

Konzept zur Arbeitsmarktbeobachtung der tripartiten Kommission des Bundes im Rahmen der flankierenden Massnahmen

Stand 03.07.2018

Inhalt

1	Einleitung	3
2	Arbeitsmarktbeobachtung	3
3	Methodik der TPK Bund	5
3.1	Feststellung des orts- und branchenüblichen Lohns.....	5
3.1.1	Lohnstrukturerhebung.....	6
3.1.2	Referenzlohn	7
3.1.3	Untersuchungen der TPK Bund	8
3.2	Feststellung einer wiederholt missbräuchlichen Unterbietung von branchenüblichen Löhnen 9	
3.2.1	Statistische Methoden	9
3.2.2	Referenzlohn	10
3.2.3	Untersuchungen der TPK Bund.....	10
3.3	Voraussetzungen zur Einleitung eines Verständigungsverfahrens oder einer anderen Massnahme	10
3.4	Vorgehen bei wiederholt missbräuchlicher Lohnunterbietung, insbesondere bei gescheiterten Verständigungsverfahren.....	11
4	Anhang	13
4.1.1	Vorschlag für eine Berechnung der orts- und branchenüblichen Löhne (OGMT Genf)....	13
4.1.2	Vorschlag für eine Definition des Begriffs der wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung (OGMT Genf).....	13
4.1.3	Flussdiagramm: Arbeitsmarktbeobachtung durch die kantonalen tripartiten Kommissionen 14	
4.1.4	Zuständigkeit der TPK Bund bei der Arbeitsmarktbeobachtung und Abgrenzung zur kantonalen Zuständigkeit.....	15
4.1.5	Ermessensspielraum der TPK aufgrund von Art. 360a ff. OR	19

1 Einleitung

Das vorliegende Konzept beschreibt die Arbeitsmarktbeobachtung durch die tripartite Kommission des Bundes im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit Schweiz-EU (TPK Bund). Grundlage dafür bilden die Empfehlungen "Anforderungen an die Arbeitsmarktbeobachtung durch die kantonalen TPK", welche das SECO im Jahr 2012 zusammen mit der TPK Bund und den Kantonen erarbeitet hat und der Bericht „Erfolgsfaktoren beim Vollzug der flankierenden Massnahmen auf Grundlage der Erfahrungen der Audits (Oktober 2012 – Mai 2015)“.

Im Jahr 2016 verabschiedete der Bundesrat einen Aktionsplan zur Optimierung des Vollzugs der flankierenden Massnahmen (FlaM). Aufgrund dieses Aktionsplans ergeben sich gewisse Anpassungen am Konzept zur Arbeitsmarktbeobachtung vom 24. Januar 2014 der TPK Bund. Ziel der vorgenommenen Revision des Konzepts ist es, den Massnahmen des Aktionsplans Rechnung zu tragen und die Rolle sowie die Vorgehensweise der TPK Bund detaillierter darzulegen.

2 Arbeitsmarktbeobachtung

Mit der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU wurden auch FlaM eingeführt. Die FlaM schützen Erwerbstätige vor missbräuchlichen Unterschreitungen der Schweizer Lohn- und Arbeitsbedingungen und gewährleisten gleiche Wettbewerbsbedingungen für inländische und ausländische Unternehmen. Gestützt auf das Entsendegesetz¹, sind ausländische Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung der in der Schweiz geltenden minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet.

In Branchen mit einem allgemeinverbindlich erklärten (ave) Gesamtarbeitsvertrag (GAV) kontrollieren die paritätischen Kommissionen die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Jeder Kanton und der Bund haben zudem nach Massgabe von Art. 360b OR² eine tripartite Kommission (TPK), bestehend aus Vertretern der Sozialpartner, des Kantons oder des Bundes, eingesetzt. Gestützt auf Art. 360a OR, das Entsendegesetz und die dazugehörige Verordnung³ kontrollieren die TPK sowohl Schweizer wie auch ausländische Arbeitgeber in Branchen ohne ave GAV.

Auf nationaler Ebene beobachtet die TPK Bund den Arbeitsmarkt. Die TPK Bund führt in der Regel keine Kontrollen durch, sie steuert und unterstützt die kantonalen TPK bei ihrer Kontrolltätigkeit. Die TPK Bund verfügt über unterschiedliche Steuerungsinstrumente: So legt die TPK Bund – sofern nicht bereits durch den Bundesrat vorgegeben – Zielvorgaben für die Kontrolldichte fest. Bund und Kantone haben im Rahmen der Leistungsvereinbarungen 2018 vereinbart, dass die kantonalen TPK ab Januar 2018 30% bis 50% der Entsendebetriebe und 3% der Schweizer Arbeitgebenden (in Fokusbranchen 5%) kontrollieren. In begründeten Fällen können die kantonalen TPK von diesen Zielvorgaben abweichen.⁴ Die TPK Bund definiert zudem jährlich Fokusbranchen, die den kantonalen TPK als Grundlage für ihre eigene risikobasierte Strategie für die Arbeitsmarktbeobachtung dienen.⁵ Die kantonalen TPK können

¹ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20

² Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220

³ Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV)

⁴ Siehe Beschluss der TPK Bund vom 29.11.2017 zum Traktandum 4.1 «Kontrollziele der TPK Bund».

⁵ Siehe dazu „Fokusbranchenkonzept der TPK Bund“.

nur in arbeitsmarktlich begründeten Fällen von diesen Branchen abweichen. Sie können zusätzlich weitere eigene Fokusbranchen bestimmen, wenn sie auf ihrem Arbeitsmarkt weitere Risiken orten. Grundsätzlich sind jedoch die Ziele der TPK Bund einzuhalten.⁶

Eine weitere Aufgabe der TPK Bund ist es, in Branchen, in denen wiederholt missbräuchliche Unterbietungen der orts-, berufs-, und branchenüblichen Löhne festgestellt werden, Untersuchungen einzuleiten. Dies erfolgt in Koordination mit den Kantonen⁷.

Die TPK Bund definiert in Absprache mit den Kantonen den orts- Berufs- und branchenüblichen Lohn und stellt, basierend auf den durchgeführten Kontrollen oder Untersuchungen, fest, ob in einer Branche der übliche Lohn wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten wurde. Liegt eine wiederholt missbräuchliche Unterbietung des üblichen Lohnes vor, so wird von Seiten der TPK Bund in der Regel ein Verständigungsverfahren mit den betroffenen Arbeitgebenden eingeleitet.

Scheitert dieses Verfahren, so können, basierend auf Art. 360a OR⁸ und Art. 1a AVEG^{9/10}, im Falle von wiederholt missbräuchlichen Unterbietungen der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne folgende Massnahmen ergriffen werden:

- Die Bestimmungen über die minimale Entlohnung und die ihr entsprechenden Arbeitszeiten in bestehenden GAV können erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden.
- Der Bund oder die Kantone können für eine Branche zeitlich befristete Normalarbeitsverträge (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen einführen.

⁶ Siehe dazu den „Bericht der Arbeitsgruppe zum Verbesserungsbedarf von Vollzug und Missbrauchsbekämpfung der FlaM zuhanden des Bundesrats“ vom 21. Oktober 2016 (Kapitel 3.1.5).

⁷ siehe Abschnitt "Zuständigkeit der TPK Bund bei der Arbeitsmarktbeobachtung und Abgrenzung zur kantonalen Zuständigkeit" im Anhang.

⁸ OR Art. 360a Absatz 1: Werden innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten und liegt kein Gesamtarbeitsvertrag mit Bestimmungen über Mindestlöhne vor, der allgemeinverbindlich erklärt werden kann, so kann die zuständige Behörde zur Bekämpfung oder Verhinderung von Missbräuchen auf Antrag der tripartiten Kommission nach Artikel 360b einen befristeten Normalarbeitsvertrag erlassen, der nach Regionen und gegebenenfalls Orten differenzierte Mindestlöhne vorsieht.

⁹ Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311

¹⁰ AVEG Art. 1a:

1 Stellt die tripartite Kommission nach Artikel 360b des Obligationenrechts fest, dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden, so kann sie mit Zustimmung der Vertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung des für die betreffende Branche geltenden Gesamtarbeitsvertrags beantragen.

2 Gegenstand der Allgemeinverbindlicherklärung können in diesem Fall sein:

- a. die minimale Entlohnung und die ihr entsprechende Arbeitszeit;
- b. die Vollzugskostenbeiträge;
- c. die paritätischen Kontrollen;
- d. die Sanktionen gegenüber fehlbaren Arbeitgebern und Arbeitnehmern, insbesondere Konventionalstrafen und die Auferlegung von Kontrollkosten.

