
Dr. iur. Karin Kaufmann

Missbräuchliche Lohnunterbietung
im Rahmen der flankierenden
Massnahmen



STÄMPFLI VERLAG AG BERN · 2010

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	XXXI
Einleitung	1
1. Teil: Flankierende Massnahmen	3
1. Kapitel: Ausgangslage	3
§ 1 Bilaterale Verträge	3
§ 2 Freizügigkeitsabkommen	3
§ 3 Problematik des Lohn- und Sozialdumpings	5
§ 4 Flankierende Massnahmen I	8
I. Ausgangslage	8
II. Zweck	10
III. Geltungsbereich	10
IV. Die einzelnen Massnahmen	10
§ 5 Flankierende Massnahmen II	12
I. Ausgangslage	12
II. Zweck	12
III. Geltungsbereich	13
IV. Die einzelnen Massnahmen	13
§ 6 Erneute Erweiterung des Freizügigkeitsabkommens	14
§ 7 Übersicht zu den flankierenden Massnahmen	15
2. Kapitel: Entsendegesetz	17
§ 8 Zweck	17
§ 9 Arten der Entsendung	17
§ 10 Anwendungsbereich	18
I. Örtlicher Anwendungsbereich	18
II. Sachlicher Anwendungsbereich	18
1. Minimale Arbeits- und Lohnbedingungen	18
a) Bauhaupt- und Baunebengewerbe sowie Hotel- und Gastgewerbe	21
b) Übrige Branchen	21
2. Arbeitsleistungen	21
III. Persönlicher Anwendungsbereich	22
IV. Zeitlicher Anwendungsbereich	23
§ 11 Pflichten des Arbeitgebers	23
§ 12 Kontrolle der Bestimmungen des Entsendegesetzes	24

Inhaltsverzeichnis

§ 13 Durchsetzung	25
§ 14 Gerichtsstand und anwendbares Recht	25
I. Gerichtsstand	25
II. Anwendbares Recht	26
3. Kapitel: Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen..	29
§ 15 Gesamtarbeitsvertrag	29
I. Begriff	29
II. Inhalt	29
§ 16 Begriff der Allgemeinverbindlicherklärung	31
§ 17 Zweck	32
§ 18 Rechtsnatur	33
§ 19 Arten	33
I. Allgemeines	33
II. Gewöhnliche Art der Allgemeinverbindlicherklärung	34
III. Erleichterte Art der Allgemeinverbindlicherklärung	34
§ 20 Voraussetzungen	35
I. Gewöhnliche Art der Allgemeinverbindlicherklärung	35
II. Erleichterte Art der Allgemeinverbindlicherklärung	36
III. Quoren-Problematik	38
1. Ausgangslage	38
2. Flankierende Massnahmen I	38
3. Flankierende Massnahmen II	39
§ 21 Anwendungsbereich	41
I. Örtlicher Anwendungsbereich	41
II. Sachlicher Anwendungsbereich	41
III. Persönlicher Anwendungsbereich	43
IV. Zeitlicher Anwendungsbereich	43
§ 22 Zuständigkeit und Verfahren	44
I. Zuständigkeit	44
II. Verfahren	44
§ 23 Wirkungen	45
§ 24 Paritätische Kommissionen	46
4. Kapitel: Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlohnbestimmungen.....	49
§ 25 Begriff	49
§ 26 Zweck	49
I. Dispositiver Normalarbeitsvertrag	49
II. Zwingender Normalarbeitsvertrag	50
§ 27 Rechtsnatur	50
§ 28 Arten	51
I. Allgemeines	51
II. Dispositiver Normalarbeitsvertrag	51

