, dass die 25 Prozent am schlechtesten entlöhnten Beschäftigten – bei einem identischen Profil – von der Üblichkeit ausgeschlossen wurden. Löhne unter diesem Schwellenwert sind als nicht üblich qualifiziert worden. Gemäss dem damals geltenden – durch die kantonale TPK geschaffenen – Missbrauchsmodell[19] wurden bei den Lohnkontrollen sodann in mehr als 10 Prozent aller Kontrollen Lohnunterbietungen von über 10 Prozent des zuvor bestimmten Richtlohns nachgewiesen. Auch der Arbeitgeberverein der Kosmetikerinnen begrüsste verbindlich anwendbare Mindestlöhne und so wurde entschieden, der Regierung einen Antrag auf Erlass eines zwingenden NAV zu stellen.

3 NAV industrielle Wartung und Reinigung, Kanton Wallis

Im Fall des NAV „industrielle Wartung und Reinigung“ des Kantons Wallis wurde die TPK von den Gewerkschaften auf die Arbeitsbedingungen der in Industrieanlagen tätigen entsandten Arbeitnehmenden aufmerksam gemacht. Die betroffenen Arbeitnehmenden gelten als Spezialisten,

---

16 Riassunto, S. 3 ff.

17 UFI – Instituti di Belleza, S. 2.

18 Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE). Die LSE basiert auf einem alle zwei Jahre im Oktober an die Unternehmen verschickten Fragebogen. Sie erlaubt eine regelmässige Beschreibung der Lohnstruktur in allen Branchen des sekundären und tertiären Sektors sowie im Gartenbau und Forstwirtschaft anhand von repräsentativen Daten. Sie erfasst nicht nur die Branche und die Grösse des fraglichen Unternehmens, sondern auch die einzelnen Merkmale der Arbeitnehmenden und der Arbeitsplätze. Hinzu kommen Informationen über die Ausbildung und die berufliche Situation der Beschäftigten, über das Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes sowie über die Art der Tätigkeit des Unternehmens.

19 Das Tessiner Missbrauchsmodell wurde überarbeitet; das heute geltende Modell hat sich in gewissen Punkten verändert.

die meisten von ihnen verfügen über eine spezifische Ausbildung, die mit einem Diplom ausgezeichnet wird, das es in der Schweiz nicht gibt. Das kantonale Arbeitsinspektorat wurde deshalb beauftragt, die herrschenden Arbeitsbedingungen in der Branche zu untersuchen. Zwischen März 2005 und Dezember 2007 wurden 14 Dienstleistungsbetriebe im Industriebereich kontrolliert. Fünf davon hatten ihren Sitz in Frankreich, sechs in Italien und drei in Deutschland. Der übliche Lohn wurde von der TPK anhand der Löhne des seit Ende 2006 geltenden, allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrages für den ähnlichen Bereich des industriellen Rohrleitungsbaus festgelegt. Die Lohnkontrollen ergaben, dass in vier Betrieben mehr als 50 % der untersuchten Löhne tiefer waren, als der zuvor definierte übliche Lohn. In drei Betrieben lagen 40 % der tatsächlichen unter den üblichen Löhnen, in weiteren 3 Betrieben waren 30 % der Arbeitnehmenden schlechter als die üblichen Löhne bezahlt. In nochmals drei Betrieben waren die Löhne von 20 % der Arbeitnehmenden unter den üblichen Löhnen, während dem im letzten kontrollierten Betrieb immer noch 14 % der Arbeitnehmenden weniger als den üblichen Lohn verdienten. Die Ergebnisse zeigten klar, dass die üblichen Löhne im Bereich der industriellen Wartung und Reinigung wiederholt und missbräuchlich unterboten wurden. Deshalb hat die kantonale TPK der Regierung einen Antrag auf Erlass zwingender Mindestlöhne gestellt. Bei der Höhe der geforderten Mindestlöhne hat man sich wiederum an den GAV-Löhnen für den Bereich des Rohrleitungsbaus orientiert[20].

4 NAV Hauswirtschaft, national

Für den ab Anfang 2011 geltenden nationalen NAV im Bereich der Hauswirtschaft war der Jahresbericht des SECO über die Anwendung der flankierenden Massnahmen vom 27.9.2007 der Stein des Anstosses. In diesem Bericht wurde für die Branche „Dienstleistungen für private Haushalte“ eine Verstossquote von 12 Prozent ausgewiesen. Die TPK des Bundes hat aufgrund dieser Daten beschlossen, eine Untersuchung der Löhne in der Branche durchzuführen und den Erlass eines Normalarbeitsvertrags NAV zu prüfen. Da sich Kontrollen im privaten Umfeld deutlich schwieriger gestalten als Betriebskontrollen, hat die TPK Bund entschieden, keine Kontrollen in privaten Haushalten durchzuführen. Um einen Überblick über die Branche der Hauswirtschaft und im Speziellen über die dort bezahlten Löhne zu bekommen, hat das SECO eine wissenschaftliche Untersuchung bei der Universität Genf in Auftrag gegeben. Das Ergebnis liegt in Form der Studie von Flückiger/Ferro-Luzzi[21] vor.

In der Studie werden in einem ersten Schritt die üblichen Löhne bestimmt. Dies geschieht anhand der „Lohngleichungsmethode“, die an anderer Stelle detailliert dargestellt wird[22]. Sie erlaubt es, den statistischen Lohn einer Person oder Personenkategorie in Abhängigkeit von Branche, Betriebsgrösse, Region, Anforderungsniveau, Ausbildung, Alter, Dienstalter und beruflicher Stellung zu ermitteln. Da innerhalb der Lohnstrukturerhebung (LSE) keine Untersuchungen über Angestellte in privaten Haushalten vorliegen, hat Prof. Flückiger in seiner Studie aufgrund der Lohndaten in der LSE Vergleichslöhne berechnet. Zunächst wurden die Charakteristiken von Personen analysiert, welche in der Hauswirtschaft tätig sind; dies erfolgte aufgrund der eidgenössischen Volkszählung. Dann wurden die Löhne von Personen geschätzt, die ähnliche Charak-

[20] Die Angaben zum zwingenden NAV im Kanton Wallis sind der Dissertation von KAUFMANN entnommen, S. 189-191 und basieren auf dem Kontrollbericht an die TPK des Kantons Wallis sowie auf dem Bericht der TPK des Kantons Wallis an den Staatsrat betreffend NAV im Sektor der industriellen Wartung und Reinigung.

[21] OBSERVATOIRE UNIVERSITAIRE DE L'EMPLOI: Le travail domestique en Suisse. Sous la direction d'YVES FLÜCKIGER et de GIOVANNI FERRO-LUZZI, Genève 2008, mandaté par le SECO.

[22] Siehe Kapitel 7.2.1. Methode des OGMT (Genfer Modell)

teristiken (Alter, Ausbildung, Geschlecht etc.) wie Angestellte im Bereich der Hauswirtschaft haben. Diese Analyse wurde mit Hilfe der LSE durchgeführt. Die Schätzungen für einen üblichen Lohn basieren also auf einem individuellen Anstellungsprofil. Da sich diese Schätzungen auf die LSE stützen, beinhaltet der Begriff der Üblichkeit eine gewisse Spannweite. Deshalb wurde die Üblichkeit in einem zweiten Schritt durch eine untere Lohnschwelle bestimmt, die die tiefsten Löhne ausschliesst. Flückiger/Ferro-Luzzi haben hierfür die Schwelle des unteren Quartils gewählt. Für die Anwendung von Art. 360a OR bzw. Art. 1a AVEG bedeutet dies, dass die 25 Prozent am schlechtesten entlöhnten Beschäftigten – bei einem identischen Profil – von der Üblichkeit ausgeschlossen wurden. Löhne unter diesem Schwellenwert sind als nicht üblich qualifiziert worden.

Zusätzlich stützt sich die Studie auf Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE), die zum Ziel hat, die Erwerbsstruktur und das Erwerbsverhalten der ständigen Wohnbevölkerung zu erfassen. Bei der SAKE handelt es sich um eine telefonische Haushaltsbefragung, bei der die Haushalte zufällig aus dem Telefonregister gezogen werden. Für das Jahr 2006 wurden im Bereich der Hauswirtschaft 192 Observationen erhoben. Die Studie zeigt auf, dass mehr als 25 Prozent der Personen in der Hauswirtschaft weniger als die mit der Lohngleichungsmethode ermittelten Schwellenwerte verdienten. Dasselbe Resultat ergab auch der Vergleich mit den kantonalen, nicht zwingenden NAV für den Hauswirtschaftsbereich sowie den GAV für die Reinigungsbranche. Über 25 Prozent der in den Daten der SAKE erfassten Löhne von Hausangestellten waren tiefer als der durchschnittliche (bzw. Median-) Mindestlohn aus den kantonalen NAV und die Mindestlohnvorgaben in den GAV für die Reinigungsbranche. Unabhängig davon, welcher Schwellenwert verwendet wurde, ergab sich also, dass rund ein Viertel der beobachteten Löhne nicht mehr als üblich qualifiziert werden konnten. Einige der festgestellten Lohnunterbietungen waren ausserdem äusserst markant.

Die Studie zeigte zudem deutlich, dass die Löhne in der Hauswirtschaft generell tiefer sind als in vergleichbaren Tätigkeiten. Etwa 14 Prozent (= 4 CHF/Stunde) des Lohnunterschieds zwischen Angestellten im Bereich der Hauswirtschaft und dem Rest der aktiven Erwerbsbevölkerung, konnten nicht mit den zur Verfügung stehenden Hintergrundsvariablen (Alter, Geschlecht etc.) erklärt werden. Der Vergleich von Angestellten im Bereich der Hauswirtschaft mit Angestellten, die eine Tätigkeit mit einem ähnlichen Anforderungsprofil ausüben zeigte, dass sich 8,8 Prozent (= 2 CHF/Stunde) des durchschnittlichen Lohnunterschiedes durch individuelle Merkmale nicht erklären liessen. Wurden Personen, die in privaten Haushalten arbeiten, mit dem Rest der aktiven Erwerbsbevölkerung verglichen, so war der festgestellte Lohnunterschied sogar noch grösser (18,7 Prozent, bzw. 5.25 CHF/Stunde). Die festgestellten Lohnunterschiede waren insbesondere im unteren Lohnbereich äusserst ausgeprägt. So lag das 10 Prozent Quantil der Stundenlöhne in der Hauswirtschaft bei 11 CHF, während es für Angestellte mit ähnlichen Tätigkeiten 13.3 CHF betrug.