3 Methodik der TPK Bund

Für die Arbeitsmarktbeobachtung der TPK Bund dienen der FlaM-Bericht, der Fokusbranchenbericht, Informationen der kantonalen TPK, der Kantone sowie der Sozialpartner und Gespräche mit Branchenvertretern als zentrale Informationsgrundlagen.

Nachfolgend wird die Vorgehensweise der TPK Bund für die Feststellung des üblichen Lohns, einer wiederholt missbräuchlichen Lohnunterbietung und die Durchführung von Verständigungsverfahren beschrieben.

3.1 Feststellung des orts-, berufs- und branchenüblichen Lohns

Orts-, berufs- und branchenübliche Löhne¹¹ bezeichnen nicht einen einzelnen Lohnwert, sondern in aller Regel ein Lohnintervall, in welchem sich die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmenden einer Branche, eines Berufs und einer bestimmten Region befinden. Folgende Lohnbestandteile gilt es zu berücksichtigen: Als Lohnbestandteile gelten grundsätzlich der ordentliche Brutto-Monatslohn oder Brutto-Stundenlohn, der 13. Monatslohn bzw. entsprechende Lohnzuschläge, Ferien- und Feiertagszuschläge sowie allfällige branchenspezifische betragsmässig relevante Zulagen wie z.B. Umsatzbeteiligung.

Zur Feststellung des orts- und branchenüblichen Lohns verwendet die TPK Bund nach Möglichkeit mehrere Quellen und stützt sich auch auf die kantonalen orts- und branchenüblichen Löhne. Dadurch kann der übliche Lohn präziser festgestellt, dessen Akzeptanz erhöht werden und die TPK Bund kann ihre Entscheide basierend auf verlässlichen und aussagekräftigen Grundlagen fällen. Die TPK Bund definiert im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Qualität der Datenquelle zur Definition des üblichen Lohns eine Untergrenze des üblichen Lohns, deren Unterschreitung weitere Abklärungen zur Folge hat.

Zur Bestimmung der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne empfehlen sich insbesondere folgende Quellen:

- GAV und NAV, die Lohnbestimmungen enthalten, die nicht zwingend sind
- ave GAV für verwandte Tätigkeitsbereiche
- Schweizerische Lohnstatistiken, insbesondere die alle zwei Jahre vom BFS durchgeführte Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE)
- kantonale und nationale Lohnrechner
- Untersuchungen, welche die TPK durchführen oder durchführen lassen können
- Lohnempfehlungen oder Salärrichtlinien

Der übliche Lohn wird, wenn möglich, unter Berücksichtigung von Kriterien wie der Ausbildung, dem Anforderungsniveau und der Berufserfahrung definiert. Es empfiehlt sich auch, die jeweilige Branche

¹¹ Damit die erhobenen Lohndaten vergleichbar sind, sollten die aus einer statistischen Quelle oder einer durchgeführten Erhebung gewonnenen Lohninformationen möglichst der Lohndefinition entsprechen, auf die sich die jeweiligen Sozialpartner abstützen. Dies ist der Fall bei der LSE, da diese von einem monatlichen Bruttolohn (der Lohn vor Abzug der Arbeitnehmerbeiträge) ausgeht, allfällige Zuschläge (für Nacht- und Sonntagsarbeit, Feiertage etc.) sowie einen Zwölftel des 13. Monatslohnes enthält. Ausgenommen sind dagegen die Überstunden sowie die Familienzulagen. Zu beachten ist, dass Lohnangaben in der LSE auf eine 40 Stundenwoche umgerechnet sind, womit bei Abweichungen der betriebsüblichen Arbeitszeit eine Umrechnung (z.B. in Stundenlöhne) erforderlich ist. Des Weiteren ist auf die Weisung des SECO „Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich“ zu verweisen.

möglichst genau zu definieren. Das vereinfacht die Branchenzuordnung und ermöglicht eine präzisere Definition des üblichen Lohns.

Je nach Verfügbarkeit geeigneter Datenquellen dürfte das Vorgehen von Fall zu Fall variieren und im Allgemeinen empfiehlt sich die simultane Anwendung verschiedener Methoden. In der Regel unterbreitet das SECO dem Büro der TPK Bund einen Antragsentwurf auf Feststellung des orts- und branchenüblichen Lohns. Das TPK Büro unterbreitet anschliessend dem TPK Plenum einen Antrag zum Entscheid. Nachfolgend werden drei von der TPK Bund verwendete Grundlagen für die Definition des üblichen Lohns detaillierter dargestellt:

3.1.1 Lohnstrukturerhebung

Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE) ist eine schriftliche Befragung, die alle zwei Jahre bei den Unternehmen in der Schweiz durchgeführt wird. Sie erlaubt eine regelmässige Beschreibung der Lohnstruktur in allen Branchen des sekundären und tertiären Sektors anhand von repräsentativen Daten. Sie erfasst nicht nur die Branche und die Grösse des betreffenden Unternehmens, sondern auch die einzelnen Merkmale der Arbeitnehmenden und der Arbeitsplätze. Die Umfrage umfasst rund 35'000 private und öffentliche Unternehmen mit insgesamt rund 1,6 Millionen Arbeitnehmenden (LSE 2014). Für die Auswertung der LSE und die Bestimmung eines üblichen Lohns werden in der Regel zwei unterschiedliche Methoden verwendet: Die klassische Methode, die rein deskriptive, statistische Auswertung vornimmt und die Lohngleichungs-Methode, welche anhand eines ökonomischen Modells den Einfluss von einzelnen persönlichen oder stellenbezogenen Merkmalen auf den Lohn schätzt.

Klassische Methode: Bei einer rein beschreibenden statistischen Auswertung werden lediglich die Löhne der jeweiligen Untersuchungsgruppe betrachtet. Der zu betrachtende Stichprobenumfang wird mit jedem Detaillierungsgrad kleiner. Wird also bei der Betrachtung von kleinen Branchen die Stichprobe nach bestimmten Kriterien eingegrenzt, nimmt die Anzahl der Erhebungen unter Umständen markant ab. Dadurch sinkt auch die Aussagekraft der Resultate. Soll der übliche Lohn für eine Branche oder einen Beruf festgestellt werden, kann auf diese Methode abgestützt werden.

Lohngleichungs-Methode: Anhand eines Modells¹² wird der Einfluss individueller Eigenschaften eines Arbeitnehmenden, wie beispielsweise des Alters, der Ausbildung oder der Berufserfahrung auf den Lohn - anhand des gesamten Stichprobenumfangs - berechnet. So kann beispielweise ermittelt werden, um wie viel der Lohn im Allgemeinen mit jedem zusätzlichem Jahr Berufserfahrung steigt. Diese Methode ermöglicht es, alle lohnrelevanten Faktoren mitzuberechnen, auch wenn der Stichprobenumfang in der relevanten Branche klein ist. Ist der Einfluss auf den Lohn aller Faktoren

¹² Die meisten Modelle dieser Art basieren auf einer linearen Regressionsanalyse. Eine lineare Regression erlaubt es, alle wichtigen Faktoren, die bei der Festsetzung des Lohnes eine Rolle spielen, zu berücksichtigen. Mit den Daten der LSE können Regressionskoeffizienten mithilfe einer linearen Regressionsanalyse ermittelt werden. Die Regressionskoeffizienten erlauben es, auszurechnen, um wie viel der Monatslohn durchschnittlich steigt, wenn beispielsweise die Berufserfahrung um ein Jahr steigt. Sind diese Koeffizienten einmal festgelegt, so kann der Lohn für einen Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seines Alters, Ausbildung, Arbeitsort, Erfahrung und des Anforderungsniveaus seiner Tätigkeit berechnet werden. Beispielsweise <http://www.geneve.ch/ogmt/tel/salaires-fr.pdf>

einmal berechnet, können die bei der Kontrolle erhobenen Daten direkt in das Modell eingegeben werden und der übliche Lohn für den jeweiligen Arbeitnehmer ermittelt werden.

Mittlerweile existieren auf Kantons- und Bundesebene verschiedene Lohnrechner. Bei diesen Lohnrechnern handelt es sich meist um interaktive Webplattformen, welche anhand eines ökonometrischen Modells, gestützt auf Daten aus der LSE des Bundesamtes für Statistik (BFS), für ein beliebiges individuelles Profil eine Lohnspanne (z.B. 25%-Quantil, Medianlohn, 75%-Quantil) schätzen. Diese Rechner können einen ersten, starken Indikator für die Höhe des üblichen Lohnes für ein individuelles Profil liefern. Sie spielen somit eine wichtige Rolle im Rahmen der Kontrolltätigkeit vor Ort.

