
De: Marcel Delasoie | FREPP <marcel.delasoie@frepp.ch>
Envoyé: lundi, 5 février 2024 16:08
À: _SECO-PAGA Gesamtarbeitsvertrag
Objet: Änderung des AVEG - Vernehmlassung / Modification de la LECCT -
Consultation / Modifica della LOCCL - Consultazione

Madame, Monsieur,

Veillez trouver ci-dessous notre détermination relative à l'objet cité sous rubrique :

Motion 20.4738 Ettlin

Compte-tenu du fait qu'une convention collective de travail prévoit de nombreuses choses autre que celle du salaire minima et que ces dernières ont également une incidence importante sur les conditions de travail globales des travailleur(euse)s, nous estimons que les salaires minima fixés d'un commun accord par les partenaires sociaux dans une convention collective de travail étendue doivent primer sur les salaires minima cantonaux.

Une convention collective de travail offre une protection et des prestations qui ont une autre portée qu'un simple salaire minima : une retraite anticipée, une prévoyance professionnelle plus généreuse que celle prévue par la loi, des horaires de travail plus adaptés, des suppléments de salaires en cas d'heures supplémentaires,...

Occulter ces éléments c'est fortement compliquer les futures négociations, c'est engendrer un nivellement par le bas des salaires en Suisse et créer un SMIC à la française dont on connaît les effets négatifs sur l'évolution des salaires chez notre voisin.

Les CCT sont garantes de la paix du travail en Suisse et de la stabilité de notre économie. Elles ont contribué largement à la prospérité de notre pays.

Motion CER-N

Ce droit de consultation des comptes annuels des CP à tout employeur et à tout travailleur soumis à une CCT n'est pas plus que cela gênant pour autant que le nombre de ces demandes demeure très restreint. La CCT romande du second œuvre étant applicable à près de 6000 entreprises et 25'000 travailleurs, il est évident qu'octroyer cette possibilité à tous c'est prendre le risque d'être un jour submergé de demande.

Tout en vous remerciant de nous avoir consulté, et en vous remerciant de l'intérêt que vous porterez à nos réponses, nous vous adressons, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Marcel Delasoie

Directeur



Rue de la Dent-Blanche 8 | 1950 Sion
D +41 (0)27 322 52 62 | M +41 (0)78 600 51 22
F +41 (0)27 322 24 84
marcel.delasoie@frepp.ch | www.frepp.ch



Herr Bundesrat Guy Parmelin
Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF

Per Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Bern, 14. Februar 2024

int. Ref. 2024.01

Kontaktperson: David Sansonnens, Direktor VSAA
Tel. 031 310 08 94 / Mail: david.sansonnens@vsaa.ch

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von
Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und
21.3599 WAK-N
Verzicht Stellungnahme**

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zur Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der
Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N Stellung zu nehmen.

Der VSAA verzichtet auf eine eigene Stellungnahme und verweist auf die Rückmeldung der
VDK.

Besten Dank für die Kenntnisnahme
Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden VSAA

Nicole Hostettler
Präsidentin

David Sansonnens
Direktor

Kopie (per mail)

Volkswirtschaftsdirektionskonferenz VDK, z.H. Herrn Matthias Schnyder, Generalsekretär

Beilage

keine



KANTON
APPENZEL INNERRHODEN

Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
info.paga@seco.admin.ch

Appenzell, 7. März 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlin und 21.3599 WAK-N Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren


Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlin und 21.3599 WAK-N zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Sie begrüsst die Vorlage. Insbesondere begrüsst die Standeskommission die vorgeschlagene Ablehnung der Motion 10.4738 Ettlin, welche einen Eingriff in mehrere Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, namentlich die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen und das Prinzip der Normenhierarchie, nach sich zöge. Die Standeskommission unterstützt zur Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N die Einführung eines Einsichtsrechts aller Beitragsleistenden in die Jahresrechnung der Paritätischen Kommissionen, welche allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge vollziehen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:


Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- Volkswirtschaftsdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 2, 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF

per Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

RRB Nr.: 243/2024 13. März 2024
Direktion: Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

**Vernehmlassung des Bundes: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»)
Stellungnahme des Kantons Bern**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Regierungsrat bedankt sich für die Möglichkeit, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen Stellung nehmen zu können. Gerne nehmen wir wie folgt Stellung:

Allgemeine Bemerkungen

Der Regierungsrat steht Mindestlöhnen grundsätzlich kritisch gegenüber. Er ist skeptisch, ob die damit angestrebten sozialpolitische Ziele überhaupt mittels Mindestlöhnen oder anderen arbeitsrechtlichen Massnahmen effektiv und effizient erreicht werden können. Insbesondere die Tatsache, dass die finanzielle Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht alleine vom Lohn, sondern viel mehr von den individuellen Lebensumständen abhängig ist, führt dazu, dass ein Mindestlohn kein zielgerichtetes Instrument darstellt und lediglich in Einzelfällen spürbare Auswirkungen haben kann. Unabhängig davon erachtet der Regierungsrat die vorgesehene Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín als nicht geeignet, da sie mehreren Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung widerspricht.

Bemerkungen zu Artikel 2 Ziffer 4

Heute sind die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV, die dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone gemäss Art. 358 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) und Art. 2 Ziff. 4 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeit von Ge-

samtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) widersprechen, nicht anwendbar. Mit der vorgesehenen Änderung sollen in allgemeinverbindlich erklärten GAV festgelegte niedrigere Mindestlöhne anderslautenden (zwingenden) Bestimmungen der Kantone vorgehen.

Im arbeitsrechtlichen Bereich verfügen die Kantone über die Kompetenz, sozialpolitische Massnahmen zu treffen, die zur öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzgebung gehören (BGE 143 I 403 E. 7.5.3). Den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV festgelegten Mindestlöhnen den Vorrang gegenüber den kantonalen Gesetzen in diesem Bereich zu geben, verletzt den in der Bundesverfassung verankerten Grundsatz der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen (Art. 3 und 43 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Auch genießt ein allgemeinverbindlicher GAV nicht die demokratische Legitimation, wie sie ein kantonales Gesetz genießt. Ein GAV ist eine Vereinbarung zwischen Privaten und die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV ändert dessen privatrechtlichen Charakter nicht. Ein allgemeinverbindlicher GAV steht auch nicht auf Gesetzesebene, sondern ist lediglich ein Beschluss. Die vorgesehene Änderung verstösst damit auch gegen den Grundsatz der Normenhierarchie, ein Grundsatz der sich aus Art. 5 Abs. 1 BV ableitet. Da durch die Allgemeinverbindlicherklärung die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt wird, ist es weiter problematisch, wenn sie zwingendem Recht widersprechen soll. Der Regierungsrat lehnt die Änderung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG deshalb ab.

Bemerkungen zu Artikel 5 Absatz 3 und 4

Diese Änderung dient der Transparenz und ist aus Sicht des Regierungsrats unproblematisch. Ausserdem besteht für die paritätischen Kommissionen die Möglichkeit, ihre Jahresrechnungen auf ihrer Webseite zu veröffentlichen, wie dies beispielsweise die PK in Bezug auf den L-GAV (Landesgesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes) handhabt. Der Regierungsrat ist deshalb mit dieser Änderung einverstanden.

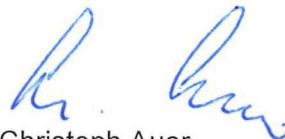
Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates



Philippe Müller
Regierungspräsident



Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

– Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion



Genève, le 13 mars 2024

Le Conseil d'Etat

1365-2024

Département fédéral de l'économie, de
la formation et de la recherche (DEFR)
Monsieur Guy Parmelin
Conseiller fédéral
Palais fédéral est
3003 Berne

Concerne : modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N

Monsieur le Conseiller fédéral,

Notre Conseil a bien reçu votre courrier du 24 janvier 2024 et vous remercie de l'occasion qui lui est donnée de se prononcer sur le projet de modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N.

En préambule, notre Conseil souligne qu'il s'est déjà prononcé, à plusieurs reprises, en défaveur de la motion Ettlín en rappelant notamment que sa mise en œuvre irait à l'encontre de la volonté populaire qui s'est exprimée, à Genève, à plus de 58%, en faveur de l'introduction d'un salaire minimum cantonal.

En outre, rappelons que les cantons ont la compétence d'adopter des salaires minimaux à titre de mesure de politique sociale, ce qui avait été confirmé en 2017 par le Tribunal fédéral. Ainsi, la modification de la loi remettrait également en cause la souveraineté cantonale en matière de politique sociale.

Le projet de modification de la LECCT soumis à consultation tente, autant que faire se peut, de respecter la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons et les principes de la légalité et de la hiérarchie des normes, ceci toutefois au prix de proposer un dispositif qui serait de nature à créer inévitablement une insécurité juridique et, par-là, une multiplication de procédures contentieuses.

Le Conseil d'Etat rejoint ainsi l'avis du Conseil fédéral qui recommande le rejet de ce projet.

En ce qui concerne la mise en œuvre de la motion CER-N, notre Conseil considère qu'il n'est pas nécessaire d'accorder aux employeurs et aux travailleurs soumis à une CCT étendue un droit direct de consultation des comptes annuels des commissions paritaires étant donné

qu'aujourd'hui déjà, toute personne directement concernée peut obtenir l'accès à ce type de documents par le biais d'une procédure basée sur les dispositions légales fédérales ou cantonales en matière d'information du public et d'accès aux documents.

Notre Conseil s'oppose par conséquent au projet proposé.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous voudrez bien accorder à notre prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre parfaite considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti-El Zayadi

Le président :



Antonio Hodgers

Numero
1276

sl

0

Bellinzona
13 marzo 2024

Consiglio di Stato
Piazza Governo 6
Casella postale 2170
6501 Bellinzona
telefono +41 91 814 41 11
fax +41 91 814 44 35
e-mail can@ti.ch
web www.ti.ch

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Segreteria di Stato dell'economia
SECO
Holzikofenweg 36
3003 Berna

Invio per posta elettronica
info.paga@seco.admin.ch

Procedura di consultazione – Modifica della legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro (LOCCL) per l'attuazione delle mozioni 20.4738 Ettlín e 21.3599 CET-N

Gentili signore,
egregi signori,

vi ringraziamo per l'invito a prendere posizione in merito alla consultazione in oggetto, che ha senz'altro attirato la nostra attenzione poiché nel nostro Cantone dal 2021 è in vigore un salario minimo e il mercato del lavoro rappresenta una tematica spesso d'attualità.

In merito alla proposta di introdurre nella LOCCL una deroga al principio secondo cui un CCL con forza obbligatoria non può essere contrario alle disposizioni imperative del diritto cantonale o federale, condividiamo l'opinione del Consiglio federale sulle criticità giuridiche che tale modifica potrebbe causare. Riteniamo, infatti, che l'attuazione della mozione Ettlín possa ledere il principio della ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni. Questi ultimi, come già stabilito a più riprese dal Tribunale federale, sono competenti per legiferare in materia di salari minimi aventi scopo protettivo di natura sociale. Essi devono, dunque, rimanere liberi di stabilire autonomamente se ai rapporti di lavoro regolati da CCL aventi forza obbligatoria sia applicabile o meno la legge cantonale e il relativo salario minimo. Si osserva al riguardo che nel nostro Cantone il legislatore ha stabilito che i rapporti di lavoro sottoposti a CCL aventi salari minimi obbligatori, siano essi decretati con forza obbligatoria o meno, non sono assoggettati alla legge sul salario minimo (art. 3 cpv. 1 lett. i LSM). Tale eccezione si fonda direttamente sull'art. 13 cpv. 3 della Costituzione cantonale, che pone l'obiettivo di fissare un salario minimo a coloro che non rientrano nel campo d'applicazione di un contratto collettivo di lavoro – di obbligatorietà generale o no – con salario minimo obbligatorio, come pure sulla volontà dal legislatore di favorire il partenariato sociale, che gioca un ruolo prioritario nella nostra economia. Ciò considerato, anche se il nostro Cantone non è direttamente toccato dalla proposta, siamo contrari alla modifica dell'art. 2 cifra 4 LOCCL.

Salutiamo invece, favorevolmente l'introduzione di una base legale che permetta a ogni datore di lavoro o lavoratore sottoposto a un CCL avente forza obbligatoria di consultare i conti annuali delle commissioni paritetiche. Tale diritto favorirebbe infatti una maggiore trasparenza, in particolare tra l'organo di controllo e i datori di lavoro o i lavoratori a cui l'applicazione di un CCL – nonché il pagamento di contributi – viene imposto dall'autorità.

Ringraziandovi per la preziosa opportunità accordata di esprimerci in materia, vogliate gradire, gentili signore ed egregi signori, l'espressione della nostra stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente

Raffaele De Rosa

Il Cancelliere

Arnaldo Coduri

Copia a:

- Consiglio di Stato (decs-dir@ti.ch; dfe-dir@ti.ch; di-dir@ti.ch; dss-dir@ti.ch; dt-dir@ti.ch; can-sc@ti.ch)
- Divisione dell'economia (dfe-de@ti.ch)
- Ufficio per la sorveglianza del mercato del lavoro (dfe-usml@ti.ch)
- Deputazione ticinese alle camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch)
- Pubblicazione in internet

Per E-Mail

Herr
Bundesrat Guy Parmelin
Vorsteher Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Bundeshaus Ost
3003 Bern
sekretariat.brparmelin@gs-wbf.admin.ch

Bern, den 18. März 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Vernehmlassung; Stellungnahme VDK

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie die Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren VDK eingeladen, im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf der Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N Stellung zu nehmen. Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

Die Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren VDK ist unter den interkantonalen Regierungskonferenzen für den Bereich Arbeitsmarkt respektive Arbeitsrecht zuständig und erlaubt sich daher, Stellung zum ersten Teil der Vorlage zu beziehen, welche die Umsetzung der Motion Ettlín betrifft. Die Bestimmung der Vorlage, welche die Umsetzung der Motion Ettlín bezweckt, hat eine direkte Auswirkung auf die Kompetenzen der Kantone. Sie widerspricht der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, indem sie Abweichungen von kantonalem Recht erlaubt, das die Kantone als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen. Dabei sind die Kantone wie seitens Bundesrat im beiliegenden Bericht dargelegt bei den vorgeschlagenen Änderungen des AVEG im Bereich Mindestlohn betroffen.

Die VDK hat sich im Rahmen der parlamentarischen Beratung ablehnend zur Motion eingebracht. **Die Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren lehnt die von der Motion Ettlín beantragten Änderungen im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) weiterhin ab.** Dies gilt auch für den vom Bundesrat in der vorliegenden Vorlage vorgeschlagenen Änderungsvorschlag für Artikel 2 AVEG. **Die Stellungnahme der VDK wurde in Abstimmung mit der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren SODK erarbeitet und wird von dieser ebenfalls unterstützt.**

Die VDK anerkennt zwar das von der Motion Ettlín beabsichtigte Ziel, einen im allgemeinverbindlich erklärten GAV (ave GAV) ausgehandelten Mindestlohn zu schützen. Sie steht auch uneingeschränkt hinter dem Erfolgsmodell der Sozialpartnerschaft. Die VDK anerkennt auch, dass die Einführung eines kantonalen Mindestlohnes zu Spannungen in einzelnen GAV führen kann. Diese blosse Möglichkeit genügt aus Sicht der VDK jedoch nicht, einen weitreichenden Eingriff in die kantonale Souveränität zu rechtfertigen.

Die vorgeschlagenen Änderungen im AVEG greifen stark in die Autonomie der Kantone ein. Laut Bundesgericht verfügen die Kantone über die verfassungsmässige Kompetenz, im arbeitsrechtlichen Bereich sozialpolitische Massnahmen zu treffen, die zur öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzgebung gehören. Dazu zählt auch die Festlegung eines verbindlichen kantonalen Mindestlohns. Die Umsetzung der Motion Ettlins zielt darauf ab, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen. Ein allgemeinverbindlich erklärter GAV würde damit kantonalen Gesetzen oder gar kantonalen Verfassungen vorgehen und zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Damit beschneidet die Umsetzung der Motion Ettlins die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone, sozialpolitisch tätig zu werden. Zudem würden bei den verlangten Anpassungen des AVEG in kantonalen Abstimmungen gefällte Volksentscheide übersteuert.

Die Umsetzung der Motion Ettlins verstösst des Weiteren auch gegen das Prinzip der Legalität, das in der Bundesverfassung festgelegt ist. Dieses besagt unter anderem, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen soll. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.

Nebst dem verfassungswidrigen Eingriff in die Kantonsautonomie und der Verletzung des Legalitätsprinzips mangelt es der vorgesehenen Änderung an Praxistauglichkeit. Sie würde dazu führen, dass die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Behörden Bestimmungen, die Mindestlöhne festlegen, allgemeinverbindlich erklären könnten, auch wenn sie einem kantonalen Mindestlohn widersprechen. Das ist insofern problematisch, als dass in einigen Kantonen die Geltungsbereiche der kantonalen Gesetze vorsehen, dass die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind. Folglich würden zwei parallele und sich widersprechende Gesetze vorliegen, was für die Unternehmen und die Arbeitnehmenden schwer zu verstehen sein dürfte. Der Widerspruch würde dazu führen, dass die Änderung nicht praxistauglich ist und Gerichte unnötig bemüht würden.

Die VDK lehnt daher aus oben genannten föderalismus- und demokratiepolitischen sowie rechtsstaatlichen Gründen die von der Motion Ettlins beantragten Änderungen im AVEG ab.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens. Für Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit hochachtungsvollen Grüssen



Urban Camenzind, Präsident VDK



Matthias Schnyder, Generalsekretär VDK

Par courriel

Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
Chef du Département fédéral de l'économie, de la
formation et de la recherche
Palais fédéral Est
3003 Berne
sekretariat.brparmelin@gs-wbf.admin.ch

Berne, le 18 mars 2024

Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N : consultation et prise de position CDEP

Monsieur le Conseiller fédéral,

Par courrier du 24 janvier 2024, vous avez invité la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP) à participer à la consultation sur le projet de modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N. Nous vous remercions de nous avoir donné la possibilité de nous prononcer.

La CDEP est la conférence gouvernementale intercantonale chargée du marché du travail et du droit du travail ; elle prend donc position sur la première partie du projet, qui concerne la mise en œuvre de la motion Ettlín. Les dispositions y afférentes ont un impact direct sur les compétences des cantons. Elles entrent en conflit avec la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine du droit du travail car elles permettent des dérogations au droit cantonal que les cantons sont autorisés à édicter en tant que mesure de politique sociale. Comme expliqué par le Conseil fédéral dans le rapport ci-joint, les cantons sont concernés par les modifications proposées de la LECCT en matière de salaire minimum.

Lors des débats parlementaires, la CDEP s'est prononcée contre la motion. **Elle réaffirme son opposition aux modifications de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) présentées par la motion Ettlín.** Ce refus s'applique également à la proposition de modification de l'article 2 LECCT proposée par le Conseil fédéral dans le présent projet. **La prise de position de la CDEP a été élaborée en concertation avec la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), qui la soutient pleinement.**

La CDEP approuve certes l'objectif visé par la motion Ettlín, à savoir la protection du salaire minimum négocié dans la convention collective de travail étendue (CCT étendue), et soutient sans réserve le partenariat social, un modèle dont le succès n'est plus à démontrer. La CDEP reconnaît aussi que l'introduction d'un salaire minimum peut susciter des tensions dans certaines CCT. Elle estime toutefois que cette possibilité ne saurait justifier à elle seule une ingérence importante dans la souveraineté cantonale.

Les modifications proposées dans la LECCT empiètent fortement sur l'autonomie des cantons. Selon le Tribunal fédéral, les cantons disposent de la compétence constitutionnelle de prendre, dans le domaine du droit du travail, des mesures de politique sociale qui relèvent de la législation protectrice de droit public. La

définition d'un salaire minimum cantonal impératif en fait également partie. La mise en œuvre de la motion Ettlín vise à accorder la primauté aux dispositions relatives aux salaires minimaux des CCT sur le droit cantonal. Une CCT étendue prévaudrait ainsi sur des lois cantonales ou même des constitutions cantonales, et entrerait en conflit avec le droit cantonal impératif. La mise en œuvre de la motion Ettlín restreint ainsi la compétence constitutionnelle des cantons d'agir en matière de politique sociale. De plus, en procédant aux adaptations demandées, on passerait outre certaines décisions prises par le peuple lors de votations cantonales.

La mise en œuvre de la motion Ettlín enfreint également le principe de légalité inscrit dans la Constitution. Cette dernière énonce notamment qu'une norme juridique subordonnée ne doit pas contrevenir à une norme juridique supérieure. Or, une CCT est un contrat entre des associations privées et l'extension de son champ d'application ne lui retire pas son statut de contrat de droit privé. Toute décision permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail est donc subordonnée à la loi cantonale.

Outre une ingérence contraire à la Constitution dans l'autonomie cantonale et une violation du principe de légalité, la modification prévue manque de praticabilité. Elle aurait pour conséquence que les autorités compétentes pour la déclaration de force obligatoire générale pourraient étendre des dispositions qui fixent des salaires minimaux, même si elles sont en contradiction avec un salaire minimum cantonal. Cela pose problème dans la mesure où, dans certains cantons, les champs d'application des lois cantonales prévoient que les salaires minimaux cantonaux ont la priorité lorsqu'ils sont plus élevés. Par conséquent, il y aurait deux lois parallèles et contradictoires, ce qui pourrait être difficile à comprendre pour les entreprises et les travailleurs. La contradiction rendrait la modification inapplicable dans la pratique et les tribunaux seraient sollicités inutilement.

Pour les raisons susmentionnées, la CDEP s'oppose à l'ingérence dans la souveraineté cantonale que constituerait la mise en œuvre de la motion Ettlín.

Nous vous remercions de prendre note de notre requête et sommes à votre disposition pour toute question complémentaire.

Veillez agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de notre haute considération.



Urban Camenzind, Präsident VDK



Matthias Schnyder, Generalsekretär VDK

Schweizerischer Baumeisterverband, Postfach, 8042 Zürich

WBF
CH-3003 Bern

Vera Marfurt
Arbeitgeberpolitik und Recht
Juristin

Direkt +41 58 360 76 14
vera.marfurt@baumeister.ch

Versand per E-Mail an info.paga@seco.admin.ch
(PDF- und Word-Version)

Zürich, 22. April 2024

Vernehmlassung 2023/60: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit der Eröffnung der Vernehmlassung vom 24. Januar 2024 laden Sie interessierte Kreise ein, Stellung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen zu nehmen.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) ist die gesamtschweizerische Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation des Bauhauptgewerbes mit über 23 Milliarden Umsatz und rund 90'000 Mitarbeitenden. Mit Sektionen in allen Kantonen vertritt der SBV die Interessen von mehr als 2'500 Bauunternehmen. Das Bauhauptgewerbe erwirtschaftet rund fünf Prozent der Schweizer Wertschöpfung (BIP). Der SBV ist die Organisation der Arbeitswelt für den Hoch- und Tiefbau und engagiert sich als Verbund-partner mit Bund und Kantonen für eine zukunftsorientierte Bildung. Als einer der grössten Sozialpartner der Schweiz setzt er sich für faire und wirtschaftliche Arbeitsbedingungen in der Branche ein.

Der SBV verlangt eine Trennung und eigenständige Behandlung der beiden Geschäfte 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» und 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und reicht deshalb zwei separate Vernehmlassungsantworten ein.

Motion 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Der SBV ist der klaren Ansicht, dass die Motion 20.4738 entgegen der Meinung des Bundesrats nicht gegen die Bundesverfassung verstösst. Die Motion ist klar: AVE GAV-Bestimmungen zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferien müssen kantonalen Gesetzen und kommunalen Gesetzen vorgehen.

Der Vernehmlassungsentwurf lässt einen gewissen Interpretationsraum hinsichtlich des Vorrangs einer AVE GAV-Bestimmung und einem kantonalen Gesetz bestehen, weshalb der SBV eine Präzisierung des Gesetzestextes verlangt. Des Weiteren besteht der SBV auf die Erwähnung des 13. Monatslohns und den Ferien gemäss des Motionstextes. Der Gesetzestext soll ebenfalls auf Gemeinden angewendet werden, und der SBV wünscht die Streichung des Wortes «zwingendem», weil dies für mehr Rechtssicherheit sorgt.

Der SBV schlägt folgende Anpassungen des AVEG vor:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferien gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und Gemeinden vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne, 13. Monatslohn und Ferien können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie ~~zwingendem~~ kantonalem oder kommunalem Recht widersprechen.

1. Trennung Motion 21.3599 «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen» und Motion 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Der SBV hat Verständnis dafür, wenn der Bundesrat die beiden Motionen aus Effizienzgründen gemeinsam vernehmen lässt. Aber der SBV verlangt aus sachlogischen Gründen die Trennung der Motion 21.3599 und der Motion 20.4738, so dass sie in zwei separaten, eigenständigen Botschaften an das Parlament überwiesen werden.

Die beiden Motionen werden in derselben Vernehmlassung behandelt werden, obschon ihre inhaltlichen Anliegen weit auseinander liegen. Die beiden Geschäfte wurden im Parlament nie gemeinsam behandelt. Wenn das Parlament den Umsetzungsvorschlag der einen Motion ablehnen würde, so bestünde die Gefahr, dass das Gesamtpaket und damit auch die zweite Motion gesamthaft abgelehnt würde, obwohl das Parlament letztere eigentlich akzeptiert. Nur durch eine klare Trennung der Geschäfte kann die Position des Parlaments klar eruiert werden. Aus diesem Grund reicht der SBV zwei getrennte Vernehmlassungsantworten ein.

2. Ausgangslage

Die Sozialpartnerschaft ist ein wichtiger Pfeiler der Schweizer Arbeitswelt und historisch gesehen ein Erfolgsmodell. Bei dieser Zusammenarbeit zwischen Arbeitnehmerorganisationen und Arbeitgeberverbänden werden die Arbeitsbedingungen einer Branche oder eines Unternehmens bilateral sowie manchmal regional differenziert vereinbart. Dabei werden für Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferien in den sozialpartnerschaftlichen Verhandlungen spezifische und einvernehmliche Lösungen gefunden. Um das Erfolgsmodell Sozialpartnerschaft beizubehalten, ist es zentral, dass die ausgearbeiteten Lösungen weiterhin in der Hand der Sozialpartner bleiben und nicht durch kantonale oder kommunale Gesetze untergraben werden können. Dieses Ziel verfolgt die Motion 20.4738.

Der SBV befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir im Sinne einer klaren Formulierung Anpassungen vor. Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess der SBV diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie der SBV zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der Schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

3. Umsetzung der Motion 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

3.1. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion grundsätzlich um, belässt aber hinsichtlich der Frage des Anwendungsvorrangs einen zu grossen Interpretationsspielraum. Gemäss Prof. Dr. Isabelle Häner impliziert der Vernehmlassungstext zwar den Anwendungsvorrang zu Gunsten der AVE GAV, der Motionstext war diesbezüglich jedoch eindeutig. Der Vernehmlassungsentwurf setzt damit die Motion 20.4738 nicht mit der gewünschten Klarheit um, weshalb der SBV eine Präzisierung des Gesetzestextes verlangt. Der SBV schlägt zudem vor, in Art. Ziff. 4 VE-AVEG das Wort «zwingendem» gänzlich zu streichen, da es impliziert, dass zwischen zwingendem und nicht zwingendem Recht unterschieden werden soll. Dies ist nicht im Sinne der Motion 20.4738.

Der Bundesrat führt richtigerweise aus, dass die Kantone nach heutiger Rechtsprechung und Lehre keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist. Aus diesem Grund beschränkt er in der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn. Der SBV fordert in diesem Punkt mehr Klarheit und Rechtssicherheit und verlangt, dass der 13. Monatslohn und die Ferien weiterhin explizit im Gesetzestext niedergeschrieben werden, so wie dies von der Motion 20.4738 verlangt wird.

In den letzten Jahren wurden verschiedene politische Vorstösse auf kommunaler Stufe zum Mindestlohn lanciert. Die Motion konnte diese Entwicklung zeitlich bedingt nicht berücksichtigen. Der Vorrang von AVE GAV-Bestimmungen hinsichtlich Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferien vor kantonalen Gesetzen muss

konsequenterweise breiter gefasst werden, so dass AVE GAV-Bestimmungen auch vor kommunalen Gesetzen Vorrang geniessen müssen.

Der Schweizerische Baumeisterverband schlägt folgende Gesetzesänderungen vor:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferien gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und Gemeinden vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne, 13. Monatslohn und Ferien können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem **oder kommunalem** Recht widersprechen.*

3.2. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt deshalb eine Nichtumsetzung der Motion 20.4738. Doch seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie die Motion 20.4738 verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der Schweizerischen Rechtsordnung. Dies ist die zentrale Erkenntnis des Rechtsgutachtens von Prof. Dr. Isabelle Häner vom 27. März 2024, auf ihren wissenschaftlichen Erkenntnissen basiert die Beurteilung des SBV.

Art. 110 BV begründet nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Das heisst, die Kantone dürfen in diesem Sachbereich nur dann Gesetze erlassen, wenn der Bund von seinen Kompetenzen keinen Gebrauch gemacht hat, oder sie einen anderen Zweck verfolgen. Eine kantonale Regelung kann also nicht mehr bestehen, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird. Die Kantone haben in Bezug auf die Mindestlöhne nur dann Rechtssetzungskompetenz, wenn es sich dabei um eine sozialpolitische Massnahme und keine wirtschaftspolitische Massnahme (da der Bund diese Kompetenz vollumfänglich ausübt) handelt. Es ist bereits grundsätzlich strittig, ob es sich bei den kantonalen Mindestlöhnen uneingeschränkt um eine sozialpolitische Massnahme oder nicht viel mehr um eine wirtschaftspolitische Massnahme handelt, da es die Mindestlohn-Initiative, welche sämtliche Stände abgelehnt haben, vollständig ausblendet.

Der Bund hat zudem aufgrund seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenz die Möglichkeit, sozialpolitische Massnahmen zu erlassen. Wenn er dies ergreift, haben die Kantone keine Kompetenz mehr dazu. Prof. Dr. Isabelle Häner führt diesbezüglich folgendes aus: «Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine Zielkonkurrenz, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt». Mit anderen Worten hat der Bund die Kompetenz mithilfe des AVEG Regelungen zu Mindestlöhnen etc. festzulegen, wodurch den Kantonen diese Kompetenzen verloren gehen.

Die Ausführungen des Bundesrats im erläuternden Bericht, dass ein GAV ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag ist und seine Allgemeinverbindlicherklärung nichts an seinem privatrechtlichen

Vertragsstatus ändert, überzeugt nicht. Der Bundesrat begründet dies damit, dass der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ein Verwaltungserlass sei, der aus dem GAV kein Gesetz mache. Prof. Dr. Häner führt richtigerweise aus, dass durch die Allgemeinverbindlicherklärung «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht» werde. Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

Nach diesen Ausführungen kann eindeutig festgehalten werden, dass eine Anpassung des AVEG in Umsetzung der Motion 20.4738 keinesfalls schweizerischen Rechtsprinzipien widerspricht.

Für die Berücksichtigung unserer Argumente und Anliegen danken wir Ihnen im Voraus bestens. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte und weitere Anhörungen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerischer Baumeisterverband



Bernhard Salzmann
Direktor



Michael Kehrli
Leiter Arbeitgeberpolitik & Recht

Schweizerischer Baumeisterverband, Postfach, 8042 Zürich

WBF
CH-3003 Bern

Vera Marfurt
Rechtsdienst
Juristin

vera.marfurt@baumeister.ch

Versand per E-Mail an info.paga@seco.admin.ch
(PDF- und Word-Version)

Zürich, 15.03.24

Vernehmlassung 2023/60: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen – Motion 21.3599

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit der Eröffnung der Vernehmlassung vom 24. Januar 2024 laden Sie interessierte Kreise ein, Stellung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) ist die gesamtschweizerische Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation des Bauhauptgewerbes mit über 23 Milliarden Umsatz und rund 90'000 Mitarbeitenden. Mit Sektionen in allen Kantonen vertritt der SBV die Interessen von mehr als 2'500 Bauunternehmen. Das Bauhauptgewerbe erwirtschaftet rund fünf Prozent der Schweizer Wertschöpfung (BIP). Der SBV ist die Organisation der Arbeitswelt für den Hoch- und Tiefbau und engagiert sich als Verbundpartner mit Bund und Kantonen für eine zukunftsorientierte Bildung. Als einer der grössten Sozialpartner der Schweiz setzt er sich für faire und wirtschaftliche Arbeitsbedingungen in der Branche ein.

Der Schweizerische Baumeisterverband verlangt eine Trennung und eigenständige Behandlung der beiden Geschäfte 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» und 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und reicht deshalb zwei separate Vernehmlassungsantworten ein.

Motion 21.3599 «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen»

Wir lehnen die Vernehmlassungsvorlage der Motion 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» gänzlich ab, da sie die Aufträge der Motion nicht umsetzt. Die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV sind strikt von den Finanzierungsströmen der Organisationen der Sozialpartner selbst zu trennen und Rückerstattungsmechanismen an die Sozialpartner oder deren Mitglieder sind abzuschaffen.

Wir schlagen stattdessen folgende Umsetzung im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vor:

Art. 5 Abs. 3 und 4 (*neu*)

Abs. 3: Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.

Abs. 4: Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.

Art. 3 Abs. 1 (*neu*)

Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323^{ter} Absatz 1 Buchstabe *b* des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht *und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.*

1. Trennung Motion 21.3599 «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen» und Motion 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Der SBV verlangt, dass die Trennung der Motion 21.3599 und Motion 20.4738, so dass sie in zwei separaten, eigenständigen Botschaften an das Parlament überwiesen werden. Es irritiert, dass beide Motionen in derselben Vernehmlassung behandelt werden, obschon ihre inhaltlichen Anliegen weit auseinander liegen. Die beiden Geschäfte wurden im Parlament nie gemeinsam behandelt. Wenn das Parlament den Umsetzungsvorschlag der einen Motion ablehnen würde, so bestünde die Gefahr, dass das Gesamtpaket und damit auch die zweite Motion gesamthaft abgelehnt würde, obwohl das Parlament letztere eigentlich akzeptiert. Nur durch eine klare Trennung der Botschaften kann die Position des Parlaments klar eruiert werden. Aus diesem Grund reicht der SBV zwei getrennte Vernehmlassungsantworten ein.

2. Umsetzung Motion 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»

Die Motion 21.3599 verlangt die Veröffentlichung der Jahresberichte der paritätischen Kommissionen (PK) inkl. Rechenschaft über die Zweckbestimmung sowie Verwendung des Kapitals. Der Bundesrat schlägt in seiner Umsetzung vor, nur den betroffenen Arbeitgebern sowie Arbeitnehmern Einsicht in die Jahresrechnungen der PK zu gewähren. Dies wird unter anderem mit dem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit sowie einem fehlenden öffentlichen Interesse begründet.

2.1. Veröffentlichung Jahresrechnung

In allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (AVE GAV) werden Leistungen erbracht und finanziert, um geregelte Arbeitsbedingungen zu kontrollieren und durchzusetzen. Weiter werden in AVE GAV die Leistungen für Aus- und Weiterbildungen definiert und finanziert. Beides sind legitime und wichtige Bestandteile der AVE GAV. Viele allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (AVE GAV) enthalten jedoch Rückerstattungsmechanismen mit Geldströmen an Arbeitnehmer- und vereinzelt auch an Arbeitgeberorganisationen, die mit keinen spezifischen Leistungen hinterlegt sind und grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können. Einzelne AVE GAV enthalten sogar einen spezifischen Rückerstattungsmechanismus, der explizit vorsieht, dass die Arbeitnehmerorganisationen mit diesen Kickbacks den bei ihnen eingeschriebenen Personen die Mitgliedschaft bei der Gewerkschaft rückerstatten können. Allgemeinverbindlich erklärte Lohnabzüge von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die von der gesamten Branche entrichtet werden müssen, werden auf diese Weise in die Organisation der betreffenden Sozialpartner gelenkt und nicht für die eigentlich vorgesehenen Leistungen wie den Vollzug oder die Bildung eingesetzt. Damit werden die zwangsabgeführten Abgaben der unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zweckentfremdet. Der Umfang dieser fehlgelenkten Geldsummen ist erheblich, werden doch beispielsweise im Bauhauptgewerbe bis zu 80 Prozent des Mitgliederbeitrages, den ein Arbeitnehmender an eine Gewerkschaft leistet, aus der allgemeinen Kasse der Branche zurückbezahlt

Das Inkasso und die Auszahlung für Leistungen im Vollzug und in der Weiterbildung werden in diesen Branchen in der Regel in den Fonds der paritätischen Kommissionen abgewickelt. Die Finanzierung wird von allen Unternehmen und Arbeitnehmenden (unabhängig, ob Mitglied oder Nichtmitglied einer Gewerkschaft) sichergestellt. Aus den Fonds der PK werden demnach oftmals indirekt die Sozialpartner finanziert. Bei den Gewerkschaften kommt zusätzlich hinzu, dass diese branchenübergreifend tätig sind und es nicht transparent ist, wie sie diese Gelder verwenden. Es besteht demnach ein grosses branchenübergreifendes öffentliches Interesse an einer Veröffentlichung der Jahresrechnung der PK. Der Schweizerische Baumeisterverband fordert daher die Umsetzung der Motion gemäss ihrem Wortlaut und damit folgende Gesetzesänderung:

Art. 5 Abs. 3 und 4 (neu)

Abs. 3: Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.

Abs. 4: Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.

2.2. Verbot von Rückerstattungen

Ständerat Othmar Reichmuth hat in der Plenumsdiskussion am 1. Juni 2022 gefordert, dass «... über die Verwendung der zweckbestimmten Mittel des Fondskapitals Rechenschaft abgelegt werden» müsse. Othmar Reichmuth führte weiter aus: «In meiner ehemaligen Funktion als Baudirektor bin ich gerade im Bauhaupt- und im Baunebengewerbe auf Sachverhalte gestossen, die für mich eigentlich bis heute unklar geblieben sind. Ich konnte feststellen, dass jedes Jahr für Gewerkschaftsmitglieder Gelder aus dem Vollzugs- und Weiterbildungsfonds eingefordert wurden, dies aber nicht, um Weiterbildungen zu finanzieren oder um den Vollzug, also die Kontrollen, zu unterstützen, sondern um die Mitgliederbeiträge für die jeweiligen Gewerkschaften zu senken. Diese Mittel wurden notabene aus dem Fonds genommen, den die Arbeitnehmer und die Arbeitgeber gemeinsam geäufnet hatten. Dieses Gebaren kann man auch als Einforderung von Kickbacks bezeichnen.»

Neben dem Rückerstattungsmechanismus äusserte er sich zu Pauschalbeträgen, welche von den PKs an die Organisationen fließen: «Zudem erhalten die Gewerkschaften aus diesem Fonds jährliche Pauschalbeiträge zur Deckung der Verwaltungskosten. Allein im Bauhauptgewerbe - dazu habe ich selbst eine Zusammenstellung von Zahlen anschauen können - erhalten die Gewerkschaften Jahr für Jahr pauschal eine halbe Million Franken, zusätzlich zu den eingeforderten Kickbacks, zur Deckung der Verwaltungskosten. Mir ist nicht klar, ob das dem Sinn und Zweck der Verwendung der Fondsmittel der paritätischen Kommissionen entspricht. Ich will das selber auch gar nicht beurteilen und habe es auch nicht beurteilt.»

Der Schweizerische Baumeisterverband ist der Ansicht, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Abgaben im Vertrauen darauf leisten, dass die PKs mit diesen Finanzmitteln ihre Aufgaben im Vollzug und in der Bildung erfüllen. Die Gelder sollen möglichst vollumfänglich in die Weiterbildung und einen griffigen Vollzug investiert werden, anstatt damit zweckentfremdet Mitgliedschaften stark zu subventionieren. Es ist daher aus Sicht des SBV folgerichtig, wenn die Rückzahlungen und Pauschalbeträge erheblich eingeschränkt oder – besser noch – gänzlich untersagt werden.

Es handelt sich bei den erfolgenden Rückerstattungen nicht um symbolische Beiträge. Rückerstattet werden in der Regel 80 Prozent des persönlichen Mitgliederbeitrages bei der Gewerkschaft. Die jährlichen Rückerstattungen können pro Person mehrere hundert Franken betragen. Auf Branchenebene werden auf diese Art jährlich Gesamtbeträge von mehreren Millionen Franken in die Organisation der Sozialpartner umgelenkt.

Der Rückerstattungsmechanismus zwingt sogar Arbeitnehmende, die sich bewusst gegen eine Mitgliedschaft einer Gewerkschaft entschieden haben, Gewerkschaftsmitgliedschaften mitzufinanzieren, indem sie über ihre geleisteten Lohnabzüge die Mitgliedschaft der Gewerkschaften subventionieren. Diese Lohnabzüge sind im Portemonnaie spürbar und dürfen umso weniger zweckentfremdet werden. Im Bauhauptgewerbe beträgt allein dieser Lohnabzug beispielweise Monat für Monat 0.7 Prozent des UVG-pflichtigen Lohnes.

Die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV sind daher strikt von den Finanzierungsströmen der Organisationen der Sozialpartner selbst (Gewerkschaften / Arbeitgeber) zu trennen und der Rückerstattungsmechanismus gehört abgeschafft.

Der Schweizerische Baumeisterverband fordert daher Art. 3 Abs. 1 AVEG folgendermassen anzupassen:

Art. 3 Abs. 1 (neu)

Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323^{ter} Absatz 1 Buchstabe *b* des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht *und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.*

Freundliche Grüsse
Schweizerischer Baumeisterverband



Bernhard Salzmann
Direktor SBV



Marcel Sennhauser
Vizedirektor, Leiter Politik und Kommunikation SBV

Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
Département fédéral de l'économie, de la
formation et de la recherche
3003 Berne

Par courrier électronique :
Info.paga@seco.admin.ch

Paudex, le 29 avril 2024
OR

Consultation relative à la modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT)

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous vous remercions d'avoir bien voulu nous associer à la procédure de consultation citée en titre et vous faisons volontiers part de notre prise de position, nourrie tant de notre fort attachement de toujours au partenariat social que de notre pratique quotidienne.

Le partenariat social est l'un des piliers de la culture de notre pays et a grandement contribué au succès du modèle suisse. Il permet des solutions flexibles, spécifiques aux branches, respectueuses des différences régionales et adaptées aux réalités économiques. Appliquée non seulement par les membres des organisations signataires, mais par l'ensemble des entreprises présentes dans une branche, la convention collective de travail (CCT) trouve toute son efficacité et permet notamment de lutter contre la concurrence déloyale qui se manifeste par le dumping salarial. Plus largement, le dispositif conventionnel est le meilleur garant de la paix du travail. Il contribue à une concurrence loyale, ainsi qu'à bannir des pratiques parfois inadmissibles.

Dans une bonne dizaine de CCT, notre fort attachement se manifeste très concrètement par l'appui que nous fournissons aux parties patronale et syndicale pour le suivi de la bonne application de ce sur quoi elles se sont mises d'accord.

Mise en œuvre de la motion 20.4738 Ettlín «Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables»

La motion Ettlín prévoit que si une convention collective étendue au niveau suisse entre en conflit avec une législation cantonale en matière de salaire minimum, ce sont les dispositions de la convention collective qui l'emportent. Comme rappelé plus haut, notre attachement au partenariat social est aussi vif que sincère et nous sommes par ailleurs fortement opposés à l'instauration de salaires minimaux légaux.

Cependant, nous estimons que le respect des institutions constitue une condition fondamentale de l'ordre social. Et d'un point de vue institutionnel, un salaire minimum légal voté par un parlement cantonal et ratifié par un vote populaire l'emporte sur une convention collective signée par des organisations privées et à laquelle une décision administrative confère force de loi.

Il s'agit donc d'une mauvaise réponse à un vrai problème. La bonne solution consiste à s'abstenir de tout salaire minimum fixé dans la loi, ou, à défaut, que les législations cantonales qui consacrent un salaire minimum au titre de la politique sociale prévoient expressément une exception pour les salaires minimaux fixés dans des CCT étendues au niveau fédéral.

Nous rejoignons donc le Conseil fédéral, qui considère que la motion va à l'encontre de plusieurs principes de notre ordre juridique, comme la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération et le principe de légalité, garantis par la Constitution fédérale. Les cantons sont compétents pour adopter des mesures de politique sociale en matière de droit du travail.

Compte tenu de ce qui précède, nous nous déclarons défavorables à la modification proposée à l'art. 2 ch. 4 LECCT.

Mise en œuvre de la motion 21.3599 CER-N « Transparence sur les moyens financiers des commissions paritaires »

La motion de la CER-N prévoit d'octroyer un droit de consultation des comptes annuels des commissions paritaires à tout employeur et à tout travailleur soumis à une CCT étendue et qui en fait la demande.

Nous sommes favorables à un maximum de transparence sur les moyens financiers des commissions paritaires et sur les flux financiers dans les relations paritaires. A ce sujet, il nous semble que la présente procédure de consultation donne l'occasion de faire encore un pas de plus dans cette transparence. Nous constatons en effet que, probablement du fait d'une certaine méconnaissance de ses fins réelles, le partenariat social est la cible de bon nombre de critiques, en particulier celle consistant à soupçonner les associations signataires, tant syndicales que patronales, de s'enrichir au moyen des contributions prélevées. Dans la pratique, le cadre de surveillance mis en place depuis de nombreuses années est pourtant très strict et de nature à empêcher tout abus. Son adéquation a d'ailleurs été récemment confirmée par le Contrôle fédéral des finances.

Contrairement à une croyance hélas assez répandue, les partenaires sociaux n'ont pas d'intérêts financiers à conclure des CCT et ils ne s'enrichissent pas par ce biais. En stricte application de la loi, les contributions versées dans le cadre des CCT sont utilisées uniquement pour des buts en relation avec les rapports de travail réglementés par ces CCT. Ces moyens servent exclusivement aux contrôles de l'application de la CCT, ainsi qu'à la formation continue, la sécurité et la protection de la santé au travail par exemple. Les contributions doivent être dépensées au fur et à mesure pour les utilisations prévues. L'accumulation d'une fortune dépassant les réserves normales est interdite. Une surveillance étroite est exercée par le SECO, qui vérifie l'existence et le contenu de règlements, d'un système de contrôle interne, de la comptabilité, etc. En outre, si des sommes sont allouées aux associations, ces dernières doivent prouver qu'elles les dépensent pour des buts liés à la CCT. Elles n'ont pas la possibilité de les conserver ou de les utiliser à d'autres fins.

Pour répondre aux critiques, il serait très opportun que ces éléments de première importance (hauteur des contributions, preuve et affectation des dépenses, constitution strictement limitée de provisions, égalité de traitement entre dissidents et membres des associations, système de contrôle interne, etc.) soient consacrés dans la loi, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle.

Compte tenu de ce qui précède, nous nous déclarons favorables à la modification proposée à l'art. 5 al. 3 et 4 LECCT.