Aufgrund dieser Ergebnisse von Flückiger/Ferro-Luzzi, sowie auch der Befunde in verschiedensten anderen Studien[23], hat sich die TPK des Bundes dazu entschlossen, dem Bundesrat einen Antrag auf Erlass eines nationalen NAV mit zwingenden Mindestlöhnen zu stellen.

[23] ALLEVA VANIA und NIKLAUS PIERRE-ALAIN (2004): Leben und Arbeiten im Schatten. Studie der Anlaufstelle für Sans-Papiers und GBI. Basel; ECOPLAN (2003): Prekäre Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, SECO-Publikation Arbeitsmarktpolitik Nr. 9; FLÜCKIGER YVES und PASCHE CYRIL (2004): Analyse du secteur clandestin de l'économie domestique à Genève. Observatoire Universitaire de l'Emploi. Genf; SCHERTENLEIB MARIANNE und HUG ANETTE (2000): Illegal unentbehrlich, Hausangestellte ohne gültige Aufenthaltsbedingungen in der Region Zürich. FIZ-Broschüre. Zürich; SCHNEIDER FRIEDRICH (2003): Der

Es gab ausserdem auch verschiedene Evidenzen dafür, dass die Öffnung gegenüber den neuen EU-Mitgliedsstaaten – nicht nur in der Schweiz – zu einer verstärkten Rekrutierung von Haushaltshilfen in diesen Ländern und zu verstärktem Lohndruck in der Hauswirtschaftsbranche führen wird[24]. Die TPK Bund hat sich auch deshalb für den Erlass eines zwingenden NAV ausgesprochen, um dieser künftigen Entwicklung standhalten und gerecht werden zu können.

Wie werden die flankierenden Massnahmen angewendet?

In diesem zweiten Teil folgen Überlegungen, was für Schlüsse aus der bisherigen Handhabung zu ziehen sind und welche einheitlichen Kriterien daraus abgeleitet werden können für die Anwendung der flankierenden Massnahmen. Denn erst in der bisherigen Praxis zeigt sich tatsächlich, unter welchen Umständen die flankierenden Massnahmen greifen und was für Entwicklungen des Arbeitsmarktes mit diesem Instrument abgedeckt werden können. Gleichzeitig sollen auch grundsätzliche Überlegungen und Klärungen der Begrifflichkeiten und Merkmale der flankierenden Massnahmen angestellt werden. Ziel des vorliegenden Textes ist eine umfassende Übersicht über die Voraussetzungen zur Anwendung der flankierenden Massnahmen.

5 Wie wird der Prozess ausgelöst, der zu einem verbindlichen NAV führt?

Die bisherige Praxis zeigt, dass die tripartiten Kommissionen einerseits aufgrund von Arbeitsmarktkontrollen auf Missstände in verschiedenen Branchen aufmerksam werden. Die eingeführten Arbeitsmarktkontrollen erfüllen demnach in einigen der hier untersuchten Fälle ihre Aufgabe. Anderseits ist die Rolle der Gewerkschaften hervorzuheben. Ihnen bekannte, dokumentierte Einzelfälle von missbräuchlichen, bisweilen erschreckenden Arbeitsbedingungen können ebenso zur gewünschten Sensibilisierung für eine problematische Entwicklung führen. Den Gewerkschaften kommt deshalb bereits in dieser Phase eine entscheidende Bedeutung zu. Dies ist von besonderer Bedeutung für Kantone, in denen das System der Arbeitsmarktkontrollen nur unbefriedigend funktioniert.

6 Analyse der Situation in einer Branche

Ist einmal erkannt worden, dass in einer spezifischen Branche prekäre Arbeitsbedingungen herrschen und allenfalls missbräuchliche Lohnunterbietungen vorkommen, so wird die Situation in der Branche zumeist gründlich analysiert. Diese Analyse kann auf verschiedene Arten erfolgen. Mehrheitlich basiert die Analyse auf systematischen Lohnkontrollen in den Betrieben der betroffenen Branche. Die Praxis zeigt aber auch, dass die Arbeitsbedingungen in einer Branche mit wissenschaftlichen Studien, die auf Arbeitskräfte- und Lohnstatistiken beruhen, analysiert werden können. Ausserdem können auch von den Gewerkschaften systematisch erhobene Daten zu Arbeitsbedingungen in einer Branche als Informations- und Entscheidungsbasis dienen.

Umfang der Schattenwirtschaft des Jahres 2003 in Deutschland, Österreich und der Schweiz; Linz, TSCHANNEN, PIA (2003): Putzen in der sauberen Schweiz, Bern.

[24] Gemäss dem „Home Care Worker"-Projekt, das vom Alzheimer Forum Schweiz zusammen mit dem Roten Kreuz und Adecco lanciert wurde, hat sich auch in der Schweiz ein grauer/schwarzer Markt für Hausangestellte und Pflegepersonal entwickelt. Sie rechnen mittel- und langfristig mit bis zu 100'000 Home Care Workers im Demenzbereich und rekrutieren solche ab 2010 in Polen. Dem Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK sind rund 50 Fälle von Unterbietungen von Löhnen und Arbeitsbedingungen bekannt.

Interessant ist die Frage, auf wie viele Lohnkontrollen oder anderweitige Beobachtungen sich die Analyse einer spezifischen Branche stützen muss. Die bisherige Praxis zeichnet hier ein homogenes Bild: Zwischen 100-200 befragte Arbeitnehmende[25] reichen demnach klar aus, damit sich die tripartite Kommission ein Bild verschaffen kann über Lohnentwicklungen in einer Branche und einen Entscheid treffen kann über die Erarbeitung von zwingenden Mindestlöhnen.

Das Beispiel des Genfer NAV für die Hauswirtschaftsbranche zeigt deutlich, dass aber auch ein bereits vorhandenes Erfahrungswissen über prekäre Arbeitsbedingungen in einem Bereich und eine gewisse Sensibilität der Mitglieder in den tripartiten Kommissionen für problematische Entwicklungen von grosser Bedeutung sind, um einen Antrag auf zwingende Mindestlöhne zu stellen.

7 Bestimmung der üblichen Löhne

Dem orts- und branchenüblichen Lohn fällt innerhalb der flankierenden Massnahmen eine Schlüsselrolle zu. Er bildet den Referenzwert, den es trotz Öffnung des Schweizerischen Arbeitsmarktes zu schützen gilt. Der übliche Lohn fungiert im Rahmen der flankierenden Massnahmen als Anhaltspunkt, um missbräuchliches Lohnunterschreiten zu erkennen. Er ist deshalb Dreh- und Angelpunkt der flankierenden Massnahmen und es ist von grosser Bedeutung, wie dieser Begriff in der Praxis definiert wird.

7.1 Begriff des Lohns / vom Lohn umfasste Bestandteile

Zunächst soll geklärt werden, was unter dem Begriff des Lohns zu verstehen ist, welche Beiträge und Bestandteile sich juristisch darunter subsumieren lassen. Dies ist für den späteren Vergleich verschiedener Löhne notwendig, denn es ist unabdingbar, dass Gleiches mit Gleichem verglichen wird. Es sollten sämtliche regelmässigen Lohnbestandteile berücksichtigt werden. Diese sind bei Weitem nicht auf den Bruttolohn beschränkt.

Das Entgelt ist begriffswesentlicher Inhalt des Arbeitsvertrags. Als Lohn im Sinne von Art. 322 OR gilt die – in der Regel periodische – Vergütung der erbrachten Arbeitsleistung[26]. Diese Definition impliziert, dass die Vergütung durch den Arbeitgeber eine Gegenleistung für die erbrachte Arbeit darstellt. Nicht als „Lohn“ im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren sind deshalb erstens der Ersatz von Auslagen, die dem Angestellten während der Arbeitsleistung entstanden sind (Spesenersatz). Zweitens gelten all jene Leistungen des Arbeitgebers nicht als Lohn, die in keinem direkten Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung stehen. Der Arbeitnehmer kommt nur aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit in den Genuss solcher Leistungen. Als Beispiele zu nennen sind hier das Recht der Angestellten zur Benützung einer Kantine oder die Möglichkeit, unternehmenseigene Waren zu Einstandspreisen zu beziehen. Drittens schliesslich gelten alle freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers nicht als Lohn. Diesbezüglich wichtigstes Beispiel ist die freiwillige Gratifikation. Solche Zuwendungen stellen zwar eine Honorierung der erbrachten Arbeitsleistung dar. Da der Angestellte aber in der Regel keinen rechtlichen Anspruch auf deren Auszahlung besitzt, fallen diese Leistungen nicht unter Art. 322 OR[27].

---

[25] Genf Hauswirtschaft: mehr als 2 Fälle; Genf Kosmetik: 146 kontrollierte Arbeitnehmende; Tessin Callcenter: 128 kontrollierte Arbeitnehmende; Tessin Kosmetik: 168 kontrollierte Arbeitnehmende; Hauswirtschaft national: 192 Observationen in der SAKE; Wallis Wartung und Reinigung: Anzahl kontrollierte Arbeitnehmende nicht bekannt.

[26] VISCHER, S. 98; BK-REHBINDER, Art. 322 N 1 OR.

[27] SENTI, Leistungslohnsysteme, S. 1ff.

Die Entlöhnungsformen verändern sich und sind nicht zwingend an die Ausschüttung eines bestimmten Geldbetrages gebunden. Es ist äusserst komplex, verschiedene Lohnbestandteile (wie das Recht auf Gebrauch eines Geschäftswagens ausserhalb der Arbeitszeit oder Entschädigungen in Form von Aktien-Optionen) miteinander zu vergleichen. Diese Schwierigkeiten verschärfen sich zusätzlich, wenn es sich um einen internationalen Lohnvergleich handelt, so wie er im Fall von Entsendungen vorgenommen werden muss. Das SECO hat eine Weisung herausgegeben, die das Vorgehen beim (internationalen) Lohnvergleich und die Bestandteile des massgebenden Lohns benennt[28]. Gemäss jener Weisung wird ein Lohnvergleich auf der Basis eines Vergleichs zwischen bezahltem und geschuldetem Bruttostundenlohn vorgenommen. Dabei werden sämtliche Ferien-, Feiertags-, Weg-, Schicht-, Nacht- und anderen Zulagen[29], sowie der 13. Monatslohn und andere finanzielle Leistungen[30] auf den Stundenlohn heruntergebrochen und die Gesamtlohnsumme pro Stunde verglichen. Ein solcher Vergleich ist nur möglich, wenn die zu leistende Arbeitszeit mitberücksichtigt wird. Auslagen sind dem Arbeitnehmenden zu ersetzen und bleiben bei der Berechnung des Bruttostundenlohnes ausser Betracht, dies allerdings nur, sofern sie die effektiven Auslagen des Arbeitnehmenden nicht überschreiten. Die Ferien- und Feiertagsentschädigung berechnet sich nicht nur auf den Grundlohn pro Stunde, sondern auf die Summe aus Grundlohn, Entsendezulage und/oder Pauschalspesen mit Lohncharakter[31].