Die TPK Bund hat sich bei bisherigen Fällen am unteren Quartil orientiert (siehe Detailhandel mit Schuhen und Bekleidung). Das untere Quartil kann bei der Feststellung der Untergrenze des üblichen Lohnintervalls als Referenzwert verwendet werden. Wo genau die Untergrenze liegt, kann jedoch von Fall zu Fall variieren und wird mit den kantonalen TPK koordiniert, welche den üblichen Lohn für ihren Zuständigkeitsbereich feststellen. Es gilt auch festzuhalten, dass ein unüblicher Lohn nicht automatisch eine wiederholt missbräuchliche Lohnunterbietung darstellt.

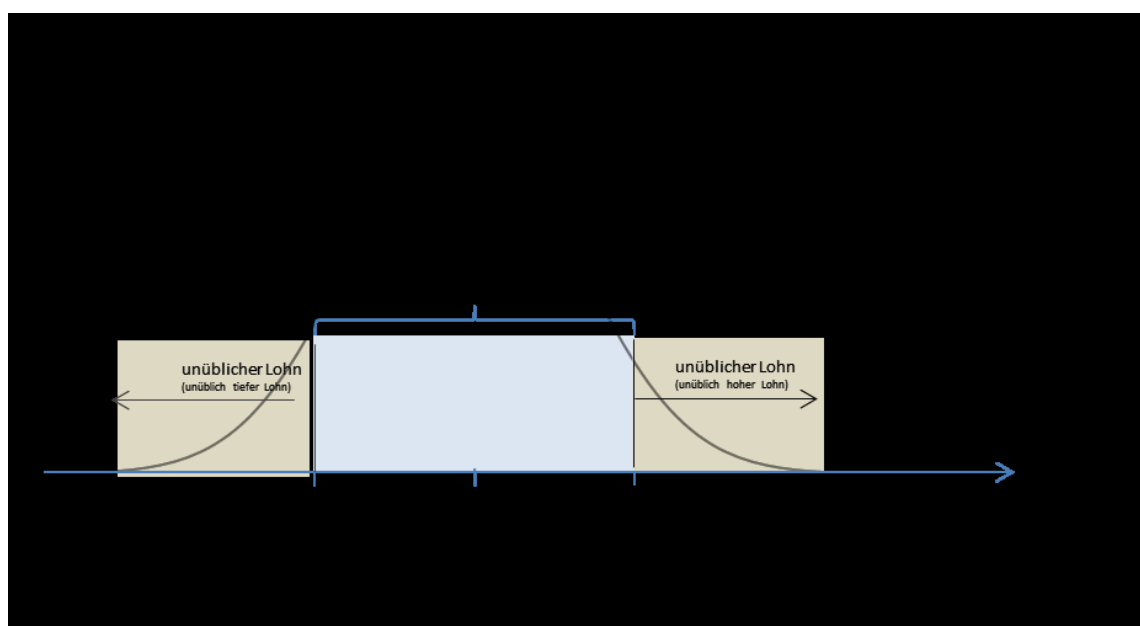


Abbildung 1: Definition des üblichen Lohns

3.1.2 Referenzlohn

Eine weitere Möglichkeit zur Feststellung des üblichen Lohnes stellen Referenzlöhne dar. Ein Referenzlohn dient der TPK Bund als Orientierungshilfe und ermöglicht auf einfache Weise eine Annäherung an den üblichen Lohn zu erhalten. Mögliche Quellen von Referenzlöhnen sind beispielsweise GAV oder NAV, die Lohnbestimmungen enthalten, aber GAV für verwandte Tätigkeitsbereiche, Lohnempfehlungen und Salärrihtlinien.

Das Zürcher Lohnbuch¹³ ist eine mögliche Quelle für Referenzlöhne. Im Lohnbuch sind alle GAV-Mindestlöhne, GAV-Mindestlöhne und Lohnempfehlungen nach Branche aufgeführt. In Branchen ohne GAV oder Lohnempfehlungen basiert der übliche Lohn auf den Berechnungen der LSE. Die Angaben stammen hauptsächlich aus der Region Zürich. Das Lohnbuch enthält deshalb einen Umrechnungsfaktor¹⁴, damit die Referenzlöhne der Lohnstruktur der jeweiligen Grossregion angepasst werden können. Das Lohnbuch kann so die Feststellung des üblichen Lohns erleichtern, aufgrund der Fokussierung auf die Region Zürich sollten allerdings für andere Regionen noch weitere Quellen herangezogen werden. Wird im Lohnbuch auf eine Richtlinie verwiesen, die sich lediglich auf den Kanton Zürich bezieht, so werden für die Bestimmung des üblichen Lohns zusätzliche Quellen oder Richtlinien konsultiert. Zur Bestimmung der Untergrenze des üblichen Lohns wird vom Referenzlohn ein Prozentsatz abgezogen.¹⁵ Es obliegt der TPK im Einzelfall je nach verfügbarer Datenquelle, die Untergrenze des üblichen Lohns festzustellen.

3.1.3 Untersuchungen der TPK Bund

Ziel von Untersuchungen ist es, bei Verdacht auf wiederholt missbräuchliche Lohnunterbietungen in einer Branche oder einem Beruf die Sachlage zu klären, indem eine vertiefte Analyse vorgenommen wird. So werden beispielsweise Fragebögen an die Arbeitgebenden der Branche versandt, Vollerhebungen oder umfassende Stichprobenkontrollen durchgeführt. Die Untersuchungen sind ein ressourcenintensives Instrument. Daher werden die Untersuchungen gezielt bzw. nur in Branchen eingesetzt, in denen ein erhärteter Verdacht auf wiederholte missbräuchliche Lohnunterbietungen besteht. Untersuchungen sind ein Instrument das darauf abzielt, objektive Erkenntnisse über die Situation einer spezifischen Branche oder eines spezifischen Berufs zu erhalten. Daher sollten sie auf einer repräsentativen Stichprobe von Betrieben basieren.

Die TPK Bund kann das SECO oder einen externen Mandaten beauftragen, solche Untersuchungen durchzuführen. Sie kann aber auch die kantonalen TPK ersuchen, Untersuchungen in einer Branche vorzunehmen. Dieses Vorgehen hat sich in Vergangenheit bewährt, so führten die kantonalen TPK auf Ersuchen der TPK Bund bereits in unterschiedlichen Branchen vertiefte Kontrollen durch (z.B. Detailhandel mit Schuhen und Bekleidung). Die kantonalen TPK definieren jeweils für ihren Zuständigkeitsbereich einen üblichen Lohn und die TPK Bund koordiniert ihr Vorgehen bei der Feststellung eines nationalen oder regionalen üblichen Lohns mit den kantonalen TPK.

¹³ Das Lohnbuch wird jährlich vom Amt für Wirtschaft und Arbeit der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich herausgegeben. www.ai.zh.ch

¹⁴ Eine Schwierigkeit dieses Umrechnungsfaktors ist allerdings, dass mehrere Kantone mit teilweise sehr unterschiedlichen wirtschaftlichen Strukturen in einer Grossregion zusammengefasst werden. Die Kantone Zürich und Tessin haben hier einen Vorteil, da sie jeweils eine eigene Grossregion darstellen. Bei den übrigen Kantonen ist bei der Anwendung des Umrechnungsfaktors Vorsicht geboten, da die Gefahr besteht, dass kantonalen Unterschieden nicht genügend Rechnung getragen wird. Es bietet sich daher an, weitere Quellen zu berücksichtigen und je nach Referenzlohn das Lohnintervall unterschiedlich zu definieren.

¹⁵ Basiert der Referenzlohn für eine Branche beispielsweise auf einer Lohnempfehlung eines Verbands, könnte die Untergrenzen des üblichen Lohns beim empfohlenen Lohn minus 15% liegen.

3.2 Feststellung einer wiederholt missbräuchlichen Unterbietung von branchenüblichen Löhnen

Von einer Unterbietung des üblichen Lohnes wird ausgegangen, wenn eine Person weniger verdient als die Untergrenze des Lohnintervalls, welcher durch eine überwiegende Mehrheit von Unternehmen einer betrachteten Branche und Region für entsprechende Arbeitskräfte bezahlt wird.