Nous proposons par ailleurs de la compléter par l'introduction à l'art. 5 d'un nouvel al. 2bis (ou 3, les autres dispositions devenant alors les al. 4 et 5, au lieu de 3 et 4) qui aurait la teneur suivante :

L'autorité compétente veille en particulier au respect des principes suivants :

- a. Existence d'un système de contrôle interne conforme à la taille de la caisse ;*
- b. Application et respect des dispositions sur la comptabilité commerciale, la présentation des comptes et la révision restreinte ;*

- c. *Perception de contributions correspondant aux frais effectifs et inférieures aux cotisations des membres des organisations signataires de la convention ;*
- d. *Utilisation des contributions exclusivement pour des buts en relation avec les rapports de travail réglementés par la convention, y compris en cas d'allocations de sommes aux associations signataires ;*
- e. *Répartition uniforme des coûts entre tous les employeurs et travailleurs soumis à la convention et égalité de traitement ;*
- f. *Limitation du montant des provisions et des capitaux propres de la caisse ; l'autorité compétente peut diminuer les contributions.*

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal



Olivier Rau

19. MRZ. 2024



Union des associations patronales du second œuvre romand

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche
Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
Rue des Cygnes 2
3003 Berne

Sion, le 11 mars 2024

Conventions collectives de travail :

- ➔ **Une réglementation inopportune des quorums risque de favoriser la concurrence déloyale**
- ➔ **Les conditions de travail fixées par les CCT étendues doivent primer sur les salaires minima cantonaux**

Monsieur le Conseiller fédéral,

Sous l'acronyme UAP-SOR, sont représentées 39 associations professionnelles de Suisse romande du second œuvre représentant près de 6'000 entreprises et 30'000 travailleurs. Celles-ci tiennent à vous faire part de leur grande préoccupation en ce qui concerne l'avenir des CCT, vitales pour la survie de ce secteur économique en Suisse romande.

La Suisse connaît un droit du travail libéral ; dans de nombreuses branches, les organisations d'employeurs et de travailleurs fixent les conditions de travail en fonction de leurs besoins spécifiques dans des conventions collectives de travail (CCT).

Avec l'introduction de la libre circulation des personnes, les CCT étendues ont encore gagné en importance. Les CCT sont importantes pour les employeurs et les employés afin de garantir, dans un marché du travail ouvert, que les salaires suisses soient également payés en Suisse. Sans conventions collectives de travail étendues, de nombreuses entreprises suisses auraient des problèmes, car elles devraient faire face à la concurrence d'entreprises de pays de l'UE qui ont un niveau de salaire beaucoup plus bas. Une concurrence loyale n'existerait plus, des dizaines de milliers d'emplois et l'existence de nombreuses entreprises - notamment dans la construction et l'artisanat - seraient menacés.

Mais les CCT déclarées de force obligatoire sont de plus en plus sous pression. En effet, la Suisse est probablement le seul pays d'Europe qui applique encore des règles de quorum rigides et inflexibles.

L'environnement économique a fortement évolué au cours des dernières années. La spécialisation croissante a entraîné une forte augmentation du nombre de sous-traitants. Le nombre d'entreprises soumises à une convention collective de travail augmente donc. Les micro-entreprises et les petites entreprises employant entre un et dix travailleurs ont connu une augmentation massive dans pratiquement tous les secteurs. Si le nombre d'entreprises augmente, mais que le nombre de membres des associations patronales reste stable ou diminue même légèrement en raison de fusions d'entreprises, la part des entreprises organisées diminue. En ce qui concerne le quorum des employeurs, de nombreuses associations peinent à organiser la moitié des entreprises. La faiblesse des seuils d'entrée sur le marché, la tendance aux très petites entreprises et la fragmentation de la chaîne de création de valeur ont récemment accentué ce problème. En ce qui concerne le quorum mixte, il n'y a de problème dans aucune branche car les grandes entreprises sont généralement bien organisées et les entreprises membres emploient ainsi bien plus de la moitié des travailleurs dans toutes les CCT déclarées de force obligatoire.

La réglementation actuelle est également problématique du point de vue de la politique sectorielle. Si la loi reste aussi rigide et inflexible, c'est une minorité qui décide de la majorité en termes de performance économique. L'entreprise de deux personnes qui a ouvert ses portes hier compte exactement autant dans le quorum des employeurs que la grande entreprise de 200 employés qui existe depuis des générations. Il convient donc d'adapter la loi sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail aux réalités économiques actuelles.

Les conseillers nationaux Olivier Feller PLR, Marco Chiesa UDC, ainsi que l'ancien conseiller national jurassien Jean-Paul Gschwind avaient chacun déposé en 2017 l'initiative parlementaire "Pour un partenariat social moderne" (17.406. 17.407 et 17.408). Ils demandaient que les parties contractantes puissent demander la force obligatoire générale si le quorum des employeurs est d'au moins 35 pour cent et si, parallèlement, le quorum mixte (la part des travailleurs employés par les employeurs concernés) est d'au moins 65 pour cent. A partir d'un quorum patronal de 35 pour cent, la somme des deux quorums doit toujours atteindre au moins 100 pour cent.

D'autres solutions sont également envisageables, qui prévoient, comme pour les organisations de travailleurs, des exceptions justifiées. Pour qu'une convention collective de travail soit déclarée de force obligatoire, il faut dans tous les cas une demande commune des parties contractantes - indépendamment des quorums. Ainsi, à l'avenir également, il sera garanti qu'aucune convention collective de travail ne sera conclue contre la volonté d'un partenaire social représentatif.

Par ailleurs, nous saisissons l'occasion de la présente pour vous communiquer notre point de vue sur 2 motions dont les réponses devraient être prochainement apportées :

Motion 20.4738 Ettlin

Compte-tenu du fait qu'une convention collective de travail prévoit de nombreuses choses autre que celle du salaire minima et que ces dernières ont également une incidence importante sur les conditions de travail globales des travailleur(euse)s, nous estimons que les salaires minima fixés d'un commun accord par les partenaires sociaux dans une convention collective de travail étendue doivent primer sur les salaires minima cantonaux.

Une convention collective de travail offre une protection et des prestations qui ont une autre portée qu'un simple salaire minima : une retraite anticipée, une prévoyance professionnelle plus généreuse que celle prévue par la loi, des horaires de travail plus adaptés, des suppléments de salaires en cas d'heures supplémentaires,...

Occulter ces éléments c'est fortement compliquer les futures négociations, c'est engendrer un nivellement par le bas des salaires en Suisse et créer un SMIC à la française dont on connaît les effets négatifs sur l'évolution des salaires chez notre voisin.

Les CCT sont garantes de la paix du travail en Suisse et de la stabilité de notre économie. Elles ont contribué largement à la prospérité de notre pays.

Motion CER-N

Ce droit de consultation des comptes annuels des CP à tout employeur et à tout travailleur soumis à une CCT n'est pas plus que cela gênant pour autant que le nombre de ces demandes demeure très restreint. La CCT romande du second œuvre étant applicable à près de 6000 entreprises et 30'000 travailleurs, il est évident qu'octroyer cette possibilité à tous c'est prendre le risque d'être un jour submergé de demandes.

Nous estimons qu'il est essentiel d'adapter la base légale actuelle. Nous vous prions d'envisager une révision dans ce sens. Nous sommes également à votre disposition pour un entretien approfondi.

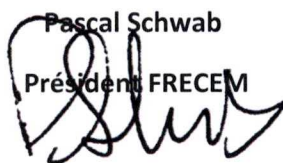
Tout en vous remerciant de l'attention que vous porterez aux positions ci-dessus et en espérant que ceux-ci permettent à la mise ne place d'une législation adaptée à la situation du marché et favorable au bon fonctionnement de nos entreprises, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

UNION DES ASSOCIATIONS PATRONALES

DE LA CCT DU SECOND ŒUVRE ROMAND

UAP - SOR

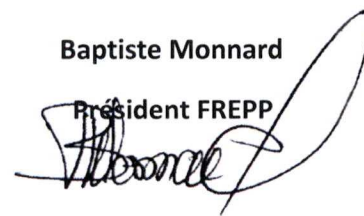
Pascal Schwab
Président FRECEM



Marcel Delasoie
Secrétaire général



Baptiste Monnard
Président FREPP





Union des associations patronales du second œuvre romand

Associations patronales signataires de la CCT-SOR 2024-2027

FAITIÈRES DE SUISSE ROMANDE

Fédération suisse romande des entreprises de menuiserie, ébénisterie et charpenterie - FRECEM

Fédération suisse romande des entreprises de plâtrerie-peinture - FREPP

Groupe romand des parqueteurs et poseurs de sols - Pro Solum

Fédération Romande du Carrelage – FeRC

FRIBOURG

Association fribourgeoise des entreprises de menuiserie, ébénisterie, charpenterie et fabriques de meubles - AFMEC

Association fribourgeoise des maîtres plâtriers-peintres - AFEPP

Groupement fribourgeois des carreleurs - GFC

Zimmer-und Schreinermeister-Verband Deutsch-Freiburg - DFZSV

Association fribourgeoise des métiers du verre – AFMV

GENÈVE

Association genevoise des entrepreneurs de charpente, menuiserie, ébénisterie et parqueterie - ACM

Chambre genevoise de carrelage et de la céramique - CGCC

Groupement genevois d'entreprises du bâtiment et du génie civil, second-œuvre - GGE

Chambre syndicale des entrepreneurs de gypserie-peinture et décoration du canton de Genève - GPG

Groupement genevois des métiers du bois - GGMB

Groupement genevois des métiers du bois - GGMB

Association genevoise des maîtres vitriers, miroitiers, encadreurs et storistes - AMV

Association genevoise des entrepreneurs de revêtements d'intérieurs - AGERI

Union genevoise des marbriers - UGM

Association genevoise des décorateurs d'intérieur et courtèpointières - AGDI

Association genevoise des toitures et façades - AGTF

Chambre genevoise de l'étanchéité et des toitures – CGE



Union des associations patronales du second œuvre romand

JURA ET JURA BERNOIS

Association jurassienne des entreprises de charpenterie, d'ébénisterie et de menuiserie - AJECEM

Association des parqueteurs et poseurs de sols de l'arc jurassien - APPS-BEJUNE

Association du Carrelage Arc jurassien – ACAJ

NEUCHÂTEL

Association neuchâteloise des entreprises de charpente, ébénisterie et menuiserie - ANECEM

Association neuchâteloise des techniverriers - ANTV

Association cantonale neuchâteloise des entreprises de plâtrerie-peinture - ANEPP

Association neuchâteloise des maîtres marbriers et sculpteurs – ACNMMS

VALAIS

Association valaisanne des entr. de menuiserie, ébénisterie, charpenterie, scierie et vitrerie -AVEMECS

Association valaisanne des maîtres plâtriers-peintres - AVMPP

Association valaisanne des entreprises de linoléums et sols spéciaux - AVELESS

VSSM Oberwallis - Schreiner- und Zimmermeisterverband

VAUD

Fédération vaudoise des entrepreneurs - FVE

Groupe bois VD

Groupe vaudois des entreprises de plâtrerie-peinture - GVEPP

Groupe vaudois des entreprises de parqueterie et revêtements de sols - GVEPR

Groupe vaudois des entreprises d'étanchéité et de travaux spéciaux - GVEETS

Groupe vaudois des entreprises de l'industrie du verre - GVEIV

Groupe vaudois des entreprises de carrelages - GVEC

Regierungsrat
Rathaus
8750 Glarus

Eidgenössische Departement
für Wirtschaft, Bildung und
Forschung WBF
3003 Bern

Glarus, 26. März 2024
Unsere Ref: 2024-22

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG); Umsetzung der Motionen 20.4738, Ettlín und 21.3599, WAK-N

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gab uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

1. Grundsätzliche Einschätzung

Der Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) setzt die vom Parlament dem Bundesrat mit der Annahme der Motion 20.4738 Ettlín und der Motion 21.3599 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) erteilten Aufträge um.

1.1. Motion 20.4738 Ettlín

Wir unterstützen die vom Bundesrat geprüfte Möglichkeit, die Motion wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben. Sie verletzt die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und den Kantonen. Zudem verstösst sie gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität, der aus Artikel 5 Absatz 1 BV hervorgeht.

Wir lehnen die von der Motion Ettlín beantragten Änderungen im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) ab.

Grundsätzlich unterstützen wir die Stellungnahme der VDK.

1.2. Motion 21.3599 WAK-N

Die Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» verlangt u.a., dass die Jahresrechnungen der paritätischen Kommissionen (PK) veröffentlicht werden. Nachdem die weiteren Anliegen bereits mit dem geltenden Recht umgesetzt werden können, wurden für die Veröffentlichung der Jahresrechnung der PK mehrere Umsetzungsvorschläge geprüft.

Wir unterstützen den Umsetzungsvorschlag, welcher die Ergänzung des Artikels 5 AVEG mit den Absätzen 3 und 4 vorsieht. Artikel 5 AVEG sollte dahingehend angepasst werden, dass allen Arbeitgebenden oder Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der PK erteilt werden soll.

Dieser Vorschlag respektiert die Wirtschaftsfreiheit, das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit, da nur die direkt betroffenen Personen, nämlich die Arbeitgebenden und die Arbeitnehmenden, die Beiträge bezahlen, von diesem Recht auf Einsicht in die Rechnungen profitieren würden. Anliegen weiterer Interessierter sind über das Öffentlichkeitsprinzip zu beurteilen bzw. zu bedienen.

Genehmigen Sie, hochgeachteter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

Für den Regierungsrat


Benjamin Mühlemann
Landammann


Arpad Baranyi
Ratsschreiber

E-Mail an (PDF- und Word-Version): info.paga@seco.admin.ch



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Route des Arsenaux 41, 1700 Fribourg

T +41 26 305 10 40
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Route des Arsenaux 41, 1700 Fribourg

PAR COURRIEL

Département de l'économie, de la formation
et de la recherche DEFR
Monsieur Guy Parmelin
Conseiller fédéral
Palais fédéral est
3003 Berne

Courriel : info.paga@seco.admin.ch

Fribourg, le 26 mars 2024

2024-308

Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail LECCT pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N – Procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous nous référons à la consultation mentionnée sous rubrique et avons l'avantage de vous communiquer notre prise de position.

Tout comme la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique CDEP, nous exprimons notre vive opposition aux modifications de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) présentées par la motion Ettlín. Ce refus s'applique également à la proposition de modification de l'article 2 LECCT proposée par le Conseil fédéral dans le projet.

Le Conseil d'Etat reconnaît que l'introduction d'un salaire minimum peut susciter des tensions dans certaines CCT. Il estime toutefois que cette possibilité ne saurait justifier à elle seule une ingérence importante dans la souveraineté cantonale.

En effet, les modifications proposées dans la LECCT empiètent fortement sur l'autonomie des cantons. Selon le Tribunal fédéral, les cantons disposent de la compétence constitutionnelle de prendre, dans le domaine du droit du travail, des mesures de politique sociale qui relèvent de la législation protectrice de droit public. La mise en place d'un salaire minimum cantonal impératif en fait également partie. Or, la mise en œuvre de la motion Ettlín vise à accorder la primauté aux dispositions relatives aux salaires minimaux des CCT sur le droit cantonal. Une CCT étendue prévaudrait ainsi sur des lois cantonales ou même les constitutions cantonales, et pourrait donc entrer en conflit avec le droit cantonal impératif. La mise en œuvre de la motion Ettlín restreint ainsi la compétence constitutionnelle des cantons d'agir en matière de politique sociale. De plus, la mise en œuvre du projet aurait pour conséquence de passer outre certaines décisions prises par le peuple lors de votations cantonales.

La mise en œuvre de la motion Ettlín enfreint également certains principes constitutionnels. Il ressort notamment de la Constitution qu'une norme juridique subordonnée ne doit pas contrevenir à une norme de droit supérieure. Or, une CCT est une convention entre des associations privées et l'extension de son champ d'application ne lui retire pas son statut de contrat de droit privé. Toute décision permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail est donc subordonnée à la loi cantonale.

Pour les raisons susmentionnées, le Conseil d'Etat du Canton de Fribourg s'oppose à l'ingérence dans la souveraineté cantonale que constituerait la mise en œuvre de la motion Ettlín et rejette fermement le projet mis en consultation.

En vous remerciant de prendre en compte nos remarques, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat :

Jean-Pierre Siggen, Président



Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat

L'original de ce document est établi en version électronique

Copie

à la Direction de l'économie, de l'emploi et de la formation professionnelle, pour elle et le Service public de l'emploi ;
à la Chancellerie d'Etat.

Gesundheits- und Sozialdepartement

Bahnhofstrasse 15
6002 Luzern
Telefon +41 41 228 60 84
gesundheit.soziales@lu.ch
www.lu.ch

per E-Mail

info.paga@seco.admin.ch

Luzern, 26. März 2024

Protokoll-Nr.: 320

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat Guy Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie die Kantonsregierungen in eingangs erwähnter Angelegenheit zur Stellungnahme eingeladen. Im Namen und Auftrag des Regierungsrates teile ich Ihnen mit, dass der Kanton Luzern die vorgeschlagene Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N ablehnt.

Zu den beiden Motionen nehmen wir wie folgt Stellung, wobei wir uns bei der Argumentation mitunter an der Stellungnahme der Konferenz Kantonalen Volkswirtschaftsdirektoren (VDK) orientieren.

20.4738 Motion Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

In Bezug auf die Umsetzung der Motion Ettlín sieht der Entwurf zur Änderung des AVEG vor, dass Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (GAV), die niedrigere Mindestlöhne vorsehen als jene, die in kantonalen Gesetzen festgelegt sind, den Regeln des Kantons vorgehen. Heute darf ein GAV dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone gemäss Art. 358 OR und Art. 2 Ziff. 4 AVEG nicht widersprechen. Kantonale Gesetze zum Mindestlohn sind demokratisch legitimiert. Den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV festgelegten Mindestlöhnen den Vorrang gegenüber den kantonalen Gesetzen in diesem Bereich zu geben, erachten wir als heikel bezüglich der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen. Weiter erachten wir vorliegend auch die Einhaltung der Normenhierarchie als problematisch, da ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung kantonalen Gesetzen untergeordnet ist. Wir verweisen daher vollumfänglich auf die Ausführungen

zur Verfassungsmässigkeit in Ziffer 6.1.1 des erläuternden Berichts zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens.

21.3599 Motion WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»
Hinsichtlich der Umsetzung der Motion WAK-N soll mit dieser Vorlage jedem Arbeitgeber oder Arbeitnehmenden, der einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht, auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der Paritätischen Kommissionen erteilt werden. Mit finanziellen oder personellen Auswirkungen auf die Kantone ist nicht zu rechnen. Wir machen hier jedoch darauf aufmerksam, dass der administrative Mehraufwand durch das allenfalls gewährte Einsichtsrecht für die jeweiligen Paritätischen Kommissionen beachtlich sein könnte.

Ich danke Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

A black and white image of a handwritten signature, likely belonging to Michaela Tschuor, written in a cursive style.

Michaela Tschuor
Regierungsrätin

Kanton Schaffhausen
Regierungsrat
Beckenstube 7
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch

+41 52 632 71 11
staatskanzlei@sh.ch



Regierungsrat

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
Herr Bundesrat Guy Parmelin

per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Schaffhausen, 2. April 2024

Änderung Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie uns in titelvermerkter Angelegenheit einen Vorwurf als Vernehmlassungsvorlage zur Stellungnahme unterbreitet. Wir bedanken uns dafür.

Wir lehnen die von der Motion 20.4738 Ettlín beantragten Änderungen im AVEG insbesondere aus föderalismus- und demokratiepolitischen sowie rechtsstaatlichen Gründen entschieden ab. Wir verweisen hier auf die Stellungnahme der Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK) vom 18. März 2024.

Betreffend der Motion 21.3599 WAK-N erachten wir die gewählte Umsetzungsvariante als verhältnismässig und stimmen dieser ohne Vorbehalte zu.

Für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung danken wir Ihnen.

Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates
Der Präsident:

Patrick Strasser

Der Staatsschreiber:

Dr. Stefan Bilger





KANTON AARGAU

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus

Staatssekretariat für Wirtschaft
Holzikofenweg 36
3003 Bern

3. April 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 wurden die Kantonsregierungen eingeladen, zum oben genannten Geschäft Stellung zu nehmen. Der Regierungsrat des Kantons Aargau bedankt sich für diese Möglichkeit und äussert sich wie folgt:

Zur Umsetzung der (20.4738) Motion von Erich Ettlín "Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen"

Die Motion beauftragt den Bundesrat, das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) so zu ändern, dass den Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (GAV) zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch Vorrang gegenüber anderslautenden, von den Kantonen erlassenen Bestimmungen zukommt. In Bezug auf 13. Monatslohn und Ferienanspruch verzichtet der Bundesrat auf einen Umsetzungsvorschlag, da die Kantone gestützt auf die ausschliessliche Bundeskompetenz für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts (Art. 122 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft) keine entsprechenden Regelungen erlassen dürfen. Der Änderungsentwurf beinhaltet somit lediglich eine Ergänzung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG, wonach Bestimmungen über Mindestlöhne allgemeinverbindlich erklärt werden können, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.

Im erläuternden Bericht schlägt der Bundesrat dem Parlament jedoch vor, diese Vorlage aufgrund von zahlreichen Problemfeldern, insbesondere hinsichtlich Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen, nicht anzunehmen. Der Regierungsrat schliesst sich diesem Vorschlag unter Hinweis auf die zutreffenden Begründungen des erläuternden Berichts vollumfänglich an. Insbesondere ist er mit dem Bundesrat einig, dass demokratisch legitimierte Volksentscheide der Kantone nicht von Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern übersteuert werden dürfen. Der Entscheid, mit dem die von den Sozialpartnern vereinbarten Gesamtarbeitsverträge allgemeinverbindlich erklärt werden, ist ein reiner Verwaltungsakt der zuständigen Behörde auf Ebene Bund oder Kanton, der einen demokratisch legitimierten Volksentscheid der Kantone nicht umstossen kann, ohne mehreren, von der Bundesverfassung garantierten Prinzipien wie der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen und dem Legalitätsprinzip zu widersprechen. Dementsprechend lehnt der Regierungsrat die vorgeschlagene Änderung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG ab.

Zur Umsetzung der (21.3599) Motion der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats "Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen"

Die Motion beauftragt den Bundesrat, die notwendigen Massnahmen zu treffen, damit die paritätischen Kommissionen (PK) der allgemeinverbindlich erklärten GAV verpflichtet werden, erstens ihre Jahresrechnungen betreffend die Beiträge zu den Vollzugskosten der GAV zu veröffentlichen und zweitens über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft abzulegen. Drittens verlangt die Motion, dass das Staatsekretariat für Wirtschaft als Aufsichtsbehörde die Eidgenössische Finanzkontrolle oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen kann.

Der Regierungsrat geht mit dem Bundesrat einig, dass die zweite und dritte Forderung mit den bestehenden Regelungen in Art. 3 und 5 Abs. 2 AVEG bereits erfüllt sind. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht verwiesen werden.

In Bezug auf die erste Forderung schlägt der Bundesrat nach Prüfung mehrerer Umsetzungsvarianten vor, mit einer Ergänzung von Art. 5 AVEG die PK zu verpflichten, allen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehen, bezüglich Beiträgen zu den Vollzugskosten der GAV auf Verlangen kostenlos Einsicht in die detaillierte Jahresrechnung zu gewähren. Damit geht der Umsetzungsvorschlag zwar weniger weit, als es die Motion mit der geforderten Veröffentlichung für die Allgemeinheit verlangt. Der Regierungsrat teilt jedoch die im erläuternden Bericht ausgeführten Bedenken des Bundesrats, dass die Pflicht einer Veröffentlichung in Konflikt mit der verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit geraten könnte beziehungsweise eine solche Pflicht nicht von einem genügenden öffentlichen Interesse abgedeckt und somit nicht verhältnismässig wäre. Die vom Bundesrat gewählte Umsetzungsvariante respektiert diese Grundsätze und verleiht den direkt Betroffenen – den Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, die mit ihren Beitragszahlungen ein schützenswertes Interesse haben – ein kostenloses Einsichtsrecht in die Jahresrechnungen. Der Regierungsrat stimmt der vom Bundesrat beantragten Neureglung (Ergänzung von Art. 5 AVEG) zu.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Dr. Markus Dieth
Landammann

Joana Filippi
Staatsschreiberin

Kopie
info.paga@seco.admin.ch



EIT.swiss
Limmatstrasse 63
8005 Zürich
044 444 17 17
www.eit.swiss

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 3. April 2024

rp/mr

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Namen von EIT.swiss danken wir Ihnen für die Möglichkeit, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) Stellung nehmen zu können.

EIT.swiss ist die Berufsorganisation für rund 2'000 Elektrobetriebe mit über 40'000 Mitarbeitenden. Pro Jahr schliessen gut 3'000 Lernende ihre Grundbildung in einem der EIT.swiss-Berufe ab. Über 1'300 Personen absolvieren jährlich eine Prüfung auf Niveau Berufsprüfung und höhere Fachprüfung. Damit ist die Branche eine der grössten Ausbilderinnen im Bereich der technischen Berufe in der Schweiz.

EIT.swiss ist Vertragspartei des schweizweit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (ausgenommen die Kantone Genf und Wallis) der schweizerischen Elektrobranche, dem rund 2'200 Unternehmen und rund 23'000 Arbeitnehmende unterworfen sind.

EIT.swiss begrüsst grundsätzlich die vorgeschlagenen Umsetzungen der Motion 20.4738 und der Motion 21.3599. Der Verband sieht aber die Notwendigkeit von Anpassungen im Sinne einer klareren Formulierung betreffend Vorrang allgemeingültig erklärter Mindestlöhne. Ausserdem erachtet es EIT.swiss als zwingend, die beiden Motionen in separaten Vorlagen zu behandeln.

Mit Befremden stellt EIT.swiss fest, dass der Bundesrat trotz Auftrag des Parlaments und dem präsentierten Vernehmlassungsentwurf die Nichtumsetzung empfiehlt. Aus staatspolitischer Sicht ist ein solches Vorgehen höchst fragwürdig. Hinzu kommt, dass der Bundesrat seine Empfehlung damit rechtfertigt, dass die Motion 20.4738 gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden hat EIT.swiss diese Argumentation durch ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner prüfen lassen, das zum klaren Schluss kommt, dass diese Argumentation einer rechtlichen Prüfung in keiner Weise standhält.

Seit 2014 ein nationaler Mindestlohn an der Urne gescheitert ist, wird immer wieder versucht, auf kantonaler und kommunaler Ebene Mindestlöhne einzuführen. In fünf Kantonen und zwei Städten war dieses Vorgehen bisher erfolgreich und wurde zudem vom Bundesgericht in einem in der Lehre umstrittenen Urteil gestützt.

Die Einführung kantonaler und kommunaler Mindestlöhne hat für Branchen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterworfen sind, zu Rechtsunsicherheit geführt, da das Verhältnis zwischen nationaler Allgemeinverbindlicherklärung und regionalen Mindestlöhnen bis dahin nicht geklärt wurde. Dem will das Parlament mit der Motion 18.3934 und in der Folge mit der Motion 20.4738 Abhilfe schaffen, indem die Normenkollision behoben wird. Damit soll auch die seit 100 Jahren erfolgreich geführte Sozialpartnerschaft erhalten werden, die für einen fairen Interessenausgleich zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden führt.

Der Vernehmlassungsentwurf ergänzt nun die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion 20.4738 um. Er ist aber dahingegen zu ergänzen, dass der Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge gegenüber kantonalen und regionalen Mindestlöhnen explizit festgehalten wird. Entsprechend ist der Entwurf wie folgt anzupassen:

Art. 1 Abs. 4^(neu) AVEG

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Art. 2 Ziff. 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie ~~zwingendem~~ kantonalem Recht widersprechen.

Betreffend die Behauptung, ein Vorrang allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge verstosse gegen übergeordnetes Recht, ist festzustellen, dass Mindestlöhne und flankierende Massnahmen Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind, darstellen. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: "[Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden." Ausserdem sei der Bund «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Das Rechtsgutachten hält zudem fest: "Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt". Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, "dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden". Der Bundesrat hält im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV "ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht". Dem hält das Rechtsgutachten entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde "privat gesetztes zu staatlich

vorgegebenem Recht". Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich "als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen".

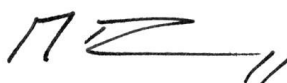
Die Umsetzung der Motion 21.3599 "Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen", die die Paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge dazu verpflichten will, ihre Jahresrechnungen betreffend Beiträge zu den Vollzugskosten zu veröffentlichen und über die Zweckbestimmung und die Verwendung der Mittel im Fondskapital Rechenschaft abzulegen, ist nach Ansicht von EIT.swiss klar zu begrüssen, da so die Informationslage von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden verbessert wird. Aufgrund der wenig umstrittenen Natur der Motion ist diese von der Frage nach dem Vorrang allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne loszulösen, um sie nicht durch ein allfälliges Referendum zu gefährden.

Für Präzisierungsfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Simon Hämmerli
Direktion



Michael Rupp
Öffentlichkeitsarbeit

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Winterthur, 8. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Handelskammer und Arbeitgebervereinigung Winterthur (HAW) mit über 130 Mitgliedsfirmen in den Branchen Industrie, Gewerbe und Dienstleistungen im Wirtschaftsraum Winterthur nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie nachfolgend Stellung. Die HAW ist von der Motion 20.4738 besonders betroffen, weil viele Mitgliedfirmen der HAW-Vertragspartei eines Gesamtarbeitsvertrages sind und in Winterthur eine kommunale Volksinitiative angenommen wurde, die eine Einführung eines kommunalen Mindestlohns verlangt, welche gegenüber den Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages in jedem Fall Vorrang haben soll.

I. Allgemeine Anmerkungen

Die HAW befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess die HAW diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie die HAW zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die

Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA-Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten

der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV-Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV-Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohn-dumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne, die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV, führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse



Thomas Anwander
Präsident HAW



Dr. Ralph Peterli
Geschäftsführer HAW

P.S.: Auf Wunsch wird das Gutachten Häner nachgereicht

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 08. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

CafetierSuisse, der moderne Arbeitgeber- und Branchenverband in der Schweiz für individuelle Gastronominnen und Gastronomen und Fachgruppe «Kaffee» von GastroSuisse, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

CafetierSuisse befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroSuisse diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie GastroSuisse zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten

der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche

Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzssystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen

allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten

von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte

Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlin – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse



Hans-Peter Oettli
Präsident



Sylvie Vogt
Geschäftsführerin

Eidg. Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF)
3003 Bern

Arbeitgeberpolitik

Pfingstweidstrasse 102
Postfach
CH-8037 Zürich
Tel. +41 44 384 41 11
www.swissmem.ch
arbeitgeber@swissmem.ch

Zürich, 5. April 2024

Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrte Damen und Herren

Swissmem ist der führende Verband für KMU und Grossunternehmen der schweizerischen Tech-Industrie. Swissmem fördert die nationale und die internationale Wettbewerbsfähigkeit ihrer rund 1'400 Mitgliedsfirmen durch eine wirkungsvolle Interessenvertretung, bedarfsgerechte Dienstleistungen, eine gezielte Vernetzung sowie eine arbeitsmarktgerechte Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

Die Schweizer Tech-Industrie ist eine vielseitige und innovative Hightech-Branche, die in sämtlichen Lebens- und Wirtschaftsbereichen leistungsstarke Lösungen anbietet. Sie erwirtschaftet 7% des Bruttoinlandproduktes und nimmt damit in der schweizerischen Volkswirtschaft eine Schlüsselstellung ein. Die Branche ist mit rund 330'000 Beschäftigten die grösste industrielle Arbeitgeberin der Schweiz und leistet mit Ausfuhren im Wert von über CHF 70 Milliarden rund 26% der gesamten Güterexporte. Rund 57% der ausgeführten Güter der Tech-Industrie werden in die EU exportiert.

Gerne nehmen wir dazu Stellung.

Zusammenfassung der wichtigsten Positionspunkte:

- **Swissmem verlangt eine Trennung der Motionen 21.3599 und 20.4738.**

Zur Motion 20.4738:

- **Swissmem begrüsst grundsätzlich die Stossrichtung der Motion Ettlín. Nicht ave GAV müssen aber auch zwingend berücksichtigt werden.**
- **Swissmem verlangt deshalb, dass die in der Motion Ettlín vorgeschlagene Regelung auch auf gleichwertige, langjährige nicht ave GAV ausgedehnt wird.**

- **Swissmem fordert die Einhaltung und gesetztreue Anwendung des AVEG. Die vorgesehenen Voraussetzungen für die Erteilung der Allgemeinverbindlichkeit eines GAV müssen zwingend eingehalten werden.**
- **Swissmem fordert die Einführung eines Wahlrechts.**

Zur Motion 21.3599:

- **Swissmem unterstützt die vom Bundesrat vorgenommene Beschränkung der Umsetzung der Motion Ettlín auf die Mindestlöhne.**
- **Swissmem unterstützt die von der Motion 21.3599 der WAK-N geforderte Transparenz sowie den dafür vom Bundesrat gewählten Weg, wobei auch Transparenz bezüglich Weiterbildungsbeiträgen notwendig ist.**
- **Detaillierte Leistungsvereinbarungen zu den Vollzugsgeldern sind mit den Sozialpartnern zwingend abzuschliessen und zu veröffentlichen.**

Swissmem unterstützt seit Jahrzehnten die Sozialpartnerschaft als wichtiger Pfeiler der Schweizer Wirtschaft und Gesellschaft. Der GAV der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie (GAV MEM) ist sogar der älteste GAV der Schweiz. Der bis am 30. Juni 2028 abgeschlossene, nicht allgemeinverbindliche GAV MEM ermöglicht es, mit den Sozialpartnern gemeinsame Lösungen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen von rund 100'000 Arbeitnehmenden zu finden. Dabei wurden für die dem GAV MEM unterstellten Mitgliedfirmen regional abgestufte Mindestlöhne vereinbart. Dies vermeidet kostspielige Kampfmassnahmen und stärkt die Schweiz als attraktiven Industriestandort.

1. Trennung Motion 21.3599 «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen» und Motion 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Swissmem verlangt eine Trennung der Motionen 21.3599 und 20.4738. Diese müssen in zwei separaten Botschaften an das Parlament überwiesen werden. Grund dafür ist, dass der Inhalt beider Motionen weit auseinander liegt. Die beiden Geschäfte wurden auch im Parlament nie gemeinsam behandelt.

2. Zur Motion Ettlín 20.4738

Ein Schritt in die richtige Richtung

Swissmem begrüsst grundsätzlich den Inhalt der Motion: Die Sozialpartnerschaft wird dadurch gestärkt und ihr Handlungsspielraum so nicht durch kantonale Gesetzgebung gefährdet. Die in bereits fünf Kantonen eingeführten Mindestlöhne und die verschiedenen hängigen Initiativen in weiteren Kantonen oder Städten können nämlich sozialpartnerschaftlich ausgearbeitete Lösungen zunichtemachen. Die vor kurzem publizierte Studie zu den Mindestlöhnen in Genf bestätigt zudem, dass kantonale Mindestlöhne teilweise kontraproduktiv sind.

Die Besonderheiten der Branchen, welche jeweils in den GAVs abgebildet werden, dürfen durch kantonale Bestimmungen nicht «torpediert» werden.

Exkurs: Art. 2 Ziff. 3 AVEG sieht vor, dass ein Gesamtarbeitsvertrag, der als ave erklärt werden soll, mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmenden, auf die der Gel-

tungsbereich des Gesamtarbeitsvertrags ausgedehnt werden soll, beteiligt sein müssen. Ausnahmsweise kann **bei besonderen Verhältnissen** vom Erfordernis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmenden abgesehen werden.

Heute erreichen rund 2/3 der ave erklärten GAV das Arbeitnehmerquorum nicht. Die im Gesetz vorgesehene Ausnahme ist längst zur Regel geworden. Trotz Nichterreichung des Quorums findet immer mehr eine Jagd nach Unternehmen statt. Das erstens zur Erreichung der verschiedenen Quoren und zweitens zur Sicherung der verschiedenen Finanzströme, die einem ave GAV unterstehende Firmen zahlen müssen. Dazu gehören sowohl die oft sehr hohen Vollzugskosten, aber auch die Weiterbildungskosten.

Die Unterstellung unter zwei GAV – einen ave GAV und einen nicht ave GAV – ist rechtlich und finanziell faktisch unmöglich: Rechtlich können die gemäss AVEG für Mitarbeitende kumulativ geforderten besseren GAV-Bestimmungen von zwei GAV nicht umgesetzt werden ohne, gerade in Einzelfällen, Rechtsunsicherheit zu schaffen. Zweitens führen die hohen Kosten des GAV-Vollzugs dazu, dass ein Unternehmen faktisch zum Austritt aus dem nicht ave GAV gezwungen wird.

Die freie Wahl eines Verbands mit einem GAV ist ein verfassungsmässiges Recht (Koalitionsfreiheit), das auch durch zwei der grundlegenden, von der Schweiz ratifizierten Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation geschützt wird. Solange die GAV gerade in den grundlegenden Bestimmungen, d.h. beim Schutz gegen Missbrauch, ein vergleichbares Schutzniveau bieten und Missbrauch verhindern, darf die Koalitionsfreiheit nicht durch das Interesse der Sozialpartner am Erreichen von Quoren oder am Sicherstellen von deren Finanzflüssen ausgehebelt werden. Hier braucht es eine Gesetzesanpassung, welche die verfassungsmässigen Rechte von Mitgliedfirmen sichert.

Die heute geltende Praxis muss dringend angepasst und das Gesetz eingehalten werden. Jegliche Vereinfachung der Erteilung einer Allgemeinverbindlicherklärung für einen GAV lehnt Swissem dediziert ab.

Für bereits existierende GAVs muss zudem eine Lösung gefunden werden, um zu verhindern, dass deren Mitgliedsfirmen faktisch zum Austritt aus ihrem Verband bzw. dessen nicht ave GAV gezwungen werden. Swissem bietet hier Hand und fordert die Einführung eines Wahlrechts:

Ziel muss Folgendes sein:

1. Es ist sicherzustellen, dass Lohndumping im Bereich der Mindestlöhne der wirtschaftlich gefährdeten Gruppen in Risikobranchen vermieden wird – kein Ziel kann es sein, generell AVE zu erleichtern und zu fördern.
2. Die verfassungsrechtlichen Grundsätze wie Vereinigungs- und Vereinsfreiheit sind einzuhalten.
3. Die gesetzmässige Anwendung vom AVEG (Prüfung und Einhaltung der Voraussetzungen für die AVE) ist wieder herzustellen.
4. Der flexible Arbeitsmarkt der Schweiz als zentraler Wettbewerbsvorteil, der auch zur Vollbeschäftigung bei hohen Löhnen in der Schweiz geführt hat, darf nicht gefährdet werden.

Das Wahlrecht bedeutet, dass ein Unternehmen, welches in Bezug auf Mindestlöhne und Arbeitszeit über ein gleichwertiges Schutzniveau verfügt, wählen kann, ob es a) dem ave GAV oder b) einem nicht ave GAV oder c) gar keinem GAV unterstellt sein will.

Wir weisen schliesslich den Bundesrat darauf hin, dass auch die verfassungsrechtlichen Verfahrensrechte im Falle der Unterstellung unter einen ave GAV nicht eingehalten werden, wenn die Paritätische Kommission als privater Verein sowohl die Entscheid- als auch die Rekursinstanz ist und somit die gerichtliche Überprüfung einer Unterstellung nur über den teuren und zeitlich sehr aufwändigen Zivilweg erreicht werden kann. Im Sinne einer Verwirklichung des oben erwähnten verfassungsmässig garantierten Rechts auf einen genügenden Rechtsweg und im Sinne einer Beschleunigung des Verfahrens, soll die Möglichkeit bestehen, den ablehnenden Rekursentscheid der Paritätischen Kommission an eine weitere Instanz weiterzuziehen. Die vom Rekursentscheid der Paritätischen Kommission individuell betroffenen Unternehmen hätten hiermit das Recht auf eine weitere Beurteilung des Unterstellungsentscheides.

Ausdehnung der Anwendung der Motion Ettlín auch auf nicht ave GAV ist erforderlich

Die Motion Ettlín beschränkt sich auf die durch den Bundesrat ave erklärten GAV. Diese Beschränkung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Der Anwendungsbereich der Motion ist vielmehr auch auf bereits bestehende nicht ave GAV und/oder gleichwertige nicht ave GAV auszuweiten, da diesen de facto die gleiche Bedeutung wie den ave GAV zukommt. Die Wichtigkeit der Sozialpartnerschaft als wichtiger Pfeiler der Schweizer Wirtschaft sowie als Garant für den Arbeitsfrieden seit über 100 Jahren wird dadurch nochmals verstärkt. Des Weiteren würde eine diskriminierende Bevorzugung von ave GAV gegenüber gleichwertigen, langjährigen nicht ave GAV wegfallen.

Zudem ist es aufgrund des oben vorgeschlagenen Wahlrechts notwendig, dass auch nicht ave GAV den Vorrang gegenüber kantonalen Bestimmungen haben.

Zur Änderung von Artikel 2 AVEG und zur Umsetzbarkeit der vorgeschlagenen Lösung

Im Rahmen der Umsetzungsmöglichkeit der Motion Ettlín hat der Bundesrat verschiedene Varianten geprüft. Dabei hat er sich für die Ergänzung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG entschieden. Demnach können Bestimmungen über Mindestlöhne allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.

Swissmem befürwortet grundsätzlich den Vorrang der im GAV vereinbarten Mindestlöhne gegenüber den von den Kantonen bestimmten Mindestlöhnen. Wie bereits oben gefordert, soll dieses Prinzip jedoch nicht nur gegenüber ave GAV gelten, sondern auch auf gleichwertige nicht ave GAV ausgedehnt werden.

Art. 2 Ziff. 4 AVEG soll demnach wie folgt lauten:

« () Bestimmungen über Mindestlöhne **in ave GAV sowie in bereits existierenden oder gleichwertigen nicht ave GAV gehen immer vor**, auch wenn sie zwingendem kantonalen Recht widersprechen».

Zur durch den Bundesrat vorgenommenen Beschränkung auf Mindestlöhne

Swissmem unterstützt die vom Bundesrat vorgenommene Beschränkung der Umsetzung der Motion Ettlín auf die Mindestlöhne. Die Kantone haben zwar laut Bundesgericht die Möglichkeit, im arbeitsrechtlichen Bereich sozialpolitische Massnahmen, wie zum Beispiel die Einführung von Mindestlöhnen, zu treffen, die zur öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzgebung gehören. Doch im Bereich des Zivilrechts und dazu gehören auch die in der Motion Ettlín enthaltenen Ferien und 13. Monatslohne liegt gemäss Art. 122 Abs. 1 BV die Kompetenz ausschliesslich beim Bund. Alles andere wäre ein Rückfall in eine Zeit, in der die Schweiz noch keinen Binnenmarkt kannte.

Zum Widerspruch der Umsetzung der Motion mit der rechtsstaatlichen Aufteilung der Kompetenzen

Der Bundesrat hat bereits bei seiner Stellungnahme zur Motion Ettlin darauf hingewiesen, dass die Vorlage mehrerer Prinzipien der Rechtsordnung und insbesondere der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen widerspricht.

Swissmem hat die Bedenken des Bundesrats zur Kenntnis genommen. Die Möglichkeit, im Rahmen der bewährten Sozialpartnerschaft branchenspezifische angemessene Lösungen zu finden, ist höher zu werten als kantonal festgelegte Mindestlöhne.

3. Zur Motion WAK-N 21.3599

Zur neu geschaffenen Transparenz

Ave GAV generieren umfangreiche Geldflüsse. Diese verpflichten die Sozialpartner sorgfältig mit diesen Geldern umzugehen und vor allem auch die gesetzlichen Voraussetzungen einzuhalten. Dies gilt auch für die Aufsichtsorgane. Laut EFK Bericht 22443 (Prüfung der Verwendung der Vollzugskostenbeiträge durch die paritätischen Kommissionen) weisen die paritätischen Kommissionen im Jahr 2021 einen Gesamtertrag von über **200 Millionen Franken** aus. Der Bericht kommt sogar zu folgendem Schluss: «punktuell besteht insbesondere noch Handlungsbedarf, um die zweckbestimmte Verwendung der Mittel und der Aussenseiterschutz für AVE-GAV abschliessend beurteilen zu können».

Des Weiteren hat auch der Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) über die Prüfung der Verwendung der Vollzugskostenbeiträge durch die paritätischen Kommissionen vom 11. September 2023 festgestellt, dass bezüglich der zweckbestimmten Einsetzung von Vollzugskostenbeiträge und ob die Aussenseiter gegenüber den Verbandsmitgliedern gleichgestellt sind, keine abschliessende Beurteilung möglich ist. Die EFK hat dabei ausdrücklich dem Seco als Kontrollorgan der paritätischen Kommissionen empfohlen, mehr Transparenz zu schaffen. Die vom Bundesrat im Rahmen der Umsetzung der Motion WAK-N 21.3599 vorgesehene Lösung folgt der Empfehlung der EFK und sorgt insbesondere für Unternehmen und Arbeitnehmende, die nicht Mitglied einer Vertragspartei eines ave GAV sind, für die notwendige Transparenz.

Swissmem unterstützt deshalb die mit der Motion 21.3599 WAK-N verfolgte Transparenz. Arbeitgeber und Arbeitnehmende, die als «Zwangsmitglieder» einem ave GAV unterstellt werden, müssen meist hohe Beiträge zum Vollzug der GAV und für die Weiterbildung bezahlen. Es ist daher notwendig, dass die von den Zahlungen der GAV-Vollzugskosten betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmende Einsicht in die Jahresrechnung der für den Vollzug der GAV zuständigen Paritätische Kommission nehmen können. Gleiches gilt für die Weiterbildungsbeiträge – auch hier haben Betroffene Anspruch auf Transparenz, was mit ihren Geldern bewirkt wird.

Die Transparenz soll weitgehend gestaltet werden: Es muss der Nachweis von Kosten und Leistungen erbracht werden. Ohne diese Nachweise lässt dieses Vorgehen «keine abschliessende Beurteilung zu, ob die Vollzugskostenbeiträge zweckbestimmt eingesetzt werden und ob die Aussenseiter gegenüber dem Verbandsmitgliedern gleichgestellt sind». Detaillierte Leistungsvereinbarungen mit den Sozialpartnern sind zwingend abzuschliessen und zu veröffentlichen.

Verhältnismässigkeit der vorgeschlagenen Umsetzung der Motion

Bei der Umsetzung der durch die Motion verlangte Transparenz hat der Bundesrat verschiedene Möglichkeiten geprüft. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 Abs. 3 AVEG ist für

Swissmem verhältnismässig, liegt im öffentlichen Interesse und respektiert die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Verbände bzw. der paritätischen Kommissionen. Dies, weil nur die direkt betroffenen Personen, nämlich Arbeitgeber und Arbeitnehmende, die Vollzugsbeiträge zahlen, vom Recht auf Einsicht in die Rechnungen profitieren können.

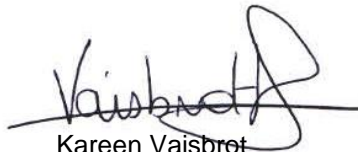
Schlussbemerkung: Swissmem lehnt jegliche Vereinfachung (Senkung der Quoren etc.) zur Erteilung der ave GAV dediziert ab.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Dr. Stefan Brupbacher
Direktor



Kareen Vaisbrot
Mitglied der Geschäftsleitung

Par courriel à :
info.paga@seco.admin.ch

Réf. : Lucien Christe
Tél. : 027 / 327 51 41
e-mail : lucien.christe@bureaudesmetiers.ch

Sion, le 9 avril 2024

Modification de la LECCT - Consultation

Madame, Monsieur,

Consultées quant au projet de modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT), les associations professionnelles du Bureau des Métiers ont le plaisir de vous transmettre leur prise de position.

Le Bureau des Métiers s'exprime au nom de l'Association valaisanne des entreprises de menuiserie, ébénisterie, charpenterie, scierie et vitrerie (AVEMECS), de l'Association valaisanne des maîtres plâtriers-peintres (AVMPP), de EIT.valais (Association valaisanne des installateurs-électriciens), de Metaltec Valais/Wallis (Association valaisanne des entreprises de la construction métallique), de tec-bat (Association valaisanne de la technique et de l'enveloppe du bâtiment), de l'Association Valaisanne des constructeurs de cheminées (AVCC), de l'Association valaisanne des entreprises de linoléums et sols spéciaux (AVELESS), de l'Association valaisanne des entreprises de nettoyage (AVEN), de l'Association Valaisanne des maîtres ramoneurs (AVMR) et de JardinSuisse Valais (Association valaisanne des paysagistes), qui toutes connaissent une convention collective de travail (CCT). Ces associations professionnelles valaisannes représentent **8 conventions collectives de travail, 1'217 entreprises et 8'296 travailleurs** soumis, sans compter les entreprises sans personnel et les entreprises sans personnel soumis.