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber verpflichtet, vom Bruttolohn einen bestimmten Prozentsatz für AHV, IV, EO, ALV, NBU und meist auch Beiträge für die 2. Säule und die Familienausgleichskasse abzuziehen. Zusätzlich hat er selbst einen gleich hohen Prämienanteil an die Sozialwerke abzuführen (Arbeitgeberanteil). Die Abgrenzung, was unter den Lohnbegriff im Sinne des AHV-Gesetzes fällt, ist klar: Alle vom Arbeitnehmer bezogenen Leistungen, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gelten als Teil des massgebenden Lohnes, soweit nicht eine der abschliessenden gesetzlichen Ausnahmebestimmungen greift[32]. Im Rahmen eines Lohnvergleichs stellt sich die Frage, inwiefern die Arbeitgeberanteile an den Sozialversicherungen als Lohnbestandteil ihrer Arbeitnehmenden gelten und miteinbezogen werden sollen. Der Ansatz des Kostenvergleichs auf Basis der Arbeitgeberkosten wurde vom SECO aus Gründen der Praktikabilität nicht weiter verfolgt. Das Vorgehen beim Lohnvergleich basiert deshalb auf dem den Sozialversicherungen deklarierten Bruttolohn. Diese Regelung gilt seit Januar 2009 lückenlos für alle Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers. Insbesondere wird der vom ausländischen Arbeitgeber entrichtete Anteil an den Krankenversicherungsprämien neu ebenfalls nicht mehr berücksichtigt[33].

Beim Lohnvergleich ist laut Bundesgericht die Zeitspanne von einem Monat die relevante Periode. Ein Lohnvergleich, der auf einer Jahresgesamtlohnsumme basiert, wird vom Bundesgericht als unbillig erachtet[34].

Sind Löhne verschiedener Währungen zu vergleichen, so ist laut Weisung des SECO der von der Eidgenössischen Steuerverwaltung publizierte, monatliche Durchschnittswechselkurs im Zeitraum des Einsatzes massgebend. Dauert ein Arbeitseinsatz länger als einen Monat, so ist der

---

28 SECO, Weisung „Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich".

29 Insbesondere auch Entsendezulagen gelten als Lohnbestandteil, soweit es sich nicht um Auslagenersatz für Reisekosten, Unterkunft oder andere berufsbedingte Auslagen handelt.

30 Bspw. Weihnachtsgeld, Entsendezulage etc. (vgl. SECO, Weisung internationaler Lohnvergleich, Ziff. 3.3. ff.).

31 SENTI, Lohnbuchkontrollen, S. 21.

32 STREIFF/VON KAENEL, S. 199.

33 SECO – Weisung internationaler Lohnvergleich, Ziff. 3.10.

34 BGE 116 II 156, BGE 134 III 403.

monatliche Durchschnittswechselkurs zu Beginn des Arbeitseinsatzes zu verwenden. Bei Arbeitseinsätzen von mehr als 3 Monaten kann der jährliche Durchschnittswechselkurs verwendet werden[35].

Die Weisung des SECO wurde im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschriften des Entsendegesetzes erlassen. Es scheint aber sinnvoll, dass die in dieser Weisung festgelegten Grundsätze und Verfahrensvorschriften nicht nur im Fall von Entsendungen aus dem Ausland angewendet werden, sondern für alle Lohnvergleiche, welche im Rahmen der flankierenden Massnahmen anfallen. Dies umso mehr, als dass die Vergleichsmethode einen pragmatischen und praktikablen Ansatz darstellt[36]. Dennoch bleiben einige Probleme weiterhin ungelöst. Diese sollen im Folgenden kurz aufgezeigt werden.

Die für den Lohnvergleich massgebenden Bestimmungen sind nur auf Sachverhalte in der Schweiz anwendbar. Beim Lohnvergleich kann deshalb für den Beginn und das Ende des Einsatzes nur auf den Zeitraum abgestellt werden, in dem der Arbeitnehmende in der Schweiz tätig ist[37]. Dies führt insbesondere im Zusammenhang mit Entsendungen zu Unstimmigkeiten. Wenn beispielsweise ein Teil der „Arbeitszeit" nicht innerhalb der Schweiz absolviert wird, ist unklar, inwiefern trotzdem der „schweizerische" Lohn bezahlt werden muss. Ähnliche Fragen stellen sich mit Bezug auf den Ferien- bzw. Überstundenbezug nach Abschluss eines Einsatzes im räumlichen Geltungsbereich der Schweiz[38]. Ausserdem wurden vereinzelt Praktiken bekannt, wonach Entsendezulagen, welche für Arbeit in der Schweiz als Lohnbestandteile deklariert werden, im Nachhinein im Heimatland mittels Lohnabzügen von den Arbeitnehmenden wieder zurückverlangt wurden. Dies kommt einer missbräuchlichen Umgehung flankierenden Massnahmen gleich. Es ist allerdings fraglich, wie solche Kniffe von der Schweiz aus verhindert werden können.

7.2 Begriff der Üblichkeit des Lohns

Der Begriff der „Üblichkeit" war bereits vor Inkrafttreten der flankierenden Massnahmen in verschiedenen Gesetzen verankert. Er ist also eigentlich nichts Neues. So ist gemäss Art. 322 Abs. 1 OR mangels ausdrücklicher Lohnvereinbarung in einem Arbeitsvertrag, GAV oder NAV, der „übliche Lohn" geschuldet. Gemäss Art. 7 UWG handelt unlauter, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die berufs- oder ortsüblich sind. Auch im Bereich der Invalidität (Rentenberechnung), der Arbeitslosenversicherung (Festlegung der Zumutbarkeit), des Gleichstellungsgesetzes (Lohngleichheit) oder des öffentlichen Beschaffungswesens nehmen das Gesetz oder reglementarische Bestimmungen Bezug auf die „üblichen Arbeitsbedingungen". Hinzuweisen ist insbesondere auf die Regelung in der Ausländergesetzgebung. Diese schreibt vor, dass ausländischen Arbeitskräften (aus Nicht-EU/EFTA-Staaten) dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen geboten werden sollen, wie den einheimischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Laut Weisung des BFM dient diese Bestimmung primär dem Schutz der ausländischen Arbeitskräfte vor missbräuchlichen Arbeitsbedingungen, aber auch dem Schutz der einheimischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Lohndumping. Es geht also um eine ähnliche Fragestellung. Für Ausländerinnen und Ausländer, die nicht aus dem EU/EFTA-Raum stammen, ist jedoch eine vorgängige Einzelkontrolle jedes einzelnen Arbeitsvertrages zwingend notwendig.

---

35 SECO – Weisung internationaler Lohnvergleich, Ziff. 3.11.

36 SENTI, Lohnbuchkontrollen, S. 22.

37 SECO – Weisung internationaler Lohnvergleich, Ziff. 1.2.

38 Bzw. im Geltungsbereich kantonaler, allgemeinverbindlicher GAV. Für eine Vertiefung dieser Problematiken wird auf SENTI, Lohnbuchkontrollen, S. 23 ff. verwiesen.

Genau dies hat sich für Angehörige der EU/EFTA-Staaten aber geändert mit der Personenfreizügigkeit.

In der Praxis wird grundsätzlich zwischen zwei Arten zur Bestimmung der üblichen Löhne unterschieden.

a) Einerseits können GAV, NAV mit Lohnbestimmungen oder Lohnrichtlinien bzw. kantonale Weisungen über branchenübliche Mindestarbeitsbedingungen herangezogen werden zur Eruierung des üblichen Lohns. Diese Methode basiert auf dem Gedanken, dass solche Quellen die üblichen Löhne widerspiegeln, weil sie durch Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern entstanden sind und sich die Sozialpartner im Bereich der üblichen Löhne einig geworden sind[39]. Bei dieser ersten Methode zur Bestimmung der üblichen Löhne ist speziell darauf zu achten, dass man mit aktuellen Quellen arbeitet. Die Üblichkeit der Löhne verändert sich laufend, die Richtlinien oder Gesamtarbeitsverträge sind jedoch zum Teil veraltet. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Lohnbuch „Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz“ zu verweisen. Es stellt in diesem Bereich ein Standardwerk dar. Unter Berücksichtigung der regionalen Lohnunterschiede gelten die darin enthaltenen Lohnangaben gesamtschweizerisch. Das Lohnbuch wird seit Frühling 2010 neu vom Kanton Zürich anstatt vom Kanton Aargau herausgegeben.

b) Gemäss einer zweiten Methode wird mit dem Begriff „üblicher Lohn“ nicht ein einzelner Lohnwert bezeichnet, sondern eine Lohnspanne, in der sich die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmenden einer Branche, eines Berufsfelds und einer bestimmten Region befinden[40]. Für die Anwendung von Art. 360a OR bzw. Art. 1a AVEG ist nun die untere Grenze dieser „üblichen“ Lohnspanne von Bedeutung. Der Begriff des orts- und branchenüblichen Lohns muss nach dieser Ansicht ausserdem von Mindestlöhnen unterschieden werden, die in GAV, NAV oder kantonalen Weisungen über die branchenüblichen Mindestarbeitsbedingungen festgelegt wurden. Dies deshalb, weil die darin enthaltenen Mindestlöhne das individuelle Profil eines Arbeitnehmers nur in geringem Masse berücksichtigen und nicht immer laufend aktualisiert werden. Mindestlöhne beziehen sich gemäss dieser Auffassung immer auf ein Minimum, das im Prinzip oft nur im Zeitpunkt der Einstellung zur Anwendung kommt[41]. Die effektiven, üblichen Löhne können deshalb oft über den Mindestlöhnen liegen. Aus diesem Grund werden die üblichen Löhne bei dieser zweiten Methode auf der Basis von Lohnrechnern und Lohnstatistiken erhoben und bestimmt. Verschiedene Kantone, wie beispielsweise der Kanton Genf haben mittlerweile einen kantonalen Lohnrechner, der Schweizerische Gewerkschaftsbund bietet auf seiner Homepage ebenfalls einen Lohnrechner an.