Wiederholt bedeutet, dass in mehreren Betrieben einer Region bzw. Branche oder in einem einzelnen Betrieb mit einer gewissen Marktmacht gegenüber mehreren Arbeitnehmenden eine Lohnunterbietung festgestellt wird. Wiederholung kann auch bedeuten, dass Unternehmen nach Aufforderung durch die TPK Bund nicht zu einer Korrektur des Verhaltens gebracht werden können. Beim Begriff „wiederholt“ geht es darum, zu verhindern, dass in einer Branche die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne in relevanter Weise unterboten werden.

Als weitere Voraussetzung für die Anwendung von Art. 360a OR und Art 1a AVEG muss die Unterbietung des üblichen Lohnes missbräuchlich und der Erlass eines NAV oder die erleichterte AVE eines GAV verhältnismässig sein. Der Gesetzgeber hat die Definition des Missbrauchs bewusst offen gelassen, weil er genügend Spielraum für konkrete und den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Lösungen lassen wollte. Daher muss die TPK Bund jeweils im konkreten Fall und unter Berücksichtigung juristischer, wirtschaftlicher, politischer und sozialer Faktoren entscheiden, ob der Tatbestand des Missbrauches erfüllt ist. Ein wichtiges Kriterium ist jedoch das Ausmass der Unterschreitung. Der Missbrauch besteht darin, Löhne zu bezahlen, die unter der Untergrenze des Lohnintervalls, das den üblichen Lohn in der Branche, dem Beruf oder der Region beschreibt, liegen. Ein weiteres Kriterium ist der Bezug zum international offenen Arbeitsmarkt. Es soll verhindert werden, dass durch die Möglichkeit der Rekrutierung ausländischer Arbeitskräfte die Löhne in bestimmten Branchen absinken. Ein Aspekt, der dabei mitberücksichtigt wird, sind die Auswirkungen der Personenfreizügigkeit und der teilliberalisierten grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung aufgrund des Freizügigkeitsabkommens mit der Europäischen Union (FZA) in der betroffenen Branche. Ferner wird auch geprüft, ob die tieferen Löhne das Resultat einer wirtschaftlichen und strukturellen Veränderung in einer Branche ist, oder ob es sich effektiv um eine wiederholt missbräuchliche Lohnunterbietung im Sinne von Art. 360a OR handelt.

3.2.1 Statistische Methoden

Mittels statistischer Methoden (klassische Methode eher für Berufsgruppe oder Branche, Lohnvergleichsmethode eher für individuelle Profile geeignet) kann der orts-, berufs- und branchenübliche Lohn festgestellt werden. Es obliegt der TPK Bund anhand der Qualität der zur Verfügung stehenden Daten abzuwägen, welches statistische Mass zur Definition der Untergrenzen des üblichen Lohnintervalls geeignet ist. Dabei gilt es zu beachten, dass jede statistische Definition impliziert, dass es zu jedem Zeitpunkt Unterbietung der üblichen Lohnbedingungen gibt. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass es jederzeit auch missbräuchliche Lohnunterbietungen gibt. Das 25%- und das 75%-Quantil definiert ein Intervall, welches vom BFS zur Beschreibung der Streuung der Daten verwendet wird. Diese beiden Quartile wurden allerdings nicht spezifisch für die Bedürfnisse der Arbeitsmarktbeobachtung gewählt. Inwieweit sie sich dennoch zur Festlegung der Untergrenze des Intervalls des üblichen Lohns eignen, muss im Einzelfall von der TPK Bund entschieden werden.

3.2.2 Referenzlohn

Auch bei der Verwendung von Referenzlöhnen bietet sich die Definition einer Untergrenze des Lohnintervalls, das den üblichen Lohn beschreibt, an. Je nach Art, Qualität und Akzeptanz des Referenzlohns kann das Intervall für den üblichen Lohn grösser oder kleiner gewählt werden. Bei statistischen Referenzlöhnen, wie beispielsweise einem Medianlohn, wird unter anderem die Anzahl Beobachtungen sowie die Erhebungsebene (gesamtschweizerisch, regional, kantonal) bei der Festlegung der Untergrenze des Lohnintervalls berücksichtigt. Die Akzeptanz des Referenzlohns ergibt sich hauptsächlich aus der Art und Weise, wie der Lohn bestimmt wurde. Handelt es sich beim Referenzlohn um den Mindestlohn in einem GAV, der von den Sozialpartnern ausgehandelt wurde, so ist die Akzeptanz höher als bei einer einseitigen Lohnempfehlung eines Verbandes. Es gilt daher, je höher die Akzeptanz des Referenzlohnes, desto weniger sollte die Untergrenze des üblichen Lohnintervalls vom Referenzlohn abweichen. Daher können Mindestlöhne aus einem GAV direkt als Untergrenze verwendet werden, sofern der GAV über genügend Repräsentativität verfügt. Die Festlegung der Untergrenze des Intervalls ist der TPK Bund unter Berücksichtigung der betroffenen Branche / Unternehmung überlassen, sie sollte allerdings transparent und nachvollziehbar definiert worden sein und konsequent angewendet werden.

3.2.3 Untersuchungen der TPK Bund

Die Spannweite des üblichen Lohnintervalls hängt von der Art der Untersuchung ab. Wenn eine Gesamterhebung einer Branche durchgeführt wird, erhält die TPK ein genaues Bild der bezahlten Löhne in dieser Branche. Je grösser die Stichprobe gewählt wird, desto genauer und schmaler kann das Lohnintervall des üblichen Lohns definiert werden.

3.3 Voraussetzungen zur Einleitung eines Verständigungsverfahrens oder einer anderen Massnahme

Stellt die TPK Bund in einer Branche ohne ave GAV eine wiederholt missbräuchliche Lohnunterbietung fest, so hat sie gemäss Art. 360b Abs. 3 OR die direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern zu suchen. Liegt also eine wiederholt missbräuchliche Unterbietung des üblichen Lohnes vor und kann der Arbeitgeber die Lohnunterbietung nicht begründen (z.B. Arbeitnehmer mit eingeschränkter Leistungsfähigkeit), so wird in der Regel¹⁶ ein Verständigungsverfahren mit den betroffenen Arbeitgebenden eingeleitet¹⁷.

Im Rahmen dieses Verfahrens soll der fehlbare Betrieb dazu gebracht werden, den Lohn zumindest inskünftig anzuheben. Dieses Verständigungsverfahren kann sowohl schriftlich als auch direkt bei einem Treffen mit den Arbeitgebenden durchgeführt werden.

¹⁶ Die bisherige Erfahrung mit der Umsetzung der FlaM zeigt jedoch, dass es Ausnahmesituationen gibt, in denen auf die Durchführung eines Verständigungsverfahrens verzichtet werden kann. So gibt es Branchen wie die Hauswirtschaft, die den Erfolg eines Verständigungsverfahrens von vornherein ausschliessen oder erschweren, gleich wie auch Lohnkontrollen schwierig sind. Ein Verständigungsverfahren ist in solchen Fällen obsolet (SGB Dossier Nr. 75 „Erlass von Mindestlöhnen aufgrund der flankierenden Massnahmen“ Februar 2011).

¹⁷ OR Art. 360b Absatz 3: Die Kommissionen beobachten den Arbeitsmarkt. Stellen sie Missbräuche im Sinne von Artikel 360a Absatz 1 fest, so suchen sie in der Regel eine direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern. Gelingt dies innert zwei Monaten nicht, so beantragen sie der zuständigen Behörde den Erlass eines Normalarbeitsvertrages, der für die betroffenen Branchen oder Berufe Mindestlöhne vorsieht.

In der Praxis können auch dann Verständigungsverfahren durchgeführt werden, wenn nur in einzelnen Unternehmungen Lohnunterbietungen festgestellt wurden und nicht die gesamte Branche betroffen ist. Daher wird zwischen individuellen Verständigungsverfahren, die nur mit einzelnen Arbeitgebenden, und Verständigungsverfahren im Sinne von 360b Abs. 3 OR, die mit mehreren Unternehmungen oder einer Unternehmung mit marktmächtiger Stellung durchgeführt werden, unterschieden. Die TPK Bund ist für überregionale oder gesamtschweizerisch vertretene Einzelfirmen zuständig, während kantonal oder regional tätige Unternehmen in die Kompetenz der kantonalen TPK fallen. Die Frage der Zuständigkeit muss im Einzelfall mit den betroffenen Kantonen koordiniert werden¹⁸.

