

Markus Notter — Hermann Engler — Walter Steinmann — Hans Werder

Lohnschutz für alle – mit Europa

(vom 25. November 2022)

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	3
Résumé.....	6
I. Zum Verhältnis Schweiz - EU	9
II. Zum schweizerischen Arbeitsmarkt.....	10
III. Ausgangslage für den Lohnschutz	13
IV. Die Elemente im Einzelnen	17
1. Innerstaatliche Mindestlohnregelungen.....	17
a. Im GAV-Bereich.....	18
b. Im Bereich Normalarbeitsvertrag.....	19
c. Auswirkungen auf die Sanktionsmöglichkeiten	20
d. Zusammensetzung der tripartiten Kommission	20
e. Gesetzlicher Mindestlohn	21
2. Das Potential der neuen EU-Regelungen nutzen	22
a. Entsenderecht.....	22
b. Voranmeldefrist und Kautions	24
c. Mindestlohnrichtlinie	25
3. Reform des Kontrollsystems.....	27
V. Schlussfolgerungen.....	31
1. Allgemein.....	31
2. Folgeprogramm.....	33
Die Autoren:.....	34

Zusammenfassung

Arbeitnehmendenschutz und insbesondere der Schutz vor «Lohndumping» ist eine wesentliche Zielsetzung sowohl der EU als auch der Schweiz. Das EU-Recht bietet dafür vielfältige Möglichkeiten, die zum Teil erheblich über den schweizerischen Rechtsrahmen hinausgehen. Innerhalb des europäischen Binnenmarktes soll Wettbewerb herrschen. Das ist sein Existenzgrund. Aber der Wettbewerb darf nicht darauf beruhen, dass in ein und demselben Land Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten, die sich wesentlich danach unterscheiden, ob der Arbeitgeber in diesem Land ansässig ist oder nicht. Der EuGH hat diesen Grundsatz in seiner Rechtsprechung zur revidierten Entsenderichtlinie ausdrücklich bestätigt. Wettbewerb ja, aber zu fairen Bedingungen. Das heisst aber auch, dass die Lohnschutzmassnahmen zur Erreichung der Fairness verhältnismässig, d.h. geeignet und notwendig sein müssen. Es darf damit nicht «Protektionismus» bzw. «Schutz vor unliebsamer Konkurrenz» betrieben werden.

In der Schweiz ist das Risiko von Lohndumping wegen der hohen Löhne grösser als in den meisten Ländern der Europäischen Union. Das gilt selbst dann, wenn man die Lohnunterschiede kaufkraftbereinigt betrachtet und berücksichtigt, dass die Konkurrenz vor allem zwischen den unmittelbaren Nachbarregionen spielt, wo die Lohnunterschiede geringer sind als zu den neuen EU-Ländern. Das Bedürfnis nach einem wirksamen Lohnschutz in der Schweiz ist deshalb sehr berechtigt.

Im schweizerischen System der Lohnkontrollen bestehen grosse Unterschiede zwischen den Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen bzw. Normalarbeitsverträgen und den Branchen ohne solche Regelungen. In den ersteren gibt es einen insgesamt wirksamen Lohnschutz mit Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten. In den übrigen Branchen sind die Kontrollen hingegen weniger wirksam, wie auch der Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle zeigt.

Rund die Hälfte der Arbeitnehmenden profitiert dank den gesamtarbeitsvertraglichen Regeln von einem wirksamen Lohnschutz. Die andere Hälfte ist hingegen nur lückenhaft gegen Lohndruck geschützt. Über verschiedene Massnahmen, die sich auf EU-Regulierungen abstützen, lässt sich auch ihr Schutz verbessern. Sie würden die bestehenden Lohnschutz-Lücken schliessen.

Wir befinden uns nach dem Abbruch der Verhandlungen über das Institutionelle Abkommen (InstA) im Mai 2021 in einer vergleichbaren Situation wie nach der Ablehnung des EWR-Vertrages in der Volksabstimmung 1992. Es lohnt sich deshalb, sich die damalige Reaktion in Erinnerung zu rufen. Der Bundesrat unterbreitete 1993 dem Parlament ein «Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens» mit dem er insgesamt 27 Gesetzesanpassungen vorschlug.¹ Er wollte, dass damit «die aussen- und innenpolitischen Voraussetzungen für einen optimalen europapolitischen Kurs und die angestrebte marktwirtschaftliche Erneuerung geschaffen werden». In seiner Botschaft zu den Bilateralen I hat er ausdrücklich darauf hingewiesen, wie hilfreich für die Verhandlungen der Umstand war, dass sich seit zehn Jahren die schweizerische Gesetzgebung mit grenzüberschreitender Wirkung sukzessive an die Gesetzgebung der EU, ihres wichtigsten Nachbarn und Handelspartners, angepasst hat.²

In Analogie dazu geht es heute darum, die *aussen- und innenpolitischen Voraussetzungen für einen optimalen europapolitischen Kurs und für die angestrebte Erneuerung des Arbeitnehmerschutzes* zu schaffen. In diesem Sinne braucht es nach der Ablehnung des Institutionellen Abkommens wieder ein Folgeprogramm mit Gesetzesänderungen im Bereich des Arbeitnehmerschutzes. Ob in einem solchen Folgeprogramm zusätzlich weitere Politikbereiche berücksichtigt werden sollen, wäre zu diskutieren.

Nachfolgend vorgeschlagene Massnahmen für einen europakompatiblen Lohn- bzw. Arbeitnehmerschutz³ sind rasch in eine eigene Gesetzesvorlage aufzunehmen. Zusätzlich soll im Rahmen einer Lösung der institutionellen Fragen die Mitwirkung in der Europäischen Arbeitsmarktbehörde und im Binnenmarkt-Informationssystem angestrebt werden.

¹ BBl 1993 805 ff.

² BBl 1999 6158

³ S. hinten IV.

Die Gesetzesvorlage sieht demnach vor:

Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlohnregelungen in Gesamtarbeitsverträgen

Erleichterung der Mindestlohnfestsetzung durch Normalarbeitsverträge

Stärkung der tripartiten Kommissionen

Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns nach dem Rahmen der Mindestlohnrichtlinie der EU

Verbesserungen gemäss Durchsetzungsrichtlinie

Verbesserungen gemäss Informationsrichtlinie insbesondere zur Erleichterung der Verwaltungszusammenarbeit

Anpassung der Voranmeldefrist und Modifikation der Kautionspflicht

Ein Aktionsplan zur Förderung und Erleichterung von GAV-Verhandlungen über Löhne mit dem Ziel einer GAV-Abdeckung von 80%

Reform des Kontrollsystems

Résumé

La protection des travailleurs, en particulier la protection contre le "dumping salarial", est un objectif essentiel de l'UE comme de la Suisse. Le droit de l'UE offre à cet effet de nombreuses possibilités, qui vont parfois bien au-delà du cadre juridique suisse. La concurrence doit régner au sein du marché intérieur européen. C'est la raison de son existence. Mais la concurrence ne doit pas reposer sur l'application, dans un même pays, de conditions de travail et d'emploi qui diffèrent sensiblement selon que l'employeur est établi ou non dans ce pays. La CJCE a expressément confirmé ce principe dans sa jurisprudence relative à la directive révisée sur le détachement de travailleurs. La concurrence, oui, mais à des conditions équitables. Cela signifie aussi que les mesures de protection salariale pour atteindre l'équité doivent être proportionnées, c'est-à-dire appropriées et nécessaires. Il ne doit pas s'agir de "protectionnisme" ou de "protection contre une concurrence indésirable".

En Suisse, le risque de dumping salarial est plus important que dans la plupart des pays de l'Union européenne en raison des salaires élevés. Cela reste vrai même si l'on considère les différences de salaires en parité de pouvoir d'achat et si l'on tient compte du fait que la concurrence se joue surtout entre les régions voisines immédiates, où les différences de salaires sont moins importantes qu'avec les nouveaux pays de l'UE. Le besoin d'une protection salariale aussi efficace que possible en Suisse est donc pleinement justifié.

Dans le système suisse de contrôle des salaires, il existe de grandes différences entre les branches dotées de conventions collectives de travail ou de contrats-types de travail déclarés de force obligatoire et celles qui ne disposent pas de telles réglementations. Dans les premières, il existe une protection des salaires globalement efficace avec des possibilités de contrôle et de sanction. Dans les autres branches, les contrôles sont en revanche moins efficaces, comme le montre également le rapport du Contrôle fédéral des finances.

Environ la moitié des travailleurs bénéficie d'une protection salariale efficace grâce aux règles des conventions collectives de travail. L'autre moitié n'est en revanche que partiellement protégée contre la pression salariale. Différentes mesures s'appuyant sur les réglementations de l'UE permettraient d'améliorer

leur protection. Elles permettraient de combler les lacunes existantes en matière de protection salariale.