Die Wahl der Methode zur Bestimmung orts-, berufs- und branchenüblicher Lohnbedingungen steht den kantonalen tripartiten Kommissionen grundsätzlich frei. Je nach Verfügbarkeit geeigneter Datenquellen kann das Vorgehen von Fall zu Fall variieren[42]. Die Abdeckung mit Mindestlöhnen in GAV, NAV und Lohnrichtlinien ist in der Schweiz indes sehr lückenhaft. Zudem werden solche Mindestlöhne nicht immer differenziert nach verschiedenen Anstellungsprofilen. Deshalb können die üblichen Löhne oft nicht mit Hilfe von sozialpartnerschaftlich erarbeiteten Lohnregelungen bzw. -empfehlungen bestimmt werden. In jedem Fall ist darauf zu achten, dass man mit aktuellen Quellen arbeitet, da sich die Üblichkeit der Löhne laufend verändert.

---

39 KAUFMANN, S. 89, S. 96 mit weiteren Hinweisen.
40 SECO, Kommentar, S. 64.
41 OGMT – wiederholte missbräuchliche Lohnunterbietung, S. 8.
42 SECO, Kommentar, S. 67; ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 3 zu Art. 360a OR; KAUFMANN, S 97.

Die bisherige Praxis zeigt klar auf, dass verschiedene Quellen zur Bestimmung der üblichen Löhne herangezogen werden können. Einerseits wurden bereits existierende NAV bzw. GAV herangezogen zur Festlegung der üblichen Löhne. In zwei Fällen, nämlich beim kantonalen NAV Hauswirtschaft (GE) und beim kantonalen NAV industrielle Reinigung und Wartung (VS), wurde ausserdem der später erlassene Mindestlohn auf der Höhe der bereits existierenden Lohnempfehlungen fixiert. Dies zeigt deutlich, dass unverbindliche NAV bzw. nicht allgemeinverbindliche GAV die üblichen Löhne widerspiegeln können, und somit auch das zu schützende Lohnniveau. Anderseits wurden die üblichen Löhne in einigen Fällen mit Hilfe kantonaler Lohnrechner und somit mit Hilfe der Lohnstrukturerhebung bestimmt.

7.2.1 Orts-, Berufs- und Branchenüblichkeit

Der Gesetzgeber wollte zum Ausdruck bringen, dass die flankierenden Massnahmen möglichst zielgenau zur Anwendung kommen sollen. Gemäss den gesetzlichen Bestimmungen soll die Üblichkeit des Lohnes unter anderem über die Begriffe des Berufs und der Branche hinreichend präzisiert werden.

Ein Lohn soll demnach dann üblich sein, wenn er mit dem Lohn übereinstimmt, welcher ein Grossteil der Arbeitnehmenden einer Branche für eine bestimmte Tätigkeit verdient. Dies erfolgt beispielsweise über in der LSE teilweise enthaltene Kriterien eines Stellenprofils wie Wirtschaftszweig, Tätigkeit, Anforderungsniveau und berufliche Stellung. So kann sich beispielsweise je nach dem in welcher Branche eine bestimmte Tätigkeit ausgeübt wird, ein anderer üblicher Lohn ergeben. Doch auch persönliche Eigenschaften der Stelleninhaber wie Qualifikationen oder Berufserfahrung haben je nach Branche unterschiedliche Auswirkungen auf die üblicherweise bezahlten Saläre. Werden für einen spezifischen Fall Erhebungen gemacht, sollten solche Kriterien ebenfalls beachtet werden.

Bei der Festlegung des üblichen Lohnes sollen also – gleich wie bei der Festlegung durch einen Arbeitgeber – Kriterien wie Ausbildung, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes, berufliche Stellung, Berufserfahrung bzw. Alter, Tätigkeitsfeld sowie Branche beigezogen werden. Wo möglich, soll im Rahmen der flankierenden Massnahmen ein individualisierter üblicher Lohn als Basis der Lohnvergleiche dienen.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Lohngleichungsmethode von Prof. Yves Flückiger von der Universität Genf hinzuweisen. Er hat für den Kanton Genf eine Methode entwickelt, die es erlaubt, den statistischen Lohn einer Person oder Personenkategorie in Abhängigkeit von Branche, Betriebsgrösse, Region, Anforderungsniveau, Ausbildung, Alter, Dienstalter und beruflicher Stellung zu ermitteln. Es wird also ein personalisierter Lohn berechnet, der die Merkmale der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers, der Arbeitsstelle und des Unternehmens sowie auch die Lohnpraktiken dieses Unternehmens berücksichtigt. Es handelt sich um eine Schätzungsmethode für den individualisierten orts- und branchenüblichen Lohn. Sie ermöglicht es, für jeden Arbeitnehmer denjenigen Lohn zu berechnen, auf den er gemäss den herrschenden Gepflogenheiten auf dem fraglichen Markt Anspruch hat[43]. Dieser individualisierte orts- und branchenübliche Lohn wird dann in Form einer Bandbreite oder Lohnschere ausgedrückt, welche die unterschiedlichen Entlöhnungspraktiken der Unternehmen der jeweiligen Branche berücksichtigt. Er liegt innerhalb einer Bandbreite, die durch einen Prozentsatz angegeben wird, der mit der Homogenität der untersuchten Gehaltspraktiken variiert. Die Methode basiert auf einer kantonalen Ausdehnung der Daten der LSE und schafft einen kantonalen Lohnrechner. Sie charakteri-

[43] OGMT – orts- und branchenübliche Löhne, S. 8.

siert sich durch methodologische Solidität, einfache Anwendbarkeit und unparteiliche Kriterien; aber auch durch ihre Komplexität. Die Methode wird bisher in den Kantonen Genf, Waadt, Neuchâtel, Fribourg, Basel-Stadt und Luzern angewendet[44].

Die Zweckmässigkeit dieser Methode wurde in einem Urteil vom 22. Dezember 2003 durch das Bundesgericht bestätigt. Es hielt fest, dass ein Lohnvergleich aufgrund des persönlichen Profils der Angestellten ein zuverlässiges und objektives Instrument darstelle, um jenen Lohn zu berechnen, der einer lohndiskriminierten Frau aufgrund der praktizierten Lohnpolitik eines Unternehmens hätte zukommen müssen[45].

Zum Teil bedeutende Lohnunterschiede ergeben sich in der Schweiz ausserdem aufgrund der Region, in welcher gearbeitet wird. Dies ergibt sich insbesondere aus den periodisch erhobenen Lohndaten der Lohnstrukturerhebung (LSE). Die LSE enthält Auswertungen für sieben Grossregionen. Der Begriff des Orts bezieht sich jedoch nicht zwingend auf diese sieben Grossregionen. Aus Sicht des Vollzugs dürften häufig die Kantonsgrenzen massgeblich sein[46]. Die Kantone Zürich und Tessin haben eine bevorzugte Stellung, da sie alleine je eine solche Grossregion darstellen. Die anderen Kantone haben die Möglichkeit, beim BFS eine Ausdehnung der Stichprobe zu beantragen, um kantonale Daten zu erhalten. Man schätzt, dass Zahlen dann aussagekräftig sind, wenn sich die Lohnangaben auf mindestens 60 Einzelbeobachtungen aus fünf verschiedenen Unternehmen abstützen. Doch auch innerhalb eines Kantons sind je nach Ausführungsort der Arbeit beträchtliche Lohnunterschiede denkbar. So wird das Lohnniveau in Zermatt wohl eine andere Höhe haben, als das Lohnniveau in anderen Teilen des Wallis.

In den bisherigen Anwendungsfällen verlief das gesetzlich vorgegebene Kriterium der Ortsüblichkeit entlang kantonaler Grenzen oder es spielte keine Rolle. Im Fall des nationalen NAV Hauswirtschaft wurde auf eine Aufgliederung der üblichen Löhne nach verschiedenen Regionen verzichtet.

7.2.2 Feststellung der Üblichkeit

Hat man sich für eine der oben beschriebenen Lohndatenquelle entschieden, wird festgelegt, welche Indikatoren entscheidend sind bei der Bestimmung der Üblichkeit des Lohns.

Wird die Üblichkeit mit Hilfe von sozialpartnerschaftlich erarbeiteten Lohnempfehlungen bzw. -regelungen bestimmt, so sollte jeder Lohn unterhalb der aufgeführten Lohnangaben als unüblich gelten.

Stützt man sich auf andere Quellen wie Lohnrechner und Statistiken, so beinhaltet der Begriff der Üblichkeit eine gewisse Spannweite. Deshalb sollte die Üblichkeit durch eine obere und untere Lohnschwelle bestimmt werden. Der übliche Lohn wird so mithilfe von Schwellen berechnet werden, die die tiefsten Löhne ausschliessen. Wird die Spannweite zu gross gewählt, kann das Ziel der flankierenden Massnahmen nicht erreicht werden: Lohndumping zu verhindern. Dies wird in der Praxis bisher mittels zweier Methoden erreicht. Bereits bewährt hat es sich, den üblichen Lohn innerhalb der 25/75 Prozent Limite zu definieren. Diese Grenze überzeugt deshalb, weil so die Hälfte aller Arbeitsverhältnisse als Bezugsgrösse dient[47]. Sie wird auch durch empirische Erhebungen gestützt. „Eine Mehrzahl von Unternehmungen bezeichnet die Spanne zwischen dem

[44] Stand Oktober 2009.
[45] BGE vom 22.12.2003 (4C.383/2002).
[46] SECO, Kommentar, S. 66.
[47] KAUFMANN, S. 103.

unteren und dem oberen Quartil als den Bereich der marktüblichen Löhne, bei dem extrem niedrige oder extrem hohe Werte unberücksichtigt bleiben“[48]. Mit den zwei äusseren Schwellen von Lohn-25 Prozent und Lohn-75 Prozent werden für dasselbe Profil und dieselbe Branche je die 25 Prozent am schlechtesten und am besten entlöhnten Beschäftigten von der Üblichkeit ausgeschlossen. Es gilt also jenes Salär als üblicher Lohn, welches – bei einem identischen Profil – durchschnittlich 50 Prozent der entlöhnten Beschäftigten entrichtet wird. Diese Methode bietet den grossen Vorteil, dass eine verlässliche und leicht feststellbare Limite besteht.