3.4 Vorgehen bei wiederholt missbräuchlicher Lohnunterbietung, insbesondere bei gescheiterten Verständigungsverfahren

Gemäss Art. 360a Absatz 1 kann die zuständige Behörde im Falle wiederholt missbräuchlicher Unterbietungen der orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und wenn kein Gesamtarbeitsvertrag mit Bestimmungen über Mindestlöhne vorliegt, der allgemein verbindlich erklärt werden kann, zur Bekämpfung oder Verhinderung von Missbräuchen auf Antrag der tripartiten Kommission nach Artikel 360b einen befristeten Normalarbeitsvertrag erlassen. In diesem können nach Regionen und gegebenenfalls Orten differenzierte Mindestlöhne festgelegt werden. Insbesondere bei gescheiterten Verständigungsverfahren sieht Art. 360b Abs. 3 OR bzw. Art. 1a Abs. 1 AVEG vor, dass die TPK Bund dem Bundesrat den Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen oder eine erleichterte AVE¹⁹ eines GAV beantragen kann. Die Verständigungsverfahren sollen darauf ausgerichtet sein, vom betroffenen Entsendebetriebe eine Lohnnachzahlung oder - bei einem Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz - eine Anpassung der Arbeitsverträge zu erwirken. Ein Verständigungsverfahren wird als erfolgreich klassifiziert, wenn die betroffene Schweizer Unternehmung den Lohn mindestens inskünftig massgeblich anhebt und dies glaubhaft darlegen kann. Ein Verständigungsverfahren wird als erfolgreich klassifiziert, wenn der betroffene Entsendebetriebe mindestens einen massgeblichen Teil des Lohns für die Dauer des Einsatzes in der Schweiz nachbezahlt und dies glaubhaft darlegen kann.

Die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen - Erlass eines NAV oder erleichterte AVE eines GAV - sind die Konsequenz von gescheiterten Verständigungsverfahren, die die TPK mit mehreren Unternehmungen (einem wesentlichen Teil einer Branche) oder einer repräsentativen Unternehmung (mit einer gewissen Marktmacht) durchgeführt hat. In Branchen, in denen trotz an sich erfolgreicher Verständigungsverfahren wiederum wiederholt missbräuchliche Lohnunterbietungen festgestellt werden, können die Massnahmen ebenfalls zur Anwendung gelangen.

Wird in einer Branche der übliche Lohn wiederholt missbräuchlich unterboten und erscheinen Massnahmen aufgrund von juristischen, wirtschaftlichen und sozialen Faktoren verhältnismässig, kann die TPK Bund einen Antrag auf Erlass eines NAV oder erleichterte AVE eines GAV zuhanden des Bundesrat stellen²⁰. In besonderen Fällen kann die TPK auf einen Antrag verzichten; zu denken ist

¹⁸ Siehe dazu Anhang "Zuständigkeit der TPK Bund bei der Arbeitsmarktbeobachtung und Abgrenzung zur kantonalen Zuständigkeit"

¹⁹ **AVEG Art. 1a:** 1 Stellt die tripartite Kommission nach Artikel 360b des Obligationenrechts fest, dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden, so kann sie mit Zustimmung der Vertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung des für die betreffende Branche geltenden Gesamtarbeitsvertrags beantragen.

²⁰ Bei der Beantragung eines NAV oder einer erleichterten AVE eines GAV stellt sich allerdings auch die Frage, ob die Lohnunterbietungen in einer Branche festgestellt wurden oder ob die Anzahl Betriebe, die eine Dienstleistung anbieten, zu gering ist um von einer Branche zu sprechen.

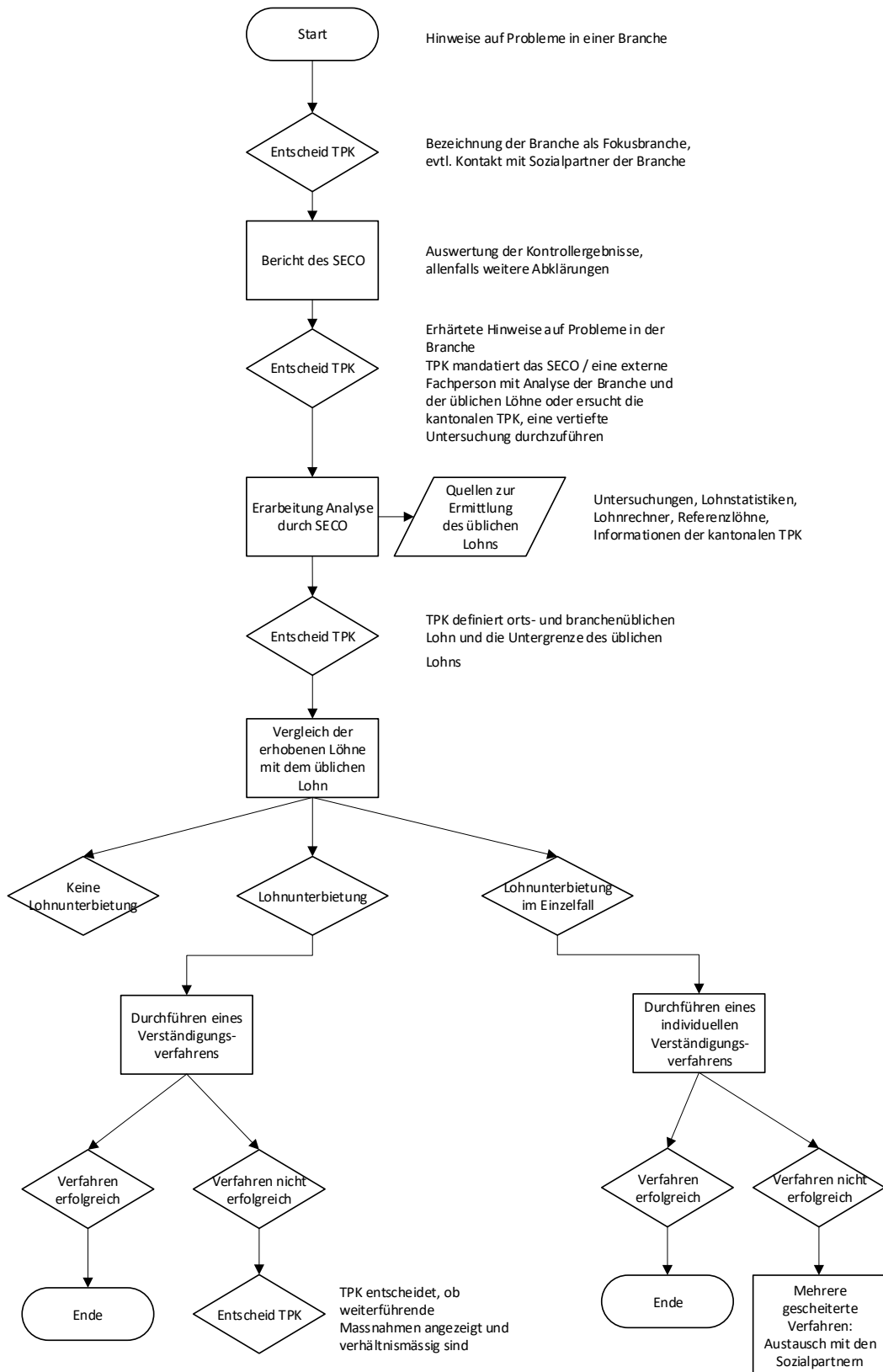
beispielsweise an Situationen, in denen die Sozialpartner einer Branche kurz vor Abschluss eines GAV stehen.

In Fällen, in denen mehrere Kantone oder eine Branche gesamtschweizerisch von Lohnunterbietungen betroffen sind, kann die TPK Bund dem Bundesrat einen NAV mit zwingenden Mindestlöhnen oder eine erleichterte AVE eines GAV beantragen. In solchen Fällen unterbreitet das SECO dem Büro der TPK Bund einen Antragsentwurf auf erleichterte AVE oder Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen. Das TPK Büro unterbreitet anschliessend dem TPK Plenum einen Antrag zum Entscheid. Wird der Antrag auf erleichterte AVE oder Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen von der TPK Bund verabschiedet, wird er dem Bundesrat unterbreitet.

Weigert sich eine Unternehmung im Rahmen des individuellen Verständigungsverfahrens ihre Löhne anzupassen, wird sie auf die Möglichkeit des Erlasses eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen oder die erleichterte AVE eines GAV hingewiesen. Gescheiterte Verständigungsverfahren können zudem als Indikator für die Initiierung von vertieften Branchenanalysen dienen.