Après la rupture des négociations sur l'accord institutionnel (AII) en mai 2021, nous nous trouvons dans une situation comparable à celle qui a suivi le rejet de l'accord EEE en votation populaire en 1992. Il vaut donc la peine de se remémorer la réaction d'alors. En 1993, le Conseil fédéral a soumis au Parlement un "programme de suivi après le rejet de l'accord sur l'EEE", dans lequel il proposait au total 27 adaptations législatives⁴. Il voulait ainsi "créer les conditions de politique extérieure et intérieure nécessaires à une orientation optimale de la politique européenne et au renouvellement souhaité de l'économie de marché". Dans son message sur les Bilatérales I, il a expressément souligné l'utilité pour les négociations que depuis dix ans, la législation suisse avec effet transfrontalier s'est progressivement adaptée à la législation de l'UE, son principal voisin et partenaire commercial⁵

Par analogie, il s'agit aujourd'hui de créer les *conditions de politique extérieure et intérieure nécessaires à une orientation optimale de la politique européenne et au renouvellement souhaité de la protection des travailleurs et travailleuses*. Dans ce sens, après le rejet de l'accord institutionnel, il faut à nouveau un programme de suivi avec des modifications législatives dans le domaine de la protection des travailleurs et travailleuses. Reste à définir si d'autres domaines politiques devraient être pris en compte dans un tel programme de suivi.

Les mesures proposées ci-après pour une protection des salaires et des travailleurs eurocompatible⁶ doivent être rapidement intégrées dans un projet de loi spécifique. En outre, dans le cadre d'une solution aux questions institutionnelles, il faut viser la participation à l'Autorité européenne du marché du travail et au système d'information du marché intérieur.

⁴ FF 1993 805 et suivantes

⁵ FF 1999 6158

Le projet de loi prévoit donc

Faciliter l'extension des règles relatives aux salaires minimaux dans les conventions collectives de travail

Faciliter la fixation de salaires minimaux par des contrats-types de travail

Renforcement des commissions tripartites

Introduction d'un salaire minimum légal selon le cadre de la directive européenne sur le salaire minimum

Améliorations conformément à la directive d'exécution.

Améliorations selon la directive sur l'information, notamment pour faciliter la coopération administrative

Adaptation du délai de déclaration préalable et modification de l'obligation de caution

Un plan d'action pour promouvoir et faciliter la négociation de CCT sur les salaires, avec pour objectif une couverture CCT de 80%.

Réforme du système de contrôle

I. Zum Verhältnis Schweiz - EU

Das Verhältnis Schweiz - EU ist durch ein dichtes Netz von über hundert Abkommen geregelt. Die Liste des Bundes mit den Abkommen zwischen der Schweiz und der EU umfasst 27 eng bedruckte Seiten. Sie sind in Form und Inhalt geprägt von ihrer Entstehungszeit und Geschichte. Manche sind allein mit der EU oder ihren Vorgängerinstitutionen abgeschlossen worden, andere gleichzeitig auch mit den Mitgliedstaaten. Im Detail kennen sich nur Fachspezialisten aus.

Nicht wenige Abkommen übernehmen EU-Recht wörtlich oder verweisen darauf. Sie sind dem EU-Recht nachgebildet oder gar mit ihm identisch. Vor allem die Verträge, die nach dem EWR-Nein von 1992 unter dem Titel Bilaterale I und II abgeschlossen wurden, enthalten solche Bestimmungen. Sie sollen den Zugang zum europäischen Binnenmarkt in bestimmten Sektoren sichern oder die Teilnahme an einem Regelungssystem (Schengen/Dublin) ermöglichen. Das kann aber nur funktionieren, wenn die Bestimmungen für den gesamten Raum EU/Schweiz einheitlich sind. Man kann auf dem gleichen Feld nur nach den gleichen Regeln Fussball spielen. Wenn jede Mannschaft eigene Regeln hat, muss man das Spiel abbrechen.

Einheitliche Regelungen, wie die Abkommen ausgelegt, angewendet oder überwacht werden, gibt es aber nicht. Das ist in den einzelnen Vertragswerken unterschiedlich, mehr oder weniger ausführlich geregelt. Viele Abkommen kennen einen Gemischten Ausschuss für ihre Verwaltung. Fragen über die Anwendung, aber auch Streitigkeiten über die richtige Auslegung oder der Weiterentwicklung werden dort besprochen. Die Gemischten Ausschüsse bestehen aus Fachbeamten beider Seiten. Beschlüsse kommen in diesen Gremien nur einvernehmlich zustande. Wenn man sich also nicht einigen kann, bleibt die Frage unbeantwortet.

Ursprünglich waren die Bilateralen Abkommen nach dem EWR-Nein der Schweiz wohl aus Sicht der EU als Übergangslösung gedacht. Diese Unzulänglichkeiten schienen für eine begrenzte Zeit vertretbar. Nachdem ein Beitritt der Schweiz für absehbare Zeit unwahrscheinlich geworden ist, beurteilt man im Rest Europas die Situation anders. Seit 2009 hat die EU mehrfach festgestellt, dass sie mit der Schweiz neue Marktzugangsabkommen nur noch abschliessen werde, wenn die institutionellen Fragen für die bestehenden und für neue Marktzugangsabkommen vertraglich geregelt werden können. Mit anderen Worten: Die EU will aufräumen mit den Rechtsunsicherheiten und der ausschliesslich „politischen“ Vertragsverwaltung.

2014 begannen entsprechende Verhandlungen, die 2018 zum Entwurf eines institutionellen Rahmenabkommens (InstA) führten. Aufgrund verschiedener aus Schweizer Sicht noch offener Fragen entschied der Bundesrat am 26. Mai 2021, die Verhandlungen mit der EU abzubrechen – ohne klare Vorstellung über das weitere Vorgehen. Seither finden zwischen der Schweiz und der EU Sondierungsgespräche über eine neue Verhandlungsrunde statt. Der Bundesrat strebt eine «Paketlösung» an.

Ein wichtiger umstrittener Punkt ist der Lohnschutz. In der Schweiz sind viele überzeugt, dass die Schweiz ihr hohes Lohnniveau nur mit einem von der EU unabhängigen, autonomen Lohnschutzverfahren wirksam schützen kann. Die EU kann einen rein schweizerischen Lohnschutz jedoch kaum akzeptieren, da der Binnenmarkt und die Personenfreizügigkeit nur dann richtig funktionieren, wenn für alle teilnehmenden Staaten die gleichen Bedingungen gelten – auch beim Lohnschutz.

Rund die Hälfte der Arbeitnehmenden in der Schweiz profitiert dank den gesamtarbeitsvertraglichen Regeln von einem wirksamen Lohnschutz. Die andere Hälfte ist hingegen nur lückenhaft gegen Lohndruck geschützt. Über verschiedene Massnahmen, die sich auf EU-Regulierungen abstützen, lässt sich auch ihr Schutz verbessern. Sie würden die bestehenden Lohnschutz-Lücken schliessen. Gleichzeitig würden die Beziehungen der Schweiz zur EU verbessert und die anstehenden Verhandlungen erleichtert.

II. Zum schweizerischen Arbeitsmarkt

Die Schweiz als kleine offene Volkswirtschaft mit einer hohen Zahl von qualifizierten Arbeitsplätzen ist daran interessiert, dass bei uns eine Arbeitsmarktpolitik betrieben wird, welche für einheimische wie auch für ausländische Arbeitskräfte attraktiv ist. Nur so werden sich Wohlstand und Wettbewerbsfähigkeit erhalten lassen.

Es muss deshalb ein Ziel sein, dass alle Arbeitnehmenden in unserem Land faire Arbeitsbedingungen, existenzsichernde Löhne sowie interessante Weiterentwicklungsmöglichkeiten erhalten. Gemeinsam mit Steuern auf Kapital und Konsum soll über eine moderate Besteuerung der Arbeitseinkommen ein ausgebautes Set staatlicher Dienstleistungen sowie eine erstklassige Infrastruktur finanziert werden.

Die Zahl der Erwerbstätigen in der Schweiz betrug im Jahre 2021 knapp über 5 Mio. Personen, von diesen waren 76,9% im Dienstleistungssektor tätig. Rund 25% der in der Schweiz bestehenden Arbeitsplätze sind von Leuten mit einem EU-Pass besetzt, teils handelt es sich auch um Grenzgänger.

Die Zuwanderung von Personen belief sich im Jahre 2021 auf 165'600 Personen, wobei ein Grossteil davon in den Dienstleistungsbranchen tätig wurde und insbesondere auch mithilfe, die Personalengpässe im IT-Sektor, Gesundheit, Gastronomie sowie Finanzberatung zu überwinden. Die meisten der neu auf den schweizerischen Arbeitsmarkt kommenden Personen stammen aus den EU-/EFTA-Ländern, nur wenige und eher höher qualifizierte Personen wanderten aus Drittstaaten ein. Es dominieren in den letzten Jahren Zuwanderungen qualifizierter Arbeitskräfte, für welche das schweizerische Lohnniveau sowie die im Vergleich günstige Besteuerung wesentliche Entscheidungsfaktoren sind.