Im Rahmen der flankierenden Massnahmen fungiert der übliche Lohn als Anhaltspunkt, um missbräuchliches Lohnunterschreiten zu erkennen. Da es um die Verhinderung von Lohndumping geht, ist die Grenze des oberen Quartils deshalb hier nicht relevant. Für die Anwendung von Art. 360a OR bzw. Art. 1a AVEG bedeutet dies, dass die 25 Prozent am schlechtesten entlohnten Beschäftigten – bei einem identischen Profil – von der Üblichkeit ausgeschlossen sein müssen. Löhne unter diesem Schwellenwert sind demnach als nicht üblich zu qualifizieren.

Die Wahl der unteren Quartilsgrenze wird ausserdem auch durch einen stichprobeweisen Vergleich mit den Löhnen des Lohnbuchs bestätigt. Die im Lohnbuch enthaltenen Löhne liegen etwas über der unteren Quartilsgrenze.[49] Die üblichen Löhne müssen im Interesse einer einheitlichen Anwendung der flankierenden Massnahmen aber in etwa gleich hoch sein – unabhängig von der gewählten Methode zur Bestimmung der Üblichkeit. Wählt man einen Schwellenwert, der unterhalb der unteren Quartilsgrenze liegt, so ist dies nicht mehr gewährleistet.

Das Verhältnis zwischen Medianlohn (50 Prozent-Schwelle), ortsüblichem Lohn (zwischen 25 Prozent- und 75 Prozent-Schwellen) und Missbrauch (unter 25 Prozent-Schwelle) ist in Abbildung 1 dargestellt.

Abbildung 1: Verteilung der Löhne von Arbeitnehmenden mit einem identischen Qualifikationsprofil

Missbrauchsbereich	**Ortsüblichkeit**	**Ortsüblichkeit**	
0	25%-Lohnschwelle: untere Grenze	50%-(Median)lohnschwelle: ortsüblicher Lohn	75%-Lohnschwelle: obere Grenze	100%

Wurde die Üblichkeit der Löhne bei den bisherigen Anwendungsfällen mit Hilfe kantonaler Lohnrechner und somit mit Hilfe der Lohnstrukturerhebung bestimmt, so wurde jeweils die Schwelle des unteren Quartils gewählt, um die tiefsten beobachteten Löhne von der Üblichkeit auszuschliessen. Löhne unter dem so bestimmten Schwellenwert wurden demnach als nicht üblich qualifiziert.

Eine alternative Methode zur Begrenzung der Spannweite der üblichen Löhne berücksichtigt nicht nur die Seite der Arbeitnehmenden, sondern auch die der Arbeitgebenden. Diese Methode wird seit dem Frühjahr 2010 vom Kanton Genf praktiziert. Demnach werden jene Löhne als üblich qualifiziert, welche:

- von mindestens 50 Prozent der Unternehmen in einer Branche bezahlt werden

[48] BRÖNNIMANN/BURKHARD/KÜBLI/MESSERLI/WERREN, S. 4.

[49] Z.B. Richtlohn des Aargauer Lohnbuchs 2006 im Bereich IT-Support/Informatikdienste: CHF 5351.- / Monat SGB-Lohnrechner (Daten 2006) im Bereich IT-Support/Informatikdienste für den Kanton Zürich; Quartilsgrenze: CHF 5290.-/ Monat

- wobei jene Unternehmen mindestens zwei Drittel (66,67 Prozent) der Arbeitnehmenden in einer Branche beschäftigen.

Da es sich hierbei um eine neue Methode handelt, fehlen praktische Erfahrungen mit ihr vorderhand.

Interessant ist überdies, dass in zwei Anwendungsfällen (NAV Hauswirtschaft national, NAV industrielle Wartung und Reinigung VS) der Vergleich von Löhnen, die für ähnliche Arbeiten als üblich gelten, ausschlaggebend war für die Festsetzung der üblichen Löhne in einer Branche mit problematischen Entwicklungen der Arbeitsbedingungen. Die Praxis zeigt uns hier, dass nicht nur die Löhne in einer spezifischen Branche entscheidend sein müssen, sondern dass auch gewisse Wechselwirkungen zwischen den Branchen beachtet werden können und müssen. Es scheint sinnvoll, dass ähnliche Arbeiten auch ähnlich entlöhnt werden sollen, dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Realität, dass diese Branchen sich potentiell konkurrieren. Daraus folgt aber auch, dass tripartite Kommissionen auf übliche Löhne in Branchen mit ähnlichen Arbeiten Rücksicht nehmen sollten.

7.3 Die Unterbietung des üblichen Lohns

7.3.1 Begriff der Lohnunterbietung

Wird die Üblichkeit mit Hilfe von sozialpartnerschaftlich erarbeiteten Lohnempfehlungen bzw. -regelungen bestimmt, so gilt jeder Lohn unterhalb der aufgeführten Lohnangaben – allenfalls unter Berücksichtigung regionaler Verschiedenheiten – als unüblich[50].

Stützt man sich auf andere Quellen wie Lohnrechner und Statistiken so bezeichnet der Begriff der Lohnunterbietung jede Situation, bei der eine Person einen Lohn erhält, der unterhalb des unteren Wertes der Lohnspanne liegt. Die relevante Lohnspanne wird wie eben dargelegt, aufgrund des Profils der Person und der üblichen Lohnpraktiken in Branche und Region berechnet. Ebenfalls eine Lohnunterbietung stellt die Entlöhnung unterhalb des zwingend anwendbaren Mindestlohns in einem GAV oder NAV dar.

Eine Lohnunterbietung liegt nach Ansicht verschiedener Autoren auch dann vor, wenn in einer Branche vermehrt atypische, für den Arbeitgeber billigere und für die Arbeitnehmenden prekäre Anstellungsformen festgestellt werden[51].

7.3.2 Feststellung der Unterbietung

Gemäss den Bestimmungen der flankierenden Massnahmen ist es Aufgabe der tripartiten Kommissionen, den Arbeitsmarkt zu beobachten. Um die ihnen übertragenen Aufgaben wahrnehmen zu können, haben sie gegenüber den Betrieben das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind[52].

Die tripartiten Kommissionen können dieser Aufgabe auf verschiedene Arten nachkommen. In erster Linie wird die Aufgabe mittels Lohnkontrollen erfüllt. Es handelt sich hierbei um diskriminierungsfreie, punktuelle und nachträgliche Kontrollen. Unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung muss insbesondere darauf hingewiesen werden, dass sowohl Entsandte als auch Schweizer Arbeitnehmende kontrolliert werden. Es werden die Arbeitsbedingungen auf dem

[50] Im Ergebnis auch KAUFMANN, S. 96.
[51] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage 2005, S. 374 sowie RONCORONI S. 343.
[52] PORTMANN, S. 271.

gesamten schweizerischen Arbeitsmarkt überwacht. Kontrollen betreffen demnach nicht nur Betriebe, bei denen meldepflichtige Arbeitnehmende beschäftigt sind. Was die Zahl der Lohnkontrollen betrifft, kann auf die Ausführungen weiter oben verwiesen werden: Zwischen 100-200 befragte Arbeitnehmende[53] reichen aus, damit sich die tripartite Kommission ein Bild verschaffen kann über die Lohnentwicklungen in einer Branche. Von diesen 100-200 befragten Arbeitnehmenden reichen wiederum nur einige wenige Missbrauchsfälle für den Antrag auf Erlass zwingender Mindestlöhne.

Für den Nachweis von Lohndumping sind aber nicht zwingend Lohnkontrollen notwendig. Die Praxis zeigt, dass der Handlungsbedarf in gewissen Branchen auch aus Studien und Statistiken herausgelesen werden kann. Ausserdem können auch Hinweise und gesammelte Daten von Arbeitnehmerorganisationen über bestehende Missstände ausreichend sein.

8 Missbrauchsgrenzen

Als weitere Voraussetzung der Anwendung von Art. 360a OR und Art. 1a AVEG muss die Unterbietung des üblichen Lohns missbräuchlich sein und mehrfach vorkommen. Der Gesetzgeber hatte die Definition des Missbrauchs bewusst offen gelassen, weil er genügend Spielraum für einzelfallbezogene und pragmatische Lösungen lassen wollte. Dieser gesetzgeberische Wille diente denn auch in den bisherigen Anwendungsfällen als Grundlage. Bei den untersuchten Beispielen wurden der jeweilige Einzelfall und seine Besonderheiten in pragmatischer Weise analysiert.

Auf das Merkmal des Ausmasses der Lohnunterbietungen wurde bei der Konkretisierung des Missbrauchskriteriums besonders geachtet. Der Missbrauch besteht dabei darin, dass Arbeitgeber die Angebotssituation auf dem Arbeitsmarkt ausnutzen, um Löhne zu zahlen die unter denjenigen liegen, die in der Branche, dem Beruf oder der Region üblich sind. Beim Betrachten der bisherigen Praxis fällt auf, dass jeweils Branchen geregelt wurden, in denen äusserst prekäre Arbeitsbedingungen vorgefunden wurden. Bei den bisher erlassenen NAV – ausser in einem Fall[54] – wurden aber keine starren Missbrauchsgrenzen angewendet. Das bedeutet, dass die Ergebnisse der Analyse der Arbeitsbedingungen und Löhne in einer Branche nicht mit bereits zuvor erlassenen Missbrauchs-Schwellenwerten abgeglichen wurden. Der Handlungsbedarf in einer Branche wurde also nicht mathematisch diagnostiziert – im Gegensatz zu den von verschiedenen Akteuren geforderten Vorgehensweisen. Vielmehr spielte die Sensibilität der TPK-Mitglieder eine bedeutende Rolle. Der Genfer Kommentar des OGMT weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass es problematisch ist, starre Prozentsätze im Voraus festzusetzen. Je nach Qualität und Präzision einer Analyse und der mehr oder weniger grossen Homogenität der Lohnpraktiken in einer spezifischen Branche, drängt es sich nämlich auf, unterschiedliche Missbrauchsschwellen anzuwenden[55].

Unabhängig vom Ausmass der Differenz zwischen üblichen und beobachteten Löhnen, ist ausserdem jede Lohnunterbietung missbräuchlich, die eine illegale Situation schafft. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Unternehmen, das durch einen GAV gebunden ist, einen Lohn bezahlt der unter dem vertraglichen Minimum liegt. Dasselbe gilt für NAV mit zwingenden Mindestlöhnen, welche unterboten werden. Dies sieht man klar bei der Prozedur zur Verlängerung

[53] Siehe Fussnote 25.
[54] NAV Kosmetik des Kantons Tessin.
[55] OGMT, wiederholte missbräuchliche Lohnunterbietung, S. 9.

von NAV mit zwingenden Mindestlöhnen, zum Beispiel in Genf. Bei einer neuen Analyse der Branche gelten alle beobachteten Löhne unter den erlassenen NAV-Mindestlöhnen als missbräuchlich.