Concernant l'art. 2, ch. 4 de la LECCT, les associations professionnelles ci-dessus ne se prononcent pas. En effet, le Canton du Valais ne connaissant pas de salaire minimum, cette problématique ne les concerne pas directement.

Concernant l'art. 5, al. 3 et 4 de la LECCT, les associations professionnelles ci-dessus **s'opposent fermement** à cette modification. Ouvrir l'accès aux comptes des Commissions professionnelles paritaires (CPP) à tous les employeurs et à tous les travailleurs concernés représente une charge potentielle de travail excessive. Tous les employeurs et tous les travailleurs sont représentés au sein des CPP par des délégués patronaux et syndicaux. Si un employeur ou un travailleur souhaite obtenir des informations, il doit s'adresser à ses délégués respectifs, lesquels ont accès à tous les détails des comptes annuels concernés et peuvent ainsi le renseigner efficacement. Il faut impérativement éviter de surcharger les Commissions professionnelles paritaires afin de les laisser se concentrer sur leur travail, à savoir la surveillance et le contrôle de l'application et du respect des conventions collectives de travail (CCT). Dans le cas où une telle disposition serait malgré tout adoptée, il conviendrait alors de limiter ce droit à la seule consultation des comptes, sans possibilité de questionner les CPP.

En me tenant à votre entière disposition pour toute information complémentaires, je vous adresse, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Lucien Christe
Chef du Secteur des Associations patronales
Bureau des Métiers



Regierungsrat, 9102 Herisau

Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und
Forschung
3003 Bern

Thomas Frey
Ratschreiber-Stv.
Tel. +41 71 353 62 57
thomas.frey@ar.ch

Herisau, 10. April 2024

Eidg. Vernehmlassung; Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 unterbreitet das Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen bis zum 1. Mai 2024 zur Vernehmlassung.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Er lehnt die von der Motion Ettlín beantragten Änderungen des AVEG ab. Dies gilt auch für die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung zu Art. 2 AVEG. Zur Begründung kann vollständig auf die Stellungnahme der VDK vom 18. März 2024 verwiesen werden.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Thomas Frey, Ratschreiber-Stv.

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 10. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroLuzern, mit knapp 800 Mitglieder (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.), nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

GastroLuzern befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroLuzern diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie GastroLuzern zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohn-dumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne, die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Sandra Zettel
Co-Präsidentin
GastroLuzern

Patrick Grinschgl
Co-Präsident
GastroLuzern



Per E-Mail

Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 10. April 2024

Stellungnahme der Stadt Zürich Vernehmlassung Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motion 20.4738

Sehr geehrte Frau Böhlen,
sehr geehrter Herr Overney

An Frau Böhlen und Herr Overney, Mitarbeitende des Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, wird geschrieben:

Die Stadt Zürich dankt Ihnen für die Gelegenheit zum Entwurf der Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) Stellung nehmen zu können.

Nachdem auf nationaler Ebene die Mindestlohn-Initiative 2014 abgelehnt wurde, führten die Kantone Neuenburg, Jura, Tessin, Genf und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen ein. Auch auf kommunaler Ebene wurden sozialpolitisch motivierte Mindestlöhne zum Thema. So wurde die Initiative «Ein Lohn zum Leben» in den Zürcher Städten Zürich, Kloten und Winterthur eingereicht. In Kloten wurde die Volksinitiative Ende 2021 abgelehnt. In Zürich und Winterthur wurden entsprechende Vorlagen am 18. Juni 2023 jeweils mit grosser Mehrheit angenommen (im Falle von Zürich mit 69,43 Prozent Ja-Stimmen). In beiden Städten ist die kommunale Verordnung über den Mindestlohn aufgrund eines hängigen Rechtsverfahrens noch nicht in Kraft gesetzt.

Dass ein Mindestlohn im Kanton Zürich auch auf kommunaler Ebene festgelegt werden kann, hat ein Gutachten der Städte Zürich, Winterthur und Kloten bestätigt. Bedingung für die Gültigkeit einer solchen gesetzlichen Festlegung ist, dass die Gemeinde sozialpolitische Ziele verfolgt. Daran hat sich die Stadt Zürich mit ihrer Vorlage orientiert, indem der Mindestlohn den Erwerbstätigen einen angemessenen existenzsichernden Lebensunterhalt ermöglichen soll. Der Mindestlohn gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmenden, die mehrheitlich auf dem Gebiet der Stadt Zürich arbeiten. Der kommunale Mindestlohn gilt auch für Angestellte aus Bereichen mit einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) oder mit einem Normalarbeitsvertrag.



2/2

Die Motion 20.4738 Ettlín fordert, dass Gesamtarbeitsverträge kantonale und damit wohl auch kommunale Mindestlöhne übersteuern können. Die Anpassung des AVEG zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schätzt die Stadt Zürich aus folgenden Gründen als äusserst problematisch ein:

1. Der Mindestlohn in der Stadt Zürich soll für alle Arbeitsverhältnisse gleichermassen gelten, das heisst auch für Angestellte aus Bereichen, in denen GAV gelten, wie auch für hauswirtschaftliche Arbeitnehmende mit Normalarbeitsvertrag. In verschiedenen GAV sind Löhne für Ungelernte und teilweise auch Mitarbeitende mit EBA enthalten, die auch unter Einbezug aller Ferien- und Feiertagszuschläge sowie dem 13. Monatslohn unter Fr. 25.90 pro Stunde und damit unter dem vorgesehenen Mindestlohn inkl. gesetzlicher Zuschläge liegen. Mindestlöhne dienen der Armutsbekämpfung, insbesondere beim Phänomen der «Working Poor». Die Gesetzesänderung würde diese sozialpolitische Wirkung der in Volksabstimmungen angenommenen Mindestlöhne untergraben.
2. Die Gesetzesänderung würde zudem direkt in die Souveränität der Kantone und Gemeinden eingreifen. Es ist stossend, wenn von der Stimmbevölkerung in Kantonen und Gemeinden beschlossene Massnahmen nachträglich durch eine Gesetzesänderung auf Bundesebene übersteuert werden – aus dem einfachen Grund, dass die kantonalen und kommunalen Beschlüsse der eidgenössischen Parlamentsmehrheit missfallen. Da es sich im konkreten Fall zudem um sozialpolitische Beschlüsse handelt, welche eindeutig in die kantonale und kommunale Kompetenz fallen, ist die Gesetzesänderung aus föderalistischer Sicht umso stossender. Auch der Bundesrat weist auf diesen Aspekt in seinem Bericht zu dieser Gesetzesanpassung hin: Da die Vorlage gegen mehrere Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, wie die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen und das Prinzip der Normenhierarchie verstösst, beantragt der Bundesrat dem Parlament, die Vorlage abzulehnen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse
im Namen des Stadtrats

Die Stadtpräsidentin

Die Stadtschreiberin

Corine Mauch

Dr. Claudia Cuche-Curti

Kopie per E-Mail an: Schweizerischer Städteverband info@staedteverband.ch



Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Herr Bundesrat Guy Parmelin
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Zug, 9. April 2024 rv

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N – Stellungnahme Kanton Zug

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie die Kantonsregierungen zur Vernehmlassung eingeladen. Gerne nehmen wir dazu wie folgt Stellung:

Motion 20.4738 Ettlín

Der Kanton Zug lehnt die mit der Motion Ettlín beantragte Änderung von Artikel 2 im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) ab.

Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegend sozialpolitisches Ziel verfolgen, fallen in die Kompetenz der Kantone. Die Umsetzung der Motion, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verstösst gegen die verfassungsmässige Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen.

Die Umsetzung der Motion verstösst ausserdem gegen das Legalitätsprinzip, indem ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung einem kantonalen Gesetz vorgehen würde, was gegen die Normenhierarchie verstösst und unzulässig ist.

Nebst dem verfassungswidrigen Eingriff in die Kantonsautonomie und der Verletzung des Legalitätsprinzips mangelt es der vorgesehenen Änderung an Praxistauglichkeit. Sie würde dazu führen, dass die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Behörden Bestimmungen, die Mindestlöhne festlegen, allgemeinverbindlich erklären könnten, auch wenn sie einem kantonalen Mindestlohn widersprechen. Das ist insofern problematisch, als dass in einigen Kantonen die Geltungsbereiche der kantonalen Gesetze vorsehen, dass die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind. Folglich würden zwei parallele und sich widersprechende Gesetze vorliegen, was für die Unternehmen und die Arbeitnehmenden schwer zu verstehen sein dürfte. Der Widerspruch würde dazu führen, dass die Änderung nicht praxistauglich ist und Gerichte unnötig bemüht würden.

Im Übrigen verweisen wir auf unsere Stellungnahme an die VDK vom 7. März 2024.

Fazit: Wir lehnen die geplante Umsetzung der Motion Ettlin ab.

Motion 21.3599 WAK-N

Die Vorlage sieht vor, dass Arbeitgebende und Arbeitnehmende, die einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstellt sind und Beiträge bezahlen, ein Einsichtsrecht in die Jahresrechnung der zuständigen Paritätischen Kommission (PK) haben. Angesichts der damit geschaffenen Transparenz für die Beitragszahlenden, ist der durch das Einsichtsrecht entstehende Mehraufwand der PK in Kauf zu nehmen. Das Recht auf Einsichtnahme in die Jahresrechnung der zuständigen PK fördert indirekt auch eine zweckmässigere Verwendung der Vollzugskostenbeiträge, was begrüssenswert ist.

Fazit: Wir begrüssen die geplante Einführung des Einsichtsrechts der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden in die Jahresrechnung der PK, der sie unterstellt sind.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme sowie für die Berücksichtigung unser Anliegen.

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug



Silvia Thalmann-Gut
Frau Landammann



Tobias Moser
Landschreiber

Beilage:

- Beilage 1: Stellungnahme an VDK vom 7. März 2024

Versand per E-Mail an:

- info.paga@seco.admin.ch (Word und PDF)
- Volkswirtschaftsdirektion (info.vds@zg.ch) (PDF)
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (info.awa@zg.ch) (PDF)
- Arbeitslosenkasse (info.alk@zg.ch)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung (PDF)
- Staatskanzlei (info.staatskanzlei@zg.ch) mit Auftrag zur Veröffentlichung auf der Homepage (Word und PDF)

Volkswirtschaftsdirektion, Postfach, 6301 Zug

Per E-Mail

Konferenz Kantonaler
Volkswirtschaftsdirektoren VDK
Matthias Schnyder, Generalsekretär
Haus der Kantone
3001 Bern

T direkt +41 41 728 55 01
silvia.thalmann@zg.ch
Zug, 7. März 2024 hait
VD VDS 6 / 510 - 85480

Schreiben der VDK zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 204738 Ettlín und 21.3599 WAK-N – Stellungnahme Kanton Zug

Sehr geehrter Herr Generalsekretär, lieber Matthias

Mit E-Mail vom 22. Februar 2024 haben Sie uns eingeladen, zum eingangs erwähnten Schreiben (Entwurf Vorstand VDK vom 22. Februar 2024) unsere Zustimmung abzugeben.

Der Kanton Zug stimmt der Stellungnahme des Vorstandes der VDK zu. Wir weisen jedoch daraufhin, dass der Zuger Regierungsrat über die Stellungnahme an das WBF erst später entscheiden wird.


Den Argumenten der VDK für die Ablehnung der von der Motion Ettlín beantragten Änderung im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) kann ein weiteres hinzugefügt werden:

Nebst dem verfassungswidrigen Eingriff in die Kantonsautonomie und der Verletzung des Legalitätsprinzips mangelt es der vorgesehenen Änderung an Praxistauglichkeit. Sie würde dazu führen, dass die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Behörden Bestimmungen, die Mindestlöhne festlegen, allgemeinverbindlich erklären könnten, auch wenn sie einem kantonalen Mindestlohn widersprechen. Das ist insofern problematisch, als dass in einigen Kantonen die Geltungsbereiche der kantonalen Gesetze vorsehen, dass die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind. Folglich würden zwei parallele und sich widersprechende Gesetze vorliegen, was für die Unternehmen und die Arbeitnehmenden schwer zu verstehen sein dürfte. Der Widerspruch würde dazu führen, dass die Änderung nicht praxistauglich ist und Gerichte unnötig bemüht würden.

Seite 2/2

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Volkswirtschaftsdirektion

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Thalmann-Gut', with a long horizontal stroke extending to the right.

Silvia Thalmann-Gut
Frau Landammann

Zustellung per E-Mail an:

- matthias.schnyder@vdk.ch (Word und PDF)
- **Finanzdirektion** (info.fd@zq.ch) (PDF)
- **Amt für Wirtschaft und Arbeit** (bernhard.neidhart@zq.ch) (PDF)
- **Arbeitslosenkasse** (heike.machan@zq.ch) (PDF)



Wirtverband Basel-Stadt
Gerbergasse 48
CH-4001 Basel

+41 61 271 30 10
info@baizer.ch
www.baizer.ch

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern
info.paga@seco.admin.ch

Basel, 11. April 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen
Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Wirtverband Basel-Stadt vertritt 540 Mitglieder mit insgesamt über 600 gastgewerblichen Betrieben im Kanton Basel-Stadt. Im Grundsatz befürworten wir den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor.

Dass der Bundesrat die Motion Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen.

Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip.

Ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner kommt allerdings zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3% ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die Unia Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich.

Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.

Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion Ettlins schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können.

Der Ständerat hatte die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte.

Die Motion Ettlins trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion Ettlins beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen.

In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums.

Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben.

Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext.

Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. unten).

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung.

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

Der Vernehmlassungsentwurf ist aus unserer Sicht wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer ungünstigere GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können.

Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen.

Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen unbedingten Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV-Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Besten Dank im Voraus für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Mit herzlichen Grüssen

Maurus Ebnetter
Präsident

Dr. Jascha Schneider-Marfels
Geschäftsführer

SECO	
11. April 2024	
vorregistriert OAGSdm	<i>PAGA</i>

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
Secrétariat d'État à l'économie SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Berne

Zurich, le 10 avril 2024

Réponse à la consultation: modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application des conventions collectives de travail (mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 «Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables»)

Mesdames, Messieurs,

GastroTicino, la plus grande association patronale de l'hôtellerie-restauration en Tessin avec environ 1 350 membres (hôtels, restaurants, cafés, etc.) dans tout le canton, organisée en 4 sections régionales, prend position ci-après dans la procédure de consultation susmentionnée:

I. Considérations d'ordre général

Sur le principe, GastroTicino est favorable au projet mis en consultation dans son ensemble qui met en œuvre la motion Ettlín 20.4738. Toutefois, en tant qu'organisation patronale d'une branche directement concernée, nous proposons deux modifications afin de rendre le texte plus clair (voir chapitre IV). Le fait que le Conseil fédéral recommande de ne pas mettre en œuvre la motion Ettlín 20.4738, malgré le projet de consultation présenté, est très discutable du point de vue institutionnel. Compte tenu de la séparation des pouvoirs, le Conseil fédéral doit mettre en œuvre les interventions parlementaires si possible sans les modifier. Le Conseil fédéral justifie sa recommandation en affirmant que l'objectif de la motion Ettlín 20.4738 contrevient aux principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse garantis par la Constitution fédérale. Pour l'essentiel, la motion viole, selon le Conseil fédéral, la répartition des compétences au niveau fédéral et le principe de légalité. En collaboration avec d'autres associations professionnelles et économiques concernées, GastroSuisse a fait examiner cette argumentation dans un avis de droit rédigé par Isabelle Häner, professeure de droit public. L'avis de droit conclut clairement, comme GastroSuisse, que l'argumentation du Conseil fédéral ne résiste pas à un examen juridique et que le projet mis en consultation ainsi que la motion Ettlín ne violent pas les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse.

II. Pertinence de la motion Ettliln 20.4738

En 2014, le peuple suisse a rejeté à 76,3% l'initiative populaire fédérale «Pour la protection de salaires équitables (initiative sur les salaires minimums)». Depuis lors, cinq cantons (NE, JU, GE, TI, BS) et deux villes (Winterthour et Zurich) ont introduit un salaire minimum. Dans huit autres cantons (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS), le PS, la JS et UNIA ont déposé ou prévu des initiatives populaires. Dans d'autres cantons, des interventions parlementaires ont échoué. Cette procédure systématique est extrêmement préoccupante du point de vue de la politique nationale, compte tenu de la décision claire du peuple de 2014. L'initiative sur les salaires minimaux au niveau fédéral avait poursuivi le même objectif de protection sociale que l'initiative populaire cantonale neuchâteloise à l'origine de la décision du Tribunal fédéral ci-dessous.

Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juillet 2017 concernant le salaire minimum dans le canton de Neuchâtel, contesté par la doctrine, il est en principe même possible pour les cantons de déroger aux dispositions d'une convention collective de travail (CCT) déclarée de force obligatoire. Les salaires minimaux dans les cantons de Genève et de Neuchâtel sapent à deux égards les décisions prises au niveau national: premièrement, la votation populaire de 2014 et deuxièmement, l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail par le Conseil fédéral, qui se fonde sur la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail. Cela affaiblit les CCT déclarées de force obligatoire et remet en question le partenariat social qui a fait ses preuves. La mise en œuvre de la motion Ettliln 20.4738 protège le partenariat social des ingérences cantonales et communales.

Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné, le rapport entre les décisions cantonales et communales d'une part et les CCT déclarées de force obligatoire d'autre part n'est pas clairement réglé. C'est la raison pour laquelle la motion Baumann 18.3934 a été déposée en 2018, qui prévoyait que les CCT déclarées de force obligatoire ne puissent plus être invalidées par des dispositions cantonales. Le Conseil des États a rejeté la motion au motif qu'elle allait trop loin. Le Conseil des États et les cantons craignaient à l'époque qu'une primauté générale des CCT déclarées de force obligatoire sur le droit cantonal puisse vider de leur contenu notamment les dispositions cantonales relatives aux allocations familiales, au financement des systèmes cantonaux par le biais des cotisations salariales et aux jours fériés cantonaux. La motion Ettliln tient compte des préoccupations exprimées à l'époque, en ce sens que seules les dispositions de la LECCT relatives au salaire minimum, au 13^e mois de salaire et au droit aux vacances priment sur les autres dispositions cantonales. La mise en œuvre de la motion Ettliln 20.4738 met fin au conflit de normes et rétablit enfin la sécurité juridique.

La Constitution fédérale garantit le principe selon lequel l'État n'intervient sur le marché du travail que lorsqu'une solution entre partenaires sociaux ne semble pas réalisable. Lorsque les associations patronales et les syndicats règlent les conditions de travail par contrat, l'État ne doit pas intervenir. En Suisse traditionnellement, les travailleurs et les employeurs négocient ensemble les conditions de travail. Ce partenariat social garantit la paix sociale depuis plus de 100 ans. Le droit collectif du travail crée un juste équilibre entre les employeurs et les travailleurs. Cet équilibre des intérêts est un facteur de réussite de notre économie. Relevons encore que les partenaires sociaux disposent de vastes connaissances spécifiques et peuvent adapter les conditions minimales aux particularités des branches. Les solutions proposées par les partenaires sociaux contribuent en outre de manière décisive à l'ordre économique libéral.

Les conventions collectives de travail sont des accords complexes et parfaitement équilibrés, qui prennent en compte les besoins des travailleurs et des employeurs de manière égale. Elles règlent les rapports de travail dans leur ensemble. Lorsqu'elles sont déclarées de force obligatoire par le Conseil fédéral, ces dispositions s'appliquent à toutes les entreprises d'une branche et d'un territoire donné. Les interventions cantonales unilatérales qui invalident certaines dispositions des CCT déclarées de force obligatoire remettent en question l'extension du champ d'application du Conseil fédéral. Par ailleurs, elles déséquilibrent les CCT en tant qu'accords globaux complexes. De telles interventions cantonales entraînent une fragmentation des dispositions du droit du travail et, par conséquent, une augmentation du nombre de partenaires sociaux qui renoncent aux CCT. En effet, si chaque canton touche aux CCT déclarées de force obligatoire, ces dernières deviennent obsolètes. De plus, davantage de négociations n'aboutiront plus. Cela sonnerait le glas d'un partenariat social éprouvé et fructueux. La CCNT de l'hôtellerie-restauration n'est déjà plus négociée, car les salaires minimaux cantonaux et bientôt communaux l'invalident partiellement. La mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 ne va pas à l'encontre des compétences cantonales et ne les limite pas. Les cantons peuvent continuer à édicter des dispositions sur les salaires minimaux dans le cadre de la Constitution fédérale.

III. Appréciation du projet mis en consultation

Le projet mis en consultation (Avant-projet AP) complète les conditions générales de l'extension du champ d'application des CCT et met en œuvre la motion. Mais le texte de la motion, qui demande explicitement la priorité d'application des CCT déclarées de force obligatoire par rapport aux dispositions contraires des cantons, est de ce fait plus compréhensible que le texte mis en consultation. **Sur ce point, l'AP ne met pas en œuvre la motion avec la clarté souhaitée. Sur le principe, nous approuvons la modification de l'art. 2, ch. 4, LECCT présentée dans l'AP, dans la mesure où elle règle non seulement implicitement, mais aussi explicitement la primauté des CCT déclarées de force obligatoire sur le droit cantonal impératif ou contraire (cf. chapitre IV ci-dessous).**

Une modification du CO (principe de faveur dans l'art. 358) et de la Cst. n'est pas nécessaire. Nous ne pouvons pas suivre l'argumentation du Conseil fédéral selon laquelle une adaptation du CO limitée aux CCT déclarées de force obligatoire ne serait pas possible. Le CO ne prime pas sur la LECCT et une adaptation de la LECCT crée un droit impératif de la Confédération. L'avis de droit de la professeure Isabelle Häner confirme notre évaluation: «La mise en œuvre au pied de la lettre de la motion Ettlín vise en fin de compte à créer une base légale permettant de déroger au principe de faveur de telle manière que la primauté de la CCT déclarée de force obligatoire en ce qui concerne les dispositions relatives aux salaires minimaux (par rapport aux dispositions cantonales contraires) s'applique par principe. En d'autres termes, une dérogation au principe de faveur n'est prévue que dans les cas précis où les dispositions cantonales prévoient un salaire minimum plus élevé que celui de la CCT déclarée de force obligatoire. Dans ces cas, la motion créerait une base légale permettant de déroger au principe de faveur dans la mesure où le droit cantonal prévoit des salaires minimaux plus élevés. En soi, une telle disposition devrait être considérée comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 358 CO, dans la mesure où une réglementation spéciale serait créée dans la LECCT pour les CCT déclarées de force obligatoire. [...] Le Conseil fédéral part du principe qu'une modification de la Constitution fédérale, resp. que seule une adaptation de l'art. 110 Cst permettrait de concilier la motion ou le projet mis en consultation avec l'ordre juridique suisse. Cette appréciation ne peut pas être partagée et ne

trouve aucun fondement dans l'interprétation historique et systématique de l'art. 110 Cst. Au contraire, la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral et la doctrine dominante ont établi que l'opinion selon laquelle le salaire est réglementé de manière exhaustive dans le droit civil fédéral n'est pas inacceptable, resp. que l'art. 110, al. 1, let. a, Cst. permettrait de restreindre la liberté salariale. Sur la base de cette réflexion, l'art. 358 CO pourrait également être adapté de fixer la priorité des salaires minimaux dans les CCT déclarées de force obligatoire par rapport aux salaires minimaux cantonaux». L'avis de droit apporte également la précision suivante: «Une telle priorité [...] des CCT déclarées de force obligatoire par rapport au droit cantonal contraire est toutefois plus judicieuse dans la LECCT pour des raisons de systématique législative, puisque l'art. 358 CO concerne toutes les CCT, alors que l'extension du champ d'application est réglée spécialement dans la LECCT.»

Le Conseil fédéral constate à juste titre que les cantons n'ont pas la compétence de promulguer des règles sur les vacances et le 13^e mois de salaire, du fait que la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération selon l'art. 122, al. 1 Cst. C'est pourquoi il a limité l'objet de la motion dans le projet mis en consultation au salaire minimal. Nous approuvons cette limitation.

IV. Modifications requises au projet mis en consultation

Le projet mis en consultation doit être adapté de la manière suivante.

Article 1 LECCT, nouvel alinéa 4

Les dispositions d'une convention collective de travail étendue déclarée de force obligatoire concernant le salaire minimum l'emportent sur le droit cantonal.

Article 2 chiffre 4 LECCT

*La convention ne doit pas violer l'égalité devant la loi ni rien contenir de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal, sous réserve de l'art. 358 du code des obligations. Les dispositions relatives aux salaires minimaux peuvent être étendues même si elles sont contraires au droit cantonal **impératif**.*

La motion établit dans l'article 1 al. 4 la primauté des CCT déclarées de force obligatoire, selon laquelle celles-ci priment sur les dispositions contraires des cantons. Le texte mis en consultation reprend, bien qu'implicitement, la règle de conflit de l'art. 1, al. 4, du texte de la motion. Le texte mis en consultation décrit les conséquences juridiques de la règle à l'art. 2, ch. 4, dernière phrase, LECCT, selon laquelle des dispositions de CCT *moins favorables* au travailleur peuvent être déclarées de force obligatoire. Contrairement au texte de la motion, cela ne permet pas encore de déduire explicitement quelle disposition (la disposition sur le salaire minimum selon la CCT étendue ou celle selon la loi cantonale sur les salaires minimaux) est invoquée dans le contrat de travail concret ou a la priorité d'application. Même si la priorité d'application en faveur de la CCT déclarée de force obligatoire est implicite dans le texte mis en consultation, nous recommandons, afin d'obtenir une formulation claire et compréhensible, de compléter l'article 1, al. 4 dans le projet de loi tel qu'il est formulé dans la motion. Contrairement au texte mis en consultation, le texte de la motion aborde explicitement la question de la

priorité d'application et la résout par une priorité d'application inconditionnelle en faveur des dispositions relatives aux salaires minimaux des CCT déclarées de force obligatoire. En outre, nous demandons la suppression du terme «impératif» dans le texte du projet mis en consultation, car il laisse entendre que le législateur fédéral fait la distinction entre le droit cantonal non impératif et le droit cantonal impératif, alors que le droit public cantonal est toujours impératif.

V. La motion et le projet mis en consultation ne contreviennent pas au droit supérieur

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral remet en question la constitutionnalité du projet mis en consultation. Il justifie sa position en affirmant que le projet viole la répartition des compétences au niveau fédéral et le principe de légalité. Il recommande donc de ne pas mettre en œuvre la motion Ettlín 20.4738. **Son point de vue est erroné. Le projet mis en consultation ainsi que la motion Ettlín ne violent pas les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse. Dans son avis de droit du 27 mars 2024, la professeure Isabelle Häner confirme notre évaluation.**

Les salaires minimaux et les mesures d'accompagnement, dont les salaires minimaux constituent un élément important, font partie des mesures de politique économique réservées au Conseil fédéral. Madame Häner donne les explications suivantes dans son avis de droit: «[Il] existe des raisons valables de considérer l'introduction d'un salaire minimum cantonal comme une forme de mesure de politique économique contraire aux compétences, car les cantons mettent ainsi en danger l'espace économique suisse, en particulier dans le domaine de la migration de la main-d'œuvre étrangère et intercantonale, et restreignent le partenariat social établi». Les dispositions cantonales en matière de salaire minimum dans les cantons de Genève, Neuchâtel et du Tessin s'appliquent exclusivement aux personnes qui travaillent habituellement dans le canton concerné. Les employés détachés sont exclus du champ d'application. Dans ce contexte, les salaires minimaux introduits au niveau cantonal pour les travailleurs détachés n'ont qu'une utilité limitée dans la lutte contre la pauvreté. En effet les employeurs étrangers ou d'un autre canton qui détachent temporairement leurs employés en Suisse ou dans le canton voisin disposant de lois cantonales sur les salaires minimaux ne sont pas tenus de respecter le salaire minimal et peuvent se livrer à une concurrence en pratiquant la sous-enchère salariale. Le projet mis en consultation s'oppose à l'inégalité des conditions salariales entre les employeurs cantonaux et les employeurs extracantonaux ou étrangers et garantit, en tant que mesure de politique économique, l'espace économique national unique, sans pour autant supprimer la protection cantonale des salaires.

Par ailleurs, l'art. 110, al. 1, Cst., dont découle la répartition des compétences législatives entre la Confédération et les cantons dans le domaine du droit du travail, contient une compétence réglementaire globale et a un effet dérogatoire différé. Selon l'avis de droit de madame Häner, la Constitution fédérale «justifie, selon la doctrine et la jurisprudence, une compétence législative globale en faveur de la Confédération avec un effet dérogatoire subséquent. Aux termes de l'art. 110, al. 1, let. b, Cst., la Confédération peut légiférer sur les relations entre employeurs et employés. En vertu de l'art. 110, al. 1, let. d, Cst., la Confédération peut ensuite édicter des dispositions sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail». Madame Häner relève également que «la Confédération est habilitée, même dans le domaine d'éventuelles mesures de politique sociale, à édicter des dispositions visant à garantir les conditions d'existence, et donc à fixer des salaires minimaux, en vertu de ses vastes compétences législatives selon l'art. 110 Cst. Le cas échéant, la possibilité pour les cantons de légiférer dans le domaine du salaire minimum est supprimé, du fait que l'objectif de protection

visé est le même. » Aucune compétence réglementaire particulière n'est laissée aux cantons dans la mesure où la protection du travail est réglée par le Conseil fédéral. En revanche, la législation fédérale n'a pas d'effet dérogatoire si, et seulement si les salaires minimaux cantonaux poursuivent un autre objectif ou sont considérés comme des mesures de politique sociale. Selon l'avis de droit, «le législateur fédéral ne peut pas avoir intentionnellement réglé définitivement les vacances dans la LTr tout en excluant précisément le salaire minimal de l'effet dérogatoire du droit fédéral; une telle conception de la loi ne pourrait être étayée par aucune interprétation, même historique.»

L'avis de droit constate en outre que «[avec le projet mis en consultation] le législateur fédéral ne met pas à mal la répartition des compétences au niveau fédéral et ne dépasse pas les échelons hiérarchiques qu'il a lui-même déterminés, puisque la modification [dans la LECCT] concerne une loi fédérale. La question de la qualification ou non d'une décision sur l'extension du champ d'application est donc hors de propos dans ce contexte.» Rappelons ici que la motion Ettlín 20.4738 ne s'applique qu'aux CCT déclarées de force obligatoire qui contiennent une disposition sur les salaires minimaux, notamment lorsque ceux-ci sont inférieurs aux dispositions cantonales.

Enfin, l'avis de droit argumente que «des salaires minimaux différents selon les cantons mettent en péril les partenariats sociaux établis et coordonnés au fil des ans et, avec eux, l'espace économique unique de la Suisse». L'extension du champ d'application d'une convention collective de travail garantit que tous les employeurs d'une branche doivent se conformer aux mêmes dispositions. Les avantages concurrentiels obtenus par certaines entreprises avec des salaires bas et de mauvaises conditions de travail ne sont plus possibles. Les CCT déclarées de force obligatoire mettent les entreprises d'une même branche sur un pied d'égalité et empêchent le dumping social. En revanche, les mesures prises par les cantons en matière de droit du travail entraînent une fragmentation des conditions de travail, limitent la prévisibilité et augmentent la charge administrative des entreprises.

Les conditions de travail convenues par contrat protègent les travailleurs plus efficacement que les mesures cantonales. Les dispositions légales ne peuvent être modifiées que dans le cadre d'un processus de longue haleine. En revanche, les dispositions contractuelles sont plus dynamiques et tiennent compte des besoins changeants de la société. Les CCT déclarées de force obligatoire garantissent ainsi le développement continu des droits des travailleurs. Au niveau fédéral, 45 conventions collectives de travail ont été déclarées de force obligatoire. Ces CCT déclarées de force obligatoire s'appliquent à l'ensemble de la Suisse ou à plusieurs cantons. Elles ont donc un champ d'application géographique plus large que les dispositions légales des différents cantons. De plus, les interventions des cantons en matière de droit du travail constituent des réglementations individuelles et isolées, alors que les conventions collectives de travail règlent les conditions de travail de manière globale. Au 1^{er} juillet 2021, 84 conventions collectives de travail étendues étaient en vigueur (au niveau fédéral et cantonal), auxquelles étaient soumis plus de 1 100 000 travailleurs. En 2001, il n'existait que 31 CCT déclarées de force obligatoire couvrant environ 400 000 travailleurs. L'importance des CCT déclarées de force obligatoire pour le marché du travail suisse ne cesse donc de croître. De ce fait, de plus en plus de travailleurs bénéficient de conditions de travail réglées par les partenaires sociaux.

Dans son message du 16 janvier 2013 relatif à l'initiative populaire «Pour la protection de salaires équitables (initiative sur les salaires minimums)», le Conseil fédéral réaffirme le rôle central du partenariat social dans la formation des salaires et relève que des prescriptions étatiques contraignantes

en matière de salaires minimums sont en contradiction avec la liberté économique et la liberté de contracter.

Le Conseil fédéral précise dans son rapport explicatif qu'une CCT «est un contrat conclu entre des associations privées et que son extension ne change rien à son statut de contrat de droit privé. La décision d'extension est un acte administratif qui ne fait pas de la CCT une loi». Madame Häner objecte dans son avis de droit que l'extension du champ d'application transforme «le droit établi par le secteur privé en droit prescrit par l'État». L'extension du champ d'application se révèle être «une combinaison entre la fixation autonome de normes par le secteur privé et une participation active de l'État. Le Tribunal fédéral qualifie ce procédé de réglementation normative à caractère législatif, raison pour laquelle l'effet juridique se rapproche en fin de compte d'un acte législatif».

VI. Il n'est pas possible d'agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de l'obligation, selon l'art. 342 CO

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral écrit que «[...] l'objectif de la motion ne peut pas être pleinement atteint compte tenu du champ d'application de la loi. En effet, si une CCT étendue et une loi cantonale pouvaient s'appliquer à la même situation, il pourrait en résulter un conflit de normes. Dans un tel cas, un tribunal civil devrait trancher». Le Conseil fédéral se réfère probablement à l'art. 342 CO. Or, l'avis de droit susmentionné d'Isabelle Häner (avocate et professeure) explique clairement pourquoi le droit à une action sur le plan civil est supprimé en cas de mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 conformément au chapitre IV (voir p. 20 de l'avis de droit).

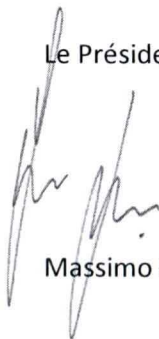
Les réserves du Conseil fédéral ne résistent pas à un examen juridique et sont donc caduques. L'objectif de la motion est entièrement atteint par le projet mis en consultation. Si les tribunaux civils devaient arriver à une autre conclusion, il s'agirait d'un jugement erroné. Pour prévenir une telle situation, le projet de consultation devrait être formulé de manière encore plus claire et reprendre l'art. 1, al. 4 (nouveau) de la motion Ettlín 20.4738, limité au salaire minimum.

Nous vous remercions de prendre en compte notre position.

Veuillez agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées

GastroTicino

Le Président



Massimo Suter

GASTROTICINO

Via Gemmo 11
6900 Lugano
Tel. 091 961 83 11
info@gastroticino.ch

Le Directeur Cantonal



Gabriele Beltrami

Sezione

GASTROSUISSE

**Federazione
esercenti albergatori
Ticino**

Via Gemmo 11
CH-6900 Lugano
T 091 961 83 11
F 091 961 83 25

E info@gastroticino.ch

gastroticino.ch
gastroformazione.ch
ristoranti.ch
ticinoatavola.ch
fattoincasaticino.ch
reservemagazine.ch

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

St. Gallen, 11. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroSt.Gallen, der Arbeitgeberverband des kantonalen Gastgewerbes mit rund 1'100 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.), organisiert mit 7 Regionalsektionen und diversen Fachgruppen, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

GastroSt.Gallen befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroSt.Gallendiese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie GastroSt.Gallen zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche

branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im all-

gemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohn-

dumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonalen gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legislieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

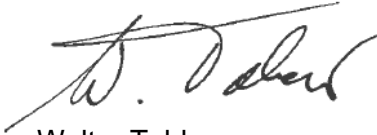
VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse



Walter Tobler
Präsident



Irene Baumann
Vizepräsidentin

Burgdorf, 12. April 2024 lg

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir als grösster kantonaler Gewerbeverband der Schweiz mit über 21'000 Mitgliedern (inkl. GastroBern und HotellerieSuisse Region Bern+ Mittelland) im obgenannten Vernehmlassungsverfahren wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

Wir befürworten im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Dass der Bundesrat die Motion trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch fragwürdig. Wie ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner aufzeigt, hält die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: Erstens die Volksabstimmung von 2014 und

zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten.

III. Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung

im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus Gesetzes-systematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht

widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung.

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im erwähnten Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnete Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlin nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeits-

verträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen.

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Berner KMU



Ernst Kühni
Präsident



Lars Guggisberg
Direktor

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Kopie per E-Mail zur Orientierung an

- die Mitglieder des Leitenden Ausschusses
- die Mitglieder der Parlamentarischen Gruppe Wirtschaft des Grossen Rates

FDP.Die Liberalen, Postfach, 3001 Bern

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Bern, 15. April 2024 / CW
VL GAV

Elektronischer Versand: info.paga@seco.admin.ch

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen») Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung zu oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

Wie der Titel besagt, schlägt der Bundesrat mit dieser Gesetzesänderung die Umsetzung zweier vom Parlament angenommener Motionen vor. Da beide Motionen Änderungen am Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) erfordern, wird eine gemeinsame Vorlage vorgeschlagen.

Die Motion Ettlín [20.4738](#) verlangt eine Anpassung des AVEG, um sicherzustellen, dass die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (GAV) zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch Vorrang vor anderslautenden kantonalen Bestimmungen haben. Die Kommissionsmotion der WAK-N [21.3599](#) beauftragt hingegen den Bundesrat, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, damit die paritätischen Kommissionen (PK) der allgemeinverbindlich erklärten GAV verpflichtet werden, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen. Des Weiteren fordert sie, dass die PK über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital Rechenschaft ablegen und deren Verwendung transparent machen.

FDP.Die Liberalen hat beide Motionen im Parlament aus verschiedenen Gründen unterstützt. Erstens ist es entscheidend, dass gesamtschweizerische Vereinbarungen sowohl für Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber gelten und nicht durch regionale Regelungen untergraben werden können. Dies schafft einheitliche Standards und faire Bedingungen für alle Beteiligten. In diesem Sinne ist die FDP nun auch mit dem Umsetzungsvorschlag des Bundesrats in Bezug auf die Motion Ettlín 20.4738 einverstanden und kann die Beschränkung auf den Mindestlohn nachvollziehen. Zweitens befürwortet die FDP die Forderung nach Transparenz und Offenlegung bei der Verwendung von Fondskapital und anderen Mitteln durch die PK. Diese Massnahme stärkt das Vertrauen der Öffentlichkeit in das System der Gesamtarbeitsverträge und gewährleistet, dass die Gelder im Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verantwortungsvoll eingesetzt werden. In diesem Zusammenhang unterstützt die FDP weiterhin das Bestreben der Motion 21.3599 der WAK-N, mehr Transparenz einzufordern. Die Details der Umsetzung dieser Motion sind jedoch unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen vertieft abzuklären.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse

FDP.Die Liberalen

Der Präsident



Thierry Burkart
Ständerat

Der Generalsekretär



Jon Fanzun

Lenzburg, 11. April 2024

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroAargau, einer der grössten Arbeitgeberverbände im Kanton Aargau mit rund 1'200 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.), nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

GastroAargau befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstösse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroAargau diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie GastroAargau zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA-Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemein-



GASTROAARGAU

Verband für Hotellerie
und Restauration

verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systems über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlins trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang



GASTROAARGAU

Verband für Hotellerie
und Restauration

allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.



GASTROAARGAU

Verband für Hotellerie
und Restauration

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss *ave* GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der *ave* GAV-Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechnete Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.



GASTROAARGAU

Verband für Hotellerie
und Restauration

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne, die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit



GASTROAARGAU

Verband für Hotellerie
und Restauration

stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlins – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Bruno Lustenberger
Präsident

Urs Kohler
Direktor

Beilagen: Rechtsgutachten Prof. Dr. I. Häner

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben

GastroSuisse

Verband für Hotellerie und Restauration

Blumenfeldstrasse 20

8046 Zürich

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5351952

Zürich, 27. März 2024

Rechtsgutachten

**über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen**

von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither sind wieder verschiedene Bestrebungen im Gange, Lohnuntergrenzen in den Kantonen einzuführen und durchzusetzen. Derzeit haben die Kantone Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen eingeführt.
- 2 Seit einem in Teilen der Lehre mit Skepsis aufgenommenen höchstrichterlichen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg¹ ist es grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.²
- 3 Vor diesem Hintergrund befürchten verschiedene Autoren, dass dadurch ave GAV geschwächt werden, die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage gestellt wird und allgemein eine Rechtsunsicherheit bestehen wird.
- 4 Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion Baumann, Nr. 18.3934, eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Im Jahr 2020 ist die Motion Ettlín, Nr. 20.4738, eingereicht worden. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Bei allen anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen würden kantonale Vorgaben den ave GAV vorgehen. Der Nationalrat hat in der Wintersession 2022 den Entscheid des Ständerats bestätigt und die Motion Ettlín angenommen.

¹ BGE 143 I 403.

² Vgl. MADUZ/SCHMID, 271 ff.

- 5 In seiner Stellungnahme sowie in den parlamentarischen Beratungen zu dieser Motion hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion vorgeschlagen, weil die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert seien, und kantonales Recht darstellen, das die Kantone verfassungsgemäss als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen und bezieht sich dabei auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 21. Juli 2017.³
- 6 Im Erläuternden Bericht des Bundesrats vom 24. Januar 2024 stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des mittlerweile auf den Mindestlohn beschränkten Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Er hat dennoch verschiedene Lösungen geprüft. Mit der angestrebten Vernehmlassungsvorlage würde Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend ergänzt werden, dass künftige Bestimmungen von GAV, die niedrigere Mindestlöhne als die in den kantonalen Gesetzen festgelegten vorsehen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung sind diese Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufs anwendbar, wobei die GAV sowohl des Bundes als auch der Kantone betroffen wären.⁴ Von einer Änderung des OR und der BV hat der Bundesrat abgesehen.⁵ Der Bundesrat begründet seine kritisch Haltung wie folgt: *«Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen die Problematik eines Mindestlohns fällt, ergebe sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 BV und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Die Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegendes sozialpolitisches Ziel verfolgen, sind Teil der öffentlich-rechtlichen Schutzmassnahmen, die die Kantone trotz der zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Arbeit grundsätzlich weiterhin erlassen dürfen, und ergänzen die öffentlich-rechtlichen Massnahmen des Bundes, die im ArG und seinen Verordnungen verankert sind. Solche Massnahmen bezwecken die Bekämpfung der Armut und verstossen folglich nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Umsetzung der Motion Ettlín, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verletzt die Aufteilung der Kompetenzen*

³ Erläuternder Bericht, 4 und 8.

⁴ Erläuternder Bericht, 6.

⁵ Erläuternder Bericht, 7.

*zwischen Bund und Kantonen – einen Grundsatz, der von der Bundesverfassung garantiert wird.»⁶ Der Bundesrat bemängelt weiter, dass «Die Umsetzung der Motion auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität [verstosse], der aus Art. 5 Abs. 1 BV hervorgeht. Daraus leitet sich der Grundsatz der Normenhierarchie ab, der verlangt, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstösst. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht. Aus Sicht der Normenhierarchie ist ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.»⁷ Die nunmehr fragliche Vernehmlassungsvorlage betreffend Änderung des AVEG lautet wie folgt (*kursiv*):*

- 7 Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemein verbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

B. Fragestellung

- 8 Im Nachgang an den Erläuternden Bericht des Bundesrats, möchte Gastro-Suisse, ein Schweizerischer Arbeitgeberverband des Gastgewerbes, nachfolgende Fragen betreffend den zu ändernden Art. 2 Ziff. 4 AVEG klären:
- Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?
 - Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz

⁶ Erläuternder Bericht, 13.

⁷ Erläuternder Bericht, a.a.O.

in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?

- Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in Ave GAV mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?
- Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?
- Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?
- Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?
- Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Autor/in, in: SGK, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das neue Parlamentsgesetz im Lichte der Staatsleitungsreform, in: LeGes, 2003/2, S. 21-30.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürcher Diss., Zürich/St. Gallen 2019.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998.

- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern 2005, (zit. Autor/in, Handkomm. ArG, Art. ... N ...).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Auflage, Zürich 2020.
- HÄNER ISABELLE, *Organisationsrecht*, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich 2015, Kapitel 28, S. 1165-1209.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, *ArG Kommentar*, 8. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- MADUZ CHRISTIAN/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung*, ARV 2017, S. 271-279.
- PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung*, ARV 2018, S. 294-297.
- RICHLI PAUL, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, Bern 2007.
- TSCHUDI HANS PETER, *Schweizerisches Arbeitsschutzrecht*, Bern 1985.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Autor/in, in: BSK, Art. ... N ...).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: *ARV online* 2014, Nr. 1.

B. Rechtsgrundlagen

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (zit. OR).
- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 (zit. AVEG).

- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11 (zit. ArG).

C. Materialien

- Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBI 2013 1211 (zit. Botschaft, Mindestlohn, 1211, ...).
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf vom 10. Oktober 2012, BBI 2012 8513 (zit. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, ...).
- Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtabreitsverträgen (AVEG) vom 24. Januar 2024, S. 1-15 (zit. Erläuternder Bericht, ...).
- Entwurf zum Entsendegesetz, BBI 2021 1121.
- Memorandum vom 10. September 2017.
- Motion 20.4738, Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen vom 18. Dezember 2020.
- Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» vom 7. Juni 2018.

III. RECHTLICHES

A. Vereinbarkeitskontrolle der Motion bzw. des Vernehmlassungsentwurfs

1. Einleitung

- 9 Die Motion bzw. der Vernehmlassungsentwurf soll nach Ansicht des Bundesrats mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen und begründet

dies im Wesentlichen damit, dass das Gesetzgebungsvorhaben eine Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung mit sich bringen würde.⁸

10 Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV halten die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ihrem Grundsatz nach fest (sog. Maxime der Einzelermächtigung), wonach der Bund nur über jene Befugnisse verfügt, die ihm die Verfassung zuweist.⁹ Als Folge des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung, bezweckt Art. 49 BV die Schaffung einer einheitlichen, in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung und dient damit der Rechtssicherheit.¹⁰

11 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV bestimmt, dass die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen können (sog. nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz¹¹).¹² Der Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone¹³ wird entsprechend durchbrochen, womit Bundesrecht als höhere Hierarchiestufe im Konfliktfall kantonalem Recht als tiefere Hierarchiestufe vorgehen.¹⁴ Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁵ Eine an sich abschliessende Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich schliesst jedoch dann eine kantonale Lösung nicht aus, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts.¹⁶ Die Kantone dürfen vielmehr im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen Vorschriften erlassen, soweit sie nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln.¹⁷ Schliesslich gilt, dass den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In

⁸ Erläuternder Bericht, 7 und 13.

⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6.

¹⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 4.

¹¹ BGE 144 III 155 E. 4.3.

¹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1092 ff.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052 ff.

¹⁴ Vgl. Epiney, BSK BV, Art. 5 N 55 f.; BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

¹⁵ BGE 138 I 468 E. 2.6; BGE 138 I 454 E. 3.6.3.