In Fällen, in denen nur wenige Betriebe betroffen sind und nicht von einem wiederholten Missbrauch oder nicht von einer Branche gesprochen werden kann, aber trotzdem Lohnunterbietungen festgestellt wurden, ist es angebracht, den betroffenen Sozialpartnern zu empfehlen, entsprechende Gespräche aufzunehmen. Hier spielt auch der Organisationsgrad der Sozialpartner eine Rolle. Im Allgemeinen ist in Branchen, die wenig oder gar nicht organisiert sind, ein Einschreiten der TPK eher nötig als in Branchen, in denen die Sozialpartner in der Lage sind, untereinander eine Lösung zu finden.

4.1.3 Flussdiagramm: Arbeitsmarktbeobachtung durch die kantonalen tripartiten Kommissionen



4.1.4 Zuständigkeit der TPK Bund bei der Arbeitsmarktbeobachtung und Abgrenzung zur kantonalen Zuständigkeit

Antrag an die TPK Bund

Datum:

2. September 2009

Referenz:
Sachbearbeiter/in: ane

Zuständigkeit der TPK-Bund bei der Arbeitsmarktbeobachtung und Abgrenzung zur kantonalen Zuständigkeit

1. Ausgangslage

Von Seiten der kantonalen tripartiten Kommissionen (TPK) wurden im Zusammenhang mit überkantonalen Lohnunterbietungen durch denselben Arbeitgeber die TPK Bund und das SECO um die Übernahme der Fälle im Hinblick auf ein Verständigungsverfahren resp. um die Koordination des Verfahrens gebeten.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, wie die Aufgaben und Zuständigkeiten der TPK Bund mit den kantonalen TPK abzugrenzen sind und wie die TPK Bund die kantonalen TPK in kantonsübergreifenden Fällen unterstützen kann.

2. Rechtliche Regelung der Zuständigkeit der kantonalen TPK und der TPK Bund

Artikel 360b OR schreibt vor, dass der Bund und die Kantone TPK einsetzen, welche den Arbeitsmarkt beobachten und bei festgestellten Missbräuchen die direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern suchen. Eine detaillierte Aufgabenumschreibung der TPK ist in Art. 11 Abs. 1 der Entsendeverordnung enthalten. Diese enthält einen ausführlichen Aufgabenkatalog wie Beurteilen von Informationen über Löhne und Arbeitszeiten (lit. a), Mitwirken bei der Feststellung der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne (lit. b), Feststellen von Missbräuchen (lit. c), Abklären von Einzelfällen und Durchführen von Verständigungsverfahren (lit. d) usw. Im Reglement der TPK Bund ist dieser Katalog nahezu identisch übernommen worden (Art. 6).

Eine Koordinationsklausel zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen kantonalen TPK und TPK Bund existiert nicht in den rechtlichen Grundlagen.

Vor diesem Hintergrund ist davon ausgehen, dass sowohl die kantonale TPK als auch die TPK Bund gesetzlich gleichermaßen ausgestaltete Arbeitsmarktbehörden sind mit dem Auftrag, den Arbeitsmarkt zu beobachten und dabei zusammenzuarbeiten. Ferner ist daraus zu schliessen, dass das Gesetz in der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen TPK Bund und kantonalen TPK eine Lücke enthält. Diese Lücke kann in analoger Anwendung anderer Zuständigkeitsregelungen im OR und im AVEG geschlossen werden, d.h. zum Erlass von NAV (Art. 359a OR), für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 7 AVEG). Demnach soll der Bund grundsätzlich in Fällen aktiv

werden, bei welchen in mehreren Kantonen Lohnunterbietungen festgestellt wurden, während die Kantone für die örtlich auf ihr Gebiet begrenzten Fälle zuständig sind.

3. Aufgabenteilung im Verständigungsverfahren

Da die rechtlichen Grundlagen keine Antworten auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten enthalten, müssen der Bund und die Kantone sich über die Spielregeln für ein koordiniertes Vorgehen einigen. Nach dem vorliegenden Vorschlag treten die Kantone die Zuständigkeit und damit die Entscheidkompetenz für den Fall nicht einfach an den Bund ab, sondern es wird ein koordiniertes Verfahren unter der Leitung der TPK Bund durchgeführt. Das Reglement der TPK Bund sieht vor, dass auf Ebene Bund eine Subkommission das Verständigungsverfahren durchführt (Art. 6 Bst. d), wobei die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite in der Subkommission vertreten sein sollten.

Für ein koordiniertes Verfahren drängt es sich auf, auch bei überkantonalen Verständigungsfällen eine gewisse Aufgabenteilung vorzunehmen und die Wirkung der Verhandlungsergebnisse zu klären. Zwei Ziele sollen damit verfolgt werden: 1. das koordinierte Verfahren soll Effizienz für die betroffenen Kantone und Arbeitgeber bringen, 2. mit der Aufgabenteilung soll unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes möglichst wenig in die kantonalen Kompetenzen eingegriffen werden.

3.1 Zuständigkeit zur Festlegung der orts- und branchenüblichen Löhne

Das Gesetz schreibt den Kantonen und dem Bund nicht explizit vor, wer für die Festlegung der orts- und branchenüblichen Löhne zuständig ist. Art. 11 Abs. 1 Bst. b EntsV sieht vor, dass die TPK „bei der Feststellung der üblichen Löhne *mitwirkt*; dazu gehört das Einholen der nötigen Informationen und Unterlagen bei Bund und Kanton“.

Nach dem vorliegenden Vorschlag ist der Kanton für die Festlegung der orts- und branchenüblichen Löhne zuständig. Dies drängt sich auf, weil der Kanton resp. die kantonale TPK über die besten Kenntnisse über die üblichen Löhne im Kantonsgebiet verfügt. Gemäss dem beiliegenden Ablaufschema für ein koordiniertes Vorgehen ist vorgesehen, dass die kantonale TPK der TPK Bund die orts- und branchenüblichen Löhne als *massgebliche* Grundlage für das Verständigungsverfahren mitteilt. Damit soll sichergestellt sein, dass sich das Verhandlungsziel nach den kantonalen Vorgaben zum üblichen Lohn richtet.

3.2 Rechtliche Verbindlichkeit der Ergebnisse aus dem Verständigungsverfahren

Bei den Ergebnissen aus dem Verständigungsverfahren stellt sich die Frage der rechtlichen Verbindlichkeit, insbesondere für jene Kantone, welche bei den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber nicht beteiligt waren. Dabei ist abzuwägen zwischen den Interessen der einzelnen Kantone, welche nicht an der Verhandlung beteiligt waren, und den Interessen des Arbeitgebers, auf die Vereinbarungen mit den Behörden vertrauen zu können (Frage des Vertrauensschutzes). Auch die TPK Bund muss sich darauf verlassen können, dass eine mit dem Arbeitgeber getroffene Lohnvereinbarung eine allgemeine Verbindlichkeit hat und nicht später von einzelnen Kantonen in einem erneuten Verfahren in Frage gestellt werden kann.

3.2.1 Verbindlichkeit für die an den Verhandlungen beteiligten Kantone

Gemäss dem vorliegenden Vorschlag wird ein zwischen Bund und Kantonen koordiniertes Verfahren unter der Leitung der TPK Bund durchgeführt. Zumindest jene Kantone sollten sich an der Verhandlung beteiligen, welche Lohnunterbietungen beim betroffenen Arbeitgeber festgestellt haben. Aufgrund der weitreichenden Verbindlichkeit der Vereinbarungen (siehe unten, Punkt 3.2.2) soll es darüber hinaus jedem Kanton offen stehen, an der Verhandlung teilzunehmen. Die Kantone teilen der TPK Bund mit, welche Vertreter an der Verhandlung teilnehmen. Für die an der Verhandlung beteiligten Kantone ist das Verhandlungsergebnis verbindlich.

3.2.2 Verbindlichkeit für die nicht direkt an den Verhandlungen beteiligten Kantone

Die mit der Koordination beabsichtigte Effizienz kann nur erreicht werden, wenn eine getroffene Vereinbarung für alle Kantone Gültigkeit hat. Eine weniger weitreichende Verbindlichkeit würde das Vertrauen des Arbeitgebers in die Vereinbarungen mit den Arbeitsmarktbehörden schwächen und ein negatives Licht auf das Institut des Verständigungsverfahrens werfen. Zudem wäre ein solches Vorgehen ineffizient, weil im Ergebnis dennoch mehrere Verfahren auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene stattfinden würden. Ein koordiniertes Vorgehen ist deshalb nur sinnvoll, wenn die Ergebnisse von allen Kantonen anerkannt werden.