1. Allgemeines	51
2. Inhalt	51
3. Insbesondere Mindestlohnbestimmungen	52
III. Zwingender Normalarbeitsvertrag	52
1. Allgemeines	52
2. Inhalt	53
§ 29 Voraussetzungen	53
I. Dispositiver Normalarbeitsvertrag	53
II. Zwingender Normalarbeitsvertrag	54
1. Antrag der tripartiten Kommission	54
2. Missbräuchliche wiederholte Lohnunterbietung	56
3. Subsidiarität zur Allgemeinverbindlicherklärung	57
4. Berücksichtigung anderer Interessen	58
§ 30 Anwendungsbereich	58
I. Örtlicher Anwendungsbereich	58
II. Sachlicher Anwendungsbereich	59
III. Persönlicher Anwendungsbereich	59
IV. Zeitlicher Anwendungsbereich	60
§ 31 Zuständigkeit und Verfahren	60
I. Dispositiver Normalarbeitsvertrag	60
1. Allgemeines	60
2. Zuständigkeit	61
3. Verfahren	61
II. Zwingender Normalarbeitsvertrag	62
§ 32 Wirkungen	63
I. Unmittelbare Geltung	63
II. Dispositives oder zwingendes Recht	64
III. Spezielle Wirkungen des zwingenden Normalarbeitsvertrags nach Art. 360a OR	64
1. Klagerecht der Verbände	64
2. Meldepflicht	65
5. Kapitel: Tripartite Kommissionen	67
§ 33 Allgemeines	67
I. Zweck	67
II. Aufgaben	67
III. Zusammensetzung	69
§ 34 Recht auf Auskunft, Einsicht und Zutritt	70
§ 35 Einsatz von Inspektoren	71
§ 36 Amtsgeheimnis	72
§ 37 Informationspflicht nach Art. 330b OR	73
I. Allgemeines	73
II. Zweck	74
III. Anwendungsbereich	76

Inhaltsverzeichnis

1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	76
2. Persönlicher Anwendungsbereich	76
3. Zeitlicher Anwendungsbereich.....	76
IV. Form	77
V. Frist.....	77
VI. Wirkungen.....	78
VII. Rechtsfolgen bei Verletzung der Informationspflicht.....	78
2. Teil: Missbräuchliche Lohnunterbietung	81
1. Kapitel: Zur Vorgehensweise.....	81
§ 38 Einleitende Bemerkungen.....	81
I. Zu den Voraussetzungen	81
II. Verschiedene Lösungsansätze.....	82
1. Lösungsansatz nach Fritschi/Mülhauser.....	82
2. Lösungsansatz nach Gabathuler	83
3. Lösungsansatz nach Heine.....	84
4. Lösungsansatz gemäss SECO.....	84
III. Eigener Lösungsansatz.....	85
§ 39 Bestimmung des massgebenden konkreten Lohnes.....	85
§ 40 Mindestlohn.....	86
I. Begriffserläuterung von Mindestlohn bzw. orts-, berufs- und branchenüblichem Lohn.....	86
II. Branchen mit Gesamtarbeitsvertrag, welcher Mindestlöhne enthält.....	88
1. Allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag	88
2. Nicht allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag.....	88
III. Branchen mit Normalarbeitsvertrag.....	90
1. Zwingender Normalarbeitsvertrag.....	90
2. Dispositiver Normalarbeitsvertrag.....	90
IV. Branchen mit Gesamtarbeitsvertrag/Normalarbeitsvertrag ohne Lohnbestimmungen sowie Branchen ohne Gesamtarbeitsvertrag/Normalarbeitsvertrag	91
§ 41 Üblicher Lohn.....	92
I. Einleitung	92
1. Allgemeines	92
2. Lohn.....	98
3. Ortsüblichkeit	98
4. Berufsüblichkeit.....	99
5. Branchenüblichkeit.....	99
II. Lohnrechner des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB).....	100
1. Allgemeines	100
2. Vorgehensweise.....	101
3. Beurteilung	103
III. Publikation „Orts- und berufsübliche Mindestlöhne“ des Kantons Aargau (AG).....	104