Die Gewerkschaften kümmern sich um die Arbeitsbedingungen in den von ihnen schwergewichtig organisierten Branchen von Industrie und Bauwirtschaft. Der gewerkschaftliche Organisationsgrad liegt aber nur bei rund 15%, 2017 waren 718'378 Personen Mitglied eines Arbeitnehmer:innenverbands. Davon gehörten 353'246 Personen den diversen im Schweizerischen Gewerkschaftsbund zusammengefassten Organisationen an. Bei Travail.Suisse sind 146'560 Personen engagiert, weiter sind 218'572 Personen bei anderen Verbänden, primär aus dem Angestelltenmilieu, gewerkschaftlich organisiert. Man geht davon aus, dass etwas weniger als Hälfte der schweizerischen Arbeitnehmenden direkt oder indirekt einem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt ist.

Im Jahre 2021 wurden in der Schweiz rund 7'798 Mio. Arbeitsstunden geleistet. Davon entfielen rund 9 Mio. Arbeitstage auf Entsandte aus anderen europäischen Ländern: der Anteil am Gesamttotal der geleisteten Arbeitsstunden liegt damit bei rund 0,9%. Selbstverständlich unterscheidet sich dieser Anteil nach Branchen und Regionen, doch dürfte der Anteil der Leistungen von kurzfristig in die Schweiz entsandten Arbeitenden für die regionale und nationale Volkswirtschaft nirgends wirklich bedeutend sein.

Sozialdemokratische Arbeitsmarktpolitik muss in ihrem Anspruch über die Interessen der gewerkschaftlich organisierten sowie Gesamtarbeitsverträgen unterstellten Arbeitnehmer:innen hinausgehen. Teils enthalten diese Arbeitsverhältnisse aufgrund der geringen staatlichen Vorgaben im Vergleich zu wesentlichen EU-Ländern wenig Schutzelemente, sodass es beispielsweise für internationale Konzerne bei Entlassungen infolge von Restrukturierungen kostengünstig ist, die Arbeitsplätze in der Schweiz abzubauen.

Im Segment der höherqualifizierten Arbeitskräfte ist zudem eine höhere Mobilität vorhanden, welche auch mit der Internationalisierung der Wirtschaft sowie den damit verbundenen Fusionen sowie Mergers & Acquisition zusammenhängt. Auslandsaufenthalte als kürzerfristige Einsätze zur Einführung neuer Technologien sowie Systeme, aber auch längerfristige Engagements im Rahmen von Karriereplanungen werden immer relevanter. Deshalb sind Regulierungen des Arbeitsmarktes vorzusehen, welche mit den Arbeitsmarkt- und Sozialversicherungssystemen der Nachbarländer sowie der EU möglichst synchron sind und europäische Mindestvorgaben eher übertreffen, um die Standortattraktivität ausspielen zu können.

III. Ausgangslage für den Lohnschutz

1. Mit der Genehmigung der Bilateralen I wurden auch Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Lohnniveaus bzw. zur Bekämpfung von Lohndumping getroffen. Diese flankierenden Massnahmen (FlaM) haben zwei Teile. Einerseits wurden neue Regelungen über Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen und über die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Dieser Teil stützt sich allein auf das innerstaatliche Recht und hat einen direkten Bezug auf den ganzen schweizerischen Arbeitsmarkt über den Bereich der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hinaus. Der zweite Teil der flankierenden Massnahmen umfasst die Regelungen für eben diese entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Entsendegesetz (EntsG). Mit den Bilateralen I verpflichtete sich die Schweiz, die EU-Richtlinie 96/71 vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen im innerstaatlichen Recht umzusetzen, und übernahm so deren materielle Regelung. Es handelt sich also um übernommenes EU-Recht. 2004 wurde das EntsG im Zuge der EU-Osterweiterung revidiert und u.a. um die umstrittenen Elemente Voranmeldefrist (8 Tage) und Kautionspflicht (soweit in ave GV vorgesehen) ergänzt.

Im ersten, innerstaatlichen Teil lassen sich Verbesserungen des Lohnschutzes erreichen, ohne dass das EU-Recht tangiert ist. Es handelt sich im Wesentlichen um eine innenpolitische Frage.

2. Seit dem Erlass der Entsenderichtlinie 1996 hat die EU verschiedene Verbesserungen des Lohnschutzes beschlossen: So die Richtlinie über die bessere Durchsetzung des Entsenderechts (Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie) und das Binnenmarkt-Informationssystem („IMI-Verordnung“) zur Erleichterung der Verwaltungszusammenarbeit. 2018 wurde die Entsenderichtlinie revidiert und die Rechte der Arbeitnehmer:innen ausgebaut. Die neue Richtlinie verankert den Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ und garantiert auch bezüglich Entlohnung die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie sie für die Arbeitnehmer:innen im Aufnahmemitgliedstaat gelten. Die revidierte Richtlinie gilt seit dem 30. Juli 2020 (Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Entsenderichtlinie). Mit einer kürzlich erlassenen Richtlinie erhalten alle Arbeitnehmer:innen zudem ausgedehnte Informationsrechte über die

wesentlichen Aspekte ihres Arbeitsverhältnisses (Richtlinie 2019/1152/EU). Nach Artikel 6 dieser Richtlinie müssen Arbeitgeber diese Informationen in einen anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmern vor ihrer Entsendung zur Verfügung stellen. Zudem dient auch die Schaffung der Europäischen Arbeitsbehörde (ELA) (Verordnung (EU) 2019/1149) der Sicherstellung einer «fairen Arbeitskräfte-mobilität». Die Schweiz hat weder die revidierte Entsenderichtlinie noch die Durchsetzungsrichtlinie oder die Richtlinie über die Informationsrechte übernommen und beteiligt sich auch nicht am Binnenmarkt-Informationssystem oder an der Europäischen Arbeitsbehörde. Sie ist dazu vertragsrechtlich auch nicht verpflichtet bzw. auch nicht berechtigt. Hier liegt ein weiteres Potential für die Verbesserung des Lohnschutzes (siehe hinten Ziff. III. 2.)

3. Im Rahmen des EU-Aktionsplans zur europäischen Säule sozialer Rechte sind weitere Verbesserungen zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmer:innen beantragt oder bereits beschlossen. An erster Stelle ist die von der Kommission beantragte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union zu erwähnen. Inzwischen haben sich die Verhandler von Parlament und Rat über den Vorschlag verständigt und die Richtlinie ist mit Datum vom 19. Oktober verabschiedet und in Kraft gesetzt worden.⁷ Für Andi Rieger ist das Weihnachten und Geburtstag zugleich («work» vom 17. Juni 2022). Eine Übernahme der EU-Regelungen in das schweizerische Recht wäre ein weiterer Meilenstein im Ausbau der Arbeitnehmer:innen-Rechte.
4. Ein besonderer Knackpunkt dürfte der Vollzug der flankierenden Massnahmen sein. Das schweizerische tripartite System hat viele Vorzüge. Eine eingehende Analyse bringt jedoch auch Schwachstellen zum Vorschein (s. Bericht EFK vom 19 April 2022). Aus EU-Sicht ist vor allem die Verhältnismässigkeit der Kontrollen in Frage gestellt: Aus verwaltungsökonomischer Sicht werden aber auch die Effizienz und Effektivität kritisch beäugt. Gewisse Reformen auch im Dienst einer wirksameren und gleichzeitig verhältnismässigen Kontrolle werden aber unumgänglich sein.

⁷ ABI (EU) L vom 25. Oktober 2022, S. 33 ff.

5. Die schweizerische Diskussion der «Europafrage» leidet seit langem unter einer fantasielosen Problemfokussierung. In akribischen Pro- und Kontraktatalogen wird jede mögliche Veränderung des Status quo als Bedrohung wahrgenommen: «Müssen wir mit der Teilnahme am europäischen Integrationsprozess etwas ändern? Wenn ja, wird dieser Nachteil durch einen überwiegenden Vorteil kompensiert?» Die diesbezüglichen Diskussionen sind meist durch technische Details und Verfahrensfragen gekennzeichnet. Immer nach dem Motto: Änderung ist Risiko. Wer meint, in der besten aller Welten zu leben, scheut dieses Risiko. Aber leben wir in der besten aller Welten? Bezüglich der schweizerischen Arbeitsmarkt- bzw. Migrationspolitik vor Einführung der Personenfreizügigkeit trifft das wohl nicht zu.