¹⁶ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 137 I 167 E. 3.4.

¹⁷ BGE 138 I 435 E. 3.1; BGE 138 I 356 E. 5.4.2.

solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden.¹⁸ Dies gilt auch für die ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes, die hier aber nicht in Frage stehen. Bei den ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes erlischt die kantonale Kompetenz bei Inkraftsetzung der entsprechenden Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes in der BV.¹⁹ Im vorliegenden Fall geht es jedoch sowohl in Art. 110 BV wie auch in Art. 122 BV um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen, die einerseits die kantonalen Kompetenzen erst dann derogieren, wenn der Bundesgesetzgeber ein Gesetz erlassen hat und andererseits den Kantonen den Spielraum belässt, in demselben Sachbereich Gesetze zu erlassen, wenn sie einen anderen Zweck verfolgen und nicht zur Vereitelung von Bundesrecht führen.²⁰

2. Vereinbarkeit kantonaler Mindestlöhne mit der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich der Arbeit

12 Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen der hier interessierende Vernehmlassungsentwurf betreffend den Mindestlohn fällt, ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art. 110 BV und für das Zivilrecht aus Art. 122 BV.²¹ Beide Bestimmungen begründen nach Lehre²² und Rechtsprechung²³ eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* zugunsten des Bundes mit *nachträglich derogatorischer Wirkung*. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Diese Gesetzgebungsermächtigungen können sich zudem aufgrund allgemeiner Zielvorgaben (z.B. Art. 41 BV; Art. 94 BV) zu Handlungsaufträgen verdichten.²⁴

¹⁸ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 138 I 435 E. 3.1.

¹⁹ HÄNER, Organisationsrecht, Rz. 28.15 m.w.H.

²⁰ HÄNER, Organisationsrecht, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1092 ff.

²¹ BGE 143 I 403 E. 7.2; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 1.

²² BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 3.

²³ BGE 139 I 242 E. 3.1; BGE 97 I 499 E. 3.a.

²⁴ BIAGGINI, OFK BV, a.a.O.

- 13 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird über das *Ziel des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* definiert und ist ausserordentlich weit gefasst.²⁵ Der Begriff «Schutz» ist facettenreich und weit zu verstehen, womit er nicht nur die Aspekte Gesundheit und Sicherheit, sondern auch das in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV formulierte Sozialziel bzgl. Bestreitung des Lebensunterhalts durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen konkretisiert.²⁶ Keine Rolle spielt daher, ob das Arbeitsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist oder um welchen Wirtschaftssektor es sich handelt.²⁷ Es gibt m.a.W. kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum weiteren Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legiferieren dürfte,²⁸ womit eine Ausweitung des geltenden Schutzzumfangs grundsätzlich möglich erscheint.²⁹
- 14 Die Frage, ob sich aus dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer *Existenzsicherung* direkt aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist bislang unbeantwortet geblieben. Die Schweiz kennt derzeit keinen umfassenden staatlichen Schutz von Mindestlöhnen, die dem Schutz eines existenzsichernden Einkommens bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit dienen.³⁰ Nach Ansicht des Bundesrats lässt sich dies damit erklären, dass die Lohnbildung auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft beruht und zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.³¹ Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung, welche die schweizerische Praxis bislang prägt, spricht nach Ansicht der Lehre³² allerdings nicht dagegen, dass auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV³³ – oder aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz³⁴ – Mindestlohnvorschriften geschaffen werden, die dem Arbeitnehmer-

²⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 22.

²⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 4; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 2; GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 9 f. m.w.H.

²⁷ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23.

²⁸ GÄCHTER, SGK, a.a.O.

²⁹ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23 m.w.H.

³⁰ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³¹ Botschaft Mindestlohn, 1211, 1227 und 1236.

³² Vgl. CARDINAUX, BSK BV, Art. 110 N 25, wonach Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung kantonaler Bestimmungen bzgl. Lohnfreiheit zulässt; ferner GEISER, 809 m.w.H.

³³ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³⁴ WILDHABER, Rz. 58 ff.

schutz dienen. Immerhin lassen sich denn auch verschiedene Instrumente vor-
orten, die dem Mindestlohnschutz dienen, namentlich Gesamtarbeitsverträge o-
der allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.³⁵

- 15 Vor dem Hintergrund, dass Art. 110 Abs. 1 BV eine umfassende Regelungskom-
petenz beinhaltet und nachträglich-derogatorisch wirkt, wird den Kantonen keine
besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeits-
schutzrecht regelt.³⁶ Folglich dürfen die Kantone keine weitergehenden Arbeits-
schutzbestimmungen erlassen, da dies den einheitlichen Wirtschaftsraum
Schweiz gefährden würde³⁷ und der Bund mit dem Erlass des ArG von seiner
Kompetenz im Arbeitnehmerschutz zu legiferieren, Gebrauch gemacht hat; das
ArG enthält namentlich Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und stellt recht-
sprechungsgemäss eine umfassende Regelung in Bezug auf den allgemeinen
Schutz der Arbeitnehmenden bereit.³⁸ Ausdrückliche Vorbehalte bestehen im
ArG für die sog. *Polizeivorschriften* des Bundes, der Kantone und der Gemein-
den, insbesondere solche über die Gesundheitspolizei (vgl. Art. 71 lit. c ArG). In
diesen praktisch wichtigen Bereichen verbleibt den Kantonen noch ein gewisser
Gestaltungsspielraum, der jedoch nicht zu weit interpretiert werden darf;³⁹ vorbe-
halten bleiben die Polizeivorschriften nur deshalb, weil sie andere (Arbeits-
)Schutzzwecke verfolgen⁴⁰ bzw. diese nur nebenbei eine Schutzfunktion für Ar-
beitnehmende⁴¹ zukommt.⁴² Ein gewichtiger Teil der Lehre schliesst daraus, dass
den Kantonen für diejenigen Branchen, die nicht vom Arbeitsschutzrecht des

³⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24; der Bund hat in weitem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch ge-
macht, namentlich mit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR), dem Arbeitsgesetz und dem Bundesgesetz über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

³⁶ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; BGE 139 I 242 E. 3.2.

³⁷ TSCHUDI, 20.

³⁸ BGE 143 I 304 E. 7.5.1 f.

³⁹ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; vgl. MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16 und N 21;

⁴⁰ MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴² Soweit sie aber darüber hinausgehen und nur noch arbeitsrechtlich begründet werden können, sind sie aufgrund der
derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Rz. 7) unwirksam; vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, 207 N 5.

Bundes erfasst werden, die Regelungskompetenz verbleibt,⁴³ indes die Bestimmung nicht weit ausgelegt werden darf.⁴⁴ Die Rechtsprechung hält hierzu fest, dass bei Vorliegen einer abschliessenden Bundesregelung im Sachbereich der Arbeit, eine kantonale Lösung dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sie ein *anderes Ziel* verfolgt als dasjenige des Bundesrechts, wie z.B. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit⁴⁵ oder bei sozialpolitischen Massnahmen⁴⁶ (vgl. sogleich nächster Absatz);⁴⁷ m.a.W. kann eine kantonale Regelung dann nicht mehr Bestand haben, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird.

- 16 Im Zusammenhang mit kantonalen Mindestlohnvorschriften bleiben nach der jüngsten Rechtsprechung kantonale Mindestlohnvorschriften in eingeschränktem und engem Rahmen zulässig⁴⁸, da diese nach Ansicht des Bundesgerichts als *sozialpolitische Massnahme* (und nicht als ausschliesslich dem Bundesgesetzgeber vorbehaltene *wirtschaftspolitische Massnahme* gelten) und damit als Instrument zur Bekämpfung der Armut dienen bzw. dem Phänomen des «*working poor*» entgegenwirken soll.⁴⁹ Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 allerdings noch festgehalten, dass die Ansicht, wonach der Lohn – und dazu gehört auch der Mindestlohn – im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist und Art. 110 BV der allgemeinen Armutsbekämpfung diene.⁵⁰ Nach neuerer Auffassung des Bundesgerichts ist demgegenüber ein kantonaler Mindestlohn dann erlaubt, wenn damit das sozialpolitische Ziel erhalten bleibt, indem sich die kantonalen Mindestlohnvorschriften jenen der Sozialversicherungs- und

⁴³ Vgl. Überblick bei Gächter, SGK, Art. 110 N 25; bejahend WILDHABER, Rz. 7; CARDINAUX, BSK, Art. 110 N 25; wohl PÄRLI, 296; verneinend MADUZ/SCHMID, 278 f.; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5; im Übrigen war mit dieser Argumentation die Einführung eines kantonalen Mindestlohns im Kanton Neuenburg überhaupt möglich. Namentlich habe mit dem Erlass des OR, ArG und des AVEG der Bund die Frage der Mindestlöhne nicht vollständig und abschliessend geregelt. Eine kantonale Kompetenz, einen Mindestlohn aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen festzulegen, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, 8521.

⁴⁴ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16; ferner MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴⁵ BGE 139 I 242 E. 3.1.

⁴⁶ Anders als wirtschaftspolitische Massnahmen scheiden sozialpolitisch motivierte Einschränkungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 94 BV aus bzw. verbleiben derartige Einschränkungen den Kantonen, vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; ferner RICHLI, N 605 m.H.

⁴⁷ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁸ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁹ BGE 143 I 403 E. 7.5.3.

⁵⁰ BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.2.1 f.

Sozialhilfebeiträgen annähern;⁵¹ andernfalls liegt ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff vor, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt.

- 17 Angesichts dieser Rechtsprechung (vgl. Rz. 15 f.) zählt ein kantonaler Mindestlohn nicht zum Arbeitsschutzrecht des Bundes, sondern soll rechtsprechungsge-
mäss ein Instrument der Armutsbekämpfung darstellen, weshalb es den Kantonen teilweise erlaubt ist in diesem Sachbereich zu legislieren.⁵² Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten⁵³, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet.⁵⁴ Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat auf denselben Sozialschutzgedanken gezielt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Initiative aus dem Kanton Neuenburg.⁵⁵ Zudem verkennt das Bundesgericht, dass der Bundesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 Abs. 1 BV legislatorisch denselben Schutzzweck verfolgen kann wie die Kantone mit ihren Mindestlohngesetzen, namentlich das Ziel, die Armut zu bekämpfen und dafür zu sorgen, dass jedermann angemessen von den Früchten seiner Arbeit leben kann.⁵⁶ Das französischsprachige Bundesgerichtsurteil setzt sich zudem über die Ausführungen des Gesetzgebers – und letztlich des Volks und sämtlicher Stände – vollständig hinweg, indem es sich mit den Ausführungen bzgl. (Un-)Geeignetheit von Mindestlöhnen in der damaligen Botschaft *nicht auseinandersetzt*.⁵⁷ Der Bundesrat hat dort immerhin festgehalten, dass die Armut vielfältige Ursachen hat und sich nur teilweise durch tiefe Löhne erklären lässt, da ein Grossteil der von Armut betroffenen Personen nicht erwerbstätig ist. Auch tragen andere sozioökonomische Eigenschaften wie die Zusammensetzung des Haushalts, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder der Migrationsstatus ebenfalls zur Armut bei.⁵⁸ Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine *Zielkonkurrenz*⁵⁹, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung

⁵¹ BGE 143 I 403 E. 5.4.3; vgl. BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3 (Volksinitiative Genf).

⁵² GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26.

⁵³ MADUZ/SCHMID, 274.

⁵⁴ BBI 2014 6349, 6353, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014.

⁵⁵ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1224 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1227 und 1245.

⁵⁷ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1236 f.

⁵⁸ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1245.

⁵⁹ Begrifflich kann man auch von der sog. *Kompetenzkumulation* sprechen. Eine solche liegt vor, wenn für einen Sachverhaltskomplex kumulativ die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone zur Anwendung gelangen können, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1096.

durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt.⁶⁰

- 18 Vor dem Hintergrund gleichgerichteter Schutzzwecke verbleibt selbst nach Änderung des AVEG den Kantonen weiterhin eine engmaschige Regelungskompetenz die Ursachen der Armut mit gesetzlichen Mindestlöhnen zu bekämpfen, soweit sie nicht *ave* GAV betreffen. Mithin bleibt die Kompetenz der Kantone, zum Erlass von Mindestlohnvorschriften im Bereich des nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV bestehen. Beispielsweise kann im kantonalen Mindestlohngesetz der Vorrang des *ave* GAV erklärt werden oder das kantonale Mindestlohngesetz nimmt die *ave* GAV von dessen Geltungsbereich aus.⁶¹

3. **Notwendigkeit allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohnbestimmungen in GAV**

- 19 Gesamtarbeitsverträge (GAV) sind Verträge, in denen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (vgl. OR 356). Im Wissen um das typische Machtgefälle im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer, das durch Wettbewerb allein nicht ausgeglichen werden kann, sollen derartige Gruppenvereinbarung als legitime Methode zur Koordination auf dem Arbeitsmarkt zum Einsatz kommen.⁶²

- 20 GAV können *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bezeichnet man die Anordnung der zuständigen Behörde, mit der auf Antrag aller Vertragsparteien der Geltungsbereich eines GAV auf nicht

⁶⁰ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, a.a.O.

⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. h Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200, wonach Personen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen oder einem Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen unterstehen, vom basel-städtischen Mindestlohngesetz ausgenommen sind.

⁶² BIAGGINI, OFK, Art. 110 N 7; vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 34.

am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (sog. «Aussenseiter») ausgedehnt wird (vgl. Art. 1 AVEG). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt⁶³ bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.⁶⁴

- 21 Die Gründe einer solchen Ausdehnung infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung sind unterschiedlich: Bei der zunehmenden Arbeitsmigration soll einerseits der sog. Schmutzkonzurrenz von lohnunterbietenden Unternehmen, vornehmlich aus dem Ausland, entgegengewirkt werden;⁶⁵ andererseits besteht häufig in Branchen mit vielen Kleinbetrieben ein entsprechender Wunsch.⁶⁶ Gerade im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des FZA und der damit einhergehenden Freizügigkeit im Personenverkehr hat der Gesetzgeber zusätzlich flankierende Massnahmen in Kraft setzen lassen, um der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen infolge von Lohn- oder Sozialdumping in der Schweiz entgegenzuwirken.⁶⁷ Ein gewichtiges Element dieser flankierenden Massnahmen bildet neben dem hierfür verabschiedeten Entsendegesetz (EntsG)⁶⁸ die Möglichkeit GAV allgemeinverbindlich zu erklären.⁶⁹
- 22 Der wohl gewichtigste Grund Mindestlohnbestimmungen in GAV allgemeinverbindlich zu erklären, lässt sich im Zusammenhang mit der grenznahen Arbeitsmigration rechtfertigen: In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin, welche kantonale Mindestlohngesetze kennen, sind Mindestlohnbestimmungen lediglich auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit gewöhnlich auf Kantonsgebiet verrichten.⁷⁰ Ähnlich verhält es sich

⁶³ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1100.

⁶⁴ BGE 138 V 32 E. 4.1; vgl. BGE 98 II 205 E. 1; vgl. auch BGE 128 II 13 E. 1d und E. 2a, wonach gegenüber den Aussenseitern der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung als Erlass zu betrachten ist.

⁶⁵ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; Wildhaber,

⁶⁶ Portmann/Wildhaber, Rz. 1099.

⁶⁷ Wildhaber, Rz. 9.

⁶⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁶⁹ WILDHABER, Rz. 10.

⁷⁰ BBI 2021 1120, S. 30

im Kanton Basel-Stadt.⁷¹ Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen.⁷² Folglich können diese ihre Preisunterschiede durch Lohndumping ausgleichen. Akzentuiert wird die Ungleichbehandlung, wenn die kantonalen Mindestlohngesetze vorsehen, dass diese den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbarten Mindestlöhnen vorgehen, sofern er höher ist als diese wie beispielsweise in den Kantonen Neuenburg und Genf.⁷³ Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

- (i) Aus diesem Grund ist es auch nachvollziehbar, dass Teile des eidgenössischen Gesetzgebers das Entsendegesetz mit einer Motion dahingehend anpassen wollten, dass ausländische Arbeitgeber, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.⁷⁴
- (ii) Die gesetzgeberischen Bestrebungen die kantonalen Mindestlohnbestimmungen im EntsG zu implementieren, sind allerdings gescheitert und der Ständerat hat einen Nichteintretensentscheid gefällt.⁷⁵ Man hat befürchtet, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien.⁷⁶

⁷¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. i Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200.

⁷² Vgl. BBl 2021 1120, S. 31.

⁷³ Erläuternder Bericht, 4 und 7.

⁷⁴ Vgl. Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. August 2018; vgl. BBl 2021 1121, S. 1, Art. 2 Abs. 1^{bis} E-EntsG.

⁷⁵ Vgl. das Geschäft des Bundesrats 21.032, URL: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210032>.

⁷⁶ Vgl. bereits die kritischen Stimmen im Vernehmlassungsverfahren, BBl 2021 1120, S. 16.

23 Die Vernehmlassungsvorlage kann vor diesem Hintergrund der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegenwirken. Mit dem gegenwärtigen Wortlaut versteht sie sich als *wirtschaftspolitische Massnahme* des eidgenössischen Gesetzgebers, um den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz zu gewährleisten, ohne dass hierfür zu stark in den bereits bestehenden kantonalen Mindestlohnschutz eingegriffen würde, wären doch zur Zeit lediglich zwei Kantone von der Vernehmlassungsvorlage betroffen.

B. Verhältnis zwischen Motion und Vernehmlassungsentwurf

24 Es gehört zur Staatsleitungsaufgabe des Parlamentes, eigene staatspolitische Beurteilungen vorzunehmen und das Handeln des Bundesrates in diesem Sinne zu beeinflussen und zu steuern.⁷⁷ Häufig genutztes Handlungsinstrument zur verbindlichen Steuerung des exekutiven Handelns ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (vgl. Art. 120 ParlG). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse bereits aus Gewaltenteilungserwägungen möglichst unverändert zu übernehmen, wobei die rechtliche Durchführbarkeit die Unveränderlichkeit parlamentarischer Verstösse absteckt (vgl. Art. 122 Abs. 3 ParlG).

25 Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat die Möglichkeit geprüft und vorgeschlagen hat, die Motion Ettlins wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben⁷⁸, hat er trotz bestehender Bedenken der Motion erlaubterweise einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt.

⁷⁷ Ehrenzeller, 24 f.

⁷⁸ Erläuternder Bericht, 7.

Eingereichter Text (exkl. Ferien und 13. Monatslohn)	Gesetzesentwurf / Vernehmlassungsentwurf
<p>Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4 Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.</p>	<p>Art. 1 AVEG unverändert</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.</p>

26 Die Motion hält zunächst explizit das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen (vgl. Absatz 4 des Artikels 1). In Art. 2 AVEG nimmt die Motion den ähnlichen Wortlaut – ohne Kantone – von Art. 358 OR auf und statuiert das Günstigkeitsprinzip, welches aber ohnehin bereits in Art. 358 OR verankert ist. Artikel 2 der Motion statuiert eine Gegenausnahme gegenüber dem neuen *Absatz 4 des Artikels 1*, wonach grundsätzlich der GAV nicht zwingendem Recht des *Bundes* widersprechen darf, aber ausnahmsweise zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können, wobei in jedem Fall – als Gegenausnahme – allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmungen zum Mindestlohn gegenüber kantonalen Bestimmungen vorgehen, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Der Motionstext hält demnach explizit fest, unter welchen Voraussetzungen ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 2) und statuiert für allgemeinverbindlich erklärte GAV eine Kollisionsregel gegenüber kantonalen Bestimmungen (Art. 1).

27 Der Vernehmlassungsentwurf (Gesetzesentwurf) ist gesetzessystematisch ausschliesslich bei den allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit festgehalten (vgl. Abbildung) und spricht – im Gegensatz zum Motionstext – von zwingendem und nicht nur von anderslautenden Bestimmungen der Kantone. Beim Motionstext stellt sich daher die Frage, ob nicht auf die Unterscheidung

zwischen zwingendem und anderslautendem kantonalem Recht verzichtet werden könnte. Die ersatzlose Streichung von «zwingend» lässt sich folgendermassen begründen: Der Motionstext birgt insofern einen Interpretationsspielraum, als in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ein Günstigkeitsprinzip zwar statuiert wird, sofern sich aus dem «zwingenden Recht» – zu welchem auch das kantonale Recht und damit eine kantonale Lohnuntergrenze – nichts anderes ergeben würde, aber Bestimmungen des ave GAV zum Mindestlohn «anderslautenden Bestimmungen der Kantone» vorgehen (neuer Art. 1 AVEG, neuer Abs. 4) würden. Konsequenterweise müsste dann ermittelt werden, ob mit anderslautenden Bestimmungen der Kantone auch zwingendes Recht (der Kantone) miteingeschlossen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Vernehmlassungstext in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ausschliesslich von *zwingendem* kantonalem Recht spricht und keinen Verweis auf das Günstigkeitsprinzip enthält, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Motionstext, wobei auch beim Vernehmlassungstext der besseren Verständlichkeit halber auf den Begriff «zwingend» verzichtet werden sollte, da impliziert wird, der Bundesgesetzgeber unterscheide zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht.

- 28 Der Bundesrat hält allerdings richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat.⁷⁹
- 29 Einen gewissen Interpretationsspielraum belässt der Vernehmlassungstext bei der Frage des Anwendungsvorrangs: Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1, neuer Abs. 4 gemäss Motionstext nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, während die Motion in Art. 1 AVEG explizit festhält, dass ave GAV Bestimmungen, insbe-

⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, 6.

sondere zu Mindestlöhnen, anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Aus dem Vernehmlassungstext ergibt sich aber implizit, dass Bestimmungen über Mindestlöhne – selbst dann – allgemeinverbindlich zu erklären sind, wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert mit diesem zweiten Satz in Art. 2 Ziff. 4 AVEG gegenüber dem ersten Satz eine Sonderausnahme im Bereich möglich entgegenstehender kantonaler Lohnuntergrenzen und klärt damit die Frage, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung angeordnet werden darf. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im einzelnen Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Dogmatisch handelt es sich um einen Anwendungsfall der Regel *lex superior derogat legi inferiori*, kann der Bundesgesetzgeber doch wie oben aufgezeigt auch im Bereich der Armutsbekämpfung legisferieren (Rz. 16 f.). In derartigen Normenkollisionsfällen kann nach dem Motionstext grundsätzlich kein materiellrechtlicher Anspruch auf einen durch das kantonale Recht gewährten Mindestlohn entstehen – selbst dann nicht – wenn dieser gegenüber einem allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn höher ist.⁸⁰ Umgekehrt, müsste aber ein nach ave GAV höherer Mindestlohn bezahlt werden trotz eines kantonal tiefer vorgesehenen Mindestlohns. Vor dem Hintergrund, dass der Motionstext explizit sich zum Anwendungsvorrang äussert, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

⁸⁰ Die sog. «Rezeptionsklausel» nach Art. 342 Abs. 2 OR, wonach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus dem kantonalen Recht zivilrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können wie beispielsweise Bestimmungen zum Lohn oder Schutzmassnahmen (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 342 N 5 f.), würde im Ergebnis mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 AVEG (gemäss Motionstext) ausser Kraft gesetzt.

C. Verhältnis zwischen der Motion und Art. 358 OR

30 Art. 358 OR beschreibt das Verhältnis der Bestimmungen eines GAV zum zwingenden Recht: Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Die Bestimmung bezeichnet demnach die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, sofern dies zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (sog. Günstigkeitsprinzip).⁸¹ Wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür vorgesehen ist, kann zudem selbst *zu Ungunsten* der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abgewichen werden wie beispielsweise Art. 335c Abs. 2 Halbsatz 2 OR belegt.⁸²

31 Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird *just* in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave* GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 1.

⁸² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 2 m.w.H.

D. Mögliche Alternativen

- 32 Der Bundesrat hat geprüft, ob Art. 358 OR, welcher mit Art. 2 Abs. 4 AVEG in Verbindung steht, angepasst werden soll. Er hält aber fest, dass jegliche Änderung dieses Artikels ohne eine Beschränkung der Ausnahme auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgeschlossen erscheine. Dadurch würde es nämlich möglich, irgendeinen GAV abzuschliessen, um vom kantonalen Mindestlohn abweichen zu können, was die kantonalen Gesetze vollständig aushöhlen würde.⁸³ Nach Ansicht des Bundesrats stellt sich demnach der Vorrang sämtlicher GAV-Bestimmungen gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht nicht.
- 33 Folgt man der Argumentation des Bundesrats bestünde trotzdem die Möglichkeit Art. 358 OR direkt dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte. Ein solcher Vorrang sämtlicher Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist. Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat, wenn er festhält, dass sich die Motion klar auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV konzentriert und auf das AVEG abzielt.⁸⁴
- 34 Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte.⁸⁵ Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.). Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde (vgl. Rz. 13, Rz. 14 ff.). Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR

⁸³ Erläuternder Bericht, 6.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, 7.

⁸⁵ Erläuternder Bericht, 7.

dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.⁸⁶

IV. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

– *Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?*

35 Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17).⁸⁷ Einerseits bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohn als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden (vgl. insb. Rz. 21). Es hätte hier zudem am Bundesrat gelegen, spätestens im Rahmen der Gewährleistungsprüfung der Kantonsverfassung des Kantons Neuenburg festzuhalten, dass die Frage des Mindestlohns vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest heikel sein kann.⁸⁸ Dies umso mehr, als sich die weitläufige Bundesgesetzgebung im Arbeitsrecht mit dem kantonalen Recht mehr und mehr verzahnen können.⁸⁹ Andererseits ist ein Mindestlohn ein zulässiges, wenngleich kaum bzw. wenig geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Armut bzw. *working poor*. Der Bund ist aber kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird (Rz. 14 ff.). Vorliegend geht aber weder die Vernehmlassungsvorlage noch die Motion soweit, dass die Kantone im Bereich des Mindestlohns sämtliche Rechtsetzungskompetenz verlustig

⁸⁶ Vgl. ferner Memorandum vom 10. September 2017, 4 f.

⁸⁷ Der Vernehmlassungsentwurf zielt inhaltlich in die gleiche Richtung ab wie die Motion, wobei die Ferien und der 13. Monatslohn mangels Kompetenz nicht mehr geregelt worden sind (vgl. Rz. 24).

⁸⁸ Vgl. aber BBl 2012 8513, 8521 f.

⁸⁹ Vgl. FUHRER, 18 m.w.H.

gingen, sondern der Bundesgesetzgeber würde von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich im Bereich allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne legiferieren, mithin im Geltungsbereich des AVEG, und die Bestimmung wäre auch nur dann anwendbar, wenn kantonales Recht den neuen AVEG-Bestimmungen entgegenstünde, namentlich wenn sie einen höheren Mindestlohn als im *ave GAV* vorsähen.

– *Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?*

36

Ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wird vom Bundesrat damit begründet, dass mit dem Vorrang von Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV vor dem kantonalen Recht die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verletzen würde. Zudem soll die Motion das Legalitätsprinzip verletzen. Entschieden entgegenzuhalten ist, dass der Bundesgesetzgeber kraft der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 BV *umfassend* – somit auch im Bereich sozialpolitischer Massnahmen – legiferieren kann (sofern Mindestlöhne als solche ohnehin nicht schon wirtschaftspolitische Massnahmen darstellen). Art. 110 BV konkretisiert nach Ansicht der Lehre die in Art. 41 BV definierten Sozialziele und hält rechtsprechungsgemäss fest, dass der Schutzzweck von Art. 110 BV die Bekämpfung der allgemeinen Armut ist, was einen Mindestlohn als Instrument zur Bekämpfung des Phänomens des *working poor* mitumfassen würde. Der Bundesgesetzgeber strapaziert weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.

– *Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in *ave GAV* mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?*

37

Die Frage zielt auf die zwei vorangestellten Fragen ab: Zum einen lässt sich argumentieren, dass das Themenfeld der Mindestlöhne (und mit ihr die flankierenden Massnahmen) Teil sämtlicher, dem Bund vorbehaltenen wirtschaftspolitischer Massnahmen bilden. Zudem lässt sich mit den oben umschriebenen Argumenten ins Feld führen, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes einem Vorrang der Mindestlöhne in *ave* GAV gegenüber (zwingendem) kantonalem Recht nicht entgegenstehen – dies aus der Überlegung, dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. Es kann folglich dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber *just* den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen (vgl. insb. Rz. 16 zur Mindestlohn-Initiative).

– *Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?*

38

Der Bund hat richtigerweise die Motion inhaltlich auf den Mindestlohn beschränkt, da die Kantone ohnehin nicht rechtsetzungskompetent sind, Anordnungen im Hinblick auf Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. In gesetzessystematischer Hinsicht unterscheiden sich Vernehmlassungsentwurf und Motion, dahingehend, dass auf eine Wiederholung des Günstigkeitsprinzips gemäss Art. 358 OR im neu gefassten Art. 2 Ziff. 4 AVEG verzichtet worden ist (vgl. Rz. 25 f.). Der Vernehmlassungsentwurf greift das eigentlich inhaltliche Anliegen der Motion auf und hat die gleiche Zielsetzung (vgl. Rz. 27), belässt aber einen gewissen *Interpretationsspielraum* hinsichtlich der Frage des *Anwendungsvorrangs* – der Motionstext ist in diesem Punkt präziser und hält explizit einen Anwendungsvorrang fest (vgl. Rz. 29). Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

– *Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?*

39 Es besteht grundsätzlich Raum, Art. 358 OR dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte (vgl. Rz. 30 f.). Ein solcher Vorrang aller Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht wäre aber – wie bereits der Bundesrat sinngemäss festgehalten hat – aufgrund des Schwerpunkts direkt im AVEG anzuordnen. Letztlich verbleibt die Möglichkeit, Art. 358 OR mit einem neuen, zweiten Absatz zu ergänzen, indem man den Vorrang von einem GAV-Mindestlohn gegenüber einem kantonalen Mindestlohn festhält, um das Institut der Sozialpartnerschaft Nachachtung zu verschaffen.

40 Art. 358 Abs. 2 neu

41 «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags betreffend Mindestlohn gehen entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen zum Mindestlohn vor.»

– *Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?*

42 Das Parlament versucht auf vielseitige Art und Weise das Handeln des Bundesrats zu beeinflussen. Ein wichtiges Handlungsinstrument hierfür ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Könnte der Bundesrat zu stark auf dieses Handlungsinstrument Einfluss nehmen, würde er letztlich das *Prinzip der Gewaltenteilung* untergraben (vgl. Rz. 21). Vor diesem Hintergrund ist es daher zentral, dass der Bundesrat – vorbehalten der Schranke der rechtlichen Durchführbarkeit – Motionen möglichst unverändert belässt, um den parlamentarischen Willen bzw. Auftrag möglichst exakt entgegenzunehmen und nicht seinem Belieben nach verändern kann.

– *Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?*

43 Die Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom nach Art. 358 OR statuierten Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich betreffend Mindestlohnbestimmungen das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; folglich verstösst die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín nicht der Regelung nach Art. 358 OR (vgl. Rz. 26), sondern schafft vielmehr eine spezifische Bereichsregelung, die Anwendungsvorrang geniessen soll.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner



SOCIÉTÉ DES CAFETIERS

RESTAURATEURS ET HÔTELIERS DE GENÈVE

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
Secrétariat d'État à l'économie SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Berne

Par e-mail:

info.paga@seco.admin.ch

Genève, le 16 avril 2024

Réponse à la consultation : modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application des conventions collectives de travail (mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 « Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables »)

Mesdames, Messieurs,

La Société des Cafetiers, restaurateurs et Hôteliers de Genève (SCRHG) qui compte environ 1300 membres, prend position ci-après dans la procédure de consultation susmentionnée :

I. Considérations d'ordre général

Sur le principe, la SCRHG est favorable au projet mis en consultation dans son ensemble qui met en œuvre la motion Ettlín 20.4738. Toutefois, en tant qu'organisation patronale d'une branche directement concernée, nous proposons deux modifications afin de rendre le texte plus clair (voir chapitre IV). Le fait que le Conseil fédéral recommande de ne pas mettre en œuvre la motion Ettlín 20.4738, malgré le projet de consultation présenté, est très discutable du point de vue institutionnel. Compte tenu de la séparation des pouvoirs, le Conseil fédéral doit mettre en œuvre les interventions parlementaires si possible sans les modifier. Le Conseil fédéral justifie sa recommandation en affirmant que l'objectif de la motion Ettlín 20.4738 contrevient aux principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse garantis par la Constitution fédérale. Pour l'essentiel, la motion viole, selon le Conseil fédéral, la répartition des compétences au niveau fédéral et le principe de légalité. En collaboration avec d'autres associations professionnelles et économiques concernées, GastroSuisse a fait examiner cette argumentation dans un avis de droit rédigé par Isabelle Häner, professeure de droit public. L'avis de droit conclut clairement, comme GastroSuisse, que l'argumentation du Conseil fédéral ne résiste pas à un examen juridique et que le projet mis en consultation ainsi que la motion Ettlín ne violent pas les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse.





II. Pertinence de la motion Ettlín 20.4738

En 2014, le peuple suisse a rejeté à 76,3% l'initiative populaire fédérale « Pour la protection de salaires équitables (initiative sur les salaires minimums) ». Depuis lors, cinq cantons (NE, JU, GE, TI, BS) et deux villes (Winterthour et Zurich) ont introduit un salaire minimum. Dans huit autres cantons (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS), le PS, la JS et UNIA ont déposé ou prévu des initiatives populaires. Dans d'autres cantons, des interventions parlementaires ont échoué. Cette procédure systématique est extrêmement préoccupante du point de vue de la politique nationale, compte tenu de la décision claire du peuple de 2014. L'initiative sur les salaires minimaux au niveau fédéral avait poursuivi le même objectif de protection sociale que l'initiative populaire cantonale neuchâteloise à l'origine de la décision du Tribunal fédéral ci-dessous.

Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juillet 2017 concernant le salaire minimum dans le canton de Neuchâtel, contesté par la doctrine, il est en principe même possible pour les cantons de déroger aux dispositions d'une convention collective de travail (CCT) déclarée de force obligatoire. Les salaires minimaux dans les cantons de Genève et de Neuchâtel sapent à deux égards les décisions prises au niveau national : premièrement, la votation populaire de 2014 et deuxièmement, l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail par le Conseil fédéral, qui se fonde sur la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail. Cela affaiblit les CCT déclarées de force obligatoire et remet en question le partenariat social qui a fait ses preuves. La mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 protège le partenariat social des ingérences cantonales et communales.

Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné, le rapport entre les décisions cantonales et communales d'une part et les CCT déclarées de force obligatoire d'autre part n'est pas clairement réglé. C'est la raison pour laquelle la motion Baumann 18.3934 a été déposée en 2018, qui prévoyait que les CCT déclarées de force obligatoire ne puissent plus être invalidées par des dispositions cantonales. Le Conseil des États a rejeté la motion au motif qu'elle allait trop loin. Le Conseil des États et les cantons craignaient à l'époque qu'une primauté générale des CCT déclarées de force obligatoire sur le droit cantonal puisse vider de leur contenu notamment les dispositions cantonales relatives aux allocations familiales, au financement des systèmes cantonaux par le biais des cotisations salariales et aux jours fériés cantonaux. La motion Ettlín tient compte des préoccupations exprimées à l'époque, en ce sens que seules les dispositions de la LECCT relatives au salaire minimum, au 13^e mois de salaire et au droit aux vacances priment sur les autres dispositions cantonales. La mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 met fin au conflit de normes et rétablit enfin la sécurité juridique.

La Constitution fédérale garantit le principe selon lequel l'État n'intervient sur le marché du travail que lorsqu'une solution entre partenaires sociaux ne semble pas





SOCIÉTÉ DES CAFETIERS

RESTAURATEURS ET HÔTELIERS DE GENÈVE

réalisable. Lorsque les associations patronales et les syndicats règlent les conditions de travail par contrat, l'État ne doit pas intervenir. En Suisse traditionnellement, les travailleurs et les employeurs négocient ensemble les conditions de travail. Ce partenariat social garantit la paix sociale depuis plus de 100 ans. Le droit collectif du travail crée un juste équilibre entre les employeurs et les travailleurs. Cet équilibre des intérêts est un facteur de réussite de notre économie. Relevons encore que les partenaires sociaux disposent de vastes connaissances spécifiques et peuvent adapter les conditions minimales aux particularités des branches. Les solutions proposées par les partenaires sociaux contribuent en outre de manière décisive à l'ordre économique libéral.

Les conventions collectives de travail sont des accords complexes et parfaitement équilibrés, qui prennent en compte les besoins des travailleurs et des employeurs de manière égale. Elles règlent les rapports de travail dans leur ensemble. Lorsqu'elles sont déclarées de force obligatoire par le Conseil fédéral, ces dispositions s'appliquent à toutes les entreprises d'une branche et d'un territoire donné. Les interventions cantonales unilatérales qui invalident certaines dispositions des CCT déclarées de force obligatoire remettent en question l'extension du champ d'application du Conseil fédéral. Par ailleurs, elles déséquilibrent les CCT en tant qu'accords globaux complexes. De telles interventions cantonales entraînent une fragmentation des dispositions du droit du travail et, par conséquent, une augmentation du nombre de partenaires sociaux qui renoncent aux CCT. En effet, si chaque canton touche aux CCT déclarées de force obligatoire, ces dernières deviennent obsolètes. De plus, davantage de négociations n'aboutiront plus. Cela sonnerait le glas d'un partenariat social éprouvé et fructueux. La CCNT de l'hôtellerie-restauration n'est déjà plus négociée, car les salaires minimaux cantonaux et bientôt communaux l'invalident partiellement. La mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 ne va pas l'encontre des compétences cantonales et ne les limite pas. Les cantons peuvent continuer à édicter des dispositions sur les salaires minimaux dans le cadre de la Constitution fédérale.





III. Appréciation du projet mis en consultation

Le projet mis en consultation (Avant-projet AP) complète les conditions générales de l'extension du champ d'application des CCT et met en œuvre la motion. Mais le texte de la motion, qui demande explicitement la priorité d'application des CCT déclarées de force obligatoire par rapport aux dispositions contraires des cantons, est de ce fait plus compréhensible que le texte mis en consultation. **Sur ce point, l'AP ne met pas en œuvre la motion avec la clarté souhaitée. Sur le principe nous approuvons la modification de l'art. 2, ch. 4, LECCT présentée dans l'AP, dans la mesure où elle règle non seulement implicitement, mais aussi explicitement la primauté des CCT déclarées de force obligatoire sur le droit cantonal impératif ou contraire (cf. chapitre IV ci-dessous).**

Une modification du CO (principe de faveur dans l'art. 358) et de la Cst. n'est pas nécessaire. Nous ne pouvons pas suivre l'argumentation du Conseil fédéral selon laquelle une adaptation du CO limitée aux CCT déclarées de force obligatoire ne serait pas possible. Le CO ne prime pas sur la LECCT et une adaptation de la LECCT crée un droit impératif de la Confédération. L'avis de droit de la professeure Isabelle Häner confirme notre évaluation : « La mise en œuvre au pied de la lettre de la motion Ettlín vise en fin de compte à créer une base légale permettant de déroger au principe de faveur de telle manière que la primauté de la CCT déclarée de force obligatoire en ce qui concerne les dispositions relatives aux salaires minimaux (par rapport aux dispositions cantonales contraires) s'applique par principe. En d'autres termes, une dérogation au principe de faveur n'est prévue que dans les cas précis où les dispositions cantonales prévoient un salaire minimum plus élevé que celui de la CCT déclarée de force obligatoire. Dans ces cas, la motion créerait une base légale permettant de déroger au principe de faveur dans la mesure où le droit cantonal prévoit des salaires minimaux plus élevés. En soi, une telle disposition devrait être considérée comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 358 CO, dans la mesure où une réglementation spéciale serait créée dans la LECCT pour les CCT déclarées de force obligatoire. Le Conseil fédéral part du principe qu'une modification de la Constitution fédérale, resp. que seule une adaptation de l'art. 110 Cst permettrait de concilier la motion ou le projet mis en consultation avec l'ordre juridique suisse. Cette appréciation ne peut pas être partagée et ne trouve aucun fondement dans l'interprétation historique et systématique de l'art. 110 Cst. Au contraire, la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral et la doctrine dominante ont établi que l'opinion selon laquelle le salaire est réglementé de manière exhaustive dans le droit civil fédéral n'est pas inacceptable, resp. que l'art. 110, al. 1, let. a, Cst. permettrait de restreindre la liberté salariale. Sur la base de cette réflexion, l'art. 358 CO pourrait également être adapté de fixer la priorité des salaires minimaux dans les CCT déclarées de force obligatoire par rapport aux salaires minimaux cantonaux ». L'avis de droit apporte également la précision suivante : « Une telle priorité [...] des CCT déclarées de force obligatoire par rapport au droit cantonal contraire est toutefois plus judicieuse dans la LECCT pour des raisons de





systématique législative, puisque l'art. 358 CO concerne toutes les CCT, alors que l'extension du champ d'application est réglée spécialement dans la LECCT. »

Le Conseil fédéral constate juste titre que les cantons n'ont pas la compétence de promulguer des règles sur les vacances et le 13^e mois de salaire, du fait que la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération selon l'art. 122, al. 1 Cst. C'est pour quoi il a limité l'objet de la motion dans le projet mis en consultation au salaire minimal. Nous approuvons cette limitation.

IV. Modifications requises au projet mis en consultation

Le projet mis en consultation doit être adapté de la manière suivante.

Article 1 LECCT, nouvel alinéa 4

Les dispositions d'une convention collective de travail étendue déclarée de force obligatoire concernant le salaire minimum l'emportent sur le droit cantonal.

Article 2 chiffre 4 LECCT

*La convention ne doit pas violer l'égalité devant la loi ni rien contenir de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal, sous réserve de l'art. 358 du code des obligations. Les dispositions relatives aux salaires minimaux peuvent être étendues même si elles sont contraires au droit cantonal **impératif**.*

La motion établit dans l'article 1 al. 4 la primauté des CCT déclarées de force obligatoire, selon laquelle celles-ci priment sur les dispositions contraires des cantons. Le texte mis en consultation reprend, bien qu'implicitement, la règle de conflit de l'art. 1, al. 4, du texte de la motion. Le texte mis en consultation décrit les conséquences juridiques de la règle l'art. 2, ch. 4, dernière phrase, LECCT, selon laquelle des dispositions de CCT *moins favorables* au travailleur peuvent être déclarées de force obligatoire. Contrairement au texte de la motion, cela ne permet pas encore de déduire explicitement quelle disposition (la disposition sur le salaire minimum selon la CCT étendue ou celle selon la loi cantonale sur les salaires minimaux) est invoquée dans le contrat de travail concret ou a la priorité d'application. Même si la priorité d'application en faveur de la CCT déclarée de force obligatoire est implicite dans le texte mis en consultation, nous recommandons, afin d'obtenir une formulation claire et compréhensible, de compléter l'article 1, al. 4 dans le projet de loi tel qu'il est formulé dans la motion. Contrairement au texte mis en consultation, le texte de la motion aborde explicitement la question de la priorité d'application et la résout par une priorité d'application inconditionnelle en faveur des dispositions relatives aux salaires minimaux des CCT déclarées de force obligatoire. En outre, nous demandons la suppression du terme « impératif » dans le texte du projet mis en consultation, car





il laisse entendre que le législateur fédéral fait la distinction entre le droit cantonal non impératif et le droit cantonal impératif, alors que le droit public cantonal est toujours impératif.

V. La motion et le projet mis en consultation ne contreviennent pas au droit supérieur

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral remet en question la constitutionnalité du projet mis en consultation. Il justifie sa position en affirmant que le projet viole la répartition des compétences au niveau fédéral et le principe de légalité. Il recommande donc de ne pas mettre en œuvre la motion Ettlín 20.4738. **Son point de vue est erroné. Le projet mis en consultation ainsi que la motion Ettlín ne violent pas les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse. Dans son avis de droit du 27 mars 2024, la professeure Isabelle Häner confirme notre évaluation.**

Les salaires minimaux et les mesures d'accompagnement, dont les salaires minimaux constituent un élément important, font partie des mesures de politique économique réservées au Conseil fédéral. Madame Häner donne les explications suivantes dans son avis de droit : « [Il] existe des raisons valables de considérer l'introduction d'un salaire minimum cantonal comme une forme de mesure de politique économique contraire aux compétences, car les cantons mettent ainsi en danger l'espace économique suisse, en particulier dans le domaine de la migration de la main-d'œuvre étrangère et intercantonale, et restreignent le partenariat social établi ». Les dispositions cantonales en matière de salaire minimum dans les cantons de Genève, Neuchâtel et du Tessin s'appliquent exclusivement aux personnes qui travaillent habituellement dans le canton concerné. Les employés détachés sont exclus du champ d'application. Dans ce contexte, les salaires minimaux introduits au niveau cantonal pour les travailleurs détachés n'ont qu'une utilité limitée dans la lutte contre la pauvreté. En effet les employeurs étrangers ou d'un autre canton qui détachent temporairement leurs employés en Suisse ou dans le canton voisin disposant de lois cantonales sur les salaires minimaux ne sont pas tenus de respecter le salaire minimal et peuvent se livrer à une concurrence en pratiquant la sous-enchère salariale. Le projet mis en consultation s'oppose à l'inégalité des conditions salariales entre les employeurs cantonaux et les employeurs extracantonaux ou étrangers et garantit, en tant que mesure de politique économique, l'espace économique national unique, sans pour autant supprimer la protection cantonale des salaires.

Par ailleurs, l'art. 110, al. 1, Cst., dont découle la répartition des compétences législatives entre la Confédération et les cantons dans le domaine du droit du travail, contient une compétence réglementaire globale et a un effet dérogoire différé. Selon l'avis de droit de madame Häner, la Constitution fédérale « justifie, selon la doctrine et la jurisprudence, une compétence législative globale en faveur de la Confédération avec un effet dérogoire subséquent. Aux termes de l'art.





SOCIÉTÉ DES CAFETIERS

RESTAURATEURS ET HÔTELIERS DE GENÈVE

110, al. 1, let. b, Cst., la Confédération peut légiférer sur les relations entre employeurs et employés. En vertu de l'art. 110, al. 1, let. d, Cst., la Confédération peut ensuite édicter des dispositions sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail». Madame Händer relève également que «la Confédération est habilitée, même dans le domaine d'éventuelles mesures de politique sociale, à édicter des dispositions visant à garantir les conditions d'existence, et donc à fixer des salaires minimaux, en vertu de ses vastes compétences législatives selon l'art. 110 Cst. Le cas échéant, la possibilité pour les cantons de légiférer dans le domaine du salaire minimum est supprimé, du fait que l'objectif de protection visé est le même. » Aucune compétence réglementaire particulière n'est laissée aux cantons dans la mesure où la protection du travail est réglée par le Conseil fédéral. En revanche, la législation fédérale n'a pas d'effet dérogatoire si, et seulement si les salaires minimaux cantonaux poursuivent un autre objectif ou sont considérés comme des mesures de politique sociale. Selon l'avis de droit, « le législateur fédéral ne peut pas avoir intentionnellement réglé définitivement les vacances dans la LTr tout en excluant précisément le salaire minimal de l'effet dérogatoire du droit fédéral — une telle conception de la loi ne pourrait être étayée par aucune interprétation, même historique. »

L'avis de droit constate en outre que « [avec le projet mis en consultation] le législateur fédéral ne met pas à mal la répartition des compétences au niveau fédéral et ne dépasse pas les échelons hiérarchisés qu'il a lui-même déterminés, puisque la modification [dans la LECCT] concerne une loi fédérale. La question de la qualification ou non d'une décision sur l'extension du champ d'application est donc hors de propos dans ce contexte. » Rappelons ici que la motion Ettlín 20.4738 ne s'applique qu'aux CCT déclarées de force obligatoire qui contiennent une disposition sur les salaires minimaux, notamment lorsque ceux-ci sont inférieurs aux dispositions cantonales.