Die nicht an den Verhandlungen beteiligten Kantone werden insofern angehört, als sie der TPK Bund im Hinblick auf das Verständigungsverfahren ihre üblichen Löhne bekannt geben.

4. Zusammenfassung

Da die rechtlichen Grundlagen keine Antworten auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten enthalten und folglich auch keine Hinweise über die rechtliche Verbindlichkeit der Ergebnisse liefern, müssen der Bund und die Kantone sich über die Spielregeln für ein koordiniertes Vorgehen einigen. Nach dem vorliegenden Entwurf wird die Zuständigkeit der Kantone nicht einfach an die TPK Bund abgetreten, sondern es wird ein koordiniertes Verfahren unter der Leitung der TPK Bund durchgeführt. Der Vorschlag im Anhang enthält eine Aufteilung der Aufgaben und Funktionen im Verständigungsverfahren. Zudem müssen alle Kantone die im Verständigungsverfahren getroffenen Vereinbarungen anerkennen.

5. Antrag an die TPK Bund

Das Büro der TPK Bund beantragt dem Plenum die Genehmigung des vorliegenden Vorschlages.

Abgrenzung der Zuständigkeiten und Zusammenarbeit zwischen kantonalen TPK und TPK Bund bei der Durchführung von Verständigungsverfahren

	Kantonale TPK	TPK Bund
Ein schweizweit oder regional (überkantonal) tätiger Arbeitgeber unterbietet die Löhne in mehreren Kantonen	<p>1.Führt die Erhebungen im Kt. Durch</p> <p>2.Legt den orts- und branchenüblichen Lohn fest</p> <p>3.Entscheidet über wiederholte und missbräuchliche Unterbietungen</p> <p>4.Sondiert direkt bei anderen Kantonen nach ähnlichen Feststellungen in anderen Kantonen</p> <p>5. Führt ein Verständigungsverfahren durch, in Koordination mit anderen Kantonen <i>oder</i> beantragt der TPK Bund die Übernahme des Falles =></p> <p>10. Das Ergebnis des Verständigungsverfahrens ist für alle Kantone verbindlich</p> <p>11. Die Kantonalen TPK kontrollieren die Umsetzung des Resultats des Verständigungsverfahrens</p>	<p>6. entscheidet über Übernahme des Falles</p> <p>7. führt in Zusammenarbeit mit <i>allen</i> Kantonen (bzw. mit allen Kantonen der betroffenen Region) eine Lohnerhebung beim Arbeitgeber durch</p> <p>8. die Kantone erstatten der TPK Bericht über allfällige Lohnunterbietungen und über ihre orts- und branchenüblichen Löhne</p> <p>9. Eine Subkommission der TPK Bund führt zusammen mit den von den Kantonen delegierten Vertretern ein Verständigungsverfahren durch</p>



Protokollauszug

Protokoll der 25. Sitzung vom 22. September 2009

2. Abgrenzung Zuständigkeit TPK Bund/kantonale TPK bei Verständigungsverfahren

Antrag: gemäss Beilage

Auf Vorschlag der Arbeitnehmervertreter wird in der Diskussion festgehalten, dass die TPK Bund mit den betroffenen Kantonen Gespräche führt, wenn nach Ansicht der TPK Bund die orts- und branchenüblichen Löhne zu tief angesetzt werden. Die TPK Bund bildet sich im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Kantonen eine eigene Meinung zu diesen Fragen.

Beschluss: Der Antrag gilt als ein Arbeitsinstrument und wird in dieser Form genehmigt.

4.1.5 Ermessensspielraum der TPK aufgrund von Art. 360a ff. OR

1. Ausgangslage

Im Auftrag des Vorstehers des WBF sowie der Vorsteherin des EJPD wurde im Juli 2013 eine Arbeitsgruppe unter der Leitung von Staatssekretärin M.-G. Ineichen-Fleisch eingesetzt, um eine Auslegeordnung der Wirkungsweise der flankierenden Massnahmen (FlaM) vorzunehmen und möglichen Handlungsbedarf zu prüfen. Im Rahmen eines sozialpartnerschaftlichen Dialogs diskutierten die in der Arbeitsgruppe vertretenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände auch Regulierungsfragen im Bereich des Arbeitsmarktes. Gestützt auf den Bericht der Arbeitsgruppe "Personenfreizügigkeit und Arbeitsmarktmassnahmen"²¹ hat der Bundesrat am 26. März 2014 beschlossen, die FlaM weiter zu verstärken. Im Rahmen dieses Beschlusses wurden das WBF und das EJPD unter anderem beauftragt, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, welche die folgenden zwei Fragen untersucht und dem Bundesrat bis Mitte 2014 in einem Bericht allfällige Lösungsvorschläge unterbreitet:

- Möglichkeit zum Erlass von NAV bei "drohenden Missbräuchen";
- Notwendigkeit von Massnahmen in Branchen ohne funktionierende Sozialpartnerschaft.

Die Arbeitsgruppe aus Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände sowie der VDK hat den Handlungsbedarf zu diesen zwei Themen am 11. Juni 2014 erörtert. Dabei wurde folgendes Vorgehen beschlossen:

1. Das SECO führt bei den kantonalen TPK eine Umfrage durch, ob in der Vergangenheit bereits Anträge auf Erlass eines NAV vom zuständigen Regierungsrat abgelehnt wurden;
2. Das SECO verfasst eine Notiz zum Handlungsspielraum bezüglich des Vorgehens zum Erlass von NAV im Sinne von Art. 360a ff. OR.

Das vorliegende Dokument wurde im Hinblick auf den zweiten Auftrag der Arbeitsgruppe erstellt und soll nach Konsultation unter den kantonalen Arbeitsmarktbehörden eine Ergänzung des Konzepts der TPK Bund zur Arbeitsmarktbeobachtung darstellen.

²¹ Personenfreizügigkeit und Arbeitsmarktmassnahmen - Wirkungsweise und Handlungsbedarf; Bericht der Arbeitsgruppe unter Leitung von Staatssekretärin M.-G. Ineichen-Fleisch; Februar 2014 (Arbeitsgruppe Ineichen)

2. Allgemeines zum Ermessensspielraum der kantonalen TPK beim Antrag auf Erlass eines NAV

Bei der Auslegung der Gesetzesbestimmungen zur Beobachtung des Arbeitsmarktes und zum Erlass von NAV (Art. 360a ff. OR) wird der grosse Ermessensspielraum der TPK bei der Feststellung von orts- und branchenüblichen Löhnen, bei der Feststellung von Missbrauch und bei der Einleitung von Verständigungsverfahren sowie beim Antrag auf NAV generell anerkannt. In der Praxis kann sich bei einer plötzlichen Änderung der wirtschaftlichen oder arbeitsmarktlichen Verhältnisse das Bedürfnis nach raschem Handeln stellen. In solchen Fällen bleibt keine Zeit für aufwändige arbeitsmarktliche Erhebungen und Analysen oder für komplizierte Verfahrensabläufe. Daher stellt sich die Frage, welche minimalen Vorgaben erfüllt sein und welche Verfahrensschritte für den Antrag auf Erlass eines NAV zwingend beachtet werden müssen.

In der Diskussion in der Arbeitsgruppe haben sich insbesondere die folgenden Fragen gestellt:

- a) ob die Durchführung von vorgängige Verständigungsverfahren für den Erlass eines NAV zwingend ist;
 - b) ob der Erlass von NAV ohne konkreten Nachweis von missbräuchlichen Lohnunterbietungen aufgrund der bestehenden rechtlichen Grundlagen zulässig ist. Ein NAV wäre also bereits bei Feststellung einer Gefahr, welche zu Missbräuchen in einer bestimmten Branche führen könnte, möglich. In diesem Falle würde der NAV einen rein präventiven Zweck verfolgen.
- a) Vorgängige Durchführung von Verständigungsverfahren zwingend für den Erlass eines NAV?

Aufgrund des Wortlautes von Art. 360b OR alleine lässt sich nicht eindeutig schliessen, ob das Verständigungsverfahren einen zwingenden Verfahrensabschnitt vor dem Erlass eines NAV darstellt oder nicht. In Art. 360a OR, welcher die materiellen Voraussetzungen für den Erlass von NAV definiert, wird das Verständigungsverfahren nicht erwähnt.