Wie sah denn diese schweizerische Migrationspolitik aus? Mit dem Saisonierstatut verfügte die Schweiz über ein Instrument, das die betroffenen Arbeitnehmenden an einen bestimmten Arbeitgeber band und sie weitgehend dessen Willkür aussetzte. Bei Differenzen hatten sie keine Freizügigkeit und mussten befürchten, für die nächste Saison keinen Vertrag mehr zu erhalten. Es war zudem eine sehr wirksame Lohndumpingmassnahme. Die Löhne der Saisoniers lagen fast 14 Prozent tiefer als andere Löhne bei gleicher Qualifikation. Das dürfte nicht ohne Wirkung auf die allgemeine Lohnentwicklung geblieben sein.⁸ Erleichterungen für die Saisoniers konnten erst durch Vereinbarungen mit den wichtigsten Einwanderungsländern in den 70er Jahren - nicht ganz freiwillig im Anschluss an das Freihandelsabkommen mit der EG - erreicht werden. Eine Abschaffung dieses diskriminierenden Instruments gelang aber erst im Rahmen des Abschlusses der Bilateralen I, konkret des Freizügigkeitsabkommens (FZA). Der ehemalige SGB-Sekretär Karl Aeschbach stellte zutreffend fest: «Phasen des Fortschritts waren und sind offenbar in der schweizerischen Ausländerpolitik nur dann möglich, wenn neben progressiven Kräften im Innern ein wesentlicher Druck von aussen dazukommt. Das war zweimal der Fall: in den Jahren 1972 bis 1975 im Zusammenhang mit dem Abschluss des Freihandelsabkommens (FHA) mit der Europäischen Gemeinschaft und ab 1990 im Zusammenhang mit den Verhandlungen über das EWR-Abkommen, respektive den bilateralen Verhandlungen

⁸ Vasco Pedrina, Von der Kontingentierungspolitik zur Personenfreizügigkeit, Gewerkschaftliche Migrationspolitik im Wettlauf gegen Diskriminierung und Lohndumping, Publikationsreihe Unia, Heft 2, Bern 2018, S. 21 ff.

mit der EU.»⁹

Man fände in der Geschichte unseres Landes weitere Beispiel dafür, dass erst durch «Druck von aussen» überfällige Reformen erfolgreich waren. «Berühmt» für dieses Faktum ist die Niederlassungsfreiheit der Schweizer Jüdinnen und Juden, die ihnen erst 1866 zugestanden wurde. Der Handels- und Niederlassungsvertrag mit Frankreich von 1864 gewährte allen französischen Staatsangehörigen und damit auch den französischen Juden Rechtsgleichheit und Freizügigkeit in der Schweiz. In der Folge liess sich die bisherige skandalöse Diskriminierung der Schweizer Juden nicht mehr aufrechterhalten. 1862 noch führte der Versuch der Aargauer Regierung, die jüdische Bevölkerung gleich zu behandeln, zu einem Volksaufstand und zum Sturz von Regierung und Parlament. Die Personenfreizügigkeit setzt eben der staatlichen Macht auch gegenüber Diskriminierungen von eigenen Bevölkerungsteilen Schranken.

Ein «Druck von aussen» kann aber nur in Reformen münden, wenn «progressive Kräfte im Innern» ihre Chancen erkennen und mit Fantasie ans Werk gehen. Für den geltenden «Lohnschutz» scheinen die schweizerischen Gewerkschaften davon auszugehen, in der besten aller Welten zu leben. Sehr zur Freude der nationalkonservativen Kräfte, die des Lobes deswegen voll sind. Christoph Blocher meinte in einem SRF Podcast, dass der Bundesrat nur wegen der gewerkschaftlichen Haltung das Rahmenabkommen definitiv versenkte. Wahrscheinlich hat er recht.

6. Die nachfolgenden Elemente eines europakompatiblen Lohn- bzw. Arbeitnehmendenschutzes sollen die Handlungsmöglichkeiten über das Bestehende hinaus aus einer gewerkschaftlich-sozialdemokratischen Sicht aufzeigen. Sie können hier nur skizziert werden. Um sie in die politische Diskussion einzubringen, wären sie im Detail auszuarbeiten. Ob sie realisiert werden können und sollen, müsste sich im politischen Prozess erweisen.

⁹ Zit. in: Vasco Pedrina, a.a.O., S. 25.

IV. Die Elemente im Einzelnen

1. Innerstaatliche Mindestlohnregelungen

Ein wirksames Mittel gegen Lohndumping sind zweifellos verbindliche Mindestlohnregelungen. Die Schweiz kennt solche Regelungen im Bereich der Gesamtarbeitsverträge (GAV), die zum Teil allgemeinverbindlich erklärt sind (ave GAV) und im Bereich von Normalarbeitsverträgen (NAV). Einen gesetzlichen Mindestlohn gibt es auf Bundesebene nicht. Eine diesbezügliche Volksinitiative wurde 2014 mit 76,3% Nein-Stimmenanteil abgelehnt.¹⁰ Seither haben verschiedene Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) Mindestlöhne eingeführt.

Mehrere europäische Länder kennen gesetzliche Mindestlohnregelungen. Deutschland z.B. hat 2015 einen gesetzlichen Mindestlohn eingeführt, der in der Zwischenzeit verschiedentlich angehoben wurde. Die Wirkungen des Mindestlohns werden ausführlich evaluiert. Die Ergebnisse sind nach fünf Jahren in einem Bericht differenziert dargestellt worden.¹¹ Aus theoretischer Sicht gibt es zum Mindestlohn verschiedene kontroverse Auffassungen. Umso aussagekräftiger sind die empirischen Erkenntnisse aus Deutschland. Die Mindestlohnkommission stellt u.a. fest, dass die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns zu deutlichen Steigerungen des Stundenlohns am unteren Rand der Lohnverteilung geführt hat. Beschäftigte im Mindestlohnbereich verzeichneten zwischen 2014 und 2018 einen Zuwachs beim Stundenlohn von insgesamt 21,8 Prozent. Bezogen auf alle Beschäftigten lag der Anstieg in diesen vier Jahren bei 11,4 Prozent. Die Mindestlohneinführung hatte nur geringe negative Auswirkungen auf die Beschäftigung. Diese betrafen unmittelbar nach Einführung des gesetzlichen Mindestlohns im Jahr 2015 vorrangig die ausschliesslich geringfügige Beschäftigung („Minijobs“). Die nachfolgenden Erhöhungen des Mindestlohns hatten keine statistisch messbaren Auswirkungen auf die Beschäftigung, weshalb die Kommission 2020 weitere Erhöhungen beschloss.¹² Es würde sich lohnen, diesen «Feldversuch» mit Blick auf den schweizerischen Arbeitsmarkt näher zu analysieren. Eine vergleichende Studie mit ausgewählten Ländern sollte unbedingt rasch an die Hand genommen werden.

¹⁰ Zum Inhalt der Initiative siehe Botschaft des Bundesrates, BBl 2013 1211 ff.

¹¹ [Mindestlohnkommission - Dritter Beschluss/Bericht \(2020\) - Dritter Bericht zu den Auswirkungen des gesetzlichen Mindestlohns \(mindestlohn-kommission.de\)](#) (30.09.2022).

¹² [Mindestlohnkommission - Dritter Beschluss/Bericht \(2020\) - Dritter Beschluss vom 30.06.2020 \(mindestlohn-kommission.de\)](#) (30.09.2020).

Grundsätzlich kommen für die Verstärkung des Elements Mindestlohn drei Handlungsfelder in Frage:

a. Im GAV-Bereich

Von den 566 in der Bundesstatistik¹³ ausgewiesenen GAV enthalten 498 verbindliche Mindestlöhne (5 nur empfohlene). Demnach gilt für rund 1,8 Mio. Arbeitnehmende ein gesamtarbeitsvertraglicher Mindestlohn. Ist das viel oder wenig? In seiner Botschaft zur Mindestlohninitiative rechnete der Bundesrat mit einem GAV-Abdeckungsgrad in der Schweiz von 49% (Stand 2012). Mit einer analogen Rechnung kommt man für das Jahr 2018 auf einen leicht erhöhten Abdeckungsgrad von rund 52%. Im internationalen Vergleich ist das ein unterdurchschnittlicher Wert. Die europäischen Spitzenreiter wie Österreich, Belgien, Schweden, Finnland oder Frankreich weisen einen Abdeckungsgrad von über 90% aus. Der OECD-Durchschnitt wird für 2009 mit 62% angegeben.¹⁴

Gelten in einer Branche gesamtarbeitsvertragliche Mindestlöhne, ohne dass aber der GAV allgemeinverbindlich erklärt ist, können für die nicht unterstellten Arbeitnehmenden die Löhne unterboten werden. Im Falle wiederholter missbräuchlicher Unterbietung sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung vor. Die tripartite Kommission kann das mit Zustimmung der Vertragsparteien beantragen.¹⁵ Die Hürde einer solchen Massnahme ist sehr hoch. Was ist eine missbräuchliche Unterbietung? Es fehlt weitgehend an Kriterien und an einer gefestigten Praxis. Der Fokus müsste deshalb ein anderer sein. Wenn der angemessene Mindestschutz der Arbeitnehmenden¹⁶ durch die Unterbietung gefährdet erscheint, müsste eine Allgemeinverbindlicherklärung möglich sein. Die massgebende Bestimmung ist deshalb zu revidieren:

¹³ Bundesamt für Statistik, Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz, Stand 1. März 2018.