Doch neben dem Ausmass der Lohnunterbietungen gibt es auch andere Konkretisierungen des Missbrauchskriteriums:

Basierend auf den Ergebnissen der Lohnkontrollen, Statistiken und Lohnvergleiche, wurde in den bisherigen Fällen jeweils abgewogen, ob die Arbeitsbedingungen einer Branche Anlass dazu boten, geschützt zu werden. Dabei spielte wiederum das Bewusstsein der TPK-Mitglieder und ihr Erfahrungswissen über die Situation und Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt eine bedeutende Rolle. Die Praxis zeigt dabei deutlich, dass neben den vorherrschenden Zuständen auch zukünftig zu erwartende bzw. erwartete Entwicklungen ausschlaggebend sein können für den Entscheid, einen Antrag auf Erlass eines NAV zu stellen. So handelten die tripartiten Kommissionen namentlich dann, wenn sie fürchteten, dass die Unterbietungen zu einem Rückgang der Löhne auf dem Referenzmarkt führen könnten oder wenn prekäre Arbeitsbedingungen in einer Branche nach Regelung rufen, unabhängig von der Ursache der Prekarität. Aber auch Entwicklungen im nahen Ausland und zukünftige Arbeitsmarktentwicklungen können miteinbezogen werden beim Entscheid, ob die Erarbeitung zwingender Mindestlöhne geboten scheint. Diese Überlegungen spielten insbesondere beim Erlass des Tessiner NAV Callcenter und bei der Erarbeitung des nationalen NAV Hauswirtschaft eine entscheidende Rolle.

Die Praxis zeigt weiter, dass wirtschaftliche Schwierigkeiten eines Unternehmens unter keinen Umständen eine missbräuchliche Lohnunterbietungspraxis rechtfertigen können – auch wenn auf einzelne Entwicklungen der Arbeitsmärkte Rücksicht genommen wird, dieses Kriterium darf keine Rolle spielen. Das würde nämlich bedeuten, dass man bestimmten Unternehmen ein Verhalten gestattet, welches wirtschaftlich gesunden Unternehmen untersagt ist. Derartige Ungleichbehandlungen sind deshalb missbräuchlich und können auch im Rahmen des Wettbewerbsrechts angefochten werden. Lohnsenkungen aufgrund konjunktureller oder struktureller Motive sind aber weiterhin erlaubt, solange die Bandbreite des üblichen Lohnes nicht unterschritten wird.

Verschiedentlich wird auch die Motivation, die zu Lohnunterbietungen geführt hat, als mögliches Kriterium für die Feststellung der Missbräuchlichkeit aufgezählt[56]. So ist nach Meinung des SECO ein deutliches Unterbieten der üblichen Löhne dann missbräuchlich, wenn es mit dem einzigen Ziel erfolgt, einen grösseren Gewinn zu erzielen oder sich einen Konkurrenzvorteil zu verschaffen. Der Nachweis eines solchen Motivs ist allerdings selten möglich. Dies einerseits, weil die Grösse des Gewinns in den meisten Fällen geheim gehalten wird und anderseits weil es kaum einen Beurteilungsmassstab gibt, wo die Grenze zwischen dem gerechtfertigten und dem „missbräuchlichen“ Gewinn zu ziehen ist[57]. Streiff/von Kaenel weisen ausserdem zu Recht darauf hin, dass eine missbräuchliche Lohnunterbietung nicht auf ein bestimmtes Motiv oder eine bestimmte Ursache zurückgehen müssen. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass das Lohndumping einen Zusammenhang zum europaweit offenen Arbeitsmarkt hat[58]. In Bezug auf diese Frage wird auf die Ausführungen in der Einleitung verwiesen. Die Motive der Lohnunterbietungen haben denn auch keine Rolle gespielt bei der bisherigen Anwendung der flankierenden Massnahmen.

---

56 Unter anderen: SECO, Kommentar, S. 68.
57 GABATHULER, S. 13.
58 STREIFF/VON KAENEL, S. 1091.

Die bisherige Praxis legt klar dar, dass es verschiedene mögliche Kriterien gibt zur Konkretisierung eines vorliegenden Missbrauchs. Sie zeigt aber gleichzeitig auch, dass es sich hierbei immer um alternative Kriterien handelt. In keinem der Anwendungsfälle wurde verlangt, dass mehrere Missbrauchsmerkmale (Ausmass, Motiv etc.) erfüllt seien. Die TPK haben vielmehr in einer Gesamtbetrachtung juristische, wirtschaftliche, politische und soziale Faktoren abgewogen und auf dieser Basis entschieden, ob eine missbräuchliche Lohnunterbietung vorliegt[59].

9 Notwendigkeit eines Verständigungsverfahrens

In Branchen mit (nicht zwingenden) NAV oder gar keinen Lohnregelungen hat die tripartite Kommission gemäss Art. 360b Abs. 3 OR vor einem Antrag zum Erlass zwingender Mindestlöhne vorerst die direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern zu suchen. Ziel des Verständigungsverfahrens ist es, die Betriebe dazu zu bringen, ihre missbräuchlichen Entlöhnungssysteme zu ändern. Gelingt dies innert zwei Monaten nicht, so stellt sie den Antrag auf Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen. Es handelt sich hierbei um eine Höchstfrist, die nicht ausgeschöpft werden muss, wenn eine Verständigung nicht möglich erscheint. Steht von Anfang an fest, dass eine Verständigung nicht möglich sein wird, so kann ein Verständigungsversuch ganz unterbleiben[60].

Die bisherige Anwendung dieser Bestimmung zeigt deutlich, dass in verschiedenen Situationen auf das Verständigungsverfahren verzichtet werden kann. So gibt es Branchen wie die Hauswirtschaft, die den Erfolg eines Verständigungsverfahrens von vornherein ausschliessen oder erschweren, gleich wie sie auch für Lohnkontrollen wenig geeignet sind. Ein Schlichtungsverfahren ist in solchen Fällen deshalb obsolet und es kann gänzlich darauf verzichtet werden. Bei der Erarbeitung des Tessiner NAV Kosmetik wurde ebenfalls kein Verständigungsverfahren durchgeführt, weil von vornherein feststand, dass mit einem solchen Verfahren nicht alle Verstösse in der Branche hätten behoben werden können. Selbst der Arbeitgeberverein der Kosmetikerinnen war der Meinung, dass einzig die Einführung zwingender Mindestlöhne Ordnung schaffen könnte in der Branche. Die Durchführbarkeit des Verständigungsverfahrens muss also verhältnismässig sein zum erwarteten Erfolg eines solchen Verfahrens.

Ferner interessant ist, dass verschiedene Zeitpunkte für die Durchführung des Verständigungsverfahrens gewählt werden können. So erfolgte das Verfahren im Fall des Genfer NAV Kosmetik bei den drei Betrieben, auf deren Lohnpraktiken die TPK durch Hinweise der Gewerkschaften aufmerksam wurde. Erst nach diesem gescheiterten Verständigungsversuch wurde die Situation in der gesamten Branche analysiert. Ein weiteres Verständigungsverfahren war danach nicht mehr notwendig. Im Fall des Tessiner NAV Callcenter erfolgte der Verständigungsversuch hingegen erst nach den Ergebnissen aus den branchenweiten Lohnkontrollen in sechs Betrieben. Auch dieser Versuch scheiterte sodann.

10 Weitere Anwendungsvoraussetzungen?

Bei wiederholter und missbräuchlicher Lohnunterbietung im Sinne des Gesagten sind die materiellen Anwendungsvoraussetzungen von Art. 1a AVEG und Art. 360a OR erfüllt. Es soll deshalb zum Antrag auf verbindliche Lohnregelungen kommen. Gewisse Auffassungen in der Literatur

[59] SECO, Kommentar, S. 67.
[60] PORTMANN, S. 289.

gehen dahin zusätzliche Kriterien vorzusehen, damit zwingende Mindestlohnregelungen eingeführt werden können.

10.1 Auswirkungen der Lohnunterbietungen

Bei den bisherigen Anwendungsfällen spielten die Auswirkungen der festgestellten Lohnunterbietungen keine Rolle. Die Praxis widerspricht damit dem verschiedentlich verlangten Kriterium, wonach nur dann zwingende Lohnregelungen erlassen werden sollen, wenn die beobachteten missbräuchlichen Lohnunterbietungen zu einem systematischen Druck auf die Arbeitsbedingungen des relevanten Marktes führen könnten, wenn in einer Branche also ein generelles Absinken des Lohnniveaus konstatiert werden kann. Die Praxis hat zu Recht auf die Überprüfung dieser Voraussetzung verzichtet, stimmt dies doch auch mit dem präventiven Charakter der flankierenden Massnahmen überein: Ein generelles Absinken der üblichen Löhne soll ja gerade verhindert werden.

Gewisse Autoren sind ausserdem der Meinung, dass es bei der Beurteilung des missbräuchlichen Ausmasses einer Lohnunterbietung eine Rolle spielen kann, ob der lohnunterbietende Betrieb auf dem Arbeitsmarkt der Region oder des Kantons eine dominante Stellung innehat, und ob die Unterbietung deshalb die Gesamtheit der Branchenlöhne nach unten ziehen könnte[61]. Dies sei deshalb relevant, weil ein unbedeutendes Unternehmen auch mit einer grösseren Lohnunterbietung noch keine Gefahr schaffe, während dies bei einem mittleren Betrieb je nach den konkreten Umständen bereits der Fall sein könne[62]. Die Auswirkungen der festgestellten Lohnunterbietungen seien bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit in diesem Sinne allenfalls zu berücksichtigen. Auch solche Überlegungen blieben im Rahmen der bisherigen Anwendungsfälle unberücksichtigt und sind somit nicht notwendig.

10.2 Kriterium Auslandbezug

Bei der Erarbeitung des Genfer NAV Hauswirtschaft hat die TPK erkannt, dass missbräuchliche Lohnbedingungen in dieser Branche bereits vor der Personenfreizügigkeit ein grosses Problem darstellten. Die flankierenden Massnahmen wurden in diesem Fall vielmehr als Instrument dazu benutzt, einen bereits erkannten, prekären Wirtschaftssektor zu schützen. Die Voraussetzungen zur Erarbeitung eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen waren nichtsdestotrotz auch in diesem Fall klar erfüllt.