IV.	Unterschiede zwischen dem Lohnrechner des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes und der Aargauer Publikation	105
V.	Im Kanton Genf entwickelte Methode	105
VI.	Lohnrechner Salarium des Bundesamts für Statistik	107
§ 42	Konkretisierung des Begriffs der „wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung“	108
I.	Allgemeines	108
II.	Begriff der missbräuchlichen Lohnunterbietung	110
1.	Begriff der Lohnunterbietung	110
2.	Begriff des Missbrauchs	110
III.	Begriff der Wiederholung	117
IV.	Praxis	118
V.	Andere Lösungsansätze	119
1.	Allgemeines	119
2.	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	119
3.	Kartellgesetz (KG)	121
4.	Prozent-Grenze	121
5.	Mietrecht	122
6.	Werkvertragsrecht	122
7.	Grundsatz von Treu und Glauben	123
8.	Armutsgrenzen und Existenzminima	125
9.	Zusammenfassung	127
§ 43	Internationaler Lohnvergleich	128
2. Kapitel: Zu verschiedenen Fragen und Problemen		131
§ 44	Problematik der verfassungsrechtlichen Grundlage	131
I.	Verschiedene Meinungen in der Lehre	131
1.	Darstellung nach Schmid	131
2.	Darstellung nach Vischer/Albrecht	133
3.	Darstellung nach Expertenbericht Mindestlöhne	133
4.	Darstellung nach Stöckli	135
5.	Darstellung nach Tiefenthal	135
II.	Eigene Stellungnahme	136
1.	Freie Lohnvereinbarung	136
2.	Grundsatzwidrige Einschränkungen	136
3.	Grundsatzkonforme Einschränkungen	137
4.	Prüfung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit	137
5.	Wirtschaftsfreiheit und flankierende Massnahmen	138
a)	<i>Variante ohne Wettbewerbsverzerrung</i>	138
b)	<i>Variante mit Wettbewerbsverzerrung</i>	140
6.	Schlussfolgerung	142
§ 45	Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe	142
§ 46	Problematik bei der Festsetzung der Höhe der Mindestlöhne	144
I.	Allgemeines	144
II.	Entstehungsgeschichtliches	145

§ 47	Problematik der Durchschnittslöhne beim Gesamtarbeitsvertrag	146
I.	Allgemeines.....	146
II.	Rechtsprechung	149
1.	Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 15. Juni 1987	149
2.	Urteil des Obergerichts Basel-Landschaft vom 1. März 1963	150
§ 48	Möglichkeit der Festlegung eines bestimmten Prozentsatzes.....	151
I.	Verschiedene Meinungen in der Lehre	151
II.	Eigene Stellungnahme.....	153
III.	Aus der Praxis	153
§ 49	Möglichkeit der Abweichung vom „üblichen Lohn“	154
§ 50	Möglichkeit der Abweichung vom „Antrag der tripartiten Kommission“ durch die zuständige Behörde.....	155
I.	Allgemeines.....	155
II.	Antrag auf erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags bzw. Erlass eines zwingenden Normalarbeitsvertrags ...	156
1.	Überprüfung des Antrags.....	156
2.	Umfang der Überprüfung	157
3.	Bindung an die Feststellungen der tripartiten Kommission	157
III.	Antrag bezüglich Höhe des Mindestlohns.....	158
IV.	Angaben aus der Praxis sowie deren Würdigung.....	158
1.	Angaben aus der Praxis	158
2.	Würdigung	159
3. Kapitel: Zur Praxis		161
§ 51	Gewöhnlich allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge mit und ohne Mindestlöhne sowie erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.....	161
§ 52	Bedeutung der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge in der Praxis...	168
I.	Allgemeines.....	168
II.	Zahlenmässige Bedeutung der Gesamtarbeitsverträge bzw. Allgemeinverbindlicherklärungen bezogen auf die Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer	170
III.	Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung auf Branchenebene.....	171
IV.	Untersuchung des Bundesamts für Statistik.....	172
§ 53	Dispositive Normalarbeitsverträge mit und ohne Mindestlöhne sowie zwingende Normalarbeitsverträge	174
§ 54	Bedeutung der Normalarbeitsverträge in der Praxis.....	181
§ 55	Zwingende Normalarbeitsverträge im Besonderen	182
I.	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende in Call Centern (Kanton Tessin)	182
1.	Vorgeschichte	182
2.	Untersuchung und Feststellung des üblichen Lohns	182
3.	Anwendungsbereich, Mindestlöhne, Inkrafttreten und Geltungsdauer des Normalarbeitsvertrags	184
II.	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende in der Hauswirtschaft (Kanton Genf).....	185