Enfin, l'avis de droit argumente que « des salaires minimaux différents selon les cantons mettent en péril les partenariats sociaux établis et coordonnés au fil des ans et, avec eux, l'espace économique unique de la Suisse ». L'extension du champ d'application d'une convention collective de travail garantit que tous les employeurs d'une branche doivent se conformer aux mêmes dispositions. Les avantages concurrentiels obtenus par certaines entreprises avec des salaires bas et de mauvaises conditions de travail ne sont plus possibles. Les CCT déclarées de force obligatoire mettent les entreprises d'une même branche sur un pied d'égalité et empêchent le dumping social. En revanche, les mesures prises par les cantons en matière de droit du travail entraînent une fragmentation des conditions de travail, limitent la prévisibilité et augmentent la charge administrative des entreprises.

Les conditions de travail convenues par contrat protègent les travailleurs plus efficacement que les mesures cantonales. Les dispositions légales ne peuvent être modifiées que dans le cadre d'un processus de longue haleine. En revanche, les





SOCIÉTÉ DES CAFETIERS

RESTAURATEURS ET HÔTELIERS DE GENÈVE

dispositions contractuelles sont plus dynamiques et tiennent compte des besoins changeants de la société. Les CCT déclarées de force obligatoire garantissent ainsi le développement continu des droits des travailleurs. Au niveau fédéral, 45 conventions collectives de travail ont été déclarées de force obligatoire. Ces CCT déclarées de force obligatoire s'appliquent à l'ensemble de la Suisse ou à plusieurs cantons. Elles ont donc un champ d'application géographique plus large que les dispositions légales des différents cantons. De plus, les interventions des cantons en matière de droit du travail constituent des réglementations individuelles et isolées, alors que les conventions collectives de travail règlent les conditions de travail de manière globale. Au 1^{er} juillet 2021, 84 conventions collectives de travail étendues étaient en vigueur (au niveau fédéral et cantonal), auxquelles étaient soumis plus de 1 100 000 travailleurs. En 2001, il n'existait que 31 CCT déclarées de force obligatoire couvrant environ 400 000 travailleurs. L'importance des CCT déclarées de force obligatoire pour le marché du travail suisse ne cesse donc de croître. De ce fait, de plus en plus de travailleurs bénéficient de conditions de travail réglées par les partenaires sociaux.

Dans son message du 16 janvier 2013 relatif à l'initiative populaire « Pour la protection de salaires équitables (initiative sur les salaires minimums) », le Conseil fédéral réaffirme le rôle central du partenariat social dans la formation des salaires et relève que des prescriptions étatiques contraignantes en matière de salaires minimums sont en contradiction avec la liberté économique et la liberté de contracter.

Le Conseil fédéral précise dans son rapport explicatif qu'une CCT « est un contrat conclu entre des associations privées et que son extension ne change rien à son statut de contrat de droit privé. La décision d'extension est un acte administratif qui ne fait pas de la CCT une loi ». Madame Häner objecte dans son avis de droit que l'extension du champ d'application transforme « le droit établi par le secteur privé en droit prescrit par l'État ». L'extension du champ d'application se révèle être « une combinaison entre la fixation autonome de normes par le secteur privé et une participation active de l'État ». Le Tribunal fédéral qualifie ce procédé de réglementation normative à caractère législatif, raison pour laquelle l'effet juridique se rapproche en fin de compte d'un acte législatif ».





VI. Il n est pas possible d agir civilement en vue d obtenir l exécution de l obligation, selon l art. 342 CO

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral écrit que « [...] l objectif de la motion ne peut pas être pleinement atteint compte tenu du champ d application de la loi. En effet, si une CCT étendue et une loi cantonale pouvaient s appliquer à la même situation, il pourrait en résulter un conflit de normes. Dans un tel cas, un tribunal civil devrait trancher ». Le Conseil fédéral se réfère probablement à l art. 342 CO. Or, l avis de droit susmentionné d Isabelle Häner (avocate et professeure) explique clairement pourquoi le droit à une action sur le plan civil est supprimé en cas de mise en œuvre de la motion Ettlín 20.4738 conformément au chapitre IV (voir p. 20 de l avis de droit).

Les réserves du Conseil fédéral ne résistent pas à un examen juridique et sont donc caduques. L objectif de la motion est entièrement atteint par le projet mis en consultation. Si les tribunaux civils devaient arriver à une autre conclusion, il s agirait d un jugement erroné. Pour prévenir une telle situation, le projet de consultation devrait être formulé de manière encore plus claire et reprendre l art. 1, al. 4 (nouveau) de la motion Ettlín 20.4738, limité au salaire minimum.

Nous vous remercions de prendre en compte notre position.

Veillez agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées

Laurent TERLINCHAMP
Président

Daniel CARUGATI
Vice-président





Elektronisch an info.paga@seco.admin.ch



**Kanton Zürich
Regierungsrat**

staatskanzlei@sk.zh.ch
Tel. +41 43 259 20 02
Neumühlequai 10
8090 Zürich
zh.ch

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
3003 Bern

10. April 2024 (RRB Nr. 373/2024)

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen (Vernehmlassung)**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie uns die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

Art. 2 Ziff. 4 E-AVEG

Bezüglich der Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín unterstützen wir die Haltung des Bundesrates. Es ist zwar möglich, dass es bei der Einführung eines kantonalen Mindestlohns zu Differenzen und Spannungen in einzelnen ave GAV kommen kann. Die staatspolitische und rechtsstaatliche Sicht und damit die Sicherstellung der Souveränität der Kantone im Rahmen der gegebenen Kompetenzregelungen ist jedoch höher zu gewichten. Wir lehnen daher Art. 2 Ziff. 4 E-AVEG ab.

Art. 5 Abs. 3 und 4 E-AVEG

Das direkte Einsichtsrecht in die Jahresrechnungen der paritätischen Kommissionen gemäss den neuen Abs. 3 und 4 von Art. 5 E-AVEG würde den Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zustehen, die einem ave GAV unterstellt sind und damit ein legitimes Interesse an einer Einsicht in diese Dokumente haben. Wir begrüssen diese verfahrensmässige Vereinfachung für die Direktbetroffenen gegenüber der heute bestehenden Möglichkeit eines Zugangs zu den Jahresrechnungen auf der Grundlage eines Gesuchs im Rahmen des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (SR 152.3).



Zusammengefasst lehnen wir die vorgeschlagene Änderung des AVEG aufgrund der Motion Ettlín ab und sind mit der vorgeschlagenen Änderung aufgrund der Motion 21.3599 WAK-N einverstanden.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Die Staatsschreiberin:

Mario Fehr

Dr. Kathrin Arioli



ISOLSUISSE
Verband Schweizerischer
Isolierfirmen
Auf der Mauer 11
Postfach
8021 Zürich

Tel 043 244 73 95
info@isolsuisse.ch
www.isolsuisse.ch



Zürich, 17. April 2024

Elektronisch an:

info.paga@seco.admin.ch

Revision des AVEG

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
sehr geehrte Damen und Herren

Unserem Verband gehören rund 120 Unternehmungen aus dem Bereich Wärme-, Kälte- und Schallschutz sowie passiver Brandschutz an.

Seit geraumer Zeit regelt ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag die Arbeitsbedingungen in unserer Branche. Dieser Gesamtarbeitsvertrag stellt ein auf unsere Branche zugeschnittenes und ausgewogenes Regelwerk dar. Die Interessen der Arbeitnehmenden werden dabei insbesondere durch die Gewerkschaft gewahrt.

Diese Form eines funktionierenden Interessenausgleichs zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite existiert in diversen Branchen und stellt einen wesentlichen Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft dar. Einseitige kantonale Eingriffe, welche Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen übersteuern, untergraben die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des Bundesrates, bringen die Vertragswerke als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht und können letztendlich gar das Ende der Sozialpartnerschaft einläuten.

Gerne äussern wir uns daher zu dieser Vorlage.

Allgemeine Bemerkungen

Eine Unternehmung im Isoliergewerbe ist typischerweise auf Baustellen in unterschiedlichen Regionen tätig. Entsprechend sind unsere Mitglieder auf transparente und einheitliche Rahmenbedingungen angewiesen, so auch bei den Arbeitsbedingungen. Die vermehrt aufkommenden Mindestlöhne auf Kantons-/Gemeindeebene stehen diesem Bedürfnis diametral entgegen. Daher haben wir die Motion 20.4738 Ettlín unterstützt und erachten es als äusserst wichtig, dass die Motion umgesetzt wird.

Die im Erläuternden Bericht beschriebenen, rechtsstaatlichen Bedenken des Bundesrates teilen wir nicht. Allgemeinverbindlichkeitserklärungen sind als Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt zu qualifizieren. Im Ergebnis kommen diese einem Rechtsetzungsakt nahe. Ein von betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten bestärkt uns in dieser Haltung.

Bemerkungen zu einzelnen Artikeln

Art. 2 Ziff. 4 AVEG

Wir begrüssen es, wenn Bestimmungen über Mindestlöhne allgemeinverbindlich erklärt werden können, auch wenn sie kantonalem Recht widersprechen. Wir gehen davon aus, dass mit der vorgeschlagenen Formulierung das Gemeinderecht miteingeschlossen ist. Allerdings wäre eine noch etwas explizitere Formulierung des Vorrangs allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne wünschenswert.

Da kantonales öffentliches Recht stets zwingendes Recht ist, machen wir zudem beliebt, im letzten Satz des Art. 2 Ziff. 4 auf den Begriff «zwingendem» zu verzichten.

Gemäss Erläuterndem Bericht haben die Kantone keine Kompetenz, Regelungen zu Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. Daher befürworten wir die thematische Beschränkung im Art. 2 Ziff. 4 auf die Mindestlöhne.

Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4

Wir beantragen, anstelle von «Organen» den Begriff «Organ» zu verwenden. Bei einer Formulierung im Plural besteht Unklarheit darüber, ob damit indirekt auch die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände mitgemeint sind. Eine Verwendung im Singular stellt sicher, dass damit ausschliesslich die Paritätischen Kommissionen gemeint sind.

Um den administrativen Aufwand der Paritätischen Kommissionen tief zu halten, sollte es möglich sein, dem Recht auf Einblick zu entsprechen, indem die erforderlichen Dokumente auf der Website der jeweiligen Paritätischen Kommission publiziert werden (ggf. in einem Login-Bereich). Die vorgeschlagene Formulierung lässt diese Möglichkeit aus unserer Sicht zu.

Antrag: Verwendung des Begriffs «Organ» anstelle von «Organen».

Fazit:


Grundsätzlich begrüssen wir den Entwurf und verweisen für Details auf unsere Bemerkungen.

Für Ihr Interesse an unserer Stellungnahme danken wir Ihnen.

Freundliche Grüsse

ISOLSUISSE

Verband Schweizerischer Isolierfirmen
für Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutz



Urs Hofstetter
Admin. Geschäftsführer

Kopie an: d.klaey@usam-sgv.ch



Communauté genevoise d'action syndicale

Organisation faîtière regroupant l'ensemble des syndicats de la République et canton de Genève
info@cgas.ch // Rue des Terreaux-du-Temple 6, 1201 Genève // CH69 0900 0000 8541 2318 9

Département fédéral de l'économie
de la formation et de la recherche
Secrétariat d'Etat à l'économie

Par courriel uniquement à
info.paga@seco.admin.ch

Genève, le 16 avril 2024

Concerne : prise de position de la CGAS dans le cadre de la consultation relative à la Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N.

Madame, Monsieur,

La Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) est la faîtière des organisations syndicales du canton de Genève. Elle regroupe les syndicats cantonaux affiliés aussi bien à l'Union syndicale suisse qu'à Travail.Suisse.

La CGAS entend s'exprimer dans cette prise de position sur le volet de la mise en œuvre de la motion 20.4738 Ettlín du projet de révision de la LECCT.

La CGAS est à l'origine de l'initiative législative cantonale IN73 « 23 frs, c'est un minimum » lancée en août 2018 et acceptée par une majorité de plus de 58% le 27 septembre 2020. Un salaire minimum est ainsi en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2020 dans le canton de Genève. La loi l'encadrant prévoit un mécanisme d'indexation annuelle qui fait qu'aujourd'hui le salaire minimum horaire sur le canton de Genève est de 24,32 francs.

Le texte de l'initiative législative cantonale des syndicats prévoyait très clairement la primauté du salaire minimum cantonal sur les éventuelles conventions collectives. L'article 39L de la Loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT) stipule ainsi que « si le salaire prévu par un contrat individuel, une convention collective ou un contrat-type est inférieur à celui fixé à l'article 39K, c'est ce dernier qui s'applique ».

C'est à dessein que la CGAS souhaitait faire primer le salaire minimum cantonal sur d'éventuelles CCT car une très grande partie des bas salaires se concentrait à Genève dans des secteurs soumis à des conventions collectives de branche ou à un contrat type de travail (pour la branche de l'esthétique).

C'est notamment le cas du secteur l'hôtellerie et de la restauration ou de la coiffure, où existent des conventions collectives nationales qui ne prévoient pas de salaires régionaux.

Une convention collective de travail est avant tout le reflet d'un rapport de force dans une branche économique

La motion Ettlín concrétisée dans le projet de modification de la LECCT participe d'une mythification du partenariat social et des conventions collectives de travail qui seraient l'expression d'une juste pesée des intérêts par les associations professionnelles (appelées « partenaires sociaux ») et qui exprimeraient donc au plus près les possibilités économiques de chaque branche en matière de responsabilité sociale des entreprises.

C'était d'ailleurs la position défendue durant la campagne de votation sur le salaire minimum genevois par les milieux économiques. Ces derniers prédisaient l'effondrement de certains secteurs car ces derniers ne pourraient payer plus que les salaires minimaux plus bas prévus dans leurs CCT.

Or, les CCT sont des accords entre associations patronales et syndicales qui reflètent avant tout un rapport de force social dans une branche ou une profession donnée. Là où l'organisation syndicale est plus faible, les salaires minimaux conventionnels ont tendance à être plus faibles aussi. Les CCT ne peuvent qu'indirectement donc participer à définir des minimaux sociaux et ne sauraient donc primer si elles sont inférieures sur des normes de droit cantonal visant un but de politique sociale.

Les branches soumises à des conventions collectives de travail avec des salaires nettement plus bas ont réussi à augmenter les salaires

Près de quatre ans après l'entrée en vigueur du salaire minimum genevois, l'effondrement économique prédit par les milieux économiques ne s'est toujours pas produit.

Pourtant entré en vigueur en pleine pandémie de Covid19 et impliquant des augmentations salariales pour plus d'un tiers du personnel dans l'hôtellerie et la restauration et pour plus de la moitié du personnel dans l'esthétique et la coiffure, le salaire minimum n'a pas eu d'effet significatif sur le chômage. Un premier rapport de la HES, de l'IREG et de l'Université de Genève sur l'impact du salaire minimum, publié le 14 novembre 2023 arrive d'ailleurs à la conclusion que « l'entrée en vigueur du salaire minimum n'a pas eu d'impact significatif sur le taux de chômage cantonal »¹.

On ne peut donc que conclure que le patronat des secteurs conventionnés avec des salaires minimaux inférieurs au salaire minimum cantonal avait les moyens

¹ Giovanni Ferro Luzzi, José Ramirez, Sylvain Weber : Mandat « impact du salaire minimum », rapport 1/4 Version finale, p. iii <https://www.ge.ch/document/34108/telecharger>

d'augmenter les salaires mais refusait simplement de le faire avant que la loi ne les y oblige.

Alors que l'ensemble des branches économiques genevoises appliquent depuis près de 4 ans maintenant le salaire minimum, de nombreuses associations patronales signataires de conventions collectives refusent toujours d'intégrer le salaire minimum cantonal dans les conventions collectives dans le cadre d'avenants cantonaux, quand bien même que ces salaires sont pourtant appliqués dans les faits. Cela laisse craindre la volonté des associations patronales de vouloir baisser les salaires dans les branches en question en cas de modification de la LECCT, crainte qui est à juste titre reprise par le DEFR.

Dans une telle situation, l'extension de conventions collectives de travail avec des salaires inférieurs aux salaires minimaux cantonaux deviendrait un instrument de sous-enchère salariale abusive et répétée, soit l'exact opposé de l'objectif de l'article 2 de la LECCT.

Vers une exacerbation des tensions sociales

L'auteur de la motion 20.4738 prétend vouloir protéger « *le partenariat qui a assuré la paix du travail en Suisse pendant plus d'un siècle, et il devrait continuer à le faire pendant les cent prochaines années.*² »

Or, appliquer la primauté des conventions collectives de travail sur le salaire minimum revient pour les organisations syndicales signataires des dites conventions collective de travail soit à accepter une baisse des salaires minimaux de plusieurs centaines de francs par mois (-455 francs dans l'hôtellerie et la restauration et jusqu'à -980 francs dans la coiffure), soit à dénoncer les conventions collectives aux salaires inférieurs au salaire minimum ou à s'opposer à leur extension. Il serait en effet inconcevable que les salarié-e-s soumis-e-s à une convention étendue soient moins rémunéré-e-s que leurs collègues travaillant dans un secteur non conventionné.

Alors que la baisse du pouvoir d'achat liée à l'inflation ainsi qu'à l'explosion des primes de l'assurance maladie devient de plus en plus problématique, la modification de la LECCT telle que proposée est potentiellement explosive. Les conséquences de la primauté des conventions collectives de travail sur le salaire minimum seront inévitablement à l'exacte inverse des intentions affichées par l'auteur de la motion : des tensions sociales exacerbées et moins de conventions collectives de travail étendues.

Empêcher un progrès social en mettant à mal le fédéralisme et la démocratie pour répondre aux intérêts particuliers de quelques patrons

Alors que l'expérience et les premières études montrent la soutenabilité économique des salaires minimaux cantonaux ou locaux, le projet de révision de la LECCT envisagé sur les salaires minimaux, de l'aveu même du DEFR, tord la

² <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20204738>

hiérarchie des normes et empiète sur les compétences cantonales en matière de politique sociale.

Alors que la Constitution garantit les prérogatives cantonales en matière de politique sociale, la révision de la LECCT revient de fait sur des volontés populaires exprimées en toute connaissance de cause pour faire primer des intérêts privés bien particuliers.

La révision de la LECCT semble en effet ne servir que les seuls intérêts particuliers de quelques patrons (arrivant pourtant très bien à payer les salaires minimaux cantonaux), le tout au détriment du pouvoir d'achat des salarié-e-s les plus précaires, du respect des décisions démocratiques exprimées dans les cantons et des principes constitutionnels et du fédéralisme.

Une acceptation de la mise en œuvre de la motion 20.4738 Ettlín reviendrait à faire de la baisse des salaires dans des secteurs à bas salaire ayant pourtant les capacités économiques d'assurer des salaires dignes la priorité politique du moment. Autant dire qu'une telle révision de loi, si tant est qu'elle soit acceptée par l'Assemblée fédérale, aura du mal à convaincre la population.

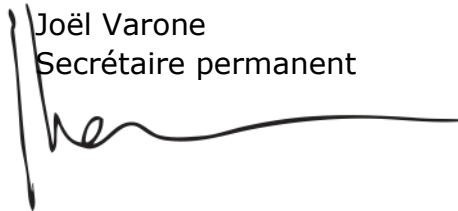
La CGAS y est donc totalement opposée, et rejoint le Conseil fédéral dans son invitation à la refuser.

En vous remerciant de l'attention portée à la présente prise de position, recevez, Madame, Monsieur, l'expression de nos meilleurs messages.

Davide De Filippo
Président



Joël Varone
Secrétaire permanent





Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

info.paga@seco.admin.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

Basel, 16. April 2024

Regierungsratsbeschluss vom 16. April 2024

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF; Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Vernehmlassung
Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 gab das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF den Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N in Vernehmlassung. Der Regierungsrat dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

1. Motion Ettlín

Der Regierungsrat verweist auf die Stellungnahme der Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK) vom 18. März 2024 an Bundesrat, die seine volle Unterstützung findet. Die vorgeschlagene Änderung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG lehnt der Regierungsrat ab, weil damit ein weitreichender Eingriff in die kantonale Souveränität erfolgt, welcher die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone beschneidet. Denn damit würden die Bestimmungen eines allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages *ave GAV* höher gewichtet als ein demokratischer Volksscheid in den Kantonen. Es muss weiterhin in der Kompetenz der Kantone liegen, sozialpolitische Massnahmen im arbeitsrechtlichen Bereich festzulegen.

2. Motion WAK-N

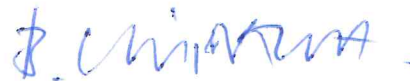
Der Regierungsrat begrüsst die vorgeschlagenen Ergänzungen von Art. 5 Abs. 3 und 4 AVEG. Die Möglichkeit für die einem *ave GAV* unterstellten Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden, Einsicht über die Verwendung der Beiträge zu erhalten, ist sinnvoll. Es handelt sich um ein legitimes Interesse der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden zu erfahren, wie ihre Beiträge (durch Lohnabzüge und Zahlungen) verwendet werden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen gerne das Amt für Wirtschaft und Arbeit, Michael Mauerhofer, michael.mauerhofer@bs.ch, Tel. 061 267 78 87, zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Lukas Engelberger
Vizepräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Dagmersellen, 22. April 2024 / kim/afu

**Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion
20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Plattenverband (SPV) ist der Branchen- und Arbeitgeberverband der Schweizerischen Plattenleger- und Plattenhandelsbranche. Der SPV vertritt die Interessen von rund 400 Plattenleger und Plattenhandelsfirmen in der deutschen und italienischen Schweiz. In der Westschweiz werden die Interessen der rund 120 organisierten Plattenleger und Plattenhändler über die Fédération Romande du Carrelage (FeRC) wahrgenommen. Die organisierten Mitglieder des SPV und der FERC vertreten über 80% aller im Markt tätigen Mitarbeiter im Plattenlegergewerbe.

Gerne nehmen wir im obengenannten Vernehmlassungsverfahren wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

Der SPV befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der



Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess der SPV diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie der SPV zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu



Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der



Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110.

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»



Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen.

Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.



V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach



Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli



2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).



Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Für den Schweizerischen Plattenverband

Konrad Imbach
Präsident Zentralvorstand

Andreas Furgler
Geschäftsführer

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Chur, 19. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroGraubünden, der grösste Arbeitgeberverband des Bündner Gastgewerbes mit rund 1'000 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.), nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

GastroGraubünden befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroSuisse diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie **GastroGraubünden** zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlin

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volkssentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlin trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des

Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlins deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlins verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonalen gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der Haltung von GastroGraubünden.

Freundliche Grüsse



Franz Sepp Caluori
Präsident



Marc Tischhauser
Direktor

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben
GastroSuisse
Verband für Hotellerie und Restauration
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5351952

Zürich, 27. März 2024

Rechtsgutachten

**über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen**

von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither sind wieder verschiedene Bestrebungen im Gange, Lohnuntergrenzen in den Kantonen einzuführen und durchzusetzen. Derzeit haben die Kantone Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen eingeführt.
- 2 Seit einem in Teilen der Lehre mit Skepsis aufgenommenen höchstrichterlichen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg¹ ist es grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.²
- 3 Vor diesem Hintergrund befürchten verschiedene Autoren, dass dadurch ave GAV geschwächt werden, die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage gestellt wird und allgemein eine Rechtsunsicherheit bestehen wird.
- 4 Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion Baumann, Nr. 18.3934, eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Im Jahr 2020 ist die Motion Ettlín, Nr. 20.4738, eingereicht worden. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Bei allen anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen würden kantonale Vorgaben den ave GAV vorgehen. Der Nationalrat hat in der Wintersession 2022 den Entscheid des Ständerats bestätigt und die Motion Ettlín angenommen.

¹ BGE 143 I 403.

² Vgl. MADUZ/SCHMID, 271 ff.

- 5 In seiner Stellungnahme sowie in den parlamentarischen Beratungen zu dieser Motion hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion vorgeschlagen, weil die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert seien, und kantonales Recht darstellen, das die Kantone verfassungsgemäss als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen und bezieht sich dabei auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 21. Juli 2017.³
- 6 Im Erläuternden Bericht des Bundesrats vom 24. Januar 2024 stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des mittlerweile auf den Mindestlohn beschränkten Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Er hat dennoch verschiedene Lösungen geprüft. Mit der angestrebten Vernehmlassungsvorlage würde Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend ergänzt werden, dass künftige Bestimmungen von GAV, die niedrigere Mindestlöhne als die in den kantonalen Gesetzen festgelegten vorsehen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung sind diese Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufs anwendbar, wobei die GAV sowohl des Bundes als auch der Kantone betroffen wären.⁴ Von einer Änderung des OR und der BV hat der Bundesrat abgesehen.⁵ Der Bundesrat begründet seine kritisch Haltung wie folgt: *«Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen die Problematik eines Mindestlohns fällt, ergebe sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 BV und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Die Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegendes sozialpolitisches Ziel verfolgen, sind Teil der öffentlich-rechtlichen Schutzmassnahmen, die die Kantone trotz der zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Arbeit grundsätzlich weiterhin erlassen dürfen, und ergänzen die öffentlich-rechtlichen Massnahmen des Bundes, die im ArG und seinen Verordnungen verankert sind. Solche Massnahmen bezwecken die Bekämpfung der Armut und verstossen folglich nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Umsetzung der Motion Ettlín, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verletzt die Aufteilung der Kompetenzen*

³ Erläuternder Bericht, 4 und 8.

⁴ Erläuternder Bericht, 6.

⁵ Erläuternder Bericht, 7.

zwischen Bund und Kantonen – einen Grundsatz, der von der Bundesverfassung garantiert wird.»⁶ Der Bundesrat bemängelt weiter, dass «Die Umsetzung der Motion auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität [verstosse], der aus Art. 5 Abs. 1 BV hervorgeht. Daraus leitet sich der Grundsatz der Normenhierarchie ab, der verlangt, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstösst. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht. Aus Sicht der Normenhierarchie ist ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.»⁷ Die nunmehr fragliche Vernehmlassungsvorlage betreffend Änderung des AVEG lautet wie folgt (*kursiv*):

- 7 Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemein verbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

B. Fragestellung

- 8 Im Nachgang an den Erläuternden Bericht des Bundesrats, möchte Gastro-Suisse, ein Schweizerischer Arbeitgeberverband des Gastgewerbes, nachfolgende Fragen betreffend den zu ändernden Art. 2 Ziff. 4 AVEG klären:
- Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?
 - Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz

⁶ Erläuternder Bericht, 13.

⁷ Erläuternder Bericht, a.a.O.

in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?

- Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in Ave GAV mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?
- Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?
- Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?
- Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?
- Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Autor/in, in: SGK, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das neue Parlamentsgesetz im Lichte der Staatsleitungsreform, in: LeGes, 2003/2, S. 21-30.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürcher Diss., Zürich/St. Gallen 2019.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998.

- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, (zit. Autor/in, Handkomm. ArG, Art. ... N ...).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020.
- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Kapitel 28, S. 1165-1209.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, ArG Kommentar, 8. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- MADUZ CHRISTIAN/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2017, S. 271-279.
- PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2018, S. 294-297.
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.
- TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Autor/in, in: BSK, Art. ... N ...).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: ARV online 2014, Nr. 1.

B. Rechtsgrundlagen

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (zit. OR).
- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 (zit. AVEG).

- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11 (*zit. ArG*).

C. Materialien

- Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBI 2013 1211 (*zit. Botschaft, Mindestlohn, 1211, ...*).
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf vom 10. Oktober 2012, BBI 2012 8513 (*zit. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, ...*).
- Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtabreitsverträgen (AVEG) vom 24. Januar 2024, S. 1-15 (*zit. Erläuternder Bericht, ...*).
- Entwurf zum Entsendegesetz, BBI 2021 1121.
- Memorandum vom 10. September 2017.
- Motion 20.4738, Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen vom 18. Dezember 2020.
- Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» vom 7. Juni 2018.

III. RECHTLICHES

A. Vereinbarkeitskontrolle der Motion bzw. des Vernehmlassungsentwurfs

1. Einleitung

- 9 Die Motion bzw. der Vernehmlassungsentwurf soll nach Ansicht des Bundesrats mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen und begründet

dies im Wesentlichen damit, dass das Gesetzgebungsvorhaben eine Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung mit sich bringen würde.⁸

10 Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV halten die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ihrem Grundsatz nach fest (sog. Maxime der Einzelermächtigung), wonach der Bund nur über jene Befugnisse verfügt, die ihm die Verfassung zuweist.⁹ Als Folge des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung, bezweckt Art. 49 BV die Schaffung einer einheitlichen, in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung und dient damit der Rechtssicherheit.¹⁰

11 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV bestimmt, dass die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen können (sog. nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz¹¹).¹² Der Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone¹³ wird entsprechend durchbrochen, womit Bundesrecht als höhere Hierarchiestufe im Konfliktfall kantonalem Recht als tiefere Hierarchiestufe vorgehen.¹⁴ Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁵ Eine an sich abschliessende Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich schliesst jedoch dann eine kantonale Lösung nicht aus, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts.¹⁶ Die Kantone dürfen vielmehr im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen Vorschriften erlassen, soweit sie nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln.¹⁷ Schliesslich gilt, dass den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In

⁸ Erläuternder Bericht, 7 und 13.

⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6.

¹⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 4.

¹¹ BGE 144 III 155 E. 4.3.

¹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1092 ff.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052 ff.

¹⁴ Vgl. Epiney, BSK BV, Art. 5 N 55 f.; BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

¹⁵ BGE 138 I 468 E. 2.6; BGE 138 I 454 E. 3.6.3.

¹⁶ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 137 I 167 E. 3.4.

¹⁷ BGE 138 I 435 E. 3.1; BGE 138 I 356 E. 5.4.2.

solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden.¹⁸ Dies gilt auch für die ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes, die hier aber nicht in Frage stehen. Bei den ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes erlischt die kantonale Kompetenz bei Inkraftsetzung der entsprechenden Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes in der BV.¹⁹ Im vorliegenden Fall geht es jedoch sowohl in Art. 110 BV wie auch in Art. 122 BV um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen, die einerseits die kantonalen Kompetenzen erst dann derogieren, wenn der Bundesgesetzgeber ein Gesetz erlassen hat und andererseits den Kantonen den Spielraum belässt, in demselben Sachbereich Gesetze zu erlassen, wenn sie einen anderen Zweck verfolgen und nicht zur Vereitelung von Bundesrecht führen.²⁰

2. Vereinbarkeit kantonaler Mindestlöhne mit der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich der Arbeit

12 Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen der hier interessierende Vernehmlassungsentwurf betreffend den Mindestlohn fällt, ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art. 110 BV und für das Zivilrecht aus Art. 122 BV.²¹ Beide Bestimmungen begründen nach Lehre²² und Rechtsprechung²³ eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* zugunsten des Bundes mit *nachträglich derogatorischer Wirkung*. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Diese Gesetzgebungsermächtigungen können sich zudem aufgrund allgemeiner Zielvorgaben (z.B. Art. 41 BV; Art. 94 BV) zu Handlungsaufträgen verdichten.²⁴

¹⁸ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 138 I 435 E. 3.1.

¹⁹ HÄNER, Organisationsrecht, Rz. 28.15 m.w.H.

²⁰ HÄNER, Organisationsrecht, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1092 ff.

²¹ BGE 143 I 403 E. 7.2; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 1.

²² BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 3.

²³ BGE 139 I 242 E. 3.1; BGE 97 I 499 E. 3.a.

²⁴ BIAGGINI, OFK BV, a.a.O.

- 13 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird über das *Ziel des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* definiert und ist ausserordentlich weit gefasst.²⁵ Der Begriff «Schutz» ist facettenreich und weit zu verstehen, womit er nicht nur die Aspekte Gesundheit und Sicherheit, sondern auch das in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV formulierte Sozialziel bzgl. Bestreitung des Lebensunterhalts durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen konkretisiert.²⁶ Keine Rolle spielt daher, ob das Arbeitsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist oder um welchen Wirtschaftssektor es sich handelt.²⁷ Es gibt m.a.W. kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum weiteren Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legiferieren dürfte,²⁸ womit eine Ausweitung des geltenden Schutzzumfangs grundsätzlich möglich erscheint.²⁹
- 14 Die Frage, ob sich aus dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer *Existenzsicherung* direkt aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist bislang unbeantwortet geblieben. Die Schweiz kennt derzeit keinen umfassenden staatlichen Schutz von Mindestlöhnen, die dem Schutz eines existenzsichernden Einkommens bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit dienen.³⁰ Nach Ansicht des Bundesrats lässt sich dies damit erklären, dass die Lohnbildung auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft beruht und zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.³¹ Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung, welche die schweizerische Praxis bislang prägt, spricht nach Ansicht der Lehre³² allerdings nicht dagegen, dass auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV³³ – oder aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz³⁴ – Mindestlohnvorschriften geschaffen werden, die dem Arbeitnehmer-

²⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 22.

²⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 4; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 2; GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 9 f. m.w.H.

²⁷ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23.

²⁸ GÄCHTER, SGK, a.a.O.

²⁹ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23 m.w.H.

³⁰ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³¹ Botschaft Mindestlohn, 1211, 1227 und 1236.

³² Vgl. CARDINAUX, BSK BV, Art. 110 N 25, wonach Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung kantonaler Bestimmungen bzgl. Lohnfreiheit zulässt; ferner GEISER, 809 m.w.H.

³³ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³⁴ WILDHABER, Rz. 58 ff.

schutz dienen. Immerhin lassen sich denn auch verschiedene Instrumente verorten, die dem Mindestlohnschutz dienen, namentlich Gesamtarbeitsverträge oder allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.³⁵

- 15 Vor dem Hintergrund, dass Art. 110 Abs. 1 BV eine umfassende Regelungskompetenz beinhaltet und nachträglich-derogatorisch wirkt, wird den Kantonen keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt.³⁶ Folglich dürfen die Kantone keine weitergehenden Arbeitsschutzbestimmungen erlassen, da dies den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz gefährden würde³⁷ und der Bund mit dem Erlass des ArG von seiner Kompetenz im Arbeitnehmerschutz zu legiferieren, Gebrauch gemacht hat; das ArG enthält namentlich Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und stellt rechtsprechungsgemäss eine umfassende Regelung in Bezug auf den allgemeinen Schutz der Arbeitnehmenden bereit.³⁸ Ausdrückliche Vorbehalte bestehen im ArG für die sog. *Polizeivorschriften* des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, insbesondere solche über die Gesundheitspolizei (vgl. Art. 71 lit. c ArG). In diesen praktisch wichtigen Bereichen verbleibt den Kantonen noch ein gewisser Gestaltungsspielraum, der jedoch nicht zu weit interpretiert werden darf;³⁹ vorbehalten bleiben die Polizeivorschriften nur deshalb, weil sie andere (Arbeits-)Schutzzwecke verfolgen⁴⁰ bzw. diese nur nebenbei eine Schutzfunktion für Arbeitnehmende⁴¹ zukommt.⁴² Ein gewichtiger Teil der Lehre schliesst daraus, dass den Kantonen für diejenigen Branchen, die nicht vom Arbeitsschutzrecht des

³⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24; der Bund hat in weitem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, namentlich mit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR), dem Arbeitsgesetz und dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

³⁶ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; BGE 139 I 242 E. 3.2.

³⁷ TSCHUDI, 20.

³⁸ BGE 143 I 304 E. 7.5.1 f.

³⁹ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; vgl. MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16 und N 21;

⁴⁰ MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴² Soweit sie aber darüber hinausgehen und nur noch arbeitsrechtlich begründet werden können, sind sie aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Rz. 7) unwirksam; vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, 207 N 5.

Bundes erfasst werden, die Regelungskompetenz verbleibt,⁴³ indes die Bestimmung nicht weit ausgelegt werden darf.⁴⁴ Die Rechtsprechung hält hierzu fest, dass bei Vorliegen einer abschliessenden Bundesregelung im Sachbereich der Arbeit, eine kantonale Lösung dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sie ein *anderes Ziel* verfolgt als dasjenige des Bundesrechts, wie z.B. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit⁴⁵ oder bei sozialpolitischen Massnahmen⁴⁶ (vgl. sogleich nächster Absatz);⁴⁷ m.a.W. kann eine kantonale Regelung dann nicht mehr Bestand haben, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird.

- 16 Im Zusammenhang mit kantonalen Mindestlohnvorschriften bleiben nach der jüngsten Rechtsprechung kantonale Mindestlohnvorschriften in eingeschränktem und engem Rahmen zulässig⁴⁸, da diese nach Ansicht des Bundesgerichts als *sozialpolitische Massnahme* (und nicht als ausschliesslich dem Bundesgesetzgeber vorbehaltene *wirtschaftspolitische Massnahme* gelten) und damit als Instrument zur Bekämpfung der Armut dienen bzw. dem Phänomen des «*working poor*» entgegenwirken soll.⁴⁹ Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 allerdings noch festgehalten, dass die Ansicht, wonach der Lohn – und dazu gehört auch der Mindestlohn – im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist und Art. 110 BV der allgemeinen Armutsbekämpfung diene.⁵⁰ Nach neuerer Auffassung des Bundesgerichts ist demgegenüber ein kantonaler Mindestlohn dann erlaubt, wenn damit das sozialpolitische Ziel erhalten bleibt, indem sich die kantonalen Mindestlohnvorschriften jenen der Sozialversicherungs- und

⁴³ Vgl. Überblick bei Gächter, SGK, Art. 110 N 25; bejahend WILDHABER, Rz. 7; CARDINAUX, BSK, Art. 110 N 25; wohl PÄRLI, 296; verneinend MADUZ/SCHMID, 278 f.; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5; im Übrigen war mit dieser Argumentation die Einführung eines kantonalen Mindestlohns im Kanton Neuenburg überhaupt möglich. Namentlich habe mit dem Erlass des OR, ArG und des AVEG der Bund die Frage der Mindestlöhne nicht vollständig und abschliessend geregelt. Eine kantonale Kompetenz, einen Mindestlohn aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen festzulegen, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, 8521.

⁴⁴ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; MAHON/BENOÏT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16; ferner MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴⁵ BGE 139 I 242 E. 3.1.

⁴⁶ Anders als wirtschaftspolitische Massnahmen scheiden sozialpolitisch motivierte Einschränkungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 94 BV aus bzw. verbleiben derartige Einschränkungen den Kantonen, vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; ferner RICHLI, N 605 m.H.

⁴⁷ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁸ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁹ BGE 143 I 403 E. 7.5.3.

⁵⁰ BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.2.1 f.

Sozialhilfebeiträgen annähern;⁵¹ andernfalls liegt ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff vor, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt.

- 17 Angesichts dieser Rechtsprechung (vgl. Rz. 15 f.) zählt ein kantonaler Mindestlohn nicht zum Arbeitsschutzrecht des Bundes, sondern soll rechtsprechungsgemäss ein Instrument der Armutsbekämpfung darstellen, weshalb es den Kantonen teilweise erlaubt ist in diesem Sachbereich zu legislieren.⁵² Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten⁵³, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet.⁵⁴ Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat auf denselben Sozialschutzgedanken gezielt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Initiative aus dem Kanton Neuenburg.⁵⁵ Zudem verkennt das Bundesgericht, dass der Bundesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 Abs. 1 BV legislatorisch denselben Schutzzweck verfolgen kann wie die Kantone mit ihren Mindestlohngesetzen, namentlich das Ziel, die Armut zu bekämpfen und dafür zu sorgen, dass jedermann angemessen von den Früchten seiner Arbeit leben kann.⁵⁶ Das französischsprachige Bundesgerichtsurteil setzt sich zudem über die Ausführungen des Gesetzgebers – und letztlich des Volks und sämtlicher Stände – vollständig hinweg, indem es sich mit den Ausführungen bzgl. (Un-)Geeignetheit von Mindestlöhnen in der damaligen Botschaft *nicht auseinandersetzt*.⁵⁷ Der Bundesrat hat dort immerhin festgehalten, dass die Armut vielfältige Ursachen hat und sich nur teilweise durch tiefe Löhne erklären lässt, da ein Grossteil der von Armut betroffenen Personen nicht erwerbstätig ist. Auch tragen andere sozioökonomische Eigenschaften wie die Zusammensetzung des Haushalts, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder der Migrationsstatus ebenfalls zur Armut bei.⁵⁸ Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine *Zielkonkurrenz*⁵⁹, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung

⁵¹ BGE 143 I 403 E. 5.4.3; vgl. BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3 (Volksinitiative Genf).

⁵² GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26.

⁵³ MADUZ/SCHMID, 274.

⁵⁴ BBI 2014 6349, 6353, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014.

⁵⁵ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1224 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1227 und 1245.

⁵⁷ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1236 f.

⁵⁸ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1245.

⁵⁹ Begrifflich kann man auch von der sog. *Kompetenzkumulation* sprechen. Eine solche liegt vor, wenn für einen Sachverhaltskomplex kumulativ die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone zur Anwendung gelangen können, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1096.

durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt.⁶⁰

- 18 Vor dem Hintergrund gleichgerichteter Schutzzwecke verbleibt selbst nach Änderung des AVEG den Kantonen weiterhin eine engmaschige Regelungskompetenz die Ursachen der Armut mit gesetzlichen Mindestlöhnen zu bekämpfen, soweit sie nicht *ave* GAV betreffen. Mithin bleibt die Kompetenz der Kantone, zum Erlass von Mindestlohnvorschriften im Bereich des nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV bestehen. Beispielsweise kann im kantonalen Mindestlohngesetz der Vorrang des *ave* GAV erklärt werden oder das kantonale Mindestlohngesetz nimmt die *ave* GAV von dessen Geltungsbereich aus.⁶¹

3. **Notwendigkeit allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohnbestimmungen in GAV**

- 19 Gesamtarbeitsverträge (GAV) sind Verträge, in denen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (vgl. OR 356). Im Wissen um das typische Machtgefälle im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer, das durch Wettbewerb allein nicht ausgeglichen werden kann, sollen derartige Gruppenvereinbarung als legitime Methode zur Koordination auf dem Arbeitsmarkt zum Einsatz kommen.⁶²

- 20 GAV können *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bezeichnet man die Anordnung der zuständigen Behörde, mit der auf Antrag aller Vertragsparteien der Geltungsbereich eines GAV auf nicht

⁶⁰ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, a.a.O.

⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. h Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200, wonach Personen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen oder einem Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen unterstehen, vom basel-städtischen Mindestlohngesetz ausgenommen sind.

⁶² BIAGGINI, OFK, Art. 110 N 7; vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 34.

am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (sog. «Aussenseiter») ausgedehnt wird (vgl. Art. 1 AVEG). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt⁶³ bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.⁶⁴

21 Die Gründe einer solchen Ausdehnung infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung sind unterschiedlich: Bei der zunehmenden Arbeitsmigration soll einerseits der sog. Schmutzkonzurrenz von Lohnunterbietenden Unternehmen, vornehmlich aus dem Ausland, entgegengewirkt werden;⁶⁵ andererseits besteht häufig in Branchen mit vielen Kleinbetrieben ein entsprechender Wunsch.⁶⁶ Gerade im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des FZA und der damit einhergehenden Freizügigkeit im Personenverkehr hat der Gesetzgeber zusätzlich flankierende Massnahmen in Kraft setzen lassen, um der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen infolge von Lohn- oder Sozialdumping in der Schweiz entgegenzuwirken.⁶⁷ Ein gewichtiges Element dieser flankierenden Massnahmen bildet neben dem hierfür verabschiedeten Entsendegesetz (EntsG)⁶⁸ die Möglichkeit GAV allgemeinverbindlich zu erklären.⁶⁹

22 Der wohl gewichtigste Grund Mindestlohnbestimmungen in GAV allgemeinverbindlich zu erklären, lässt sich im Zusammenhang mit der grenznahen Arbeitsmigration rechtfertigen: In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin, welche kantonale Mindestlohngesetze kennen, sind Mindestlohnbestimmungen lediglich auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit gewöhnlich auf Kantonsgebiet verrichten.⁷⁰ Ähnlich verhält es sich

⁶³ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1100.

⁶⁴ BGE 138 V 32 E. 4.1; vgl. BGE 98 II 205 E. 1; vgl. auch BGE 128 II 13 E. 1d und E. 2a, wonach gegenüber den Aussenseitern der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung als Erlass zu betrachten ist.

⁶⁵ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; Wildhaber,

⁶⁶ Portmann/Wildhaber, Rz. 1099.

⁶⁷ Wildhaber, Rz. 9.

⁶⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁶⁹ WILDHABER, Rz. 10.

⁷⁰ BBI 2021 1120, S. 30

im Kanton Basel-Stadt.⁷¹ Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen.⁷² Folglich können diese ihre Preisunterschiede durch Lohndumping ausgleichen. Akzentuiert wird die Ungleichbehandlung, wenn die kantonalen Mindestlohngesetze vorsehen, dass diese den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbarten Mindestlöhnen vorgehen, sofern er höher ist als diese wie beispielsweise in den Kantonen Neuenburg und Genf.⁷³ Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

- (i) Aus diesem Grund ist es auch nachvollziehbar, dass Teile des eidgenössischen Gesetzgebers das Entsendegesetz mit einer Motion dahingehend anpassen wollten, dass ausländische Arbeitgeber, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.⁷⁴
- (ii) Die gesetzgeberischen Bestrebungen die kantonalen Mindestlohnbestimmungen im EntsG zu implementieren, sind allerdings gescheitert und der Ständerat hat einen Nichteintretensentscheid gefällt.⁷⁵ Man hat befürchtet, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien.⁷⁶

⁷¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. i Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200.

⁷² Vgl. BBI 2021 1120, S. 31.

⁷³ Erläuternder Bericht, 4 und 7.

⁷⁴ Vgl. Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. August 2018; vgl. BBI 2021 1121, S. 1, Art. 2 Abs. 1^{bis} E-EntsG.

⁷⁵ Vgl. das Geschäft des Bundesrats 21.032, URL: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210032>.

⁷⁶ Vgl. bereits die kritischen Stimmen im Vernehmlassungsverfahren, BBI 2021 1120, S. 16.

23 Die Vernehmlassungsvorlage kann vor diesem Hintergrund der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegenwirken. Mit dem gegenwärtigen Wortlaut versteht sie sich als *wirtschaftspolitische Massnahme* des eidgenössischen Gesetzgebers, um den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz zu gewährleisten, ohne dass hierfür zu stark in den bereits bestehenden kantonalen Mindestlohnschutz eingegriffen würde, wären doch zur Zeit lediglich zwei Kantone von der Vernehmlassungsvorlage betroffen.

B. Verhältnis zwischen Motion und Vernehmlassungsentwurf

24 Es gehört zur Staatsleitungsaufgabe des Parlamentes, eigene staatspolitische Beurteilungen vorzunehmen und das Handeln des Bundesrates in diesem Sinne zu beeinflussen und zu steuern.⁷⁷ Häufig genutztes Handlungsinstrument zur verbindlichen Steuerung des exekutiven Handelns ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (vgl. Art. 120 ParlG). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse bereits aus Gewaltenteilungserwägungen möglichst unverändert zu übernehmen, wobei die rechtliche Durchführbarkeit die Unveränderlichkeit parlamentarischer Verstösse absteckt (vgl. Art. 122 Abs. 3 ParlG).

25 Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat die Möglichkeit geprüft und vorgeschlagen hat, die Motion Ettlins wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben⁷⁸, hat er trotz bestehender Bedenken der Motion erlaubterweise einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt.

⁷⁷ Ehrenzeller, 24 f.

⁷⁸ Erläuternder Bericht, 7.