¹⁴ Siehe Botschaft des Bundesrates, BBl 2013 1251.

¹⁵ Art. 1a Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311).

¹⁶ Der Begriff stammt aus dem § 9 Abs. 2 Mindestlohngesetz (MiLoG) der Bundesrepublik Deutschland.

Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung

Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Art 1a

Stellt die tripartite Kommission nach Artikel 360b Obligationenrecht fest, dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne und Arbeitszeitbedingungen *unterboten werden und dadurch ein angemessener Mindestschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gefährdet erscheint*, so kann sie mit Zustimmung der Vertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung der Bestimmungen über die Entlohnung, die Arbeits- und Ruhezeiten sowie die paritätischen Kontrollen des für die betreffende Branche geltenden Gesamtarbeitsvertrags beantragen.

b. Im Bereich Normalarbeitsvertrag

Im Bereich der Normalarbeitsverträge (NAV) können unter bestimmten Bedingungen Mindestlöhne festgesetzt werden. Insgesamt gibt es 26 solche NAV mit Mindestlöhnen, einer mit gesamtschweizerischer Wirkung, die übrigen 25 mit Wirkung in einem Kanton. Der nationale NAV wurde für den Bereich der Hauswirtschaft erlassen.¹⁷ Aus der einschlägigen Statistik ergibt sich nicht, wieviel Arbeitnehmende diesen Regelungen unterstellt sind.

Die Voraussetzungen für die Festsetzung eines Mindestlohns sind in gleich einschränkender Weise festgelegt wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV. Nur wenn Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden, kann ein Mindestlohn festgesetzt werden. Das wird den Schutzinteressen der Arbeitnehmenden nicht gerecht.

¹⁷ Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft vom 20. Oktober 2010 (SR 221.215.329.4). Der Mindeststundenlohn liegt zwischen Fr. 19.20 für Ungelernte und Fr. 21.10 für Arbeitnehmende mit Berufsattest.

Erleichterung der Mindestlohnfestsetzung durch Normalarbeitsverträge

Obligationenrecht

Art 360a

¹ Werden in einer Branche die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne *unterboten und erscheint dadurch der angemessene Mindestschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gefährdet*, so kann die zuständige Behörde auf Antrag der tripartiten Kommission nach Artikel 360b einen Normalarbeitsvertrag erlassen, der Mindestlöhne vorsieht.

² *Die Mindestlöhne sollen faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen ermöglichen und Beschäftigung nicht gefährden. Sie tragen den regionalen oder betrieblichen Verschiedenheiten angemessen Rechnung.*

c. Auswirkungen auf die Sanktionsmöglichkeiten

Bezüglich der Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten hat das Fehlen eines Gesamtarbeits- oder eines Normalarbeitsvertrags gewichtige Nachteile. Eine individuelle Sanktion ist selbst dann nicht möglich, wenn eine missbräuchliche Unterbietung der ortsüblichen Löhne festgestellt wird. Das Unternehmen kann den Vorschlag der tripartiten Kommission zur Lohnanpassung nämlich ablehnen, ohne dafür bestraft zu werden. Weil nur bei einer *wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung* in einer Region eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags vorgeschlagen oder ein Normalarbeitsvertrag erlassen werden kann, der einen Mindestlohn für die Branche oder den Beruf einführt.

Die vorgeschlagene Erleichterung der Mindestlohnfestsetzung wird auch diesbezüglich Verbesserungen mit sich bringen. Es werden für mehr Branchen und Berufe verbindliche Mindestlöhne gelten, an die sich die Unternehmen zu halten haben und die auch sanktioniert werden können.

d. Zusammensetzung der tripartiten Kommission

Bei der Festsetzung von Mindestlöhnen sind verschiedene divergierende Interessen im Spiel, und es stellen sich schwierige Fragen bezüglich der Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Es ist deshalb sinnvoll, die tripartiten Kommissionen mit beratenden Mitgliedern aus dem Kreis der Wissenschaft zu verstärken. Aus Ressourcengründen sollen diese beratenden Mitglieder in mehreren kantonalen Kommissionen Einsitz nehmen können. Die Mindestlohnkommission in Deutschland hat mit dieser Zusammensetzung gute Erfahrungen gemacht.

Verstärkung der tripartiten Kommission

Obligationenrecht

Art 360b

¹ Der Bund und die Kantone setzen eine tripartite Kommission ein, die sich aus Vertretern der Sozialpartner und des Staates zusammensetzt. *Auf Vorschlag der Sozialpartner wird zusätzlich je ein beratendes Mitglied aus Kreisen der Wissenschaft berufen, das in keinem Beschäftigungsverhältnis zum Vorschlagsorgan steht.*

² Die Kommission beobachtet den Arbeitsmarkt. *Stellen sie Sachverhalte im Sinne von Artikel 360a Absatz 1 fest, so beantragen sie der zuständigen Behörde den Erlass eines Normalarbeitsvertrages, der für die betroffenen Branchen Mindestlöhne vorsieht.*

³ Ändert sich die Arbeitsmarktsituation in den betroffenen Branchen, so beantragt die Kommission der zuständigen Behörde die Änderung oder die Aufhebung des Normalarbeitsvertrages.

e. Gesetzlicher Mindestlohn

Es fragt sich, ob über diese Verstärkung des Elements Mindestlohn im Bereich GAV und NAV hinaus auch ein gesamtschweizerischer gesetzlicher Mindestlohn eingeführt werden soll. Je grösser die Abdeckung durch GAV- und NAV-Mindestlöhne ist, umso entbehrlicher scheint eine solche Regelung. Andererseits würde dadurch ein unteres Minimum definiert, das natürlich auch für entsandte Arbeitnehmende gelten würde. Bezüglich der Kontrolle hätte eine solche Regelung zweifellos grosse Vorteile.

Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns

Detaillierte Analyse der ausländischen Erfahrungen und Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns. (vgl. auch unten Ziff. 2.c.)

2. Das Potential der neuen EU-Regelungen nutzen

a. Entsenderecht

Das Freizügigkeitsabkommen (Art. 22 Abs. 2 Anhang 1 FZA) nimmt bezüglich der schweizerischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer:innen (flankierende Massnahmen) Bezug auf die Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996). Das bedeutet, dass im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem FZA und dem Unionsrecht angestrebt wird und die Rechtsprechung des EuGHs bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999 in Bezug auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe für deren Auslegung verbindlich ist. Was die Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nach dem Unterzeichnungsdatum des FZA anbelangt, weicht das Bundesgericht von der Rechtsprechung des EuGHs nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen "triftiger" Gründe ab.

Seit Abschluss des FZA hat die EU ihr Entsenderecht massgeblich revidiert und den Arbeitnehmendenschutz ausgebaut. Zu nennen sind insbesondere:

- Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie
- Schaffung des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) zur Erleichterung der Verwaltungszusammenarbeit
- Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Entsenderichtlinie
- Richtlinie 2019/1152/EU über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union («Informations-Richtlinie»)
- Schaffung der Europäischen Arbeitsbehörde (ELA) (Verordnung (EU) 2019/1149).
- Richtlinie (EU) 2022/2041 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union

Dieses «neue» EU-Recht verbessert den Lohnschutz im Sinne eines fairen Wettbewerbs. Der Wettbewerb darf nicht darauf beruhen, dass in ein und demselben Mitgliedstaat Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten, die sich wesentlich danach unterscheiden, ob der Arbeitgeber in diesem Mitgliedstaat

ansässig ist oder nicht.¹⁸ Deshalb wird der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ garantiert. Bezüglich Entlohnung gelten die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie sie für die Arbeitnehmenden im Aufnahmemitgliedstaat bestehen. Das EU- und das schweizerische Entsenderecht stimmen in dieser Zielsetzung überein.