1. Vorgeschichte	185
2. Untersuchung und Feststellung des üblichen Lohns	186
3. Anwendungsbereich, Mindestlöhne, Inkrafttreten und Geltungsbereich des Normalarbeitsvertrags	186
III. Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende im Kosmetikbereich (Kanton Genf).....	186
1. Vorgeschichte	186
2. Untersuchung.....	187
3. Feststellung des üblichen Lohns.....	188
4. Anwendungsbereich, Mindestlöhne, Inkrafttreten und Geltungsdauer des Normalarbeitsvertrags.....	189
IV. Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung (Kanton Wallis)	189
1. Vorgeschichte	189
2. Feststellung des üblichen Lohns.....	190
3. Untersuchung.....	190
4. Anwendungsbereich, Mindestlöhne, Inkrafttreten und Geltungsbereich des Normalarbeitsvertrags	191
V. Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende in der Hauswirtschaft (Bund).....	192
1. Vorgeschichte, Untersuchung und Feststellung des üblichen Lohns	192
2. Anwendungsbereich und Mindestlöhne	193
§ 56 Von Lohnunterbietungen betroffene Branchen	193
I. Expertenbericht Mindestlöhne	193
II. Berichtsperiode vom 1. Juni 2004 bis 31. Dezember 2004.....	194
III. Berichtsperiode vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2005	195
IV. Berichtsperiode vom 1. Januar 2006 bis 30. Juni 2007.....	196
V. Berichtsperiode vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008	196
VI. Würdigung.....	197
§ 57 Regionale oder branchenspezifische Unterschiede.....	197
§ 58 Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen die flankierenden Massnahmen sowie Wirksamkeit der Sanktionen in der Praxis	200
I. Sanktionsmöglichkeiten	200
1. Staatliche Sanktionen.....	200
2. Sanktionen aus allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen.....	201
3. Vollstreckung.....	201
II. Sanktionen in der Praxis.....	202
1. Berichtsperiode vom 1. Juni 2004 bis 31. Dezember 2004	202
2. Berichtsperiode vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2005	203
3. Berichtsperiode vom 1. Januar 2006 bis 30. Juni 2007	203
4. Berichtsperiode vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008	204
5. Würdigung.....	205
§ 59 Wirksamkeit der kantonalen Behörden, tripartiten und paritätischen Kommissionen bei der Umsetzung der flankierenden Massnahmen.....	206
§ 60 Zielerreichung der flankierenden Massnahmen.....	208

Inhaltsverzeichnis

§ 61 Unterschiedliche Positionsbezüge zur Freizügigkeit.....	209
§ 62 Sich in der Praxis stellende Fragen und Probleme	211
I. Aus der Sicht der paritätischen Kommissionen	211
1. Problematik des internationalen Lohnvergleichs.....	212
2. Problematik der Durchsetzung der Forderungen im Ausland	212
3. Problematik der Scheinselbständigkeit.....	213
II. Aus der Sicht der tripartiten Kommissionen	214
1. Problematik der Subunternehmer	214
2. Problematik der Scheinselbständigkeit und der Durchsetzung von Forderungen im Ausland	214
3. Problematik des uneinheitlichen Vorgehens der Kantone.....	214
4. Problem der fehlenden Sanktionsmöglichkeit bei Schweizer Betrieben.....	215
3. Teil: Schlussteil.....	217
§ 63 Leitfaden für die Praxis.....	217
I. Allgemeines.....	217
II. Massnahmen, die bei der Umsetzung der flankierenden Massnahmen beachtet werden sollten	217
III. Konkrete Vorgehensweise bei der missbräuchlichen Lohnunterbietung	218
1. Feststellung von wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietungen.....	218
2. Folgen und Massnahmen nach der Feststellung einer wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung.....	219
3. Sanktionen	220
Zusammenfassung.....	221