Eingereichter Text (exkl. Ferien und 13. Monatslohn)	Gesetzesentwurf / Vernehmlassungsentwurf
<p>Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4 Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.</p>	<p>Art. 1 AVEG unverändert</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.</p>

26 Die Motion hält zunächst explizit das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen (vgl. Absatz 4 des Artikels 1). In Art. 2 AVEG nimmt die Motion den ähnlichen Wortlaut – ohne Kantone – von Art. 358 OR auf und statuiert das Günstigkeitsprinzip, welches aber ohnehin bereits in Art. 358 OR verankert ist. Artikel 2 der Motion statuiert eine Gegenausnahme gegenüber dem neuen *Absatz 4 des Artikels 1*, wonach grundsätzlich der GAV nicht zwingendem Recht des *Bundes* widersprechen darf, aber ausnahmsweise zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können, wobei in jedem Fall – als Gegenausnahme – allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmungen zum Mindestlohn gegenüber kantonalen Bestimmungen vorgehen, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Der Motionstext hält demnach explizit fest, unter welchen Voraussetzungen ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 2) und statuiert für allgemeinverbindlich erklärte GAV eine Kollisionsregel gegenüber kantonalen Bestimmungen (Art. 1).

27 Der Vernehmlassungsentwurf (Gesetzesentwurf) ist gesetzessystematisch ausschliesslich bei den allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit festgehalten (vgl. Abbildung) und spricht – im Gegensatz zum Motionstext – von zwingendem und nicht nur von anderslautenden Bestimmungen der Kantone. Beim Motionstext stellt sich daher die Frage, ob nicht auf die Unterscheidung

zwischen zwingendem und anderslautendem kantonalem Recht verzichtet werden könnte. Die ersatzlose Streichung von «zwingend» lässt sich folgendermassen begründen: Der Motionstext birgt insofern einen Interpretationsspielraum, als in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ein Günstigkeitsprinzip zwar statuiert wird, sofern sich aus dem «zwingenden Recht» – zu welchem auch das kantonale Recht und damit eine kantonale Lohnuntergrenze – nichts anderes ergeben würde, aber Bestimmungen des ave GAV zum Mindestlohn «anderslautenden Bestimmungen der Kantone» vorgehen (neuer Art. 1 AVEG, neuer Abs. 4) würden. Konsequenterweise müsste dann ermittelt werden, ob mit anderslautenden Bestimmungen der Kantone auch zwingendes Recht (der Kantone) miteingeschlossen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Vernehmlassungstext in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ausschliesslich von *zwingendem* kantonalem Recht spricht und keinen Verweis auf das Günstigkeitsprinzip enthält, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Motionstext, wobei auch beim Vernehmlassungstext der besseren Verständlichkeit halber auf den Begriff «zwingend» verzichtet werden sollte, da impliziert wird, der Bundesgesetzgeber unterscheide zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht.

28 Der Bundesrat hält allerdings richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat.⁷⁹

29 Einen gewissen Interpretationsspielraum belässt der Vernehmlassungstext bei der Frage des Anwendungsvorrangs: Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1, neuer Abs. 4 gemäss Motionstext nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, während die Motion in Art. 1 AVEG explizit festhält, dass ave GAV Bestimmungen, insbe-

⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, 6.

sondere zu Mindestlöhnen, anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Aus dem Vernehmlassungstext ergibt sich aber implizit, dass Bestimmungen über Mindestlöhne – selbst dann – allgemeinverbindlich zu erklären sind, wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert mit diesem zweiten Satz in Art. 2 Ziff. 4 AVEG gegenüber dem ersten Satz eine Sonderausnahme im Bereich möglich entgegenstehender kantonaler Lohnuntergrenzen und klärt damit die Frage, *ob* eine Allgemeinverbindlicherklärung angeordnet werden darf. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohnbestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im einzelnen Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Dogmatisch handelt es sich um einen Anwendungsfall der Regel *lex superior derogat legi inferiori*, kann der Bundesgesetzgeber doch wie oben aufgezeigt auch im Bereich der Armutsbekämpfung legislieren (Rz. 16 f.). In derartigen Normenkollisionsfällen kann nach dem Motionstext grundsätzlich kein materiellrechtlicher Anspruch auf einen durch das kantonale Recht gewährten Mindestlohn entstehen – selbst dann nicht – wenn dieser gegenüber einem allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn höher ist.⁸⁰ Umgekehrt, müsste aber ein nach ave GAV höherer Mindestlohn bezahlt werden trotz eines kantonale tiefer vorgesehenen Mindestlohns. Vor dem Hintergrund, dass der Motionstext explizit sich zum Anwendungsvorrang äussert, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

⁸⁰ Die sog. «Rezeptionsklausel» nach Art. 342 Abs. 2 OR, wonach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus dem kantonalen Recht zivilrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können wie beispielsweise Bestimmungen zum Lohn oder Schutzmassnahmen (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 342 N 5 f.), würde im Ergebnis mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 AVEG (gemäss Motionstext) ausser Kraft gesetzt.

C. Verhältnis zwischen der Motion und Art. 358 OR

30 Art. 358 OR beschreibt das Verhältnis der Bestimmungen eines GAV zum zwingenden Recht: Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Die Bestimmung bezeichnet demnach die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, sofern dies zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (sog. Günstigkeitsprinzip).⁸¹ Wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür vorgesehen ist, kann zudem selbst *zu Ungunsten* der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abgewichen werden wie beispielsweise Art. 335c Abs. 2 Halbsatz 2 OR belegt.⁸²

31 Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird *just* in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave* GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 1.

⁸² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 2 m.w.H.

D. Mögliche Alternativen

- 32 Der Bundesrat hat geprüft, ob Art. 358 OR, welcher mit Art. 2 Abs. 4 AVEG in Verbindung steht, angepasst werden soll. Er hält aber fest, dass jegliche Änderung dieses Artikels ohne eine Beschränkung der Ausnahme auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgeschlossen erscheine. Dadurch würde es nämlich möglich, irgendeinen GAV abzuschliessen, um vom kantonalen Mindestlohn abweichen zu können, was die kantonalen Gesetze vollständig aushöhlen würde.⁸³ Nach Ansicht des Bundesrats stellt sich demnach der Vorrang sämtlicher GAV-Bestimmungen gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht nicht.
- 33 Folgt man der Argumentation des Bundesrats bestünde trotzdem die Möglichkeit Art. 358 OR direkt dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte. Ein solcher Vorrang sämtlicher Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist. Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat, wenn er festhält, dass sich die Motion klar auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV konzentriert und auf das AVEG abzielt.⁸⁴
- 34 Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte.⁸⁵ Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.). Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde (vgl. Rz. 13, Rz. 14 ff.). Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR

⁸³ Erläuternder Bericht, 6.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, 7.

⁸⁵ Erläuternder Bericht, 7.

dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.⁸⁶

IV. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

– *Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?*

35 Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17).⁸⁷ Einerseits bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohn als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden (vgl. insb. Rz. 21). Es hätte hier zudem am Bundesrat gelegen, spätestens im Rahmen der Gewährleistungsprüfung der Kantonsverfassung des Kantons Neuenburg festzuhalten, dass die Frage des Mindestlohns vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest heikel sein kann.⁸⁸ Dies umso mehr, als sich die weitläufige Bundesgesetzgebung im Arbeitsrecht mit dem kantonalen Recht mehr und mehr verzahnen können.⁸⁹ Andererseits ist ein Mindestlohn ein zulässiges, wenngleich kaum bzw. wenig geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Armut bzw. *working poor*. Der Bund ist aber kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechnigt, existenzsichernde, mit hin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird (Rz. 14 ff.). Vorliegend geht aber weder die Vernehmlassungsvorlage noch die Motion soweit, dass die Kantone im Bereich des Mindestlohns sämtliche Rechtsetzungskompetenz verlustig

⁸⁶ Vgl. ferner Memorandum vom 10. September 2017, 4 f.

⁸⁷ Der Vernehmlassungsentwurf zielt inhaltlich in die gleiche Richtung ab wie die Motion, wobei die Ferien und der 13. Monatslohn mangels Kompetenz nicht mehr geregelt worden sind (vgl. Rz. 24).

⁸⁸ Vgl. aber BBl 2012 8513, 8521 f.

⁸⁹ Vgl. FUHRER, 18 m.w.H.

gingen, sondern der Bundesgesetzgeber würde von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich im Bereich allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne legislieren, mithin im Geltungsbereich des AVEG, und die Bestimmung wäre auch nur dann anwendbar, wenn kantonales Recht den neuen AVEG-Bestimmungen entgegenstünde, namentlich wenn sie einen höheren Mindestlohn als im *ave GAV* vorsähen.

– *Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?*

36 Ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wird vom Bundesrat damit begründet, dass mit dem Vorrang von Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV vor dem kantonalen Recht die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verletzen würde. Zudem soll die Motion das Legalitätsprinzip verletzen. Entschieden entgegenzuhalten ist, dass der Bundesgesetzgeber kraft der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 BV *umfassend* – somit auch im Bereich sozialpolitischer Massnahmen – legislieren kann (sofern Mindestlöhne als solche ohnehin nicht schon wirtschaftspolitische Massnahmen darstellen). Art. 110 BV konkretisiert nach Ansicht der Lehre die in Art. 41 BV definierten Sozialziele und hält rechtsprechungsgemäss fest, dass der Schutzzweck von Art. 110 BV die Bekämpfung der allgemeinen Armut ist, was einen Mindestlohn als Instrument zur Bekämpfung des Phänomens des *working poor* mitumfassen würde. Der Bundesgesetzgeber strapaziert weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.

– *Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in *ave GAV* mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?*

37 Die Frage zielt auf die zwei vorangestellten Fragen ab: Zum einen lässt sich argumentieren, dass das Themenfeld der Mindestlöhne (und mit ihr die flankierenden Massnahmen) Teil sämtlicher, dem Bund vorbehaltenen wirtschaftspolitischer Massnahmen bilden. Zudem lässt sich mit den oben umschriebenen Argumenten ins Feld führen, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes einem Vorrang der Mindestlöhne in *ave* GAV gegenüber (zwingendem) kantonalem Recht nicht entgegenstehen – dies aus der Überlegung, dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. Es kann folglich dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber *just* den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen (vgl. insb. Rz. 16 zur Mindestlohn-Initiative).

– *Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?*

38 Der Bund hat richtigerweise die Motion inhaltlich auf den Mindestlohn beschränkt, da die Kantone ohnehin nicht rechtsetzungskompetent sind, Anordnungen im Hinblick auf Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. In gesetzessystematischer Hinsicht unterscheiden sich Vernehmlassungsentwurf und Motion, dahingehend, dass auf eine Wiederholung des Günstigkeitsprinzips gemäss Art. 358 OR im neu gefassten Art. 2 Ziff. 4 AVEG verzichtet worden ist (vgl. Rz. 25 f.). Der Vernehmlassungsentwurf greift das eigentlich inhaltliche Anliegen der Motion auf und hat die gleiche Zielsetzung (vgl. Rz. 27), belässt aber einen gewissen *Interpretationsspielraum* hinsichtlich der Frage des *Anwendungsvorrangs* – der Motionstext ist in diesem Punkt präziser und hält explizit einen Anwendungsvorrang fest (vgl. Rz. 29). Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

– *Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?*

39 Es besteht grundsätzlich Raum, Art. 358 OR dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte (vgl. Rz. 30 f.). Ein solcher Vorrang aller Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht wäre aber – wie bereits der Bundesrat sinngemäss festgehalten hat – aufgrund des Schwerpunkts direkt im AVEG anzuordnen. Letztlich verbleibt die Möglichkeit, Art. 358 OR mit einem neuen, zweiten Absatz zu ergänzen, indem man den Vorrang von einem GAV-Mindestlohn gegenüber einem kantonalen Mindestlohn festhält, um das Institut der Sozialpartnerschaft Nachachtung zu verschaffen.

40 Art. 358 Abs. 2 neu

41 «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags betreffend Mindestlohn gehen entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen zum Mindestlohn vor.»

– *Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?*

42 Das Parlament versucht auf vielseitige Art und Weise das Handeln des Bundesrats zu beeinflussen. Ein wichtiges Handlungsinstrument hierfür ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Könnte der Bundesrat zu stark auf dieses Handlungsinstrument Einfluss nehmen, würde er letztlich das *Prinzip der Gewaltenteilung* untergraben (vgl. Rz. 21). Vor diesem Hintergrund ist es daher zentral, dass der Bundesrat – vorbehalten der Schranke der rechtlichen Durchführbarkeit – Motionen möglichst unverändert belässt, um den parlamentarischen Willen bzw. Auftrag möglichst exakt entgegenzunehmen und nicht seinem Belieben nach verändern kann.

– *Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin gegen den Art. 358 OR?*

43 Die Motion Ettlin zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom nach Art. 358 OR statuierten Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich betreffend Mindestlohnbestimmungen das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; folglich verstösst die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin nicht der Regelung nach Art. 358 OR (vgl. Rz. 26), sondern schafft vielmehr eine spezifische Bereichsregelung, die Anwendungsvorrang geniessen soll.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner



KANTON
NIDWALDEN

LANDAMMANN UND
REGIERUNGSRAT

Dorfplatz 2, Postfach 1246, 6371 Stans
Telefon 041 618 79 02, www.nw.ch

CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
Bundesrat Guy Parmelin
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 16. April 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N Stellungnahme Kanton Nidwalden

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie uns eingeladen, im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf der Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N Stellung zu nehmen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit dazu und lassen uns wie folgt vernehmen:

Der Kanton Nidwalden teilt die Haltung der Konferenz der kantonalen Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren (VDK) und schliesst sich deren Stellungnahme an.

Der Kanton Nidwalden anerkennt das von der Motion Ettlín beabsichtigte Ziel, einen im allgemeinverbindlich erklärten GAV (ave GAV) ausgehandelten Mindestlohn zu schützen. Auch steht er uneingeschränkt hinter dem Erfolgsmodell der Sozialpartnerschaft.

Die vorgeschlagenen Änderungen greifen jedoch stark in die Autonomie der Kantone ein, da die Umsetzung der Motion Ettlín darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen. Ein allgemeinverbindlich erklärter GAV würde damit kantonalen Gesetzen oder kantonalen Verfassungen vorgehen und zwingendem kantonalen Recht widersprechen. Dadurch wird die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone beschnitten, sozialpolitisch tätig zu werden. Zudem besteht die Gefahr, dass in kantonalen Abstimmungen gefällte Volksentscheide dadurch übersteuert werden. Dies ist inakzeptabel.

Vor diesem Hintergrund lehnt der Kanton Nidwalden die von der Motion Ettlín beantragten Änderungen im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) sowie den vom Bundesrat in der ins Recht gelegten Vorlage vorgeschlagenen Änderungsvorschlag für Artikel 2 AVEG aus föderalismus- und demokratiepolitischen sowie rechtstaatlichen Gründen ab.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir.

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Michèle Blöchli
Landammann

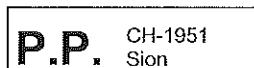


lic. iur. Armin Eberli
Landschreiber

Geht an:
- info.paga@seco.admin.ch



2024.01536



Poste CH SA

Monsieur Guy Parmelin
Conseiller fédéral
Chef du Département de l'économie, de la
formation et de la recherche
Palais fédéral
3003 Berne



Date **17 AVR. 2024**

Procédure de consultation : Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CERN-N

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Gouvernement valaisan vous remercie pour votre invitation du 24 janvier 2024 à participer à la procédure de consultation susmentionnée et vous fait part de sa détermination.

Il a pris connaissance du projet de modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) visant à mettre en œuvre les deux motions citées en titre.

S'agissant de la mise en œuvre de la motion Ettlín, le Conseil d'Etat partage la position du Conseil fédéral et ne soutient pas la modification proposée, dès lors que cette dernière va à l'encontre de plusieurs principes de l'ordre juridique suisse.

Les mesures prescrivant un salaire minimum visent un but de politique sociale ainsi que de lutte contre la pauvreté et relèvent de la compétence des cantons. La disposition du projet, qui vise à faire primer les clauses des conventions collectives de travail (ci-après : CCT) étendues relatives au salaire minimum sur le droit cantonal, viole la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération garantie par la Constitution fédérale, puisqu'elle permettrait de déroger à du droit cantonal.

La mise en œuvre de cette motion va également à l'encontre du principe de la hiérarchie des normes. Une CCT est un contrat conclu entre des associations privées et l'extension de son champ d'application n'enlève en rien son caractère de droit privé. L'arrêté d'extension ne peut ainsi primer sur une loi cantonale.

Au surplus, la conséquence de la mise en œuvre de cette motion conduirait à l'existence de deux règles parallèles qui se contrediraient, ce qui compliquerait la compréhension des entreprises et des travailleurs.

Le Conseil d'Etat soutient par contre la proposition de modification liée à la mise en œuvre de la motion 21.3599 CER-N. Les employeurs et les travailleurs soumis à une CCT étendue ont un intérêt réel et légitime à pouvoir consulter les comptes des commissions paritaires dès lors qu'ils paient à ces dernières des contributions.

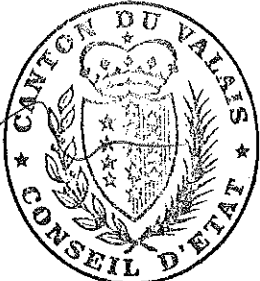
La modification proposée permet également d'instaurer davantage de transparence en matière de gestion des contributions tout en respectant le principe de proportionnalité, dans la mesure où seuls les principaux intéressés, à savoir les employeurs et les travailleurs qui paient ces contributions, bénéficient du droit de consultation.



En vous remerciant de nous avoir donné l'opportunité de nous déterminer sur le projet présenté, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre parfaite considération.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président
Christophe Darbellay



La chancelière
Monique Albrecht

The seal of the Canton of Valais Council of State is circular. It features a central shield with a crown on top, surrounded by a wreath. The text 'CANTON DU VALAIS' is written along the top inner edge, and 'CONSEIL D'ETAT' along the bottom inner edge. There are small stars on either side of the shield.

Copie à info.paga@seco.admin.ch

(Per E-Mail)
Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch



Wallisellen, 24. April 2024

Vernehmlassungsantwort zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Maler- und Gipserunternehmer-Verband (SMGV) ist der Berufs- und Arbeitgeberverband des schweizerischen Maler- und Gipsergewerbes. Er wurde am 31. Mai 1908 als Schweizerischer Maler- und Gipsermeister-Verband gegründet und vertritt derzeit die Interessen von rund 1900 Maler- und Gipserbetrieben der deutschen, französischen und italienischen Schweiz.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, uns im obengenannten Vernehmlassungsverfahren beteiligen zu können und nehmen gerne wie folgt Stellung:

I. Generelle Anmerkungen

Grundsätzlich befürwortet der SMGV den Vernehmlassungsentwurf (oder die Vernehmlassungsvorlage), welcher das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Berufsverband und damit verbunden einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (dazu Kapitel IV).

Grundsätzlich erscheint uns die Empfehlung zur Nichtumsetzung der Motion 20.4738 Ettlín durch den Bundesrat als staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. In der vorliegenden Motion Ettlín begründet der Bundesrat seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Grundsatz verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Zusammen mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden hat der Schweizerische Maler- und Gipserunternehmer-Verband (SMGV) diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Frau Prof.

Dr. Isabelle Häner überprüfen lassen. Das Rechtsgutachten kommt wie unser Berufsverband zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Wichtigkeit der Motion 20.4738 Ettlín

Das Stimmvolk lehnte bekanntlich im Jahr 2014 die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und in Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In anderen Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem oben genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen (widersprüchliche Bestimmungen...) und schafft endlich Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft einen fairen Ausgleich zwischen

Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Änderungen vornehmen, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Hingegen äussert sich der Motionstext genauer zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext.

Aus unserer Sicht setzt der Vernehmlassungsentwurf die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 358) und der Bundesverfassung ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abzuweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten,

indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat stellt richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten eine Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der *ave GAV* Mindestlohnbestimmungen.

Zudem wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Frau Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Frau Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Frau Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt,

existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne, die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für

die Lohnbildung und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Frau Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Frau Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassungsentwurf noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlins – beschränkt auf den Mindestlohn übernehmen.

Fazit

- Die unabhängige Sozialpartnerschaft in der Schweiz hat sich bewährt und ist ein Erfolgsmodell, welches grosse Akzeptanz sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmer-Seite genießt. Sie ermöglicht die Entwicklung wirksamer Mechanismen für Arbeitsbeziehungen und Kollektivverhandlungen.
- Kantonale Mindestlöhne gefährden diese unabhängige und bewährte (nationale bzw. schweizweite) Sozialpartnerschaft.
- Diese Vernehmlassungsvorlage und Motion verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. Die Einführung eines kantonalen Mindestlohnes ist als kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.
- Ein Gesamtarbeitsvertrag ist gerade auch in unserer Branche extrem wichtig, durch die AVE wird er zu staatlich vorgegebenem Recht und kommt damit Rechtsetzungsakt nahe.

- Unser GAV ist branchenspezifisch und überregional, nicht nur kantonal, auch vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich, dass ein AVE GAV kantonalem Mindestlohn vorgeht, denn kantonale Mindestlöhne sind undifferenziert und berücksichtigen nicht die Eigenheiten von verschiedenen Branchen.
- AVE GAV schaffen Rechts- und Planungssicherheit, sobald diese Gesamtarbeitsverträge vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, müssen beide Seiten darauf vertrauen können, dass die «Abmachung» gilt.
- Für uns ist m.E. auch der Aspekt der flankierenden Massnahmen sehr wichtig, weil die Motion Lohn- bzw. Sozialdumping entgegenwirken kann.
- GAV sorgen für Mindeststandards (auf beiden Seiten und bei AVE auch für nicht beteiligte), garantieren faire Wettbewerbsbedingungen und sichern den sozialen Frieden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Maler- und Gipserunternehmer-Verband SMGV



Mario Freda
Präsident



Silvia Fleury
Direktorin

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

SECO	
22. April 2024	
vorregistriert OAGSdm	

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Kerns, 17.4.2023

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroSuisse, der grösste Arbeitgeberverband des Schweizer Gastgewerbes mit rund 20'000 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.) in allen Landesgegenden, organisiert in 26 Kantonalsektionen und fünf Fachgruppen, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

GastroObwalden befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroObwalden diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie Gastro Obwalden zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlil

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlil schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlil trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlil beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzsystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohn-dumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

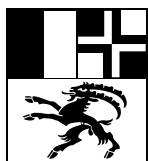
Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlin – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Bruno della Torre
Präsident



Sitzung vom

22. April 2024

Mitgeteilt den

23. April 2024

Protokoll Nr.

352/2024

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
3003 Bern

Per E-Mail an: info.paga@seco.admin.ch

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von
Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín «Sozialpart-
nerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und 21.3599 WAK-N «Transpa-
renz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»)**

Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 24. Januar 2024 in erwähnter Sache und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Motion 20.4738 Ettlín

Wir stehen hinter dem Erfolgsmodell der Sozialpartnerschaft. Die vorgeschlagene Änderung von Art. 2 Ziff. 4 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) lehnen wir jedoch dezidiert ab. Die vorgeschlagene Änderung stellt einen weitreichenden Eingriff in die kantonale Souveränität und beschneidet die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone, sozialpolitische Massnahmen zu treffen. Der Vorschlag verstösst daneben gegen das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip. Am Grundsatz, dass ein kantonales Gesetz einem zwischen privaten Verbänden abgeschlossenen Vertrag übergeordnet ist, darf nichts geändert werden. Ein Gesamtarbeitsvertrag ist ein zwischen

Privaten abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlichkeit ändert nichts an seinem privatrechtlichen Status.

Motion 21.3599 WAK-N

Die Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N betrifft die Kantone nicht unmittelbar. Aus unserer Sicht spricht nichts gegen die vom Bundesrat zur Umsetzung der Motion gewählte Variante, welche unter Wahrung der Verhältnismässigkeit Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstellt sind und Beiträge bezahlen, ein Recht auf Einsicht in die Jahresrechnungen der Paritätischen Kommissionen gewähren möchte.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Namens der Regierung

Der Präsident:

A handwritten signature in black ink, appearing to be "J. Parolini", written over a light blue circular stamp.

Dr. Jon Domenic Parolini

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to be "D. Spadin", written over a light blue circular stamp.

Daniel Spadin

6431 Schwyz, Postfach 1260

per E-Mail

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
3003 Bern
info.paga@seco.admin.ch

Schwyz, 16. April 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) den Kantonsregierungen die Unterlagen zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N zur Vernehmlassung bis 1. Mai 2024 unterbreitet.

Wir nehmen Stellung zum ersten Teil der Vorlage, welche die Umsetzung der Motion Ettlín betrifft. Die Bestimmung der Vorlage, welche die Umsetzung der Motion Ettlín bezweckt, hat eine direkte Auswirkung auf die Kompetenzen der Kantone. Sie widerspricht der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, indem sie Abweichungen von kantonalem Recht erlaubt, das die Kantone als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen. Dabei sind die Kantone wie seitens Bundesrat dargelegt bei den vorgeschlagenen Änderungen des AVEG im Bereich Mindestlohn betroffen.

Der Regierungsrat lehnt die von der Motion Ettlín beantragten Änderungen im AVEG ab. Dies gilt auch für den vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungsvorschlag für Artikel 2 AVEG.

Wir anerkennen das von der Motion Ettlín beabsichtigte Ziel, einen im allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag ausgehandelten Mindestlohn zu schützen, stehen wir doch uneingeschränkt hinter dem Erfolgsmodell der Sozialpartnerschaft. Weiter anerkennen wir, dass die Einführung eines kantonalen Mindestlohnes zu Spannungen in einzelnen GAV führen kann. Diese blosser Möglichkeit genügt aus unserer Sicht jedoch nicht, einen weitreichenden Eingriff in die kantonale Souveränität zu rechtfertigen.

Die vorgeschlagenen Änderungen im AVEG greifen stark in die Autonomie der Kantone ein. Laut Bundesgericht verfügen die Kantone über die verfassungsmässige Kompetenz, im arbeitsrechtlichen Bereich sozialpolitische Massnahmen zu treffen, die zur öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzgebung gehören. Dazu zählt auch die Festlegung eines verbindlichen kantonalen Mindestlohns. Die Umsetzung der Motion Ettlín zielt darauf ab, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen. Ein allgemeinverbindlich erklärter GAV würde damit kantonalen Gesetzen oder gar kantonalen Verfassungen vorgehen und zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Damit beschneidet die Umsetzung der Motion Ettlín die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone, sozialpolitisch tätig zu werden. Zudem würden bei den verlangten Anpassungen des AVEG in kantonalen Abstimmungen gefällte Volksentscheide übersteuert.

Die Umsetzung der Motion Ettlín verstösst des Weiteren auch gegen das Legalitätsprinzip, das in der Bundesverfassung festgelegt ist. Dieses besagt unter anderem, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen soll. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und versichern Sie, Herr Bundesrat, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates:



André Rüegsegger
Landammann



Dr. Mathias E. Brun
Staatsschreiber

Kopie an:

– die Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 lädt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung die Kantone zur Vernehmlassung betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N ein. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

Der vorliegende Entwurf setzt die vom Parlament dem Bundesrat mit Annahme der Motion 20.4738 Ettlín («Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen») und der Motion 21.3599 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats («Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen») erteilten Aufträge um. Die Umsetzung beider Motionen, die mit kurzem Zeitabstand angenommen wurden, erfordert eine Änderung des AVEG. Es wird deshalb eine gemeinsame Gesetzesanpassung vorgelegt.

Motion 20.4738 Ettlín («Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Bezüglich der Umsetzung der Motion Ettlín beabsichtigt der Entwurf zur Änderung des AVEG, dass die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (GAV) zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Heute darf ein GAV dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht vorgehen. Die Bestimmung der Vorlage, welche die Umsetzung der Motion Ettlín bezweckt, hat eine direkte Auswirkung

auf die Kompetenzen der Kantone, die im Bereich Mindestlöhne betroffen sind. Der Bundesrat lehnt diese Vorlage - wie bereits in der Stellungnahme zur Motion und im Rahmen der parlamentarischen Beratung erwähnt - ab, da die Änderung seiner Meinung nach mehreren Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, wie der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen und dem Legalitätsprinzip, die von der Bundesverfassung garantiert werden, widerspricht.

Während es unbestritten ist, dass die Einführung eines kantonalen Mindestlohns durchaus zu Spannungen in einzelnen GAV führen kann, so vermag diese Möglichkeit den vorgesehenen, umfassenden Eingriff in die kantonale Souveränität nicht zu rechtfertigen. Eine Umsetzung der Motion Ettlins beschneidet die verfassungsrechtlichen Kompetenzen der Kantone, sozialpolitisch tätig zu werden. Weiter verstösst sie gegen das in der Bundesverfassung festgelegte Prinzip der Legalität und würde bei den verlangten Anpassungen in kantonalen Abstimmungen gefällte Volksentscheide übersteuern. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag, seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert an diesem privatrechtlichen Status nichts, d. h. der GAV ist einem kantonalen Gesetz somit untergeordnet. Abschliessend ist auch die Praxistauglichkeit der vorgesehenen Änderung in Frage zu stellen. Die Anpassung würde dazu führen, dass die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Behörden Bestimmungen, die Mindestlöhne festlegen, als allgemeinverbindlich erklären können, auch wenn sie einem allfälligen kantonalen Mindestlohn widersprechen. Dies ist dahingehend problematisch, als dass in einigen Kantonen die Geltungsbereiche der kantonalen Bestimmungen vorsehen, dass die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn diese höher sind. Das wäre einerseits schwer verständlich für Arbeitnehmende und Unternehmen und würde andererseits Gerichte unnötig bemühen.

Wir sprechen uns deshalb aus föderalismus- und demokratiepolitischen sowie rechtsstaatlichen Gründen gegen die von der Motion 20.4738 Ettlins beantragten Änderungen im AVEG aus.

Motion 21.3599 WAK-N («Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»)

Mit der Umsetzung der Motion der WAK wurde der Bundesrat beauftragt, die notwendigen Massnahmen zu treffen, damit die paritätischen Kommissionen (PK), die für den allgemeinverbindlich erklärten GAV verpflichtet werden, einerseits ihre Jahresrechnungen betreffend die Beiträge zu den Vollzugskosten der GAV zu veröffentlichen und andererseits über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft abzulegen. Weiter verlangt sie, dass das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen kann.

Bereits erfüllt sind die zweite und dritte Forderung der Motion. Im Zusammenhang mit der ersten Forderung gibt es zurzeit keine Gesetzesbestimmung, der Bundesrat hat deshalb mehrere Varianten geprüft, unter anderem eine Variante, die den direkt Betroffenen ein Einsichtsrecht gewährt. Die Betroffenen, d. h. die Arbeitgebenden und die Arbeitnehmenden, haben ein legitimes Bedürfnis, zu erfahren, wie die von ihnen bezahlten Beträge verwendet werden. Es ist somit gerechtfertigt, dass sie ein Einsichtsrecht in die Buchhaltungen der PK erhalten. Es ist vorgesehen, Artikel 5 AVEG mit zwei neuen Absätzen zu ergänzen, mit denen allen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der PK erteilt werden soll.

Diese vorgeschlagene Variante respektiert die Wirtschaftsfreiheit, das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit, da nur die direkt Betroffenen von diesem Recht auf Einsicht in die Rechnungen profitieren. Wir sprechen uns deshalb für die vorgesehene Anpassung aus.

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Altdorf, 23. April 2024



Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'U' and 'J' followed by a horizontal line and a vertical line, resembling a cross or a plus sign.

Urs Janett

Der Kanzleidirektor

A handwritten signature in blue ink, featuring a large, sweeping 'R' followed by a series of loops and a final horizontal stroke.

Roman Balli

Regierungsrat, Kasernenstrasse 31, 4410 Liestal

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
3003 Bern

Per E-Mail an: info.paga@seco.admin.ch

Liestal, 23. April 2024
VGD/KIGA

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF dem Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft den Entwurf einer Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zukommen lassen und zur Vernehmlassung eingeladen. Mit dem Entwurf zur Änderung des AVEG wird eine Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» sowie der Motion 21.3599 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK-N) «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» vorgeschlagen.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme und unterbreiten Ihnen hiermit fristgerecht unsere Vernehmlassung.

1. Zur Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Die Motion Ettlín beauftragt den Bundesrat zu einer Änderung des AVEG dergestalt, dass Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (GAV) insbesondere über Mindestlöhne anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen.

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft stellt fest, dass die Vorlage des Bundesrats das Anliegen der Motion nicht umsetzt: So ist in Art. 2 Ziff. 4 AVEG eine Ergänzung vorgesehen, wonach gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen über Mindestlöhne allgemeinverbindlich erklärt werden können, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Diese Formulierung regelt weder den Geltungsvorrang einer GAV-rechtlichen noch einer kantonalrechtlichen Mindestlohnbestimmung, sondern delegiert den Entscheid zum Über- und Unterordnungsverhältnis dieser beiden Normierungen an die Kantone. Dies kann in den betroffenen Kantonen zu Rechtsunsicherheit und Unklarheiten hinsichtlich der einschlägigen Kollisionsregeln führen. Unabhängig von

der politischen Positionierung eines Kantons in Bezug auf die Einführung eines kantonalen Mindestlohns und losgelöst von der Grundsatzdebatte über die Kompatibilität der Motion mit gewissen Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, spricht sich der Regierungsrat deshalb in Bezug auf die Motion Ettlín gegen die Vorlage aus.

2. Zur Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»

Die Motion WAK-N verlangt notwendige Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz über die finanziellen Mittel von paritätischen Kommissionen (PK) allgemeinverbindlich erklärter GAV. Der Bundesrat schlägt hierzu eine Änderung von Art. 5 AVEG durch die Ergänzung von zwei Absätzen vor, mit welcher allen einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstellten Arbeitgeberschaften und Arbeitnehmenden auf Verlangen das Recht auf kostenlose Einsicht in die Jahresrechnung der PK erteilt werden soll. Die geplante Gesetzesänderung vereinfacht das bereits heute gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip mögliche Verfahren, erscheint verhältnismässig und fördert indirekt eine zweckmässige Verwendung der Vollzugskostenbeiträge sowie einen effizienten Vollzug der GAV. Aus diesen Gründen unterstützt der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft den Umsetzungsvorschlag der Motion WAK-N.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Hochachtungsvoll



Monica Gschwind
Regierungspräsidentin



Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: info.paga@seco.admin.ch

Bern, 22. April 2024

Vernehmlassung Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Sehr geehrte Damen und Herren

Als nationaler Unternehmerverband äussert sich HotellerieSuisse im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG). Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

I Grundsätzliches

HotellerieSuisse ist der Verband der innovativen und nachhaltigen Beherbergungsbetriebe. Er ist Sozialpartner in einem der grössten AVE erklärten GAV der Schweiz, dem L-GAV für das Gastgewerbe. HotellerieSuisse steht dezidiert zur Sozialpartnerschaft und anerkennt deren Wert auf dem Arbeitsmarkt. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Der Verband befürwortet daher den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Wir schlagen jedoch als direktbetroffene Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Ziffer IV).

Äusserst stossend ist die Empfehlung des Bundesrates, die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs nicht umzusetzen. Der Verband beurteilt dies als staatspolitisch höchst fragwürdig. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín verstosse gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung, welche die Bundesverfassung garantiert. Die Motion verletze die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Ein von verschiedenen Branchenverbänden in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten widerspricht dieser Auffassung und zeigt, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält. Weder der Vernehmlassungsentwurf noch die Motion Ettlín verstösst gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung.

II Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 Prozent ab.

Dennoch haben seither fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) sind Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín hingegen schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Die Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, sorgfältig austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Die Sozialpartner verfügen über die nötigen branchenrelevanten Kenntnisse und legen im Wissen darum Lohn- und Arbeitsbedingungen fest. Unter den Sozialpartnern einer Branche besteht ein gegenseitiges Vertrauen und letztlich die Anerkennung der jeweiligen Interessen, welche im Sinne der Mitglieder vertreten werden. Diese Sozialpartnerschaft findet auf vertraglicher Ebene statt und wird nicht staatlich dekretiert.

Wenn die GAV durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Die Sozialpartnerschaft wird kantonalisiert. Die Legitimation einer Gewerkschaft basiert neu auf Gesetz und Omnipräsenz in den Kantonen und nicht mehr auf Repräsentanz und auf der Verankerung in der Branche.

Darüber hinaus bringen kantonale Mindestlohnbestimmungen die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Sie können dazu führen, dass der Anreiz zu einer guten Aus- und Weiterbildung wegfällt. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn jeder Kanton oder jede Gemeinde am ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet oder Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende zudem effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

III Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Letztere äussert sich jedoch explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, diese muss jedoch explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regeln (vgl. Ziffer IV unten). Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist hingegen nicht notwendig.**

Der Argumentation des Bundesrates, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre, kann der Verband nicht folgen. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt diese Beurteilung und hält fest: *«Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschränkung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.»*

Das Gutachten hält aber auch fest: *«Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»*

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. **HotellerieSuisse befürwortet die Beschränkung auf Mindestlöhne.**

IV Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält in Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift diese Kollisionsregel nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinn, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. HotellerieSuisse fordert daher eine explizite, klare und verständliche Formulierung im Gesetzestext, Art. 1 Abs. 4 der Motion ist im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Der Motionstext will einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen.

Zudem wird im VE auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist jedoch immer zwingend.

V Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlins deshalb zur Nichtumsetzung. Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlins verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung. Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « *[Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.* »

Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind. Der Preiswettbewerb kann so über Lohndumping ausgefochten werden. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt hier ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «*nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer*

erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.»

Den Kantonen wird daher keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne *«dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»*

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: *«Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.»*

Die Motion 20.4738 Ettlín ist nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreiten. Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat noch die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen. Der Bundesrat hält nun im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV *«ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.»* Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde *«privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.»* Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich *«als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»*

VI Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, *«[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.»* Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen.

Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens). Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht, insbesondere, wenn die unter Ziffer IV geforderten Änderungen umgesetzt werden.

VII zu Artikel 5 Abs. 3 und 4

HotellerieSuisse ist mit dem Ziel der Bestimmung – eine grössere Transparenz zu schaffen – grundsätzlich einverstanden. Die paritätische Kommission des L-GAV des Gastgewerbes publiziert bereits seit Jahren die Jahresrechnung auf der Website. Der Verband weist darauf hin, dass die paritätischen Kommissionen der ave GAV einer Aufsichtsbehörde unterstehen und bereits heute deren Weisungen umzusetzen haben.

Eine weitergehende Einschränkung der freien Ausübung der Tätigkeit der paritätischen Kommissionen als in der vorgeschlagenen Regulierung von Art. 5 lehnt der Verband klar ab. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gilt auch für die paritätischen Vollzugsorgane eines ave GAV. Der Verband sieht keine weitergehenden Regulierungen, die sich durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen liessen und nicht das Prinzip der Verhältnismässigkeit verletzen würden.

VIII über HotellerieSuisse

HotellerieSuisse ist das Kompetenzzentrum für die Schweizer Beherbergungsbranche und vertritt als Unternehmerverband die Interessen der innovativen und nachhaltigen Beherbergungsbetriebe der Schweiz. Seit 1882 steht HotellerieSuisse gemeinsam mit über 3'000 Mitgliedern, davon über 2'000 Beherbergungsbetriebe, für eine qualitätsbewusste und vorausschauende Schweizer Beherbergungswirtschaft. Als Leitbranche des Tourismus beschäftigt die Beherbergung über 80'000 Mitarbeitende und stellt mit 6 Milliarden Franken oder 31 Prozent den grössten Anteil an der touristischen Bruttowertschöpfung dar. Im Jahr 2022 erzielte der Tourismus eine direkte Bruttowertschöpfung von ca. 19,6 Mrd. Franken – was einem Anteil von 2,6 Prozent an der gesamtwirtschaftlichen direkten Bruttowertschöpfung der Schweiz entspricht. Der Tourismus gehört zudem zu den fünf wichtigsten Exportbranchen und stellt mehr als 4 Prozent der gesamten Exporteinnahmen der Schweiz dar. Die Mitgliederbetriebe von HotellerieSuisse verfügen über zwei Drittel des Schweizer Bettenangebotes und generieren damit rund drei Viertel der entsprechenden Logiernächte. Als Dachverband von 13 regionalen Verbänden ist HotellerieSuisse in allen Landesteilen und Sprachregionen präsent und beschäftigt rund 70 Mitarbeitende.

Wir danken für die Kenntnisnahme unserer Position und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

HotellerieSuisse



Nicole Brändle Schlegel
Direktorin



Christophe Hans
Leiter Public Affairs



Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF

Per Mail: info.paga@seco.admin.ch

Bern, 23.04.24

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettliln und 21.3599 WAK-N
Vernehmlassung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit, zu den genannten Anpassungen des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen Stellung nehmen zu können. Der Schweizerische Städteverband vertritt die Städte, städtischen Gemeinden und Agglomerationen in der Schweiz und damit gut drei Viertel der Schweizer Bevölkerung.

Die Vorlage nimmt zwei unterschiedliche Anliegen zusammen, weil sich beide auf das AVEG beziehen. Gerne nimmt der Städteverband wie folgt Stellung:

Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettliln lehnt der Städteverband ab.

Die Motion 20.4738 Ettliln fordert, dass Gesamtarbeitsverträge kantonale und damit wohl auch kommunale Mindestlöhne übersteuern können. Da die Motion in beiden Räten eine Mehrheit fand, hat der Bundesrat einen Vorschlag mittels Anpassung des AVEG erarbeitet. Der Bundesrat selbst lehnt die Umsetzung jedoch ab.

In verschiedenen Kantonen wurden in den letzten Jahren gesetzliche Mindestlöhne eingeführt, um die Lebensbedingungen von Tieflohnbeschäftigten zu verbessern. Das Bundesgericht bestätigte 2017, dass Kantone die Kompetenz haben, als sozialpolitische Massnahme moderate gesetzliche Mindestlöhne einzuführen.

Im Kanton Zürich wurden zudem in drei Städten auf kommunaler Ebene Volksinitiativen lanciert zur Einführung von Mindestlöhnen. In Kloten wurde die Initiative abgelehnt, in Winterthur hat das Volk mit 65.5% zugestimmt, in der Stadt Zürich mit 69.4%. Der Mindestlohn soll für alle Arbeitnehmenden gelten, die auf dem Gebiet der Stadt eine Beschäftigung verrichten, also auch für Arbeitnehmende, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstehen. Die Umsetzungsverordnung ist in beiden Städten noch nicht in Kraft gesetzt.

Die Städte teilen die Ansicht des Bundesrats und lehnen die Umsetzung der Motion Ettliln aus zwei Gründen ab:



1) Die Gesetzesänderung ist sozialpolitisch problematisch

Aus sozialpolitischer Perspektive ist die Gesetzesänderung problematisch, da rund die Hälfte der Tieflohn betroffenen in Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (GAV) beschäftigt sind. Insbesondere in der Gebäudereinigung, in der Gastronomie und im Coiffeurgewerbe liegen die GAV-Mindestlöhne teilweise deutlich unter 4 000 Franken pro Monat. Mindestlöhne dienen der Armutsbekämpfung, insbesondere beim Phänomen der «working poor». Die Gesetzesänderung würde also die sozialpolitische Wirkung der in Volksabstimmungen angenommenen Mindestlöhne in den Kantonen und Städten untergraben.

2) Unzulässiger Eingriff in die Souveränität der Kantone und Gemeinden

Aus Sicht der Städte ist der Eingriff in die Souveränität der Kantone und Gemeinden stossend: Es widerspricht dem Föderalismus, wenn von der Stimmbevölkerung in verschiedenen Kantonen und Gemeinden beschlossene sozialpolitische Massnahmen nachträglich durch eine Gesetzesänderung auf Bundesebene übersteuert werden sollen. Die Städte teilen die Ansicht des Bundesrats, der im erläuternden Bericht festhält: «Da die Vorlage gegen mehrere Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, wie die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen und das Prinzip der Normhierarchie verstösst, beantragt der Bundesrat dem Parlament, die Vorlage abzulehnen.»

Dem Vorschlag zur Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N stimmt der Städteverband zu.

Die Motion verlangt, dass die gesetzlichen Grundlagen geschaffen werden, um die paritätischen Kommissionen zu verpflichten, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen. Der Bundesrat schlägt vor, Artikel 5 AVEG zu ergänzen, so dass allen Arbeitgebern oder Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der PK erteilt werden soll. Durch diesen Vorschlag soll sichergestellt werden, dass die Wirtschaftsfreiheit, das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit respektiert werden, da nur die direkt betroffenen Personen, nämlich die Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden, die Beiträge bezahlen, von diesem Recht auf Einsicht in die Rechnungen profitieren würden.

Der Städteverband erachtet den Vorschlag des Bundesrats als verhältnismässig und unterstützt ihn, weil dadurch die Transparenz verbessert, die Einsichtnahme vereinfacht und gleichzeitig die Wirtschaftsfreiheit der paritätischen Kommissionen gewahrt wird.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Städteverband

Präsident

Anders Stokholm
Stadtpräsident Frauenfeld

Direktor

Martin Flügel

Kopie: Schweizerischer Gemeindeverband

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 23. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der **Verband Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen** – kurz **VSSU** – vertritt die Interessen der privaten Sicherheit. Er ist als Träger des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages in der Sicherheitsbranche aktiver Teil der Sozialpartnerschaft und setzt sich mit seinen vier eidgenössisch anerkannten Berufsprüfungen tatkräftig für die Ausbildung der Angestellten ein.

Gerne nimmt der VSSU im obengenannten Vernehmlassungsverfahren wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

VSSU befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstösse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess VSSU diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie VSSU zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss AVEG oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der AVEG GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der *ave GAV* Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlins deshalb zur Nichtumsetzung. Diese Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlins verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohn-dumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlins nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der vorstehend eingehend dargelegten Position.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Armin Berchtold', with a long horizontal flourish extending to the right.

Armin Berchtold
Präsident

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Matthias Fluri', with a long horizontal flourish extending to the right.

Matthias Fluri
Generalsekretär

Hopfenweg 21
PF/CP
CH-3001 Bern
T 031 370 21 11
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

Per Mail an: info.paga@seco.admin

Bern, 27. Februar 2024

**Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) – Motion
Ettlin und WAK-N**

Sehr geehrter Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) Stellung nehmen zu können.

Travail.Suisse und seine Verbände lehnen die gesetzliche Änderung im Zusammenhang mit der
Motion Ettlin ab.

Einer Umsetzung der Motion der WAK-N stellen sich Travail.Suisse und seine Verbände nicht
entgegen.

1. Inhalt

Mit der vorgesehenen Änderung des AVEG sollen zwei Motionen, welche vom Parlament angenommen wurden, umgesetzt werden:

- Die Motion Ettlín (20.4738)¹ verlangt, dass die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden kantonalen Bestimmungen vorgehen sollen. Zukünftig sollen Gesamtarbeitsverträge dem zwingenden Recht der Kantone vorgehen können, sofern im zwingenden Recht des Bundes keine entsprechenden Bestimmungen bestehen. Gemäss geltender Ordnung darf ein Gesamtarbeitsvertrag dem zwingenden Recht von Bund und Kantonen nicht widersprechen. Somit kann ein allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsvertrag den kantonalen Mindestlohn nicht übersteuern, sofern dies nicht im Gesetz vorgesehen ist.
- Die Motion der WAK-N² verlangt, dass Massnahmen ergriffen werden, damit die paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge ihre Jahresberichte zu veröffentlichen. Die paritätischen Kommissionen sollen zudem über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft ablegen. Zudem soll das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco), die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen können.

Der Bundesrat hat beide Motionen zur Ablehnung empfohlen.

Die beiden Motionen sollen mit einer Anpassung im AVEG umgesetzt werden.

¹ Der Text der Motion Ettlín lautet wie folgt: «Der Bundesrat wird beauftragt, das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Aveg; SR 221.215.311) wie folgt zu ändern:
Artikel 1 Aveg, neuer Absatz 4:

- Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 Aveg, Änderung:

- Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.»

² Der Text der Motion lautet wie folgt: «Der Bundesrat wird beauftragt, die notwendigen Massnahmen vorzukehren, damit die paritätischen Kommissionen der für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge verpflichtet werden, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen. Über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung ist Rechenschaft abzulegen.