Nach überwiegender Meinung in den betroffenen Kreisen wird heute davon ausgegangen, dass es kein notwendiger Schritt im Verfahren darstellt. Das Bundesgericht hat diese Ansicht in einem Urteil betreffend den Erlass eines NAV in der Elektronikbranche im Kanton Tessin²² geschützt, mit dem Hinweis darauf, dass der Entwurf des NAV zu veröffentlichen und den interessierten Kreisen Gelegenheit zur Stellungnahme geboten werden muss.

Auch im Konzept der TPK Bund zur Arbeitsmarktbeobachtung wird festgehalten, dass in Ausnahmefällen auf die Durchführung eines Verständigungsverfahrens verzichtet werden kann, z.B. wenn der Erfolg eines Verständigungsverfahrens von vornherein auszuschliessen ist. Das Verständigungsverfahren vor dem Erlass eines NAV stellt zwar den Normalfall dar, es liegt jedoch im Ermessen der TPK, bei Vorliegen von besonderen Verhältnissen ausnahmsweise davon abzusehen.

b) Ermessensspielraum der TPK beim Erlass von NAV

Die Verwaltung sowie die herrschende Lehre gehen grundsätzlich davon aus, dass der Erlass eines NAV die Feststellung von missbräuchlichen und wiederholten Lohnunterbietungen durch die TPK voraussetzt. Die Botschaft des Bundesrates²³ zu Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG enthält ebenfalls eine klare Aussage zu dieser Frage: "Es kann sich nicht um eine generelle und präventive Massnahmen handeln. Der Staat ist zum Erlass eines NAV nur dann befugt, wenn ein wiederholtes Lohndumping vorliegt." Diese Vorgabe wurde in der parlamentarischen

²² 4C_3/2013 vom 20. November 2013

²³ BBl 1999 6395

Debatte bekräftigt. Der Erlass von NAV zu präventiven Zwecken wird auch von der Lehre als nicht zulässig erachtet und in der Arbeitsgruppe unter der Leitung von Frau Staatssekretärin Ineichen-Fleisch wurde diese Forderung von einer Mehrheit abgelehnt.

Die rechtlichen Grundlagen setzen also voraus, dass missbräuchliche Lohnunterbietungen festgestellt werden, bevor ein NAV beantragt werden kann. Der Wortlaut des Gesetzes lässt keine Interpretation in dem Sinne zu, dass ein NAV auch bei Vorliegen einer möglichen Gefahr erlassen werden kann, welche theoretisch zu Lohnunterbietungen führen kann, ohne die konkreten Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt untersucht und Missbräuche festgestellt zu haben. In anderen Worten liegt es nicht mehr im gesetzlichen Ermessensspielraum der TPK, zur generellen Verhinderung von Lohnunterbietungen einen Mindestlohn zu beantragen, auch wenn gewisse Umstände vorliegen, die eine Gefahr von Lohnunterbietungen darstellen könnten.

Schliesslich ist auch auf den subsidiären Charakter des NAV hinzuweisen, welcher nur dann zum Zug kommt, wenn in einer Branche kein GAV besteht, welcher allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 360a Abs. 1 OR). Diese Subsidiarität fusst auf dem Gedanken des Vorranges der sozialpartnerschaftlichen Vereinbarung vor einer staatlichen Intervention. Ist diese Voraussetzung erfüllt, spielt es für den Erlass eines NAV jedoch keine Rolle, aus welchen Gründen in einer Branche kein GAV zur Allgemeinverbindlicherklärung existiert. So kann es sein, dass in der Branche auf Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite kein Verband existiert oder ein Verband nicht zum Abschluss einer sozialpartnerschaftlichen Vereinbarung befugt ist oder ein vertragsloser Zustand herrscht.

In allen Fällen darf beim Entscheid über einen Antrag auf einen NAV auch die Prognose über die künftige Entwicklung der arbeitsmarktlichen Situation in einer Branche einbezogen werden. Die Frage, ob die Umstände darauf schliessen lassen, dass auch in Zukunft weitere oder verstärkte Missbräuche zu befürchten sind, kann sogar ein grosses Gewicht beim Erlass eines NAV einnehmen. In diesem Sinne wird immer auch ein präventiver Zweck verfolgt, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen - der wiederholte Missbrauch - sich verwirklicht haben und nachgewiesen werden müssen. Diese Sichtweise wird durch den Wortlaut von Art. 360a OR gestützt, der beim Zweck von NAV von "Bekämpfung und *Verhinderung* von Missbräuchen" spricht.

Vereinzelte Fälle aus der Praxis der Kantone beim Erlass von NAV zeigen, dass sich eine bestimmte Situation auf dem Arbeitsmarkt ergeben kann, welche eine konkrete Gefahr für die Löhne und den Arbeitsmarkt darstellt und den Erlass eines NAV erfordern kann.

- Aufgrund einer strengeren Regelung der Branche in Italien haben Callcenters ihre Geschäfte innert kurzer Zeit in den Kanton Tessin verlegt. Der Kanton Tessin hat Stichproben zu den Löhnen durchgeführt, die gezeigt haben, dass in Callcentern viele Ausländer zu missbräuchlichen Anstellungsbedingungen arbeiten, so dass der Kanton Tessin Handlungsbedarf feststellte.

- Der Kanton Wallis hat anlässlich des vertragslosen Zustandes im Bauhauptgewerbe im Jahre 2012 Missbräuche festgestellt und in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern einen NAV mit Mindestlöhnen im Bauhauptgewerbe erlassen und diesen bei der Wiederinkraftsetzung der Allgemeinverbindlicherklärung des LMV für das Bauhauptgewerbe Ende Februar 2013 aufgehoben. Der NAV stellte also eine Übergangslösung bis zum Inkrafttreten eines sozialpartnerschaftlich vereinbarten Mindestlohnes aufgrund eines GAV dar.

3. Vorgehen der TPK

Falls sich die Situation in einer Branche hinsichtlich Lohn- und Arbeitsbedingungen innert kurzer Zeit verschlechtert, die nicht auf konjunkturelle oder strukturelle Veränderungen zurückzuführen ist, und kann in absehbarer Zeit keine Verbesserung erwartet werden, so müssen die Arbeitsmarktbehörden unter Umständen rasch reagieren können. Stellt sich aufgrund einer konkreten Gefahr für eine Branche die Frage nach dem Handlungsbedarf, so benötigt die TPK möglichst rasch konkrete Erhebungen über die Löhne in der Branche. In solchen Fällen muss sie die Branche nicht intensiv kontrollieren und damit riskieren, dass die missbräuchlichen Lohnunterbietungen ein prekäres Ausmass erreichen. In Situationen, welche auf eine konkrete Gefahr von Lohndruck hindeuten, soll es deshalb genügen, wenn die TPK z.B. anhand der Salärkonzepte von einzelnen betroffenen Unternehmen oder anhand von stichprobeartigen Lohnerhebungen feststellt, dass tatsächlich (erste) Lohnunterbietungen in der Branche geschehen. In diesen speziellen Fällen kann von repräsentativen Stichproben abgesehen werden, wenn schon erste Erhebungen missbräuchliche Lohnbedingungen aufdecken. Dieses Vorgehen setzt allerdings voraus, dass die TPK über genügend Daten und Grundlagen verfügt, um den orts- und branchenüblichen Lohn festzustellen. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, dürfte es anhand von den erwähnten minimalen Erhebungen kaum möglich sein, missbräuchliche Unterbietungen festzustellen.

Wie oben festgehalten, liegt es im Ermessen der TPK, ob im konkreten Fall auf die Durchführung von Verständigungsverfahren verzichtet werden kann. Ist nach Einschätzung der TPK absehbar, dass ein Verständigungsverfahren nicht zu einer Behebung des Missstandes in der Branche und zur Verhinderung von weiteren wiederholten Unterbietungen führt, so kann sie von Verständigungsversuchen absehen und direkt den Antrag auf Erlass eines NAV beschliessen. Dadurch wird das Verfahren zusätzlich beschleunigt.

4. Fazit

Der gesetzliche Ermessensspielraum der TPK im Rahmen ihres Auftrages nach Art. 360a ff. OR erlaubt den vielfältigen arbeitsmarktlichen Situationen gerecht zu werden. Insbesondere hat die TPK auch die verfahrensmässige Kompetenz, bei Vorliegen von konkreten Gefahren den Prozess von der Feststellung von Missbräuchen bis hin zum Antrag auf einen NAV kurz zu halten und so weiterem Lohndruck entgegenzuwirken. Dies zeigen auch die unterschiedlichen Hintergründe und Entstehungsgeschichten der bis heute eingesetzten NAV auf Kantons- und Bundesebene.