Das EU-Recht enthält aber verschiedene Instrumente und Massnahmen, welche die Schweiz nicht kennt. Eine Übernahme dieser Regelungen bzw. «Aufdatierung» des FZA würde den Schutz der Arbeitnehmenden und die Wirksamkeit des Lohnschutzes verbessern.¹⁹

Übernahme von EU-Instrumenten und Massnahmen

Durchsetzungsrichtlinie und IMI

- Definitionen im Zusammenhang mit der Entsendung zur Verhinderung von Missbrauch
- Zugang zu Informationen durch Dienstleistungserbringer, Verpflichtung zu mehrsprachigen Webseiten, welche die relevanten Informationen mittels einer einzigen Quelle verfügbar machen
- Anforderungen an Dienstleistungserbringer (Meldepflicht und Modalitäten) und Durchführen von Kontrollmassnahmen
- Rechtliche Durchsetzung von Ansprüchen der entsandten Arbeitnehmer durch diese selbst und durch Gewerkschaften im Gaststaat; Haftung des Erstunternehmers bei Unteraufträgen
- Bereithaltung von Unterlagen im Gaststaat während des Entsendezeitraums
- Benennung eines Ansprechpartners im Gaststaat, der bei Bedarf Dokumente und Mitteilungen verschickt und entgegennimmt
- Grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen; Anerkennung, Zustellung und Vollstreckung von Entscheiden
- Verwaltungszusammenarbeit (gegenseitige Amtshilfe zum Informationsaustausch auf Basis des Binnenmarkt-Informationssystems [IMI])

¹⁸ Ein Grundsatz, den der EuGH ausdrücklich gutgeheissen hat: Urteil in der Rechtssachen C-620/18 vom 8. Dezember 2020, Ungarn, ECLI:EU:C:2020:1001 und Urteil in der Rechtssache C-626/18 vom 8. Dezember 2020, Polen, ECLI:EU:C:2020:1000.

¹⁹ Vgl. im Einzelnen Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 17.3126 Buttet vom 15. März 2017 und Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU vom 16. Januar 2019.

Übernahme von EU-Instrumenten und Massnahmen

Informationsrichtlinie

Arbeitgeber, sind verpflichtet, vor einer Entsendung die Arbeitnehmenden schriftlich zu informieren über:

- das Land oder die Länder, in dem bzw. in denen die Arbeit im Ausland geleistet werden soll
- die geplante Dauer der Arbeit im Ausland
- die Währung, in der die Vergütung erfolgt
- falls anwendbar: die mit den Arbeitsaufträgen verbundenen Geld- oder Sachleistungen
- Angaben dazu, ob eine Rückführung vorgesehen ist, und falls ja, die Bedingungen für die Rückführung der Arbeitnehmenden
- die Vergütung, auf die die Arbeitnehmenden im Einklang mit dem geltenden Recht des Aufnahmestaats Anspruch haben
- falls anwendbar: Entsendezulagen und Regelungen für die Erstattung von Reise-, Verpflegungs- und Unterbringungskosten
- den Link zu der einzigen offiziellen nationalen Website, die der Aufnahmemitgliedstaat erstellt hat

b. Voranmeldefrist und Kautionspflicht

Die Durchsetzungsrichtlinie erlaubt über die exemplarisch aufgezählten Instrumente hinaus weitere Massnahmen zur verbesserten Durchsetzung des Entsenderechts, soweit diese «notwendig sind, um eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Pflichten zu gewährleisten» und sich als verhältnismässig erweisen. Massnahmen, die in der Durchsetzungsrichtlinie nicht ausdrücklich erwähnt sind, können deshalb unter den erwähnten Voraussetzungen durchaus zulässig sein. Ob das auf die Voranmeldefrist und die Kautionspflicht in der Ausgestaltung nach schweizerischem Entsenderecht zutrifft, ist bekanntlich umstritten. Eine Modifikation, wie sie der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU, vorgesehen hat, kann mit entsprechenden Massnahmen kompensiert werden:

- Die Verkürzung der Voranmeldefrist durch die Anpassung des aktuellen Online-Meldeverfahrens und weitere Prozessanpassungen.
- Die angepasste Kautionspflicht durch die Sicherstellung, dass sich fehlbare Betriebe nicht unter neuem Namen anmelden können sowie durch die Möglichkeit einer Sanktionierung bei Nichtleistung einer Kautions.

Beides ist möglich.

c. Mindestlohnrichtlinie

Der Entwurf der Kommission stammt vom Oktober 2020.²⁰ Im Juni dieses Jahres haben sich die Verhandler von Parlament und Rat im Grundsatz geeinigt. Das Parlament hat den Entwurf am 14. September 2022 in erster Lesung verabschiedet und der Rat hat ihm am 4. Oktober 2022 zugestimmt.²¹ Die Richtlinie ist am 19. Oktober definitiv verabschiedet und in Kraft gesetzt worden. Damit hat der zweijährige Umsetzungsprozess für die Mitgliedstaaten begonnen. Für die Bewertung der Angemessenheit der Mindestlöhne schlägt die Richtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten die Referenzwerte von 60 Prozent des Bruttomedianlohns oder 50 Prozent des Bruttodurchschnittslohns verwenden. Beim Medianlohn von CHF 6665 im Jahre 2020 in der Schweiz wäre bei 60 % der angemessene Mindestlohn CHF 3'999.00.

Eine Übernahme der Regelungen der Mindestlohnrichtlinie in das schweizerische Recht wäre ein wesentlicher Schritt zur Verbesserung der Sozialpartnerschaft und des Schutzes der Rechte der Arbeitnehmenden. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns. In 6 Mitgliedstaaten werden Mindestlöhne ausschliesslich durch GAV geschützt. Aber auch für sie ist die Richtlinie relevant bezüglich der GAV-Abdeckung (Aktionsplan) und der Berichterstattung. Dieser Rechtsrahmen steht wohl nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen. Der Schweiz steht es aber frei, in eigener Zuständigkeit entsprechende Regelungen zu erlassen (im Sinne eines «Swisslex»-Programms).

²⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52020PC0682>

²¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52020PC0682>

Übernahme von EU-Instrumenten und Massnahmen

Mindestlohnrichtlinie

Rahmen für die Festlegung und Aktualisierung gesetzlicher Mindestlöhne: Schaffung eines soliden Governance-Rahmens für die Festlegung und Aktualisierung von Mindestlöhnen. Dieser Rahmen umfasst

- klare Kriterien für die Festlegung von Mindestlöhnen (wie Kaufkraft und Lebenshaltungskosten, Lohnniveau, Lohnverteilung, Wachstumsrate der Löhne sowie nationale Produktivität)
- die Verwendung von Richtwerten für die Bewertung der Angemessenheit gesetzlicher Mindestlöhne, wobei in der Richtlinie auf etwaige, zu verwendende Werte hingewiesen wird
- regelmässige und rechtzeitige Aktualisierungen der Mindestlöhne
- die Einrichtung von Beratungsgremien, an denen sich die Sozialpartner beteiligen
- die Beschränkung der Anwendung von Variationen und Abzügen von gesetzlichen Mindestlöhnen, damit sichergestellt ist, dass sie stets durch ein legitimes Ziel objektiv gerechtfertigt sind und
- eine wirksame Beteiligung der Sozialpartner an der Festlegung und Aktualisierung des gesetzlichen Mindestlohns.

Förderung und Erleichterung von GAV-Verhandlungen über Löhne: Mit der Richtlinie werden Tarifverhandlungen unterstützt. Grund dafür ist, dass Länder mit hoher Tarifbindung tendenziell einen niedrigeren Anteil an Geringverdienenden, eine geringere Lohnungleichheit und höhere Löhne aufweisen. Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten, in denen die tarifvertragliche Abdeckung weniger als 80% beträgt, in der Richtlinie aufgefordert, einen Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen zu erstellen.

Bessere Überwachung und Durchsetzung des Mindestlohnschutzes: Erhebung von Daten über die Abdeckung und Angemessenheit des Mindestlohns und Sicherstellung, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Zugang zu Streitbeilegungsverfahren und Anspruch auf Rechtsbehelfe haben. Die Einhaltung und wirksame Durchsetzung der Vorschriften ist von entscheidender Bedeutung, damit der Mindestlohnschutz den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern tatsächlich zugutekommt und ein wettbewerbsorientiertes Umfeld auf der Grundlage von Innovation, Produktivität und der Einhaltung sozialer Standards gefördert wird.

3. Reform des Kontrollsystems

Lohnschutzmassnahmen sind nur so gut wie ihre Kontrolle. Das Kontrollsystem der Schweiz geniesst bei den Sozialpartnern und insbesondere bei den Gewerkschaften hohes Ansehen. Es besteht diesbezüglich die Besorgnis, dass ein stark sozialpartnerschaftliches System von der EU in Frage gestellt werden könnte. Soweit aber paritätische oder tripartite Kommissionen auf gesetzlichem Weg Vollzugskompetenzen übertragen werden, kann das von der EU nicht beanstandet werden. Solche Organe gibt es in anderen Ländern auch. Die Zweifel der EU beziehen sich jedoch auf die Verhältnismässigkeit der Kontrollen und die Frage der Diskriminierung.