Die Aufsichtsbehörde über die paritätischen Kommissionen, das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco), kann die Eidgenössische Finanzkontrolle oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen.»

2. Motion Ettlín (20.4738):

a. Geltende Ordnung:

Keine Abweichung vom zwingenden Recht zuungunsten der Arbeitnehmenden

Artikel 358 des Obligationenrechts hält fest, dass das zwingende Recht des Bundes und der Kantone den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vorgehen. Falls sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt, können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden («Günstigkeitsprinzip»). Artikel 358 sichert somit, dass über Gesamtarbeitsverträge keine Aushöhlung der minimalen Bestimmungen etwa aus dem Arbeitsrecht oder dem Obligationenrecht (z.B. Kündigungsfrist, Mutterschaftsurlaub) erfolgen kann. Dadurch anerkennt der Gesetzgeber implizit, dass zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebern nicht nur ein Rechtsverhältnis zwischen Vertragspartnern besteht, sondern auch ein Machtverhältnis. Dieses darf nicht dazu führen, dass minimale gesetzliche Standards über privatrechtliche Verträge unterlaufen werden.

Kantonale Mindestlöhne – vom Bundesgericht absegnet

Aktuell kennen fünf Kantone einen gesetzlichen Mindestlohn (NE, JU, GE, TI, BS). Lediglich in den Kantonen Neuenburg und Genf gehen die gesetzlichen Mindestlöhne den verhandelten Minimallöhnen aus allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen vor.

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 17. Juli 2017 die Legitimität kantonaler Mindestlöhne am Fall des Kantons Neuenburg geprüft und gutgeheissen. Kantonale Mindestlöhne sind somit grundsätzlich zulässig. Sie verstossen als sozialpolitische Massnahmen und damit zur Sicherung minimaler grundlegender Lebensbedürfnisse im Grundsatz nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Verhältnismässigkeit misst sich an den Sozialleistungen. Eine Differenzierung nach Branchen ist nicht zulässig. Der gesetzliche Mindestlohn legt damit eine untere Schwelle fest, unter der ein Lohn nicht existenzsichernd ist. Er gilt in den Kantonen Genf und Neuenburg auch dann, wenn die verhandelten Minimallöhne in den Gesamtarbeitsverträgen unter dieser Schwelle liegen. Dieses Prinzip will die Motion Ettlín umstossen.

b. Gesetzliche Umsetzung Motion Ettlín

Die Umsetzung der Motion Ettlín sieht dafür eine Anpassung von Art. 2, Ziff. 4 (AVEG) vor. Neu soll festgehalten werden, dass Bestimmungen in Gesamtarbeitsverträgen zu Mindestlöhnen auch dann allgemeinverbindlich erklärt werden können, wenn sie zwingendem kantonalen Recht widersprechen. Wenn also die verhandelten Minimallöhne in Gesamtarbeitsverträgen unterhalb der kantonalen gesetzlichen Mindestlöhne liegen, können sie die gesetzlichen Mindestlöhne über eine Allgemeinverbindlichkeit übersteuern. Als Folge davon darf der Branchenlohn den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten. Der Bundesrat empfiehlt dem Parlament aber, diese Gesetzesänderung aus verschiedenen Gründen nicht anzunehmen.

c. Begründung der ablehnenden Haltung von Travail.Suisse

Travail.Suisse lehnt die Umsetzung der Motion Ettlín aus folgenden Gründen ab:

Gesamtarbeitsverträge sind Branchenregelungen und sollen nicht den Willen der Bürgerinnen und Bürger überstimmen können

Mit der Gesetzesänderung könnten allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge im Bereich der Löhne neu kantonale Gesetze übersteuern. Die Branchenregelungen zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebern würden folglich über den Willen der Bürgerinnen und Bürger eines Kantons gestellt. Gesamtarbeitsverträge würden dadurch eine Durchsetzungsmacht erhalten, welche nicht in ihrer Legitimität steht. Dies wäre demokratiepolitisch fragwürdig. Die Verbände von Travail.Suisse lehnen es deshalb ab, dass Gesamtarbeitsverträge, an denen sie selbst beteiligt sind, den Wählerwillen übersteuern können. Dies entspricht nicht dem Zweck eines Gesamtarbeitsvertrages. Die Legitimität von Branchenregelungen würde dadurch nicht gestärkt, sondern früher oder später aus demokratiepolitischen Überlegungen in Frage gestellt. Der Sozialpartnerschaft würde grossen Schaden zugefügt. Die Motion Ettlín ist deshalb ein verdeckter Angriff auf die Sozialpartnerschaft.

Gefährlicher Präzedenzfall hinsichtlich des zwingenden Rechts:

Eine Umsetzung der Motion Ettlín würde einen gefährlichen Präzedenzfall hinsichtlich des zwingenden Rechts in einem sensiblen Bereich schaffen. Artikel 358 des Obligationenrechts hält fest:

«Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone geht den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.»

Die vorgeschlagene Änderung des Bundesgesetzes soll hier eine Ausnahme schaffen, in dem die Bestimmungen über die Mindestlöhne allgemeinverbindlich erklärt werden können, auch wenn sie zwingendem kantonalen Recht widersprechen. Somit könnten nicht legitimierte Verbände mit dem Zweck den Mindestlohn zu umgehen, entsprechende Gesamtarbeitsverträge abschliessen, wie dies im Tessin bereits der Fall war.

Die Gesetzesänderung würde zudem ohne Not wichtige gesetzliche Grundsätze, insbesondere das Günstigkeitsprinzip, in Frage stellen. Dadurch öffnet sie potenziell eine Tür für weitere Ausnahmen vom zwingenden Recht in Gesamtarbeitsverträgen. Dies würde der Legitimität sozialpartnerschaftlicher Lösungen nachhaltig schaden.

Motion Ettlín verhindert sozialpartnerschaftliche Einigungen für existenzsichernde Löhne

Gesetzliche Mindestlöhne sind sozialpolitische Massnahmen, welche vor allem in Branchen ohne Gesamtarbeitsvertrag dazu dienen, minimale soziale Lebensbedürfnisse durch das Einkommen aus Arbeit zu sichern. Sie entsprechen den Sozialzielen der Bundesverfassung (Art. 41, Abs. 1d) und erfüllen dadurch eine wichtige sozialpolitische Funktion. Zudem kann dadurch sichergestellt werden,

dass keine Subventionierung einzelner Unternehmen durch die Sozialhilfe erfolgt, weil diese nicht existenzsichernde Löhne entrichten.

In Branchen mit allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen liegen die minimalen ausgehandelten Löhne mit sehr wenigen Ausnahmen über den gesetzlichen Mindestlöhnen. Für die Gewerkschaften und Berufsverbände von Travail.Suisse ist eine Unterschreitung der existenzsichernden gesetzlichen Mindestlöhne grundsätzlich nicht vertretbar. Existenzsichernde Löhne müssen in allen Gesamtarbeitsverträgen als Minimum sichergestellt werden. Während in verschiedenen Branchen Anpassungen im Gange sind, verhindert die Diskussion rund um die Motion Ettlins derzeit eine Anpassung der Löhne in einzelnen Gesamtarbeitsverträgen. Die Motion schadet deshalb sozialpartnerschaftlichen Einigungen bei den Löhnen auf Kosten der Arbeitnehmenden. Die Sozialpartnerschaft wird durch die Motion folglich geschwächt, statt gestärkt.

Normenkonflikt

Bei Umsetzung der vorliegenden Gesetzesänderung, entstünde zudem ein Normenkonflikt. In Zukunft müsste geklärt werden, welche der inhaltlich unterschiedlichen Bestimmungen zu den Mindestlöhnen tatsächlich Anwendung finden. Ein Zivilgericht müsste somit die Umsetzung des neuen Gesetzes klären. Sowohl für Arbeitnehmende wie auch für Arbeitgebende würde dadurch Rechtsunsicherheit geschaffen.

Fazit:

Die Umsetzung der Motion Ettlins wie in der vorliegenden Gesetzesänderung dargelegt, schafft sowohl staats- wie auch demokratiepolitisch bedeutende Probleme. Sie beschneidet die Kompetenz der Kantone zum Erlass von sozialpolitischen Massnahmen und untergräbt letztlich die Legitimität der Sozialpartnerschaft, weil sie den Sozialpartnern erlaubt, den Wählerwillen zu übersteuern.

Gesetzliche Mindestlöhne definieren ein Minimum für existenzsichernde Löhne. Diese werden in den Gesamtarbeitsverträgen mit wenigen Ausnahmen nicht unterschritten. Für Travail.Suisse und seine Verbände sind nicht existenzsichernde Löhne in Gesamtarbeitsverträgen grundsätzlich nicht haltbar. Travail.Suisse und seine Verbände lehnen deshalb eine Umsetzung der Motion Ettlins wie sie durch die Gesetzesänderung dargelegt wird entschieden ab.

3. Umsetzung der Motion WAK-N (21.3599):

Die Motion fordert, dass die paritätischen Kommissionen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen ihre Jahresrechnung veröffentlichen sollen. Zudem soll das Seco als Aufsichtsbehörde die eidgenössische Finanzkontrolle oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen können.

a. Geltende Ordnung

Die Sozialpartner sind unter anderem für die Umsetzung eines privatrechtlichen Gesamtarbeitsvertrages zuständig, den sie abgeschlossen haben (Art. 357b). Dazu gehören unter anderem die Kontrollen der Bestimmungen, die Erhebung von Kautionen und das Aussprechen von Konventionalstrafen. Die Sozialpartner organisieren sich dafür in paritätischen Kommissionen. Sofern einzelne Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages allgemeinverbindlich erklärt werden, untersteht die paritätische Kommission der Aufsicht der entsprechenden Behörde. Die Aufsichtsbehörde muss dafür sorgen, dass die paritätische Kommission ordnungsgemäss geführt wird und kann entsprechende Auskünfte verlangen. Somit besteht bereits heute eine Kontrolle über die paritätischen Kommissionen mit allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen.

b. Umsetzung der Motion WAK-N (21.3599)

Die Umsetzung der Motion sieht nun vor, dass das Gesetz über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen dahin geändert werden soll, dass allen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden die dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt sind, kostenlos Einsicht in die detaillierte Jahresrechnung gewährt werden soll. Zur Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung. Travail.Suisse und seine Verbände stellen sich nicht gegen die vorgeschlagene Revision.

Sie anerkennen das Bedürfnis nach Transparenz grundsätzlich auch im Bereich der paritätischen Kommissionen. Gleichzeitig ist es wichtig festzuhalten, dass die paritätischen Kommissionen bereits heute effizient, unbürokratisch und kostengünstig arbeiten. Als Folge der Erhöhung der Transparenz besteht von Seiten Travail.Suisse die Befürchtung, dass durch viele Anfragen und hohe Informationsbedürfnisse von Seiten von Arbeitgebern oder Medienschaffenden die Aufwände für die paritätischen Kommissionen steigen. Dies ist nicht im Sinne eines effizienten, unbürokratischen und kostengünstigen Vollzugs.

Travail.Suisse und seine Verbände lehnen eine allgemeingültige Verpflichtung zur Veröffentlichung der Jahresrechnung ab, da kein allgemeines öffentliches Interesse daran besteht. Eine allgemeine Offenlegungspflicht wäre folglich nicht verhältnismässig. Die vorgeschlagene Offenlegung gegenüber den betroffenen Kreisen ist deshalb ausreichend und zielführend. Die paritätischen Kommissionen würden durch eine allgemeine Offenlegungspflicht zudem einer Spezialgesetzgebung unterstellt, welche nicht zu rechtfertigen wäre.

Den paritätischen Kommissionen steht es bereits heute frei, ihre Jahresrechnung zu veröffentlichen. Von den 36 paritätischen Kommissionen mit allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen veröffentlichen derzeit 8 ihre Jahresrechnung, darunter der LMV des Bauhauptgewerbes, der GAV Personalverleih und der L-GAV des Gastgewerbes. Der Mehrwert der Veröffentlichung ist allerdings gering.

Fazit:

Travail.Suisse und seine Verbände stellen sich nicht gegen mehr Transparenz bei den paritätischen Kommissionen. Diese muss allerdings verhältnismässig sein und soll die Aufwände für die paritätischen Kommissionen nicht unverhältnismässig erhöhen. Eine Gesetzesänderung aufgrund von unbegründeten Verdächtigungen lehnen Travail.Suisse und seine Verbände ab. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung im AVEG ist aus Sicht von Travail.Suisse und seinen Verbänden vertretbar.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen.

Freundliche Grüsse



Adrian Wüthrich
Präsident



Thomas Bauer
Leiter Wirtschaftspolitik

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Weinfelden, 25. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Thurgauer Gewerbeverband (TGV) ist der grösste Wirtschafts- und Arbeitgeberverband im Kanton Thurgau und vertritt die Interessen von 6'969 Klein- und Mittelunternehmen. Als Dachorganisation von 35 kantonalen Branchenverbänden und 29 lokalen Gewerbevereinen setzt sich der TGV für bessere wirtschaftliche Rahmenbedingungen und eine KMU-freundliche Politik ein. Unter seinen Mitgliedern sind 14 Branchen- und Arbeitgeberverbände einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag (ave GAV) angeschlossen und eine sehr hohe Zahl der Mitgliederunternehmen unterstehen einem ave GAV. Im Grenzkanton Thurgau haben die ave GAV eine grosse Bedeutung, auch in Bezug auf das Entsendegesetz.

1. Allgemeine Anmerkungen

Der Thurgauer Gewerbeverband befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Im Sinne einer klaren Formulierung schlagen wir zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel III).

Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, empfinden wir staatspolitisch als höchst fragwürdig.

Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstösse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Betroffene Branchen- und Wirtschaftsverbände liessen diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

2. Hohe Relevanz der Motion 20.4738 Ettlin

Das Stimmvolk lehnte im Jahr 2014 die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die Unia Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Dieses Vorgehen entspricht einer entlarvend unredlichen Doppelstrategie der Gewerkschaften, die wochentags mit den Arbeitgebern über Lohnbestimmungen in den Gesamtarbeitsverträgen verhandeln und am Samstag vor dem Discounter Unterschriften für kantonale Mindestlöhne sammeln. Damit untergraben sie langfristig den anerkannt hohen Wert der Sozialpartnerschaft. Unia, die grösste Schweizer Gewerkschaft und Sozialpartner in den allermeisten Gesamtarbeitsverträgen, schreibt auf ihrer Webseite selbst: «Ein Gesamtarbeitsvertrag ist für Arbeitnehmende in der Schweiz die beste Garantie für gute Arbeitsbedingungen.»

Es ist deshalb wichtig, dass der Bundesrat Klarheit schafft und die Aushöhlung seiner eigenen Allgemeinverbindlichkeitserklärung stoppt. Aus diesem Grunde sind zuerst die Motion 18.3934 Baumann und in der Folge die Motion 20.4649 Gutjahr und die Motion 20.4738 eingereicht worden. Diese soll wieder Klarheit und Rechtssicherheit auf diesem Thema schaffen.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, fein austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln.

Wir befürchten, dass dieses Beispiel Schule machen wird, da sich die Arbeitgeber zu Recht die Frage stellen, weshalb man sich auf langwierige und anstrengende Verhandlungen einlassen soll - auf die dann ein ebenso langwieriger Verwaltungsprozess für die ave folgt - wenn die Verträge in Kernpunkten durch solche kantonalen Bestimmungen der Verträge ausgehebelt werden. Ganz grundsätzlich muss das ave-Verfahren in Frage gestellt werden, wenn damit - trotz Genehmigung des Bundesrates - keine nationale Verbindlichkeit geschaffen wird. Die Anerkennung der Gesamtarbeitsverträge, gerade bei den durch administrative Aufwände bereits übermässig belasteten Kleinbetrieben, wird weiter sinken und damit den Wert der Sozialpartnerschaft stark in Zweifel gezogen.

Was staatliche, praxis- und branchenferne Mindestlöhne anrichten können, zeigt das kürzliche Beispiel von Genf, wo die typischen Studenten-Jobs durch zu hohe staatliche Mindestlöhne zum Verschwinden gebracht wurden und die Studenten nun gezwungen sind, in Nachbarkantonen anzuheuern. (Aargauer Zeitung vom 06.04.2024).

Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren auch GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese auch GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 auch GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der auch GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

Bisher setzte sich der Bundesrat stets für die Stärkung der Gesamtarbeitsverträge ein. Mit der empfohlenen Nicht-Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins würde er das Gegenteil tun. Mit Einführung der Bilateralen Verträge II und der Schaffung des Entsendegesetzes wurden die Arbeitgeberorganisationen auf die Bedeutung der Gesamtarbeitsverträge hingewiesen und die Schaffung neuer auch GAV gefördert. Es wirkt irritierend, wenn der Bundesrat nun mit seinem Handeln die von ihm erlassenen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen schwächen will.

3. Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie ~~zwingendem~~ kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss auch GAV oder jene

gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

4. Der TGV fordert die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin

Mit Verweis auf das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner und unter den vorgenannten Argumenten fordert der Thurgauer Gewerbeverband als Dachverband zahlreicher Verbände und Mitglieder, die ave GAV unterstellt sind, die **Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin. Sie schafft Rechtssicherheit und stärkt die bewährte Sozialpartnerschaft.**

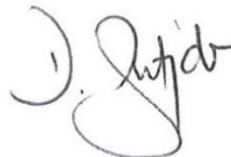
Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der Haltung des Thurgauer Gewerbeverbandes.

Freundliche Grüsse

Thurgauer Gewerbeverband



Hansjörg Brunner
a. Nationalrat, Präsident



Diana Gutjahr
Nationalrätin, Vizepräsidentin



KMU- UND
GEWERBEVERBAND
KANTON ZÜRICH

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenstrasse 36
3003 Bern

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 24. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrte Damen und Herren

Der KMU- und Gewerbeverband des Kantons Zürich (KGV) vertritt 17'000 Zürcher KMU und setzt sich für KMU-freundliche Rahmenbedingungen ein. Wir beteiligen uns in der Regel nicht an Vernehmlassungen auf Stufe Bund. Ausser, es handelt sich um ein Thema, welche die KMU im Kanton Zürich in einer besonderen Form betrifft.

Im 2023 stimmte die Zürcher und die Winterthurer Stimmbevölkerung einem kommunalen Mindestlohn zu. Ob kommunale Mindestlöhne überhaupt rechtens sind, klären aktuell die Gerichte. Es ist uns ein Anliegen, dass die Kompetenzfragen zwischen kantonalen und kommunalen Volksentscheiden einerseits und ave GAV andererseits klar geregelt werden. Die Motion Ettlín schafft diesbezüglich die nötige Rechtssicherheit.

Aus diesem Grund beteiligt sich der KGV an der Vernehmlassung „Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N“ und verweist in der Argumentation auf die Vernehmlassungsantwort des Schweizerischen Gewerbeverbandes sgv (siehe Anhang des Mails) mit der Forderung, **dass Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor gehen.**

Wir bitten Sie, die Positionen des sgv und des KGV Zürich entsprechend zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

KMU- und Gewerbeverband Kanton Zürich KGV

Werner Scherrer
Präsident

Thomas Hess
Geschäftsleiter

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
CH-3003 Bern

Per Mail an:
info@gs-wbf.admin.ch

Kloten, 22.04.2024

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von
Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, uns zur oben erwähnten Vorlage äussern zu können. kapers nimmt dazu im Folgenden gerne Stellung.

Der vorgeschlagene Entwurf setzt die Forderung der Motion 20.4738 Ettlín («Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen») um, das AVEG so zu ändern, dass die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (AVE GAV) zum Mindestlohn anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung setzt zudem die Forderung der Motion 21.3599 WAK-N («Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen») zu verbesserter Transparenz der paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV um. Jedem Arbeitnehmenden oder Arbeitgeber, welche einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehen, soll auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der PK erteilt werden.

Im Folgenden wird zuerst auf die Umsetzung der Motion Ettlín und als zweites auf die Umsetzung der Motion WAK-N eingegangen.

Umsetzung der Motion Ettlín

Wir teilen die vom Bundesrat geäusserten Bedenken zur Umsetzung der Motion Ettlín: Eine verfassungskonforme Umsetzung ist unmöglich.¹ Die Umsetzung würde einen Eingriff in die kantonalen Kompetenzen, die direkte Demokratie und das Legalitätsprinzip bedeuten und würde zu Rechtsunsicherheit führen. Wir betonen zusätzlich insbesondere die Gefahr der Umsetzung der Motion Ettlín als **Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen**. Letztlich würde die Umsetzung auch einen Eingriff in das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen bedeuten. **Demzufolge lehnen wir die Umsetzung der Motion Ettlín vollumfänglich ab, namentlich aus folgenden Gründen:**

1. Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf die gesetzlichen kantonalen und kommunalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen und führt zu Erwerbsarmut.

Stand heute haben fünf Kantone einen Mindestlohn eingeführt: Neuenburg², Jura³, Tessin⁴, Genf⁵ und Basel-Stadt⁶. Da in den Kantonen Genf und Neuenburg die gesetzlichen Mindestlöhne jenen in AVE GAV vorgehen, sind sie von der Umsetzung der Motion Ettlín betroffen. In den Städten Zürich und Winterthur wurden Initiativen zur Einführung eines städtischen Mindestlohns von der Stimmbevölkerung angenommen, die Umsetzung verzögert sich jedoch aufgrund von Beschwerden von Arbeitgeberverbänden. In weiteren Kantonen und Städten wurden Initiativen zur Einführung eines gesetzlichen

¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 24.02.2021 zur Motion 20.4738 Ettlín; Vgl. auch Erläuternder Bericht des WBF zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 24.01.2024, S. 13.

² Art. 34a BV-NE, angenommen am 27. November 2011, und Art. 32a bis 32e des Gesetzes über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (ALVG) vom 25. Mai 2004 (SRN 813.10), geändert am 28. Mai 2014, in Kraft seit dem 1. Januar 2015 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 21,09 Franken im Jahr 2024).

³ Art. 19 Abs. 3 Cst-JU und Gesetz über den kantonalen Mindestlohn vom 22. November 2017 (RSJU 822.41), in Kraft seit dem 1. Februar 2018 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 20,60 Franken im Jahr 2024).

⁴ Art. 13 Abs. 3 Cst-TI, angenommen am 14. Juni 2015, und Legge sul salario minimo, vom 11. Dezember 2019 (RSTI 843.600), in Kraft seit 1. Januar 2021 (Lohn zwischen 19 und 19 Franken 50 pro Stunde, je nach Sektor, derzeit und mit sukzessiven Erhöhungsstufen).

⁵ Art. 39i bis 39n des Gesetzes über die Arbeitsinspektion und die Arbeitsbeziehungen vom 12. März 2004 (RSGE J 1 05), eingeführt am 27. September 2020 aufgrund einer von den Bürgerinnen und Bürgern angenommenen Volksinitiative, in Kraft seit dem 31. Oktober 2020 (Lohn von 23 Franken pro Stunde, 24,32 Franken am 1. Januar 2024).

⁶ Die Bürgerinnen und Bürger von Basel-Stadt haben am 13. Juni 2021 das Gesetz angenommen, das als Gegenvorschlag zu einer im März 2019 eingereichten Volksinitiative «Kein Lohn unter 23 Franken» diente, einem Gegenvorschlag, der einen Mindestlohn von 21 Franken pro Stunde vorsah, an den Mischindex angepasst 2024 21.45 Franken. In Kraft seit dem 01.07.2022.

Mindestlohns eingereicht (Waadt, Wallis, Basel-Land, Tessin, Stadt Luzern, Freiburg), lanciert (Solothurn, Stadt Bern, Stadt Biel am 1. Mai 2024) oder sind in Vorbereitung.

Die kantonalen Mindestlöhne sind so ausgelegt, dass sie das Existenzminimum (gemäss Berechnung für die Ergänzungsleistungen der AHV) garantieren. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung würde also dazu führen, dass Arbeitnehmende wieder Löhne erhalten würden, welche unter dem Existenzminimum liegen. **Die Erwerbsarmut würde ansteigen. Dies widerspricht dem Sozialziel der Bundesverfassung**, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass «Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können» (Art. 41 Abs. 1 lit. d BV). Mehr Erwerbstätige wären auf Sozialhilfe angewiesen. Dies würde zur paradoxen Situation führen, dass Branchen und Unternehmen, welche zu tiefe Löhne zahlen, indirekt auf Kosten der Steuerzahlenden subventioniert würden. Ein Anstieg der Sozialhilfequote würde die **Kantonsfinanzen belasten**. Entgegen der Einschätzung des Bundesrates schliessen wir eine Belastung auf die Finanzen der Kantone also nicht aus.

Bei einer Umsetzung der Forderung der Motion Ettlín würde etlichen Angestellten in Tieflohnbranchen eine Lohnreduktion drohen, wie auch der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt.⁷ Die Tragweite der Auswirkungen der Umsetzung der Motion Ettlín wird im Kanton Gené besonders deutlich. Vor der Einführung des Genéer Mindestlohns verdiente ein grosser Teil der Angestellten in Tieflohnbranchen weniger als den Mindestlohn: 50 Prozent im Coiffeur-Gewerbe, 40 Prozent in der Textilreinigung und 30 Prozent im Gastgewerbe. In allen drei Branchen (und weiteren, wie der Reinigung, dem Ausbaugewerbe, dem Metallgewerbe und den Tankstellenshops) sehen die GAV mehrere Mindestlöhne vor, welche unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegen. Angestellten in diesen GAV-Lohnkategorien drohen Lohnreduktionen. So zum Beispiel allen Coiffeusen: Einer gelernten Coiffeuse droht eine Lohneinbusse bis zu 500 Franken, einer ungelerten Coiffeuse sogar bis zu 1000 Franken im Monat. Schätzungsweise 90 Prozent der Arbeitnehmenden unter dem GAV der Textilreinigung Romandie sitzen auf dem Mindestlohn. Geschätzte 80 Prozent der Arbeitnehmenden befinden sich in den zwei tiefsten Mindestlohnkategorien und könnten durch die Umsetzung der Motion Ettlín über 700 Franken im Monat verlieren. Von einer Senkung des Mindestlohns durch die Umsetzung der Motion Ettlín wären aber noch mehr Arbeitnehmende betroffen. Dies, da Mindestlöhne dazu führen, dass auch die Löhne von Arbeitnehmenden über dem Mindestlohn angehoben werden, um die Lohnhierarchie zu wahren. Wenn der Mindestlohn gesenkt wird, dürfte der gegenteilige Effekt eintreten. Insbesondere in der mittleren Frist und durch Neuanstellungen ist absehbar, dass das Lohnniveau in diesen Branchen wieder auf das GAV-Niveau zurückgeht.

Die Umsetzung der Motion Ettlín läuft zudem den Bestrebungen des Bundes und der Kantone zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann entgegen. Frauen arbeiten häufiger zu tieferen Löhnen als Männer. In den besonders betroffenen Branchen sind mehrheitlich Frauen beschäftigt, insbesondere im Coiffeurgewerbe und der Textilreinigung. Frauen wären also überproportional von der Umsetzung der Motion Ettlín und einer damit einhergehenden Lohnreduktion betroffen. Die Löhne der Frauen würden also wieder gesenkt, anstatt angehoben.

⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 12.

2. Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf kantonale Kompetenzen, die Souveränität der Kantone und den Föderalismus

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da sie in die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen eingreift.⁸ Gemäss Bundesverfassung haben die Kantone die Kompetenz, sozialpolitisch tätig zu werden. Sie können Mindestlöhne festlegen, welche als vorrangiges Ziel die Bekämpfung der Armut haben, wie auch vom Bundesgerichtsurteil zum Neuenburger Mindestlohn bestätigt.⁹ Hier sei noch einmal auf das Sozialziel aus Art. 41 Abs. 1 lit d BV verwiesen, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. **Die Umsetzung der Motion Ettlín zielt darauf ab, die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik zu beschneiden**, da sie sich gegen sozialpolitische Mindestlöhne richtet. Dies ist somit auch ein Eingriff in die Souveränität der Kantone und den Föderalismus und würde das **gesamte System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in Frage stellen** und Tür und Tor für weitere Überschreitungen öffnen. Der Ständerat hat am 19. Dezember 2019 die Motion Baumann (18.3934), welche das gleiche Anliegen wie die Motion Ettlín verfolgt, explizit aus diesem Grund abgelehnt.¹⁰

Entgegen der Einschätzung des Bundesrates¹¹ verstösst die Umsetzung der Motion unserer Meinung nach zudem dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 43a Abs. 1 BV), demzufolge «der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen».

⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 13.

⁹ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.5.5., das Bundesgericht hält in seinem Urteil fest: «Es ist auch daran zu erinnern, dass die Kantone für die Sozialhilfe zuständig sind (Art. 115 BV), die nicht nur materielle Hilfe leisten, sondern auch die berufliche Integration von Bedürftigen fördern soll. Die materielle Hilfe ist somit subsidiär zum Einkommen, das sich die Betroffenen aus eigener Kraft durch eine Erwerbstätigkeit verschaffen können [Verweise u.a. auf die Rechtsprechung]. Dies setzt jedoch voraus, dass vollzeitlich erwerbstätige Personen ein Einkommen erzielen, das zum Leben ausreicht. Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV nennt zudem als Sozialziel, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass alle Erwerbsfähigen ihren Lebensunterhalt durch Arbeit, die sie unter angemessenen Bedingungen ausüben, bestreiten können».

¹⁰ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlín, in der er seine bereits am 21. November 2018 zur Motion Baumann (18.3934) mit ähnlichem Inhalt, Aussagen wiederholt, wonach es sich um einen Eingriff von erheblicher Tragweite und besorgniserregender staatspolitischer und demokratiepolitischer Bedeutung handle, wobei der Bundesrat ausführt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung des Motionsziels den Volkswillen auf kantonaler Ebene aushöhlen und gegen die Grundsätze des Föderalismus und der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung verstossen würde; vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183934>.

¹¹ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 14.

3. Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert sind. Die kantonalen Bestimmungen, die Mindestlöhne einführen, wurden alle im Rahmen von Volksabstimmungen angenommen und verfügen folglich über eine starke demokratische Legitimation. Ein GAV ist ein Vertrag zwischen Privaten und die Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an dessen privatrechtlichen Charakter – sie macht aus dem GAV kein Gesetz. Dies wurde auch vom Bundesgericht in seinem Urteil zum Mindestlohn im Kanton Neuenburg bestätigt.¹² **Die Umsetzung der Motion Ettlín stellt somit einen Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie dar:** AVE GAV –privatrechtlich geregelte Vereinbarungen – sollen kantonalen, vom Stimmvolk eingeführten Bestimmungen vorgehen.

4. Die Umsetzung der Motion Ettlín verstösst gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität

Wie der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren schreibt, verstösst die Umsetzung der Motion Ettlín aufgrund der im obigen Punkt aufgeführten Argumente auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität, woraus sich der Grundsatz der Normenhierarchie ableitet: eine untergeordnete Rechtsnorm darf nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen, d.h. ein AVE GAV (eine privatrechtlich geregelte Vereinbarung) ist einem kantonalen Gesetz untergeordnet.¹³

5. Eingriff in das System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Die Umsetzung der Motion Ettlín wäre zudem ein Verstoss gegen das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen. Das Arbeitsverhältnis ist in der Regel durch das private Arbeitsrecht geregelt. Diese privatrechtlichen Bestimmungen räumen den Parteien einen gewissen Handlungsspielraum ein, um an ihre spezifischen Bedürfnisse angepasste Regelungen zu beschliessen. Dieser Handlungsspielraum ist jedoch begrenzt: Öffentlich-rechtliche Bestimmungen, welche grundsätzlich zwingend sind, haben Vorrang vor den Regeln des privaten Arbeitsrechts und den auf diesen Grundlagen vereinbarten Regeln zwischen Privaten (Vorbehalt des öffentlichen Rechts; Artikel 342 OR). **Dies bedeutet, dass die öffentlich-rechtlichen Regeln, die von den Kantonen und vom Bund eingeführt wurden, um einen Mindestschutz der Arbeitnehmenden sicherzustellen, Vorrang vor allen anderen anderslautenden Regeln haben.** Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen zu den Mindestlöhnen in den Kantonen Neuenburg und Tessin festgehalten, dass sozialpolitisch relevante kantonale Regelungen zu Mindestlöhnen unter diesen Vorbehalt fallen.¹⁴ Die Umsetzung der Motion Ettlín käme

¹² Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E.7.3.2.

¹³ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlín, in der es heisst, dass ein «allgemeinverbindlicher GAV auch nicht auf Gesetzesniveau ist, sondern eher mit einer Verordnung vergleichbar ist».

¹⁴ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E.7.4; BGer 2C_302/2020, 2C_306/2020, E.8.7.

einem Verstoß gegen dieses System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts gleich, indem der allgemeinverbindliche GAV über das kantonale öffentliche Recht gestellt wird.

6. Rechtsunsicherheit

Wie im Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt, führt die Umsetzung der Motion Ettlín zu Rechtsunsicherheit: In Kantonen, wo die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind als jene in (AVE) GAV, würden zwei parallele und widersprüchliche Gesetze vorliegen. In solchen Fällen müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.¹⁵

Die legale Umsetzung der Motion Ettlín setzt eine Verfassungsänderung voraus. Wie oben ausgeführt, ist die Motion unserer Ansicht nach, wie auch nach der Auffassung des Bundesrates, nicht verfassungskonform umsetzbar. Konsequenterweise müsste der Bundesrat die Änderung der Verfassung vorschlagen, was gemäss dem erläuternden Bericht zur Änderung des AVEG angedacht wurde, um die Motion auf legale Art und Weise umzusetzen.¹⁶ Umsetzung der Motion WAK-N

kapers hat die Annahme der Motion WAK-N «Transparenz über die Mittel paritätischer Kommissionen» durch den Nationalrat sowie der ständerätlichen Kommission zur Kenntnis genommen. Der Schweizerische Gewerkschaftsbund hat ebenfalls ein hohes Interesse, dass die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds transparent und nachvollziehbar dargelegt wird. Wir befürworten deshalb, den erarbeiteten Vorschlag, den unterstellten Arbeitnehmenden und Arbeitgebern eines Gesamtarbeitsvertrags mit allgemeinverbindlich erklärten Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträgen auf Anfrage Einsicht in die Jahresrechnung zu gewähren, geben aber zu bedenken, dass solche Anfragen zu einem beachtlichen administrativen Mehraufwand führen können und daher auch ressourceneffiziente Umsetzungsformen, wie eine elektronische Zustellung der Rechnung, möglich sein sollen.

¹⁵ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 6.

¹⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 7.

Fazit

kapers lehnt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin als Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne, die direkte Demokratie und die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik, sowie dem Legalitäts- und Subsidiaritäts-Prinzip der Bundesverfassung vollumfänglich ab. Wir befürworten jedoch die Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N, da sie die Transparenz über die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds stärkt.

Wir danken Ihnen herzlich für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

kapers, cabin crew union

Dr. Phil. Sandrine Nikolic-Fuss
Präsidentin

Alexandra Meile
Vizepräsidentin

Herr Bundesrat Guy Parmelin
Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
3003 Bern

per E-Mail: info.paga@seco.admin.ch

Bern, 25. April 2024

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N
Stellungnahme des Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS)**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS) vertritt seit 1927 die Interessen von heute rund 4 000 Garagenbetrieben in der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein.

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie die Vernehmlassung zu den titelerwähnten Vorlagen eröffnet. Der AGVS bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

I. Allgemeine Anmerkungen

Der AGVS befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Der Bundesrat begründet seine Ablehnungsempfehlung der Vorlage damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Mehrere betroffene Branchen- und Wirtschaftsverbände haben diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen lassen, welches in Beilage mitgesendet wird. Das Rechtsgutachten kommt zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des

klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das AVEG stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit genanntem Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden. Ständerat und Kantone hatten damals aber Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlins trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer liberalen Wirtschaftsordnung. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe und ausgewogene Regelungen, die die Bedürfnisse von Arbeitnehmern und Arbeitgebern gleichermaßen berücksichtigen. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe gefährden diese ausgeglichenen Vereinbarungen und führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, was letztendlich die bewährte Sozialpartnerschaft gefährdet. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf setzt die Motion im Punkt der Anwendungsvorranges ave GAV nicht mit der gewünschten Klarheit um und ist weniger verständlich. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, weil er explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Der Vernehmlassungsentwurf greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Wir empfehlen daher im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV-Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist jedoch immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht
Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage (Kompetenzaufteilung und Legalitätsprinzip). Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlins verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung. Mindestlöhne und flankierende Massnahmen sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonalen Mindestlöhne für Entsandte

nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und Lohndumping entsteht. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens begründet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne jedoch «dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet. Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Ave GAV verhindern somit Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess

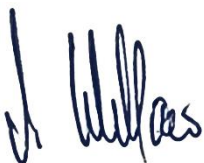
verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Der AGVS selbst verfügt dabei über sechs Sektionen, welche einen ave GAV haben. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln und immer wie weiter an Wichtigkeit gewinnen. In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

Die Vorgebrachten Bedenken gegen die Umsetzung der Vorlage halten einer rechtlichen Prüfung *in conclusio* nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme bedanken wir uns im Voraus bestens.

Freundliche Grüsse
Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS)



Manfred Wellauer
Vizepräsident



Markus Aegerter
Mitglied der Geschäftsleitung

- Beilage: Rechtsgutachten von Prof Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben
GastroSuisse
Verband für Hotellerie und Restauration
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5351952

Zürich, 27. März 2024

Rechtsgutachten

**über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen**

von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither sind wieder verschiedene Bestrebungen im Gange, Lohnuntergrenzen in den Kantonen einzuführen und durchzusetzen. Derzeit haben die Kantone Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen eingeführt.
- 2 Seit einem in Teilen der Lehre mit Skepsis aufgenommenen höchstrichterlichen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg¹ ist es grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.²
- 3 Vor diesem Hintergrund befürchten verschiedene Autoren, dass dadurch ave GAV geschwächt werden, die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage gestellt wird und allgemein eine Rechtsunsicherheit bestehen wird.
- 4 Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion Baumann, Nr. 18.3934, eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Im Jahr 2020 ist die Motion Ettlín, Nr. 20.4738, eingereicht worden. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Bei allen anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen würden kantonale Vorgaben den ave GAV vorgehen. Der Nationalrat hat in der Wintersession 2022 den Entscheid des Ständerats bestätigt und die Motion Ettlín angenommen.

¹ BGE 143 I 403.

² Vgl. MADUZ/SCHMID, 271 ff.

- 5 In seiner Stellungnahme sowie in den parlamentarischen Beratungen zu dieser Motion hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion vorgeschlagen, weil die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert seien, und kantonales Recht darstellen, das die Kantone verfassungsgemäss als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen und bezieht sich dabei auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 21. Juli 2017.³
- 6 Im Erläuternden Bericht des Bundesrats vom 24. Januar 2024 stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des mittlerweile auf den Mindestlohn beschränkten Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Er hat dennoch verschiedene Lösungen geprüft. Mit der angestrebten Vernehmlassungsvorlage würde Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend ergänzt werden, dass künftige Bestimmungen von GAV, die niedrigere Mindestlöhne als die in den kantonalen Gesetzen festgelegten vorsehen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung sind diese Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufs anwendbar, wobei die GAV sowohl des Bundes als auch der Kantone betroffen wären.⁴ Von einer Änderung des OR und der BV hat der Bundesrat abgesehen.⁵ Der Bundesrat begründet seine kritische Haltung wie folgt: *«Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen die Problematik eines Mindestlohns fällt, ergebe sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 BV und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Die Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegendes sozialpolitisches Ziel verfolgen, sind Teil der öffentlich-rechtlichen Schutzmassnahmen, die die Kantone trotz der zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Arbeit grundsätzlich weiterhin erlassen dürfen, und ergänzen die öffentlich-rechtlichen Massnahmen des Bundes, die im ArG und seinen Verordnungen verankert sind. Solche Massnahmen bezwecken die Bekämpfung der Armut und verstossen folglich nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Umsetzung der Motion Ettlín, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verletzt die Aufteilung der Kompetenzen*

³ Erläuternder Bericht, 4 und 8.

⁴ Erläuternder Bericht, 6.

⁵ Erläuternder Bericht, 7.

zwischen Bund und Kantonen – einen Grundsatz, der von der Bundesverfassung garantiert wird.»⁶ Der Bundesrat bemängelt weiter, dass «Die Umsetzung der Motion auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität [verstosse], der aus Art. 5 Abs. 1 BV hervorgeht. Daraus leitet sich der Grundsatz der Normenhierarchie ab, der verlangt, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstösst. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht. Aus Sicht der Normenhierarchie ist ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.»⁷ Die nunmehr fragliche Vernehmlassungsvorlage betreffend Änderung des AVEG lautet wie folgt (*kursiv*):

- 7 Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemein verbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

B. Fragestellung

- 8 Im Nachgang an den Erläuternden Bericht des Bundesrats, möchte Gastro-Suisse, ein Schweizerischer Arbeitgeberverband des Gastgewerbes, nachfolgende Fragen betreffend den zu ändernden Art. 2 Ziff. 4 AVEG klären:
- Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?
 - Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz

⁶ Erläuternder Bericht, 13.

⁷ Erläuternder Bericht, a.a.O.

in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?

- Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in Ave GAV mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?
- Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?
- Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?
- Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?
- Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Autor/in, in: SGK, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das neue Parlamentsgesetz im Lichte der Staatsleitungsreform, in: LeGes, 2003/2, S. 21-30.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürcher Diss., Zürich/St. Gallen 2019.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998.

- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, (zit. Autor/in, Handkomm. ArG, Art. ... N ...).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020.
- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Kapitel 28, S. 1165-1209.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, ArG Kommentar, 8. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- MADUZ CHRISTIAN/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2017, S. 271-279.
- PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2018, S. 294-297.
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.
- TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Autor/in, in: BSK, Art. ... N ...).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: ARV online 2014, Nr. 1.

B. Rechtsgrundlagen

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (zit. OR).
- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 (zit. AVEG).

- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11 (*zit. ArG*).

C. Materialien

- Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBI 2013 1211 (*zit. Botschaft, Mindestlohn, 1211, ...*).
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf vom 10. Oktober 2012, BBI 2012 8513 (*zit. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, ...*).
- Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtabreitsverträgen (AVEG) vom 24. Januar 2024, S. 1-15 (*zit. Erläuternder Bericht, ...*).
- Entwurf zum Entsendegesetz, BBI 2021 1121.
- Memorandum vom 10. September 2017.
- Motion 20.4738, Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen vom 18. Dezember 2020.
- Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» vom 7. Juni 2018.

III. RECHTLICHES

A. Vereinbarkeitskontrolle der Motion bzw. des Vernehmlassungsentwurfs

1. Einleitung

- 9 Die Motion bzw. der Vernehmlassungsentwurf soll nach Ansicht des Bundesrats mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen und begründet

dies im Wesentlichen damit, dass das Gesetzgebungsvorhaben eine Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung mit sich bringen würde.⁸

10 Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV halten die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ihrem Grundsatz nach fest (sog. Maxime der Einzelermächtigung), wonach der Bund nur über jene Befugnisse verfügt, die ihm die Verfassung zuweist.⁹ Als Folge des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung, bezweckt Art. 49 BV die Schaffung einer einheitlichen, in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung und dient damit der Rechtssicherheit.¹⁰

11 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV bestimmt, dass die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen können (sog. nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz¹¹).¹² Der Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone¹³ wird entsprechend durchbrochen, womit Bundesrecht als höhere Hierarchiestufe im Konfliktfall kantonalem Recht als tiefere Hierarchiestufe vorgehen.¹⁴ Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁵ Eine an sich abschliessende Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich schliesst jedoch dann eine kantonale Lösung nicht aus, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts.¹⁶ Die Kantone dürfen vielmehr im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen Vorschriften erlassen, soweit sie nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln.¹⁷ Schliesslich gilt, dass den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In

⁸ Erläuternder Bericht, 7 und 13.

⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6.

¹⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 4.

¹¹ BGE 144 III 155 E. 4.3.

¹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1092 ff.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052 ff.

¹⁴ Vgl. Epiney, BSK BV, Art. 5 N 55 f.; BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

¹⁵ BGE 138 I 468 E. 2.6; BGE 138 I 454 E. 3.6.3.

¹⁶ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 137 I 167 E. 3.4.

¹⁷ BGE 138 I 435 E. 3.1; BGE 138 I 356 E. 5.4.2.

solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden.¹⁸ Dies gilt auch für die ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes, die hier aber nicht in Frage stehen. Bei den ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes erlischt die kantonale Kompetenz bei Inkraftsetzung der entsprechenden Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes in der BV.¹⁹ Im vorliegenden Fall geht es jedoch sowohl in Art. 110 BV wie auch in Art. 122 BV um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen, die einerseits die kantonalen Kompetenzen erst dann derogieren, wenn der Bundesgesetzgeber ein Gesetz erlassen hat und andererseits den Kantonen den Spielraum belässt, in demselben Sachbereich Gesetze zu erlassen, wenn sie einen anderen Zweck verfolgen und nicht zur Vereitelung von Bundesrecht führen.²⁰

2. Vereinbarkeit kantonaler Mindestlöhne mit der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich der Arbeit

12 Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen der hier interessierende Vernehmlassungsentwurf betreffend den Mindestlohn fällt, ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art. 110 BV und für das Zivilrecht aus Art. 122 BV.²¹ Beide Bestimmungen begründen nach Lehre²² und Rechtsprechung²³ eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* zugunsten des Bundes mit *nachträglich derogatorischer Wirkung*. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Diese Gesetzgebungsermächtigungen können sich zudem aufgrund allgemeiner Zielvorgaben (z.B. Art. 41 BV; Art. 94 BV) zu Handlungsaufträgen verdichten.²⁴

¹⁸ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 138 I 435 E. 3.1.

¹⁹ HÄNER, Organisationsrecht, Rz. 28.15 m.w.H.

²⁰ HÄNER, Organisationsrecht, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1092 ff.

²¹ BGE 143 I 403 E. 7.2; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 1.

²² BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 3.

²³ BGE 139 I 242 E. 3.1; BGE 97 I 499 E. 3.a.

²⁴ BIAGGINI, OFK BV, a.a.O.

- 13 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird über das *Ziel des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* definiert und ist ausserordentlich weit gefasst.²⁵ Der Begriff «Schutz» ist facettenreich und weit zu verstehen, womit er nicht nur die Aspekte Gesundheit und Sicherheit, sondern auch das in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV formulierte Sozialziel bzgl. Bestreitung des Lebensunterhalts durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen konkretisiert.²⁶ Keine Rolle spielt daher, ob das Arbeitsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist oder um welchen Wirtschaftssektor es sich handelt.²⁷ Es gibt m.a.W. kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum weiteren Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legiferieren dürfte,²⁸ womit eine Ausweitung des geltenden Schutzzumfangs grundsätzlich möglich erscheint.²⁹
- 14 Die Frage, ob sich aus dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer *Existenzsicherung* direkt aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist bislang unbeantwortet geblieben. Die Schweiz kennt derzeit keinen umfassenden staatlichen Schutz von Mindestlöhnen, die dem Schutz eines existenzsichernden Einkommens bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit dienen.³⁰ Nach Ansicht des Bundesrats lässt sich dies damit erklären, dass die Lohnbildung auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft beruht und zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.³¹ Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung, welche die schweizerische Praxis bislang prägt, spricht nach Ansicht der Lehre³² allerdings nicht dagegen, dass auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV³³ – oder aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz³⁴ – Mindestlohnvorschriften geschaffen werden, die dem Arbeitnehmer-

²⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 22.

²⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 4; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 2; GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 9 f. m.w.H.

²⁷ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23.

²⁸ GÄCHTER, SGK, a.a.O.

²⁹ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23 m.w.H.

³⁰ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³¹ Botschaft Mindestlohn, 1211, 1227 und 1236.