Dieses Beispiel zeigt klar, dass missbräuchliche Lohnunterbietungen nicht in einem direkten Zusammenhang zu im Ausland rekrutierten, billigeren Arbeitskräften stehen müssen. Zwar haben sowohl im Fall des kantonalen NAV Callcenter, als auch bei der Erarbeitung des nationalen NAV Hauswirtschaft künftige Einwanderungsszenarien eine Rolle gespielt. Richtigerweise war es aber in keinem der bisherigen Anwendungsfälle von Bedeutung, ob die Lohnunterbietungen gegenüber ausländischen Arbeitnehmenden stattfand oder von ausländischen Arbeitgebenden ausging[63]. In dem Sinne spielt es auch keine Rolle, ob ein Arbeitgebender schon seit langem sehr tiefe Löhne bezahlt, oder ob er dies erst seit Inkrafttreten der Personenfreizügigkeit tut[64].

---

[61] PORTMANN, S. 279.
[62] GABATHULER, S. 13.
[63] Siehe hierzu auch die Ausführungen auf S. 5.
[64] Anderer Meinung ist KAUFMANN, S. 116.

10.3 Pflicht einen Antrag zu stellen?

Es stellt sich sodann die Frage, ob die tripartite Kommission zur Stellung eines Antrags bloss berechtigt ist, oder ob sie dazu verpflichtet ist. Aufgrund des Gesetzeswortlauts in Art. 360b Abs. 3 OR kann man darauf schliessen, dass die tripartite Kommission bei Vorliegen aller Voraussetzungen zur Stellung eines Antrages verpflichtet ist. Das Gesetz räumt der tripartiten Kommission hier kein Rechtsfolgeermessen ein[65]. Demgegenüber ist Art. 1a AVEG als Kann-Bestimmung formuliert: Die tripartite Kommission kann mit Zustimmung der Vertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung der Bestimmungen über die minimale Entlöhnung und die ihr entsprechende Arbeitszeit, sowie die paritätischen Kontrollen des für die betreffende Branche geltenden Gesamtarbeitsvertrags beantragen. In diesem Punkt besteht somit eine auffällige Diskrepanz zu Art. 360b Abs. 3 OR. Mit Portmann ist in dieser Frage aber davon auszugehen, dass der Entscheid über eine AVE politischer Natur ist und deshalb der für die Anordnung der AVE zuständigen Behörde überlassen werden sollte. Die tripartite Kommission soll gemäss dem Willen des Gesetzgebers vor einer Verpolitisierung geschützt werden[66]. Die tripartite Kommission ist deshalb in jedem Fall dazu verpflichtet, einen Antrag zu stellen, sobald alle materiellen Voraussetzungen erfüllt sind.

Grundsätzlich kann aber gesagt werden, dass auch die Entscheidungen in den tripartiten Kommissionen bereits politischer Natur sind. Der Entscheid über einen Antrag zum Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen bzw. der AVE eines GAV ist in der Praxis nur dann möglich, wenn der politische Wille hierzu vorhanden ist. Dies widerspricht den Vorstellungen des Gesetzgebers, der wollte, dass die Feststellungen der tripartiten Kommissionen sachlicher Natur sind.

Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob das Vorliegen der Feststellung einer missbräuchlichen Lohnunterbietung neben der TPK auch durch die zuständige Behörde geprüft wird. Die Feststellung von Lohndumping ist ein Ermessensentscheid, den zu fällen die TPK besonders geeignet sind, da ihnen die permanente Beobachtung des Arbeitsmarktes zukommt. Deshalb ist die anordnende Behörde zur Überprüfung der Feststellung der TPK berechtigt und verpflichtet, ihre Kognition ist aber auf Rechtsmängel einschliesslich Ermessensmissbrauch und -überschreitung beschränkt. Das bedeutet, dass die anordnenden Behörden keinen erneuten Ermessensentscheid fällen können, solange die tripartite Kommission den ihr zustehenden Entscheidungsspielraum nicht in missbräuchlicher Weise verletzt hat.

Nach erfolgtem Antrag der tripartiten Kommission erlässt die zuständige Behörde dann zwingende Mindestlöhne, wenn diese weder dem Gesamtinteresse zuwiderlaufen, noch die berechtigten Interessen anderer Branchen oder Bevölkerungskreise beeinträchtigen. Bei der Frage, ob ein Mindestlohn dem Gesamtinteresse zuwiderläuft handelt es sich wiederum um eine Ermessensfrage, die sich nicht auf klare Prinzipien stützen kann.

---

65 PORTMANN, S. 289.
66 PORTMANN, S. 277.

Fazit

Die Umsetzung der flankierenden Massnahmen durch die Kantone, die tripartiten und die – in diesem Dossier nicht behandelten – paritätischen Kommissionen funktioniert laufend besser, die Kontrolltätigkeit hat in den letzten Jahren zugenommen[67]. Dennoch zeigt die bisherige Praxis eindrücklich, dass die Gewerkschaften eine bedeutende Rolle einnehmen bei der Anwendung der flankierenden Massnahmen. In drei von sechs Fällen fungierten Hinweise der Gewerkschaften auf Lohndumping als Grundlage, den Prozess zum Erlass zwingender Mindestlöhne ins Rollen zu bringen.

Systematische Lohnkontrollen tragen häufig dazu bei, die Situation in einer Branche zu analysieren. Um sich ein Bild über die herrschenden Arbeitsbedingungen zu verschaffen sind Lohnkontrollen aber nicht unerlässlich, sondern manchmal sogar ungeeignet. Deshalb können die Arbeitsbedingungen in einer Branche auch mittels wissenschaftlicher Studien und gewerkschaftlichen Datenbanken untersucht werden. Erfahrungswissen und eine gewisse Sensibilität für problematische Entwicklungen sind ebenso entscheidend.

Bei der Anwendung der flankierenden Massnahmen werden immer verschiedene Löhne miteinander verglichen. Grundsätzlich sollten sämtliche regelmässigen Lohnbestandteile beim Vergleich berücksichtigt werden. Das SECO hat deshalb eine Weisung herausgegeben, die das Vorgehen beim (internationalen) Lohnvergleich aufzeigt und die Bestandteile des massgebenden Lohns benennt. Es ist sinnvoll diese Weisung für alle Lohnvergleiche anzuwenden, welche im Rahmen der flankierenden Massnahmen vorgenommen werden, da sie einen pragmatischen und praktikablen Ansatz wählt.

In der Praxis gibt es grundsätzlich drei Arten zur Bestimmung der üblichen Löhne. Gemäss der ersten Methode ergibt sich die Üblichkeit aus GAV, NAV und/oder anderen Lohnrichtlinien. Solche Lohnempfehlungen kommen in Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern zustande und sind deshalb ein Richtwert für die üblichen Löhne. Daraus ergibt sich aber auch, dass jeder Lohn unterhalb dieser Lohnempfehlungen als unüblich zu qualifizieren ist.

Gemäss der zweiten Methode bedeutet Üblichkeit die Lohnspanne, in der sich die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmenden mit demselben Profil bewegt und ergibt sich aus Statistiken oder Studien (z.B. sog. Lohnrechner). Es handelt sich also um eine statistische Berechnung eines individualisierten üblichen Lohns. Für die Anwendung der flankierenden Massnahmen ist die untere Grenze dieser Lohnspanne relevant. Als Untergrenze ist die Grenze des unteren Quartils üblich. Das bedeutet, dass die 25 Prozent der Beschäftigten, die – bei einem identischen Profil – am schlechtesten entlohnt werden, von der Üblichkeit ausgeschlossen sind.

Gemäss der dritten Methode ergibt sich die Üblichkeit aus Vergleichen mit üblichen Löhnen für ähnliche Tätigkeiten, da ähnliche Tätigkeiten auch ähnlich entlohnt werden sollen. Diese Methode wurde in zwei der bisher erlassenen sechs NAV mit zwingenden Mindestlöhnen beigezogen.

Bei der Bestimmung der üblichen Löhne ist es wichtig, dass mit aktuellen Quellen und Daten gearbeitet wird, da sich die Üblichkeit der Löhne ständig verändert. Des Weiteren soll die konkrete Situation des Arbeitnehmenden berücksichtigt werden, individualisierte übliche Löhne sind zu

[67] Kaufmann, S. 208.

bevorzugen. Die Ortsüblichkeit spielt in der Praxis keine eigenständige Rolle – anders als im Gesetzestext suggeriert.

Was die Missbrauchsgrenzen betrifft zeigt die bisherige Praxis klar auf, dass es um eine pragmatische, einzelfallbezogene Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen, politischen und sozialen Faktoren geht. Die Praxis zeigt, dass bereits einige wenige Fälle missbräuchlicher Lohnunterbietung ausreichen können, um einen Antrag auf zwingende Mindestlöhne zu stellen. Auch hier sind die Erfahrungen und eine gewisse Sensibilität der TPK-Mitglieder für die herrschenden Arbeitsbedingungen in einer Branche mitentscheidend. Dies entspricht auch der gesetzlich vorgesehenen Funktion der TPK, da sie die Entwicklungen des Arbeitsmarktes möglichst eng mitverfolgen sollen.

Die Durchführung eines Verständigungsverfahrens muss verhältnismässig sein zum Erfolg, den man sich von diesem Verfahren erhofft. In gewissen Branchen ist der Erfolg eines Verständigungsverfahrens von vornherein ausgeschlossen; dort kann auf die Durchführung verzichtet werden. Der Zeitpunkt des Verständigungsverfahrens variiert in der Praxis, er kann auch bereits vor der vertieften Analyse der Arbeitsbedingungen in einer Branche liegen.

Die bisherige Praxis zeigt, dass bei Vorliegen „wiederholter, missbräuchlicher Lohnunterbietungen“ alle Voraussetzungen zur Stellung eines Antrages auf Erlass zwingender Mindestlöhne erfüllt sind. Demnach müssen keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein, wie z.B. ein generelles Absinken der üblichen Löhne. Der präventive Charakter der FlaM verlangt gerade, dass Mindestlöhne eingeführt werden können, bevor die durchschnittliche Lohnhöhe sinkt.

Die TPK ist gemäss Gesetz verpflichtet bei Vorliegen aller Voraussetzungen einen Antrag auf Erlass zwingender Mindestlöhne zu stellen. Der Entscheid über einen Antrag auf Erlass zwingender Mindestlöhne war in der bisherigen Praxis nur da möglich, wo der politische Wille hierzu vorhanden war. Dies widerspricht den Vorstellungen des Gesetzgebers. Dieser wollte, dass die Feststellungen der tripartiten Kommissionen sachlicher Natur sind.