Das gemischt staatlich und sozialpartnerschaftlich konzipierte System hat Vorteile vor allem hinsichtlich der Akzeptanz. Gerade weil es von unterschiedlichen Akteuren getragen wird. Insgesamt scheint es einen wirksamen Lohnschutz in Branchen mit Mindestlöhnen gewährleisten zu können. In den anderen Branchen bestehen diesbezüglich Zweifel. Der offenbar grosse Interpretationsspielraum der paritätischen Kommissionen beim Lohnvergleich müsste näher untersucht und gegebenenfalls beseitigt werden. Dem SECO kommt eine wichtige Rolle zu. Dabei ist es einerseits selbst Akteur (die TPK Bund wird vom zuständigen Vizedirektor des SECO geleitet) und gleichzeitig Kontrollinstanz über das System. Aus Governance-Gründen ist das nicht unproblematisch und müsste überdacht werden. Die regelmässigen FlaM-Berichte des SECOS stellen denn auch keine unabhängige Evaluation dar.

Eine unabhängige Prüfung des Vollzugs der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit stellt dagegen der Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) dar. Seine Befunde sind durchzogen. Es fällt auf, dass das SECO auf die kritischen Bemerkungen sehr abwehrend reagiert und unter Hinweis auf die «bewussten Entscheide» des Gesetzgebers jeglichen Handlungsbedarf zurückweist (wie wenn «unbewusste Entscheide» des Gesetzgebers eher in Frage gestellt werden könnten).

Der Befund der EFK ist durchaus bemerkenswert.²²

- **Der Kontrollanteil von ausländischen Unternehmen ist zu hoch**
Zahlreiche FlaM-Kontrollen werden jedes Jahr bei Unternehmen durchgeführt. Gemäss den Vollzugsorganen sind diese Kontrollen notwendig und haben eine unbestreitbar präventive Wirkung bei der Bekämpfung von Lohnunterbietung. Die

²² EFK-20062 | inkl. Stellungnahme | 19. April 2022 | FinDel D3/2022.

tripartite Kommission des Bundes empfiehlt 30 bis 50 % der entsandten Arbeitnehmenden und der Selbständigen zu kontrollieren, die sich für eine Tätigkeit in der Schweiz anmelden. Dieses Kontrollniveau ist hinsichtlich der Effizienz problematisch. Es ist zu hoch im Vergleich zum Risiko, das ausländische Unternehmen für den Arbeitsmarkt darstellen. Darüber hinaus hat eine Überprüfung der Daten zu den Kontrollen ausländischer Unternehmen im vierten Quartal 2019 ergeben, dass die berichtigten Lohnbeträge deutlich unter den Kontrollkosten liegen und dass 8 % dieser Unternehmen ohne ersichtlichen Grund mehrfach von verschiedenen Vollzugsorganen kontrolliert wurden. Diese Mehrfachkontrollen sind zum Teil darauf zurückzuführen, dass die Kontrolldaten und -ergebnisse nicht zwischen den verschiedenen Vollzugsorganen ausgetauscht werden, was einen risikoorientierten Ansatz verhindert.

- **Missbräuchliche Lohnunterbietungen werden nicht sanktioniert**
Das Sanktionssystem umfasst Konventional- und Verwaltungssanktionen. Die abschreckende Wirkung dieser Sanktionen ist unterschiedlich, da jedes Vollzugsorgan im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten eigene Sanktionstarife für die verschiedenen Verstösse festlegen kann. Für die Verwaltungssanktionen hat das SECO Empfehlungen ausgesprochen, die von den meisten Kantonen befolgt werden. Bei den Konventionalstrafen ist die Heterogenität am grössten. Das Gesetz erlaubt es dem Bund nicht, diesbezügliche Vorschriften zu erlassen. Für Unternehmen, die in Branchen ohne Gesamtarbeitsvertrag oder Normalarbeitsvertrag tätig sind, ist keine individuelle Sanktion möglich, wenn eine missbräuchliche Unterbietung der ortsüblichen Löhne festgestellt wird. So kann das Unternehmen den Vorschlag zur Lohnanpassung der tripartiten Kommission ablehnen, ohne dafür bestraft zu werden. Nur bei einer wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung in einer Region kann eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags vorgeschlagen oder ein Normalarbeitsvertrag erlassen werden, der einen Mindestlohn für die Branche oder den Beruf einführt.

- **Die Strategie für die Arbeitsmarktbeobachtung hat blinde Flecken**

Die verstärkte Arbeitsmarktbeobachtung der tripartiten Kommission des Bundes konzentriert sich auf Niedriglohnbranchen, von denen die meisten bereits über Mindestlohnbedingungen verfügen. Aus Sicht der EFK sollte die Kommission prüfen, ob die Berücksichtigung anderer Faktoren, zum Beispiel Berufe, die eine grosse Anzahl qualifizierter Einwanderer aufnehmen, nicht zu einem anderen Ergebnis der Risikoanalyse führen würde. Der Spielraum, den die Rechtsgrundlagen bieten, führt zu einer unterschiedlichen Praxis der kantonalen tripartiten Kommissionen. Unterschiede in der Praxis zeigen sich vor allem bei den Massnahmen zur Arbeitsmarktbeobachtung und bei den Methoden zur Berechnung der missbräuchlichen Lohnunterbietung. Diese Heterogenität schränkt den Zugang der tripartiten Kommission des Bundes zu vergleichbaren Informationen im Rahmen der Aufgaben der Arbeitsmarktbeobachtung erheblich ein. Bei den Kontrollen inländischer Unternehmen in Branchen mit allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen fehlt es an Transparenz. Dem SECO ist in diesem Bereich keine gesetzliche Aufsichtsaufgabe zugewiesen.

- **Eine stark dezentralisierte Organisation und ein ungenügender Informationsfluss**

Die Komplexität der FlaM ergibt sich aus ihrer historischen Entwicklung. Die Aufgaben sind auf viele Akteure verteilt, und die Kontrolltätigkeit ist stark dezentralisiert. Es ist für ausländische Unternehmen nicht einfach, die Organisation der FlaM und das Lohnsystem in der Schweiz zu verstehen, trotz der Informationsbemühungen des SECO. Die Vollzugsorgane der FlaM sind bei der Organisation ihrer Arbeit von der Qualität der verfügbaren Informationen abhängig. Doch das Meldesystem für entsandte Arbeitnehmende ist nicht effizient genug, Meldungen treffen zu spät oder bei der falschen Stelle ein. Projekte wurden initiiert, um die Situation zu verbessern. Es ist wichtig, dass sie so schnell wie möglich abgeschlossen werden. Die Ausbildung und die Austauschmöglichkeiten für das Personal der Vollzugsorgane könnten noch weiter ausgebaut werden, um die Unité de doctrine und die Qualität der Arbeit zu verbessern.

Die beschriebenen Mängel stellen die Wirksamkeit und Effizienz des Systems in Frage. Ein Blick auf die Komplexität der Verhältnisse und die Vielfalt der Akteure lässt die Schwierigkeit erahnen:

Die Grafik zeigt die Organisation der FlaM und die Verbindungen zwischen den Akteuren:

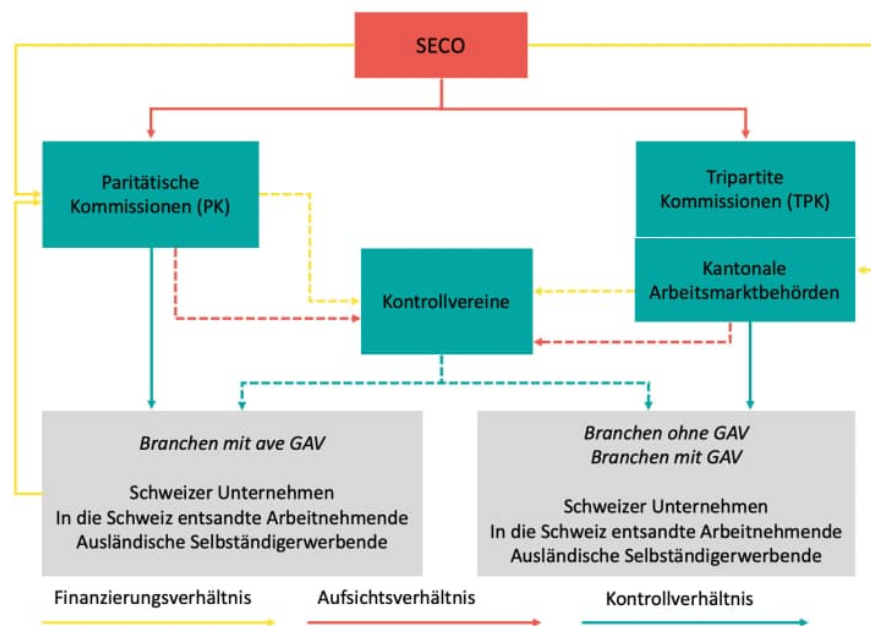


Abbildung 1: Organisation der FlaM und Verbindungen zwischen den Akteuren (Darstellung: EFK)

Mit einer Reform des Kontrollsystems liessen sich Wirksamkeit und Effizienz zweifellos verbessern – und damit auch der Lohnschutz. Dabei sollte die sozialpartnerschaftliche Organisation bewahrt werden.

In Branchen ohne Gesamtarbeitsvertrag oder Normalarbeitsvertrag gibt es ein eigentliches Sanktionsproblem. Eine individuelle Sanktion ist gar nicht möglich, wie die EFK in ihrem Bericht festgestellt hat. Abhilfe würde ein gesetzlicher Mindestlohn schaffen, ebenso die Ausdehnung von Mindestlöhnen durch mehr GAV und NAV.

Zusätzlich sind aber auch die Sanktionen wirksamer auszugestalten und besser zu koordinieren. Sanktionen müssen auch im Lichte der Rechtsprechung des EuGH abschreckende Wirkung haben.²³ Die geltenden schweizerischen Sanktionen sind davon weit entfernt.

²³ Kurt Parli, EU-Entsenderecht zwischen Markt und Sozialschutz, Neuere Rechtsprechung des EuGH zu Sanktionen und zum grenzüberschreitenden Verkehr, EuZ 04/2022, 17.

Reform des Kontrollsystems

Es wird eine Kontrollagentur nach dem Organisationsmodell der Suva geschaffen, die von den Sozialpartnern verwaltet wird. Sie übernimmt die Kontrolle der FlaM und die ihr übertragenen weiteren Kontrollaufgaben.

Die Sanktionen bei Verletzung der Lohnschutzbestimmungen müssen wirksam ausgestaltet und besser koordiniert werden. Sie sollen abschreckende Wirkung haben.

V. Schlussfolgerungen

1. Allgemein

Arbeitnehmerschutz und insbesondere der Schutz vor «Lohndumping» ist eine wesentliche Zielsetzung sowohl des EU- als auch des schweizerischen Rechts. Das Framework der EU bietet dafür vielfältige Möglichkeiten, die zum Teil erheblich über den schweizerischen Rechtsrahmen hinausgehen. Innerhalb des europäischen Binnenmarktes soll zwar Wettbewerb möglich sein. Das ist sein Existenzgrund. Aber der Wettbewerb darf nicht darauf beruhen, dass in ein und demselben Land Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten, die sich wesentlich danach unterscheiden, ob der Arbeitgeber in diesem Land ansässig ist oder nicht. Der EuGH hat diesen Grundsatz in seiner Rechtsprechung zur revidierten Entsenderichtlinie ausdrücklich bestätigt. Wettbewerb ja, aber zu fairen Bedingungen. Das heisst aber auch, dass die Lohnschutzmassnahmen zur Erreichung der Fairness verhältnismässig, d.h. geeignet und notwendig sein müssen. Es darf damit nicht «Protektionismus» bzw. «Schutz vor unliebsamer Konkurrenz» betrieben werden.

Für den schweizerischen Arbeitsmarkt kann man festhalten, dass aufgrund des grossen Lohnunterschieds das Risiko für Lohndumping tendenziell grösser ist als zwischen anderen Ländern. Das gilt selbst dann, wenn man die Lohnunterschiede kaufkraftbereinigt betrachtet und berücksichtigt, dass die Konkurrenz vor allem zwischen den unmittelbaren Nachbarregionen spielt, wo die Lohnunterschiede geringer sind. Das Bedürfnisse nach einem möglichst wirksamen Lohnschutz in der Schweiz ist deshalb sehr berechtigt.

Das geltende schweizerische System führt zu grossen Unterschieden zwischen Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen bzw. Normalarbeitsverträgen und Branchen ohne solche Regelungen. In ersteren

kann der Lohnschutz insgesamt als wirksam gelten. Auch die Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten sind vorhanden. In den übrigen Branchen ist das zweifelhaft, wie auch der Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle zeigt. Rund die Hälfte der Arbeitnehmenden ist von gesamtarbeitsvertraglichen Regeln erfasst. Das heisst für sie gilt ein wirksamer Lohnschutz. Umgekehrt heisst das aber auch, dass für die Hälfte der schweizerischen Arbeitnehmenden der Lohnschutz lückenhaft ist. Eine diesbezügliche Verbesserung lässt sich mit verschiedenen Massnahmen erreichen, die sich alle auf das EU-Framework stützen können. Eine konsequente Umsetzung des EU-Arbeitnehmendenschutzes würde die Lücken im schweizerischen Lohnschutz schliessen.

Für das weitere Vorgehen sollte nicht auf den Abschluss einer wie auch immer ausgestalteten Regelung der institutionellen Fragen mit der EU gewartet werden. Wir befinden uns nach dem Abbruch der Verhandlungen über das Institutionelle Abkommen (InstA) in einer vergleichbaren Situation wie nach der Ablehnung des EWR-Vertrages in der Volksabstimmung 1992. Es lohnt sich deshalb, sich die damalige Reaktion in Erinnerung zu rufen. Der Bundesrat unterbreitete 1993 dem Parlament ein «Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens» mit dem er insgesamt 27 Gesetzesanpassungen vorschlug.²⁴ Es ging dabei darum, dass «die aussen- und innenpolitischen Voraussetzungen für einen optimalen europapolitischen Kurs und die angestrebte marktwirtschaftliche Erneuerung geschaffen werden». In seiner Botschaft zu den Bilateralen I hat der Bundesrat ausdrücklich darauf hingewiesen, wie hilfreich für die Verhandlungen der Umstand war, dass sich seit zehn Jahren die schweizerische Gesetzgebung mit grenzüberschreitender Wirkung sukzessive an die Gesetzgebung der EU, ihres wichtigsten Nachbarn und Handelspartners, angepasst hat.²⁵

In Analogie dazu geht es heute darum, die *aussen- und innenpolitischen Voraussetzungen für einen optimalen europapolitischen Kurs und die angestrebte Verbesserung des Arbeitnehmendenschutzes* zu schaffen. In diesem Sinne ist ein Folgeprogramm nach der Ablehnung des Institutionellen Abkommens angesagt mit Gesetzesänderungen im Bereich des Arbeitnehmendenschutzes.

²⁴ BBl 1993 805 ff.

²⁵ BBl 1999 6158

2. Folgeprogramm

Die vorstehend dargelegten Elemente eines europakompatiblen Lohn- bzw. Arbeitnehmerschutzes sind rasch in eine eigene Gesetzesvorlage aufzunehmen. Selbstverständlich kann eine Mitwirkung in den europäischen Durchsetzungsinstitutionen (Binnenmarkt-Informationssystem und Europäische Arbeitsmarktbehörde) nicht unilateral herbeigeführt werden. Die diesbezüglichen Verbesserungen können erst im Rahmen einer neuen Lösung der institutionellen Fragen realisiert werden.

Die Gesetzesvorlage sieht demnach vor:

Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlohnregelungen in Gesamtarbeitsverträgen

Erleichterung der Mindestlohnfestsetzung durch Normalarbeitsverträge

Verstärkung der tripartiten Kommissionen

Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns nach dem Rahmen der Mindestlohnrichtlinie

Verbesserungen gemäss Durchsetzungsrichtlinie

Verbesserungen gemäss Informationsrichtlinie

Anpassung der Voranmeldefrist und Modifikation der Kautionspflicht

Förderung und Erleichterung von GAV-Verhandlungen über Löhne (Aktionsplan mit dem Ziel einer GAV-Abdeckung von 80%)

Reform des Kontrollsystems

Die Autoren:

Markus Notter, Dr. iur., Dr. h. c., 1996 bis 2011 Regierungsrat des Kantons Zürich, heute u.a. Präsident des Europa Instituts an der Universität Zürich

Hermann Engler, Dr. rer. pol., 1980 bis 2005 Leiter des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Aargau, 1998 bis 2003 Präsident Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden (vsaa)

Walter Steinmann, Dr. rer. soc., 1988 bis 1994 Wirtschaftsförderer und Europadelegierter des Kantons Solothurn, 1994 bis 2001 Chef des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Solothurn, 2001 bis 2016 Direktor Bundesamt für Energie, heute u.a. Präsident Ökozentrum Langenbruck

Hans Werder, Dr. rer. soc., lic. iur., bis 2011 Generalsekretär Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), danach u.a. Verwaltungsrat Swisscom AG

Die Autoren danken

- Vertreter:innen von Gewerkschaften und weiteren interessierten Kreisen für die Möglichkeit, die Vorschläge zu diskutieren,
- Markus Mugglin für die redaktionelle Überarbeitung der Zusammenfassung und verschiedene wertvolle Hinweise,
- Mario Carera für die französische Übersetzung der Zusammenfassung.