Literaturverzeichnis

BRÖNNIMANN NICOLE/BURKHARD DANIEL/KÜBLI ANDREAS/MESSERLI GREGOR/WERREN SIMON, Marktübersicht Lohnvergleiche, Fachartikel, Fachhochschule Solothurn Nordwestschweiz, 2001 (zit. Brönnimann/Burkhard/Kübli/Messerli/Werren)

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2005 (zit. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez).

DUCRET CHRISTIAN, Enquêtes de terrain, Méthodologie et expériences, Exemple du secteur de l'esthétique, Departement de la solidarité et de l'emploi, Office cantonal de l'inspection et des relations du travail, Powerpointpräsentation vom 16. Januar 2008 (zit. Ducret)

FLÜCKIGER YVES, Analyse du secteur clandestin de l'économie domestique à Genève, Observatoire universitaire de l'emploi, Genève, Januar 2005 (zit. Flückiger, économie domestique à Genève)

GABATHULER THOMAS, Das missbräuchliche Unterbieten der Löhne gemäss den „flankierenden Massnahmen" zur Personenfreizügigkeit, SGB-Dossier Nr. 27, Schweizerischer Gewerkschaftsbund (Hrsg.), Bern 2004 (zit. Gabathuler)

KAUFMANN KARIN, Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen, Bern 2010 (zit. Kaufmann)

PORTMANN WOLFGANG, Flankierende Massnahmen zum Abkommen über die Freizügigkeit, in Thürer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Ein Handbuch, Zürich 2002, S. 267 ff. (zit. Portmann)

REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. und 2. Abschnitt; Kommentar zu Art. 319–330a OR und Art. 331– 355; Bern 1985 und 1992 (zit. BK-Rehbinder)

RONCORONI GIACOMO IN ANDERMATT ARTHUR ET AL. (HRSG.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, 2009 (zit. Roncoroni)

SENTI CHRISTOPH, Rechtliche Gefahren und Probleme bei der Ausgestaltung von Leistungslohnsystemen, 2002 (zit. Senti, Leistungslohnsysteme)

SENTI CHRISTOPH, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: Praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, 2009 (zit. Senti, Lohnbuchkontrollen)

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. Streiff/von Kaenel)

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005 (zit. Vischer)

VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS C., Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Teilband V 2c, Art. 356-360f OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. ZK-Vischer/Albrecht)

Materialverzeichnis

Riassunto controlli effettuati dall'inspettorato del lavoro nel settore dei Call Centers in Ticino, 2006 (zit. Riassunto)

SECO – Direktion für Arbeit, Kommentar: Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, Bern 2008 (zit. SECO, Kommentar)

SECO – Direktion für Arbeit, Weisung „Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich", 11. November 2008, abrufbar unter:

http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00451/index.html?lang=de&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCEe317hGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--

OBSERVATOIRE GENEVOIS DU MARCHÉ DU TRAVAIL OGMT, Vorschlag für eine Berechnung der orts- und branchenüblichen Löhne, Juni 2003 (zit. OGMT – orts- und branchenübliche Löhne)

OBSERVATOIRE GENEVOIS DU MARCHÉ DU TRAVAIL OGMT, Definition des Begriffs der wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung, November 2008 (zit. OGMT – wiederholte missbräuchliche Lohnunterbietung)

OBSERVATOIRE UNIVERSITAIRE DE L'EMPLOI: Le travail domestique en Suisse. Sous la direction d'Yves Flückiger et de Giovanni Ferro-Luzzi, Genève 2008, mandaté par le SECO (zit. OUE économie domestique en Suisse)

UFFICIO DELL'INSPETTORATO DEL LAVORO – Instituti di Belleza in Ticino, 2009-2010 (zit. UFI – Instituti die Belleza)

Die Reihe SGB-*Dossier*. Bisher erschienen: **Titres déjà publiés dans la série *Dossier* de l'USS :**

47 Für eine neue Gesundheitsversorgung in der Schweiz 2007, April 2007 / *Proposition de réforme pour un nouveau système de santé en suisse, avril 2007*
48 Temporärarbeit in der Schweiz, April 2007– *avec compte-rendu en français (résumé et conclusion), avril 2007*
49 20 Jahre SGB-Rentnerinnen- und Rentnerkommission, Juni 2007
50 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2006, September 2007
51 Organisationen im Umbruch: Die Gewerkschaften in der Schweiz von 1990 bis 2006, September 2007 / *Les syndicats en Suisse, de 1990 à 2006 : stratégies, fusions et évolution de leurs effectifs, janvier 2008*
52 SGB-Kongress 9.11. – 11.11.2006: Positionspapiere und Resolutionen, November 2007 / *Congrès USS 9.11. – 11.11.2006: Textes d'orientation et résolutions, novembre 2007*
53 Die AHV ist sicher – SGB-Finanzierungsszenario für die AHV, Dezember 2007 / *L'AVS reste solide : scénario de l'USS sur le financement de l'AVS, décembre 2007*
54 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2007/2008 – Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften, März 2008 *Négociations conventionnelles et salariales 2007/2008, mars 2008*
55 Argumentarium gegen die SVP-Initiative für „demokratische Einbürgerungen", April 2008. *Argumentaire contre l'initiative populaire de l'UDC « pour des naturalisations démocratiques », avril 2008*.
56 Mindestlöhne in der Schweiz: Entwicklungen seit 1998 und Handlungsbedarf heute, April 2008*, avec résumé en français.*
57 Veränderungen im Bildungssystem der Schweiz und daraus resultierende Probleme im Bereich der beruflichen Grundbildung, der höheren Berufsbildung und der Weiterbildung, August 2008, *avec résumé en français.*
58 Weiter mit Bildung – Berufsbildung fördern. Recht auf Standortbestimmung und lebenslange Bildung für alle, September 2008. *Une formation, ça se continue – Encourager la formation professionnelle. Droit au bilan professionnel et à l'apprentissage tout au long de la vie, septembre 2008.*
59 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2007, August 2008; *Évolution des effectifs syndicaux en 2007, août 2008.*
60 Wirtschaftspolitik in der Schweiz: 60 Beiträge zu Lohn, Beschäftigung und Sozialstaat, Juli 2008
61 Die Liberalisierungspolitik in der Schweiz – gedrosseltes Tempo, Eine Zwischenbilanz aus Gewerkschaftssicht. Oktober 2008
62 Welche Konjunkturprogramme wirken? – Ein Kriterienraster und eine Evaluation der Investitionsprogramme von 1993 und 1997 / *Quels programmes conjoncturels son efficaces? – Grille de critères et évaluation des programmes d'investissement de 1993 et 1997*
63 Gesundheitsförderliche Arbeitsbedingungen für ältere Arbeitnehmer/innen. November 2008 / *Conditions de travail favorisant la santé des travailleurs âgés. Novembre 2008.*
64 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2008/2009 – Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften, April 2009 *Négociations conventionnelles et salariales 2008/2009, avril 2009*
65 Mit Konjunkturstabilisierung längerfristige Wachstumschancen sichern – Eine Auswertung der neueren empirischer Forschungsliteratur und ein Plädoyer für ein Umdenken in der Schweizer Wirtschaftspolitik, Juni 2009
66 Wie die Diskriminierung der MigrantInnen in der Arbeitswelt beseitigen? Das Programm des SGB, Juli 2009, *avec résumé en français.*
67 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2008, September 2009; *Évolution des effectifs syndicaux en 2008, septembre 2009.*
68 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2009 / 2010; Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften. Mai 2010. *Négociations conventionnelles et salariales 2009/2010 ; un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS. Mai 2010.*
69 Mitgliederentwicklung 2009, September 2010, Évolution des effectifs des syndicats en 2009, septembre 2010
70 11. SGB-Frauenkongress vom 20. und 21. November 2011. Vereinbarkeit jetzt! Erwerbsarbeit – Familienarbeit: Schluss mit dem Zeitdilemma! August 2010. *11e Congrès des femmes de l'USS des 20 et 21 novembre 2009***.** *Emploi et famille : un casse-tête au quotidien ! Août 2010*
71 Auswirkungen einer Frankenaufwertung auf die Schweizer Wirtschaft. Ergebnisse von ökonometrischen Modellsimulationen. September 2010 - *Effets d'une appréciation du franc sur l'économie suisse. Résultats de simulations réalisées à l'aide de modèles économétriques. Janvier 2011*
72 Massnahmen zur Stärkung der Kaufkraft – Auswirkungen auf die Schweizer Konjunktur. November 2010
73 54. SGB-Kongress vom 5. – 6. November 2010: Kongresspapiere und Resolutionen. Dezember 2010 – *54e Congrès de l'USS du 5 au 6 novembre 2010 : textes d'orientation et résolutions. Décembre 2010*
74 Jahresmedienkonferenz des SGB vom 5. Januar 2011: Gute Löhne und Renten für alle; Mehr Geld zum Leben; Lebensrisiken gemeinsam tragen. Januar 2011 - *Conférence de presse annuelle de l'USS du 5 janvier 2011 : Des salaires décents et des rentes suffisantes ; Davantage de revenus pour vivre - Assumer solidairement les risques de la vie. Janvier 2011*
75 Erlass von Mindestlöhnen aufgrund der flankierenden Massnahmen. Eine Praxisübersicht. Februar 2011.

Nachbestellte Einzelnummern kosten Fr. 4.- pro Ex.; Umfangreiche Nummern sind teurer, Fr. 10.- (inkl. Porto).
Chaque numéro commandé coûte 4 francs l'exemplaire ; prix plus élevé pour grands numéros, Fr. 10.- (frais de port inclus).

Bestelltalon; einsenden an SGB, z.H. Edith Pretto / Maria-Rosa d'Alessandris, Postfach, 3000 Bern 23, Fax 031 377 01 02
oder per e-mail: info@sgb.ch
Talon de commande: à envoyer à l'USS, c/o Edith Pretto / Maria-Rosa d'Alessandris, c.p., 3000 Berne 23; télécopieur 031 377 01 02 ou par e-mail : ***info@sgb.ch***

Ich bestelle folgendes *Dossier*: Nr. / *N°* .....Anzahl Ex. / *Nombre d'ex.* .....
Je commande les Dossiers *suivants*: Nr. / *N°* .....Anzahl Ex. / *Nombre d'ex.* .....
Nr. / *N°* .....Anzahl Ex. / Nombre d'ex. .....

Name, Vorname / *Nom, Prénom:*.....
Strasse / *Rue*: .....
Ort / *Localité*: .....