³² Vgl. CARDINAUX, BSK BV, Art. 110 N 25, wonach Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung kantonaler Bestimmungen bzgl. Lohnfreiheit zulässt; ferner GEISER, 809 m.w.H.

³³ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³⁴ WILDHABER, Rz. 58 ff.

schutz dienen. Immerhin lassen sich denn auch verschiedene Instrumente verorten, die dem Mindestlohnschutz dienen, namentlich Gesamtarbeitsverträge oder allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.³⁵

- 15 Vor dem Hintergrund, dass Art. 110 Abs. 1 BV eine umfassende Regelungskompetenz beinhaltet und nachträglich-derogatorisch wirkt, wird den Kantonen keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt.³⁶ Folglich dürfen die Kantone keine weitergehenden Arbeitsschutzbestimmungen erlassen, da dies den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz gefährden würde³⁷ und der Bund mit dem Erlass des ArG von seiner Kompetenz im Arbeitnehmerschutz zu legiferieren, Gebrauch gemacht hat; das ArG enthält namentlich Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und stellt rechtsprechungsgemäss eine umfassende Regelung in Bezug auf den allgemeinen Schutz der Arbeitnehmenden bereit.³⁸ Ausdrückliche Vorbehalte bestehen im ArG für die sog. *Polizeivorschriften* des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, insbesondere solche über die Gesundheitspolizei (vgl. Art. 71 lit. c ArG). In diesen praktisch wichtigen Bereichen verbleibt den Kantonen noch ein gewisser Gestaltungsspielraum, der jedoch nicht zu weit interpretiert werden darf;³⁹ vorbehalten bleiben die Polizeivorschriften nur deshalb, weil sie andere (Arbeits-)Schutzzwecke verfolgen⁴⁰ bzw. diese nur nebenbei eine Schutzfunktion für Arbeitnehmende⁴¹ zukommt.⁴² Ein gewichtiger Teil der Lehre schliesst daraus, dass den Kantonen für diejenigen Branchen, die nicht vom Arbeitsschutzrecht des

³⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24; der Bund hat in weitem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, namentlich mit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR), dem Arbeitsgesetz und dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

³⁶ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; BGE 139 I 242 E. 3.2.

³⁷ TSCHUDI, 20.

³⁸ BGE 143 I 304 E. 7.5.1 f.

³⁹ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; vgl. MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16 und N 21;

⁴⁰ MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴² Soweit sie aber darüber hinausgehen und nur noch arbeitsrechtlich begründet werden können, sind sie aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Rz. 7) unwirksam; vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, 207 N 5.

Bundes erfasst werden, die Regelungskompetenz verbleibt,⁴³ indes die Bestimmung nicht weit ausgelegt werden darf.⁴⁴ Die Rechtsprechung hält hierzu fest, dass bei Vorliegen einer abschliessenden Bundesregelung im Sachbereich der Arbeit, eine kantonale Lösung dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sie ein *anderes Ziel* verfolgt als dasjenige des Bundesrechts, wie z.B. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit⁴⁵ oder bei sozialpolitischen Massnahmen⁴⁶ (vgl. sogleich nächster Absatz);⁴⁷ m.a.W. kann eine kantonale Regelung dann nicht mehr Bestand haben, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird.

- 16 Im Zusammenhang mit kantonalen Mindestlohnvorschriften bleiben nach der jüngsten Rechtsprechung kantonale Mindestlohnvorschriften in eingeschränktem und engem Rahmen zulässig⁴⁸, da diese nach Ansicht des Bundesgerichts als *sozialpolitische Massnahme* (und nicht als ausschliesslich dem Bundesgesetzgeber vorbehaltene *wirtschaftspolitische Massnahme* gelten) und damit als Instrument zur Bekämpfung der Armut dienen bzw. dem Phänomen des «*working poor*» entgegenwirken soll.⁴⁹ Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 allerdings noch festgehalten, dass die Ansicht, wonach der Lohn – und dazu gehört auch der Mindestlohn – im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist und Art. 110 BV der allgemeinen Armutsbekämpfung diene.⁵⁰ Nach neuerer Auffassung des Bundesgerichts ist demgegenüber ein kantonaler Mindestlohn dann erlaubt, wenn damit das sozialpolitische Ziel erhalten bleibt, indem sich die kantonalen Mindestlohnvorschriften jenen der Sozialversicherungs- und

⁴³ Vgl. Überblick bei Gächter, SGK, Art. 110 N 25; bejahend WILDHABER, Rz. 7; CARDINAUX, BSK, Art. 110 N 25; wohl PÄRLI, 296; verneinend MADUZ/SCHMID, 278 f.; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5; im Übrigen war mit dieser Argumentation die Einführung eines kantonalen Mindestlohns im Kanton Neuenburg überhaupt möglich. Namentlich habe mit dem Erlass des OR, ArG und des AVEG der Bund die Frage der Mindestlöhne nicht vollständig und abschliessend geregelt. Eine kantonale Kompetenz, einen Mindestlohn aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen festzulegen, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, 8521.

⁴⁴ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; MAHON/BENOÏT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16; ferner MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴⁵ BGE 139 I 242 E. 3.1.

⁴⁶ Anders als wirtschaftspolitische Massnahmen scheiden sozialpolitisch motivierte Einschränkungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 94 BV aus bzw. verbleiben derartige Einschränkungen den Kantonen, vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; ferner RICHLI, N 605 m.H.

⁴⁷ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁸ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁹ BGE 143 I 403 E. 7.5.3.

⁵⁰ BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.2.1 f.

Sozialhilfebeiträgen annähern;⁵¹ andernfalls liegt ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff vor, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt.

17 Angesichts dieser Rechtsprechung (vgl. Rz. 15 f.) zählt ein kantonaler Mindestlohn nicht zum Arbeitsschutzrecht des Bundes, sondern soll rechtsprechungsgemäss ein Instrument der Armutsbekämpfung darstellen, weshalb es den Kantonen teilweise erlaubt ist in diesem Sachbereich zu legislieren.⁵² Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten⁵³, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet.⁵⁴ Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat auf denselben Sozialschutzgedanken gezielt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Initiative aus dem Kanton Neuenburg.⁵⁵ Zudem verkennt das Bundesgericht, dass der Bundesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 Abs. 1 BV legislatorisch denselben Schutzzweck verfolgen kann wie die Kantone mit ihren Mindestlohngesetzen, namentlich das Ziel, die Armut zu bekämpfen und dafür zu sorgen, dass jedermann angemessen von den Früchten seiner Arbeit leben kann.⁵⁶ Das französischsprachige Bundesgerichtsurteil setzt sich zudem über die Ausführungen des Gesetzgebers – und letztlich des Volks und sämtlicher Stände – vollständig hinweg, indem es sich mit den Ausführungen bzgl. (Un-)Geeignetheit von Mindestlöhnen in der damaligen Botschaft *nicht auseinandersetzt*.⁵⁷ Der Bundesrat hat dort immerhin festgehalten, dass die Armut vielfältige Ursachen hat und sich nur teilweise durch tiefe Löhne erklären lässt, da ein Grossteil der von Armut betroffenen Personen nicht erwerbstätig ist. Auch tragen andere sozioökonomische Eigenschaften wie die Zusammensetzung des Haushalts, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder der Migrationsstatus ebenfalls zur Armut bei.⁵⁸ Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine *Zielkonkurrenz*⁵⁹, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung

⁵¹ BGE 143 I 403 E. 5.4.3; vgl. BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3 (Volksinitiative Genf).

⁵² GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26.

⁵³ MADUZ/SCHMID, 274.

⁵⁴ BBI 2014 6349, 6353, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014.

⁵⁵ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1224 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1227 und 1245.

⁵⁷ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1236 f.

⁵⁸ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1245.

⁵⁹ Begrifflich kann man auch von der sog. *Kompetenzkumulation* sprechen. Eine solche liegt vor, wenn für einen Sachverhaltskomplex kumulativ die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone zur Anwendung gelangen können, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1096.

durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt.⁶⁰

- 18 Vor dem Hintergrund gleichgerichteter Schutzzwecke verbleibt selbst nach Änderung des AVEG den Kantonen weiterhin eine engmaschige Regelungskompetenz die Ursachen der Armut mit gesetzlichen Mindestlöhnen zu bekämpfen, soweit sie nicht *ave* GAV betreffen. Mithin bleibt die Kompetenz der Kantone, zum Erlass von Mindestlohnvorschriften im Bereich des nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV bestehen. Beispielsweise kann im kantonalen Mindestlohngesetz der Vorrang des *ave* GAV erklärt werden oder das kantonale Mindestlohngesetz nimmt die *ave* GAV von dessen Geltungsbereich aus.⁶¹

3. **Notwendigkeit allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohnbestimmungen in GAV**

- 19 Gesamtarbeitsverträge (GAV) sind Verträge, in denen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (vgl. OR 356). Im Wissen um das typische Machtgefälle im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer, das durch Wettbewerb allein nicht ausgeglichen werden kann, sollen derartige Gruppenvereinbarung als legitime Methode zur Koordination auf dem Arbeitsmarkt zum Einsatz kommen.⁶²

- 20 GAV können *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bezeichnet man die Anordnung der zuständigen Behörde, mit der auf Antrag aller Vertragsparteien der Geltungsbereich eines GAV auf nicht

⁶⁰ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, a.a.O.

⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. h Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200, wonach Personen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen oder einem Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen unterstehen, vom basel-städtischen Mindestlohngesetz ausgenommen sind.

⁶² BIAGGINI, OFK, Art. 110 N 7; vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 34.

am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (sog. «Aussenseiter») ausgedehnt wird (vgl. Art. 1 AVEG). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt⁶³ bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.⁶⁴

- 21 Die Gründe einer solchen Ausdehnung infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung sind unterschiedlich: Bei der zunehmenden Arbeitsmigration soll einerseits der sog. Schmutzkonzurrenz von Lohnunterbietenden Unternehmen, vornehmlich aus dem Ausland, entgegengewirkt werden;⁶⁵ andererseits besteht häufig in Branchen mit vielen Kleinbetrieben ein entsprechender Wunsch.⁶⁶ Gerade im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des FZA und der damit einhergehenden Freizügigkeit im Personenverkehr hat der Gesetzgeber zusätzlich flankierende Massnahmen in Kraft setzen lassen, um der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen infolge von Lohn- oder Sozialdumping in der Schweiz entgegenzuwirken.⁶⁷ Ein gewichtiges Element dieser flankierenden Massnahmen bildet neben dem hierfür verabschiedeten Entsendegesetz (EntsG)⁶⁸ die Möglichkeit GAV allgemeinverbindlich zu erklären.⁶⁹
- 22 Der wohl gewichtigste Grund Mindestlohnbestimmungen in GAV allgemeinverbindlich zu erklären, lässt sich im Zusammenhang mit der grenznahen Arbeitsmigration rechtfertigen: In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin, welche kantonale Mindestlohngesetze kennen, sind Mindestlohnbestimmungen lediglich auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit gewöhnlich auf Kantonsgebiet verrichten.⁷⁰ Ähnlich verhält es sich

⁶³ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1100.

⁶⁴ BGE 138 V 32 E. 4.1; vgl. BGE 98 II 205 E. 1; vgl. auch BGE 128 II 13 E. 1d und E. 2a, wonach gegenüber den Aussenseitern der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung als Erlass zu betrachten ist.

⁶⁵ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; Wildhaber,

⁶⁶ Portmann/Wildhaber, Rz. 1099.

⁶⁷ Wildhaber, Rz. 9.

⁶⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁶⁹ WILDHABER, Rz. 10.

⁷⁰ BBI 2021 1120, S. 30

im Kanton Basel-Stadt.⁷¹ Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen.⁷² Folglich können diese ihre Preisunterschiede durch Lohndumping ausgleichen. Akzentuiert wird die Ungleichbehandlung, wenn die kantonalen Mindestlohngesetze vorsehen, dass diese den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbarten Mindestlöhnen vorgehen, sofern er höher ist als diese wie beispielsweise in den Kantonen Neuenburg und Genf.⁷³ Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

- (i) Aus diesem Grund ist es auch nachvollziehbar, dass Teile des eidgenössischen Gesetzgebers das Entsendegesetz mit einer Motion dahingehend anpassen wollten, dass ausländische Arbeitgeber, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.⁷⁴
- (ii) Die gesetzgeberischen Bestrebungen die kantonalen Mindestlohnbestimmungen im EntsG zu implementieren, sind allerdings gescheitert und der Ständerat hat einen Nichteintretensentscheid gefällt.⁷⁵ Man hat befürchtet, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien.⁷⁶

⁷¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. i Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200.

⁷² Vgl. BBI 2021 1120, S. 31.

⁷³ Erläuternder Bericht, 4 und 7.

⁷⁴ Vgl. Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. August 2018; vgl. BBI 2021 1121, S. 1, Art. 2 Abs. 1^{bis} E-EntsG.

⁷⁵ Vgl. das Geschäft des Bundesrats 21.032, URL: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210032>.

⁷⁶ Vgl. bereits die kritischen Stimmen im Vernehmlassungsverfahren, BBI 2021 1120, S. 16.

23 Die Vernehmlassungsvorlage kann vor diesem Hintergrund der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegenwirken. Mit dem gegenwärtigen Wortlaut versteht sie sich als *wirtschaftspolitische Massnahme* des eidgenössischen Gesetzgebers, um den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz zu gewährleisten, ohne dass hierfür zu stark in den bereits bestehenden kantonalen Mindestlohnschutz eingegriffen würde, wären doch zur Zeit lediglich zwei Kantone von der Vernehmlassungsvorlage betroffen.

B. Verhältnis zwischen Motion und Vernehmlassungsentwurf

24 Es gehört zur Staatsleitungsaufgabe des Parlamentes, eigene staatspolitische Beurteilungen vorzunehmen und das Handeln des Bundesrates in diesem Sinne zu beeinflussen und zu steuern.⁷⁷ Häufig genutztes Handlungsinstrument zur verbindlichen Steuerung des exekutiven Handelns ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (vgl. Art. 120 ParlG). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse bereits aus Gewaltenteilungserwägungen möglichst unverändert zu übernehmen, wobei die rechtliche Durchführbarkeit die Unveränderlichkeit parlamentarischer Verstösse absteckt (vgl. Art. 122 Abs. 3 ParlG).

25 Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat die Möglichkeit geprüft und vorgeschlagen hat, die Motion Ettlins wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben⁷⁸, hat er trotz bestehender Bedenken der Motion erlaubterweise einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt.

⁷⁷ Ehrenzeller, 24 f.

⁷⁸ Erläuternder Bericht, 7.

Eingereichter Text (exkl. Ferien und 13. Monatslohn)	Gesetzesentwurf / Vernehmlassungsentwurf
<p>Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4 Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.</p>	<p>Art. 1 AVEG unverändert</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.</p>

26 Die Motion hält zunächst explizit das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen (vgl. Absatz 4 des Artikels 1). In Art. 2 AVEG nimmt die Motion den ähnlichen Wortlaut – ohne Kantone – von Art. 358 OR auf und statuiert das Günstigkeitsprinzip, welches aber ohnehin bereits in Art. 358 OR verankert ist. Artikel 2 der Motion statuiert eine Gegenausnahme gegenüber dem neuen *Absatz 4 des Artikels 1*, wonach grundsätzlich der GAV nicht zwingendem Recht des *Bundes* widersprechen darf, aber ausnahmsweise zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können, wobei in jedem Fall – als Gegenausnahme – allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmungen zum Mindestlohn gegenüber kantonalen Bestimmungen vorgehen, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Der Motionstext hält demnach explizit fest, unter welchen Voraussetzungen ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 2) und statuiert für allgemeinverbindlich erklärte GAV eine Kollisionsregel gegenüber kantonalen Bestimmungen (Art. 1).

27 Der Vernehmlassungsentwurf (Gesetzesentwurf) ist gesetzessystematisch ausschliesslich bei den allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit festgehalten (vgl. Abbildung) und spricht – im Gegensatz zum Motionstext – von zwingendem und nicht nur von anderslautenden Bestimmungen der Kantone. Beim Motionstext stellt sich daher die Frage, ob nicht auf die Unterscheidung

zwischen zwingendem und anderslautendem kantonalem Recht verzichtet werden könnte. Die ersatzlose Streichung von «zwingend» lässt sich folgendermassen begründen: Der Motionstext birgt insofern einen Interpretationsspielraum, als in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ein Günstigkeitsprinzip zwar statuiert wird, sofern sich aus dem «zwingenden Recht» – zu welchem auch das kantonale Recht und damit eine kantonale Lohnuntergrenze – nichts anderes ergeben würde, aber Bestimmungen des ave GAV zum Mindestlohn «anderslautenden Bestimmungen der Kantone» vorgehen (neuer Art. 1 AVEG, neuer Abs. 4) würden. Konsequenterweise müsste dann ermittelt werden, ob mit anderslautenden Bestimmungen der Kantone auch zwingendes Recht (der Kantone) miteingeschlossen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Vernehmlassungstext in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ausschliesslich von *zwingendem* kantonalem Recht spricht und keinen Verweis auf das Günstigkeitsprinzip enthält, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Motionstext, wobei auch beim Vernehmlassungstext der besseren Verständlichkeit halber auf den Begriff «zwingend» verzichtet werden sollte, da impliziert wird, der Bundesgesetzgeber unterscheide zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht.

28 Der Bundesrat hält allerdings richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat.⁷⁹

29 Einen gewissen Interpretationsspielraum belässt der Vernehmlassungstext bei der Frage des Anwendungsvorrangs: Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1, neuer Abs. 4 gemäss Motionstext nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, während die Motion in Art. 1 AVEG explizit festhält, dass ave GAV Bestimmungen, insbe-

⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, 6.

sondere zu Mindestlöhnen, anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Aus dem Vernehmlassungstext ergibt sich aber implizit, dass Bestimmungen über Mindestlöhne – selbst dann – allgemeinverbindlich zu erklären sind, wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert mit diesem zweiten Satz in Art. 2 Ziff. 4 AVEG gegenüber dem ersten Satz eine Sonderausnahme im Bereich möglich entgegenstehender kantonaler Lohnuntergrenzen und klärt damit die Frage, *ob* eine Allgemeinverbindlicherklärung angeordnet werden darf. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohnbestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im einzelnen Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Dogmatisch handelt es sich um einen Anwendungsfall der Regel *lex superior derogat legi inferiori*, kann der Bundesgesetzgeber doch wie oben aufgezeigt auch im Bereich der Armutsbekämpfung legislieren (Rz. 16 f.). In derartigen Normenkollisionsfällen kann nach dem Motionstext grundsätzlich kein materiellrechtlicher Anspruch auf einen durch das kantonale Recht gewährten Mindestlohn entstehen – selbst dann nicht – wenn dieser gegenüber einem allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn höher ist.⁸⁰ Umgekehrt, müsste aber ein nach ave GAV höherer Mindestlohn bezahlt werden trotz eines kantonal tiefer vorgesehenen Mindestlohns. Vor dem Hintergrund, dass der Motionstext explizit sich zum Anwendungsvorrang äussert, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

⁸⁰ Die sog. «Rezeptionsklausel» nach Art. 342 Abs. 2 OR, wonach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus dem kantonalen Recht zivilrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können wie beispielsweise Bestimmungen zum Lohn oder Schutzmassnahmen (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 342 N 5 f.), würde im Ergebnis mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 AVEG (gemäss Motionstext) ausser Kraft gesetzt.

C. Verhältnis zwischen der Motion und Art. 358 OR

30 Art. 358 OR beschreibt das Verhältnis der Bestimmungen eines GAV zum zwingenden Recht: Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Die Bestimmung bezeichnet demnach die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, sofern dies zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (sog. Günstigkeitsprinzip).⁸¹ Wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür vorgesehen ist, kann zudem selbst *zu Ungunsten* der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abgewichen werden wie beispielsweise Art. 335c Abs. 2 Halbsatz 2 OR belegt.⁸²

31 Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird *just* in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave* GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 1.

⁸² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 2 m.w.H.

D. Mögliche Alternativen

- 32 Der Bundesrat hat geprüft, ob Art. 358 OR, welcher mit Art. 2 Abs. 4 AVEG in Verbindung steht, angepasst werden soll. Er hält aber fest, dass jegliche Änderung dieses Artikels ohne eine Beschränkung der Ausnahme auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgeschlossen erscheine. Dadurch würde es nämlich möglich, irgendeinen GAV abzuschliessen, um vom kantonalen Mindestlohn abweichen zu können, was die kantonalen Gesetze vollständig aushöhlen würde.⁸³ Nach Ansicht des Bundesrats stellt sich demnach der Vorrang sämtlicher GAV-Bestimmungen gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht nicht.
- 33 Folgt man der Argumentation des Bundesrats bestünde trotzdem die Möglichkeit Art. 358 OR direkt dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte. Ein solcher Vorrang sämtlicher Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist. Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat, wenn er festhält, dass sich die Motion klar auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV konzentriert und auf das AVEG abzielt.⁸⁴
- 34 Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte.⁸⁵ Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.). Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde (vgl. Rz. 13, Rz. 14 ff.). Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR

⁸³ Erläuternder Bericht, 6.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, 7.

⁸⁵ Erläuternder Bericht, 7.

dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.⁸⁶

IV. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

– *Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?*

35 Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17).⁸⁷ Einerseits bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohn als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden (vgl. insb. Rz. 21). Es hätte hier zudem am Bundesrat gelegen, spätestens im Rahmen der Gewährleistungsprüfung der Kantonsverfassung des Kantons Neuenburg festzuhalten, dass die Frage des Mindestlohns vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest heikel sein kann.⁸⁸ Dies umso mehr, als sich die weitläufige Bundesgesetzgebung im Arbeitsrecht mit dem kantonalen Recht mehr und mehr verzahnen können.⁸⁹ Andererseits ist ein Mindestlohn ein zulässiges, wenngleich kaum bzw. wenig geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Armut bzw. *working poor*. Der Bund ist aber kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird (Rz. 14 ff.). Vorliegend geht aber weder die Vernehmlassungsvorlage noch die Motion soweit, dass die Kantone im Bereich des Mindestlohns sämtliche Rechtsetzungskompetenz verlustig

⁸⁶ Vgl. ferner Memorandum vom 10. September 2017, 4 f.

⁸⁷ Der Vernehmlassungsentwurf zielt inhaltlich in die gleiche Richtung ab wie die Motion, wobei die Ferien und der 13. Monatslohn mangels Kompetenz nicht mehr geregelt worden sind (vgl. Rz. 24).

⁸⁸ Vgl. aber BBI 2012 8513, 8521 f.

⁸⁹ Vgl. FUHRER, 18 m.w.H.

gingen, sondern der Bundesgesetzgeber würde von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich im Bereich allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne legislieren, mithin im Geltungsbereich des AVEG, und die Bestimmung wäre auch nur dann anwendbar, wenn kantonales Recht den neuen AVEG-Bestimmungen entgegenstünde, namentlich wenn sie einen höheren Mindestlohn als im *ave GAV* vorsähen.

– *Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?*

36 Ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wird vom Bundesrat damit begründet, dass mit dem Vorrang von Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV vor dem kantonalen Recht die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verletzen würde. Zudem soll die Motion das Legalitätsprinzip verletzen. Entschieden entgegenzuhalten ist, dass der Bundesgesetzgeber kraft der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 BV *umfassend* – somit auch im Bereich sozialpolitischer Massnahmen – legislieren kann (sofern Mindestlöhne als solche ohnehin nicht schon wirtschaftspolitische Massnahmen darstellen). Art. 110 BV konkretisiert nach Ansicht der Lehre die in Art. 41 BV definierten Sozialziele und hält rechtsprechungsgemäss fest, dass der Schutzzweck von Art. 110 BV die Bekämpfung der allgemeinen Armut ist, was einen Mindestlohn als Instrument zur Bekämpfung des Phänomens des *working poor* mitumfassen würde. Der Bundesgesetzgeber strapaziert weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.

– *Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in *ave GAV* mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?*

37 Die Frage zielt auf die zwei vorangestellten Fragen ab: Zum einen lässt sich argumentieren, dass das Themenfeld der Mindestlöhne (und mit ihr die flankierenden Massnahmen) Teil sämtlicher, dem Bund vorbehaltenen wirtschaftspolitischer Massnahmen bilden. Zudem lässt sich mit den oben umschriebenen Argumenten ins Feld führen, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes einem Vorrang der Mindestlöhne in *ave* GAV gegenüber (zwingendem) kantonalem Recht nicht entgegenstehen – dies aus der Überlegung, dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. Es kann folglich dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber *just* den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen (vgl. insb. Rz. 16 zur Mindestlohn-Initiative).

– *Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?*

38 Der Bund hat richtigerweise die Motion inhaltlich auf den Mindestlohn beschränkt, da die Kantone ohnehin nicht rechtsetzungskompetent sind, Anordnungen im Hinblick auf Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. In gesetzessystematischer Hinsicht unterscheiden sich Vernehmlassungsentwurf und Motion, dahingehend, dass auf eine Wiederholung des Günstigkeitsprinzips gemäss Art. 358 OR im neu gefassten Art. 2 Ziff. 4 AVEG verzichtet worden ist (vgl. Rz. 25 f.). Der Vernehmlassungsentwurf greift das eigentlich inhaltliche Anliegen der Motion auf und hat die gleiche Zielsetzung (vgl. Rz. 27), belässt aber einen gewissen *Interpretationsspielraum* hinsichtlich der Frage des *Anwendungsvorrangs* – der Motionstext ist in diesem Punkt präziser und hält explizit einen Anwendungsvorrang fest (vgl. Rz. 29). Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

– *Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?*

39 Es besteht grundsätzlich Raum, Art. 358 OR dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte (vgl. Rz. 30 f.). Ein solcher Vorrang aller Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht wäre aber – wie bereits der Bundesrat sinngemäss festgehalten hat – aufgrund des Schwerpunkts direkt im AVEG anzuordnen. Letztlich verbleibt die Möglichkeit, Art. 358 OR mit einem neuen, zweiten Absatz zu ergänzen, indem man den Vorrang von einem GAV-Mindestlohn gegenüber einem kantonalen Mindestlohn festhält, um das Institut der Sozialpartnerschaft Nachachtung zu verschaffen.

40 Art. 358 Abs. 2 neu

41 «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags betreffend Mindestlohn gehen entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen zum Mindestlohn vor.»

– *Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?*

42 Das Parlament versucht auf vielseitige Art und Weise das Handeln des Bundesrats zu beeinflussen. Ein wichtiges Handlungsinstrument hierfür ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Könnte der Bundesrat zu stark auf dieses Handlungsinstrument Einfluss nehmen, würde er letztlich das *Prinzip der Gewaltenteilung* untergraben (vgl. Rz. 21). Vor diesem Hintergrund ist es daher zentral, dass der Bundesrat – vorbehalten der Schranke der rechtlichen Durchführbarkeit – Motionen möglichst unverändert belässt, um den parlamentarischen Willen bzw. Auftrag möglichst exakt entgegenzunehmen und nicht seinem Belieben nach verändern kann.

– *Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?*

43 Die Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom nach Art. 358 OR statuierten Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich betreffend Mindestlohnbestimmungen das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; folglich verstösst die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín nicht der Regelung nach Art. 358 OR (vgl. Rz. 26), sondern schafft vielmehr eine spezifische Bereichsregelung, die Anwendungsvorrang geniessen soll.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Département fédéral de l'économie, de la
formation et de la recherche (DEFR)
Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)
Direction du travail (DA)
Libre circulation des personnes et relations
du travail (PA)
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Par courrier électronique à :
info.paga@seco.admin.ch

Réf. : 24_COU_2086

Lausanne, le 24 avril 2024

Consultation fédérale (CE) – Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N

Madame, Monsieur,

Le Conseil d'Etat vous remercie de l'avoir consulté au sujet de l'objet cité en titre. Après avoir sollicité la prise de position des milieux concernés, il a l'avantage de se prononcer comme suit.

En préambule, le Conseil d'Etat tient à rappeler son attachement au partenariat social. Celui-ci constitue en effet l'un des fondements d'un marché du travail équilibré. Il est le garant de conditions de travail à la fois homogènes tout en intégrant les spécificités des branches d'activité et des régions visées par les conventions collectives de travail (CCT). Il ne peut ainsi que saluer toute initiative dont le principe tend à renforcer cette alliance entre les partenaires sociaux.

Cela étant, le Conseil d'Etat partage pleinement les réserves émises par le Conseil fédéral dans son rapport explicatif concernant la première modification proposée, dont le but est de faire primer les salaires des CCT étendues sur les salaires minimaux fixés dans des lois cantonales y relatives.

Le Conseil d'Etat est d'avis que l'introduction d'une telle règle constituerait une atteinte au fédéralisme ainsi qu'une entorse aux droits populaires, puisque les salaires minimums existants font en règle générale l'objet d'initiatives cantonales constitutionnelles et/ou législatives. Ils jouissent dès lors d'une légitimité démocratique qui ne devrait pas être remise en cause par l'introduction d'un mécanisme ne respectant pas ces principes. Le cas échéant, si un tel principe de primauté des CCT devait être malgré tout être introduit, cela ne pourrait l'être que dans une loi cantonale introduisant le salaire minimum.

En revanche, le Conseil d'Etat se déclare favorable à la deuxième modification envisagée, consistant en un droit, pour tout employeur et tout employé soumis à une CCT étendue qui en fait la demande, de consulter les comptes annuels des commissions paritaires. Il est notamment d'avis qu'il est important que les personnes qui sont appelées à payer des contributions puissent savoir comment celles-ci sont utilisées par les commissions paritaires, qui sont appelées à gérer ces montants en leur qualité d'organe d'exécution de la CCT et doivent ainsi faire preuve de transparence. Ce faisant, ce droit de consultation favorisera une utilisation adéquate des contributions et une constitution appropriée des réserves financières des commissions paritaires.

En conclusion, tout en renouvelant son soutien au partenariat social, le Conseil d'Etat estime qu'il ne doit toutefois pas s'inscrire dans un système qui ne respecte pas les principes constitutionnels. Il encourage dès lors les autorités fédérales à favoriser plutôt une solution qui soit compatible avec ces principes.

Réitérant ses remerciements de l'avoir associé à cette consultation, le Conseil d'Etat vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de sa haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Christelle Luisier Brodard

LE CHANCELIER.



Michel Staffoni

Copies

- OAE
- DGEM

Regierungsrat

Rathaus
Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
so.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft
SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

23. April 2024

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Vorsteher des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), hat mit Schreiben vom 24. Januar 2024 die Kantone zur Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N eingeladen. Dazu nehmen wir gerne wie folgt Stellung:

Wir lehnen die Änderungen im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) ab. Wir anerkennen zwar, das von der Motion Ettlín beabsichtigte Ziel, einen im allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (ave GAV) ausgehandelten Mindestlohn zu schützen und stehen uneingeschränkt hinter dem Erfolgsmodell der Sozialpartnerschaft, doch die Umsetzung der Motion Ettlín hätte eine direkte Auswirkung auf die Kompetenzen der Kantone. Sie widerspricht der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, indem sie Abweichungen von kantonalem Recht erlaubt, das die Kantone als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen.

Die vorgeschlagene Änderung im AVEG greift stark in die Autonomie der Kantone ein. Laut Bundesgericht verfügen die Kantone über die verfassungsmässige Kompetenz, im arbeitsrechtlichen Bereich sozialpolitische Massnahmen zu treffen, die zur öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzgebung gehören. Dazu zählt auch die Festlegung eines verbindlich kantonalen Mindestlohns. Die Motion Ettlín zieht darauf ab, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten ave GAV, Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen. Ein ave GAV würde damit kantonalen Gesetzen oder gar kantonalen Verfassungen vorgehen und zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Damit beschneidet die Umsetzung der Motion Ettlín die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone, sozialpolitisch tätig zu werden.

Die Umsetzung der Motion Ettlín verstösst des Weiteren auch gegen das Prinzip der Legalität, das in der Bundesverfassung verankert ist. Dieses besagt unter anderem, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen soll. Ein Gesamtarbeitsvertrag ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.

Wir lehnen deshalb aus oben genannten föderalismus- und demokratiepolitischen sowie rechtsstaatlichen Gründen die von der Motion Ettlín beantragten Änderungen im AVEG ab.

Die Umsetzung der Motion WAK-N unterstützen wir.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen bestens.

Freundliche Grüsse

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Peter Hodel
Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Herisau, 26. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Gastro Appenzhllerland AR, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

Gastro AR befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess Gastro AR diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie Gastro AR zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohn-dumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

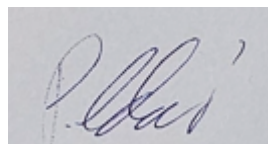
Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlin – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse



Markus Strässle
Präsident



Paddy Schai
Vize Präsidents

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben
GastroSuisse
Verband für Hotellerie und Restauration
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5351952

Zürich, 27. März 2024

Rechtsgutachten

**über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen**

von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither sind wieder verschiedene Bestrebungen im Gange, Lohnuntergrenzen in den Kantonen einzuführen und durchzusetzen. Derzeit haben die Kantone Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen eingeführt.
- 2 Seit einem in Teilen der Lehre mit Skepsis aufgenommenen höchstrichterlichen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg¹ ist es grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.²
- 3 Vor diesem Hintergrund befürchten verschiedene Autoren, dass dadurch ave GAV geschwächt werden, die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage gestellt wird und allgemein eine Rechtsunsicherheit bestehen wird.
- 4 Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion Baumann, Nr. 18.3934, eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Im Jahr 2020 ist die Motion Ettlín, Nr. 20.4738, eingereicht worden. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Bei allen anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen würden kantonale Vorgaben den ave GAV vorgehen. Der Nationalrat hat in der Wintersession 2022 den Entscheid des Ständerats bestätigt und die Motion Ettlín angenommen.

¹ BGE 143 I 403.

² Vgl. MADUZ/SCHMID, 271 ff.

- 5 In seiner Stellungnahme sowie in den parlamentarischen Beratungen zu dieser Motion hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion vorgeschlagen, weil die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert seien, und kantonales Recht darstellen, das die Kantone verfassungsgemäss als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen und bezieht sich dabei auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 21. Juli 2017.³
- 6 Im Erläuternden Bericht des Bundesrats vom 24. Januar 2024 stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des mittlerweile auf den Mindestlohn beschränkten Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Er hat dennoch verschiedene Lösungen geprüft. Mit der angestrebten Vernehmlassungsvorlage würde Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend ergänzt werden, dass künftige Bestimmungen von GAV, die niedrigere Mindestlöhne als die in den kantonalen Gesetzen festgelegten vorsehen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung sind diese Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufs anwendbar, wobei die GAV sowohl des Bundes als auch der Kantone betroffen wären.⁴ Von einer Änderung des OR und der BV hat der Bundesrat abgesehen.⁵ Der Bundesrat begründet seine kritisch Haltung wie folgt: *«Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen die Problematik eines Mindestlohns fällt, ergebe sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 BV und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Die Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegendes sozialpolitisches Ziel verfolgen, sind Teil der öffentlich-rechtlichen Schutzmassnahmen, die die Kantone trotz der zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Arbeit grundsätzlich weiterhin erlassen dürfen, und ergänzen die öffentlich-rechtlichen Massnahmen des Bundes, die im ArG und seinen Verordnungen verankert sind. Solche Massnahmen bezwecken die Bekämpfung der Armut und verstossen folglich nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Umsetzung der Motion Ettlín, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verletzt die Aufteilung der Kompetenzen*

³ Erläuternder Bericht, 4 und 8.

⁴ Erläuternder Bericht, 6.

⁵ Erläuternder Bericht, 7.

zwischen Bund und Kantonen – einen Grundsatz, der von der Bundesverfassung garantiert wird.»⁶ Der Bundesrat bemängelt weiter, dass «Die Umsetzung der Motion auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität [verstosse], der aus Art. 5 Abs. 1 BV hervorgeht. Daraus leitet sich der Grundsatz der Normenhierarchie ab, der verlangt, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstösst. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht. Aus Sicht der Normenhierarchie ist ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.»⁷ Die nunmehr fragliche Vernehmlassungsvorlage betreffend Änderung des AVEG lautet wie folgt (*kursiv*):

- 7 Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemein verbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

B. Fragestellung

- 8 Im Nachgang an den Erläuternden Bericht des Bundesrats, möchte Gastro-Suisse, ein Schweizerischer Arbeitgeberverband des Gastgewerbes, nachfolgende Fragen betreffend den zu ändernden Art. 2 Ziff. 4 AVEG klären:
- Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?
 - Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz

⁶ Erläuternder Bericht, 13.

⁷ Erläuternder Bericht, a.a.O.

in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?

- Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in Ave GAV mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?
- Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?
- Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?
- Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?
- Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Autor/in, in: SGK, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das neue Parlamentsgesetz im Lichte der Staatsleitungsreform, in: LeGes, 2003/2, S. 21-30.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürcher Diss., Zürich/St. Gallen 2019.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998.

- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, (zit. Autor/in, Handkomm. ArG, Art. ... N ...).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020.
- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Kapitel 28, S. 1165-1209.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, ArG Kommentar, 8. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- MADUZ CHRISTIAN/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2017, S. 271-279.
- PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2018, S. 294-297.
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.
- TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Autor/in, in: BSK, Art. ... N ...).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: ARV online 2014, Nr. 1.

B. Rechtsgrundlagen

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (zit. OR).
- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 (zit. AVEG).

- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11 (*zit. ArG*).

C. Materialien

- Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBI 2013 1211 (*zit. Botschaft, Mindestlohn, 1211, ...*).
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf vom 10. Oktober 2012, BBI 2012 8513 (*zit. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, ...*).
- Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtabreitsverträgen (AVEG) vom 24. Januar 2024, S. 1-15 (*zit. Erläuternder Bericht, ...*).
- Entwurf zum Entsendegesetz, BBI 2021 1121.
- Memorandum vom 10. September 2017.
- Motion 20.4738, Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen vom 18. Dezember 2020.
- Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» vom 7. Juni 2018.

III. RECHTLICHES

A. Vereinbarkeitskontrolle der Motion bzw. des Vernehmlassungsentwurfs

1. Einleitung

- 9 Die Motion bzw. der Vernehmlassungsentwurf soll nach Ansicht des Bundesrats mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen und begründet

dies im Wesentlichen damit, dass das Gesetzgebungsvorhaben eine Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung mit sich bringen würde.⁸

10 Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV halten die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ihrem Grundsatz nach fest (sog. Maxime der Einzelermächtigung), wonach der Bund nur über jene Befugnisse verfügt, die ihm die Verfassung zuweist.⁹ Als Folge des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung, bezweckt Art. 49 BV die Schaffung einer einheitlichen, in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung und dient damit der Rechtssicherheit.¹⁰

11 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV bestimmt, dass die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen können (sog. nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz¹¹).¹² Der Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone¹³ wird entsprechend durchbrochen, womit Bundesrecht als höhere Hierarchiestufe im Konfliktfall kantonalem Recht als tiefere Hierarchiestufe vorgehen.¹⁴ Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁵ Eine an sich abschliessende Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich schliesst jedoch dann eine kantonale Lösung nicht aus, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts.¹⁶ Die Kantone dürfen vielmehr im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen Vorschriften erlassen, soweit sie nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln.¹⁷ Schliesslich gilt, dass den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In

⁸ Erläuternder Bericht, 7 und 13.

⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6.

¹⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 4.

¹¹ BGE 144 III 155 E. 4.3.

¹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1092 ff.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052 ff.

¹⁴ Vgl. Epiney, BSK BV, Art. 5 N 55 f.; BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

¹⁵ BGE 138 I 468 E. 2.6; BGE 138 I 454 E. 3.6.3.

¹⁶ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 137 I 167 E. 3.4.

¹⁷ BGE 138 I 435 E. 3.1; BGE 138 I 356 E. 5.4.2.

solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden.¹⁸ Dies gilt auch für die ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes, die hier aber nicht in Frage stehen. Bei den ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes erlischt die kantonale Kompetenz bei Inkraftsetzung der entsprechenden Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes in der BV.¹⁹ Im vorliegenden Fall geht es jedoch sowohl in Art. 110 BV wie auch in Art. 122 BV um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen, die einerseits die kantonalen Kompetenzen erst dann derogieren, wenn der Bundesgesetzgeber ein Gesetz erlassen hat und andererseits den Kantonen den Spielraum belässt, in demselben Sachbereich Gesetze zu erlassen, wenn sie einen anderen Zweck verfolgen und nicht zur Vereitelung von Bundesrecht führen.²⁰

2. Vereinbarkeit kantonaler Mindestlöhne mit der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich der Arbeit

12 Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen der hier interessierende Vernehmlassungsentwurf betreffend den Mindestlohn fällt, ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art. 110 BV und für das Zivilrecht aus Art. 122 BV.²¹ Beide Bestimmungen begründen nach Lehre²² und Rechtsprechung²³ eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* zugunsten des Bundes mit *nachträglich derogatorischer Wirkung*. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Diese Gesetzgebungsermächtigungen können sich zudem aufgrund allgemeiner Zielvorgaben (z.B. Art. 41 BV; Art. 94 BV) zu Handlungsaufträgen verdichten.²⁴

¹⁸ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 138 I 435 E. 3.1.

¹⁹ HÄNER, Organisationsrecht, Rz. 28.15 m.w.H.

²⁰ HÄNER, Organisationsrecht, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1092 ff.

²¹ BGE 143 I 403 E. 7.2; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 1.

²² BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 3.

²³ BGE 139 I 242 E. 3.1; BGE 97 I 499 E. 3.a.

²⁴ BIAGGINI, OFK BV, a.a.O.

- 13 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird über das *Ziel des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* definiert und ist ausserordentlich weit gefasst.²⁵ Der Begriff «Schutz» ist facettenreich und weit zu verstehen, womit er nicht nur die Aspekte Gesundheit und Sicherheit, sondern auch das in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV formulierte Sozialziel bzgl. Bestreitung des Lebensunterhalts durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen konkretisiert.²⁶ Keine Rolle spielt daher, ob das Arbeitsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist oder um welchen Wirtschaftssektor es sich handelt.²⁷ Es gibt m.a.W. kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum weiteren Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legiferieren dürfte,²⁸ womit eine Ausweitung des geltenden Schutzzumfangs grundsätzlich möglich erscheint.²⁹
- 14 Die Frage, ob sich aus dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer *Existenzsicherung* direkt aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist bislang unbeantwortet geblieben. Die Schweiz kennt derzeit keinen umfassenden staatlichen Schutz von Mindestlöhnen, die dem Schutz eines existenzsichernden Einkommens bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit dienen.³⁰ Nach Ansicht des Bundesrats lässt sich dies damit erklären, dass die Lohnbildung auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft beruht und zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.³¹ Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung, welche die schweizerische Praxis bislang prägt, spricht nach Ansicht der Lehre³² allerdings nicht dagegen, dass auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV³³ – oder aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz³⁴ – Mindestlohnvorschriften geschaffen werden, die dem Arbeitnehmer-

²⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 22.

²⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 4; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 2; GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 9 f. m.w.H.

²⁷ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23.

²⁸ GÄCHTER, SGK, a.a.O.

²⁹ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23 m.w.H.

³⁰ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³¹ Botschaft Mindestlohn, 1211, 1227 und 1236.

³² Vgl. CARDINAUX, BSK BV, Art. 110 N 25, wonach Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung kantonaler Bestimmungen bzgl. Lohnfreiheit zulässt; ferner GEISER, 809 m.w.H.

³³ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³⁴ WILDHABER, Rz. 58 ff.

schutz dienen. Immerhin lassen sich denn auch verschiedene Instrumente verorten, die dem Mindestlohnschutz dienen, namentlich Gesamtarbeitsverträge oder allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.³⁵

- 15 Vor dem Hintergrund, dass Art. 110 Abs. 1 BV eine umfassende Regelungskompetenz beinhaltet und nachträglich-derogatorisch wirkt, wird den Kantonen keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt.³⁶ Folglich dürfen die Kantone keine weitergehenden Arbeitsschutzbestimmungen erlassen, da dies den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz gefährden würde³⁷ und der Bund mit dem Erlass des ArG von seiner Kompetenz im Arbeitnehmerschutz zu legiferieren, Gebrauch gemacht hat; das ArG enthält namentlich Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und stellt rechtsprechungsgemäss eine umfassende Regelung in Bezug auf den allgemeinen Schutz der Arbeitnehmenden bereit.³⁸ Ausdrückliche Vorbehalte bestehen im ArG für die sog. *Polizeivorschriften* des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, insbesondere solche über die Gesundheitspolizei (vgl. Art. 71 lit. c ArG). In diesen praktisch wichtigen Bereichen verbleibt den Kantonen noch ein gewisser Gestaltungsspielraum, der jedoch nicht zu weit interpretiert werden darf;³⁹ vorbehalten bleiben die Polizeivorschriften nur deshalb, weil sie andere (Arbeits-)Schutzzwecke verfolgen⁴⁰ bzw. diese nur nebenbei eine Schutzfunktion für Arbeitnehmende⁴¹ zukommt.⁴² Ein gewichtiger Teil der Lehre schliesst daraus, dass den Kantonen für diejenigen Branchen, die nicht vom Arbeitsschutzrecht des

³⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24; der Bund hat in weitem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, namentlich mit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR), dem Arbeitsgesetz und dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

³⁶ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; BGE 139 I 242 E. 3.2.

³⁷ TSCHUDI, 20.

³⁸ BGE 143 I 304 E. 7.5.1 f.

³⁹ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; vgl. MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16 und N 21;

⁴⁰ MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴² Soweit sie aber darüber hinausgehen und nur noch arbeitsrechtlich begründet werden können, sind sie aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Rz. 7) unwirksam; vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, 207 N 5.

Bundes erfasst werden, die Regelungskompetenz verbleibt,⁴³ indes die Bestimmung nicht weit ausgelegt werden darf.⁴⁴ Die Rechtsprechung hält hierzu fest, dass bei Vorliegen einer abschliessenden Bundesregelung im Sachbereich der Arbeit, eine kantonale Lösung dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sie ein *anderes Ziel* verfolgt als dasjenige des Bundesrechts, wie z.B. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit⁴⁵ oder bei sozialpolitischen Massnahmen⁴⁶ (vgl. sogleich nächster Absatz);⁴⁷ m.a.W. kann eine kantonale Regelung dann nicht mehr Bestand haben, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird.

- 16 Im Zusammenhang mit kantonalen Mindestlohnvorschriften bleiben nach der jüngsten Rechtsprechung kantonale Mindestlohnvorschriften in eingeschränktem und engem Rahmen zulässig⁴⁸, da diese nach Ansicht des Bundesgerichts als *sozialpolitische Massnahme* (und nicht als ausschliesslich dem Bundesgesetzgeber vorbehaltene *wirtschaftspolitische Massnahme* gelten) und damit als Instrument zur Bekämpfung der Armut dienen bzw. dem Phänomen des «*working poor*» entgegenwirken soll.⁴⁹ Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 allerdings noch festgehalten, dass die Ansicht, wonach der Lohn – und dazu gehört auch der Mindestlohn – im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist und Art. 110 BV der allgemeinen Armutsbekämpfung diene.⁵⁰ Nach neuerer Auffassung des Bundesgerichts ist demgegenüber ein kantonaler Mindestlohn dann erlaubt, wenn damit das sozialpolitische Ziel erhalten bleibt, indem sich die kantonalen Mindestlohnvorschriften jenen der Sozialversicherungs- und

⁴³ Vgl. Überblick bei Gächter, SGK, Art. 110 N 25; bejahend WILDHABER, Rz. 7; CARDINAUX, BSK, Art. 110 N 25; wohl PÄRLI, 296; verneinend MADUZ/SCHMID, 278 f.; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5; im Übrigen war mit dieser Argumentation die Einführung eines kantonalen Mindestlohns im Kanton Neuenburg überhaupt möglich. Namentlich habe mit dem Erlass des OR, ArG und des AVEG der Bund die Frage der Mindestlöhne nicht vollständig und abschliessend geregelt. Eine kantonale Kompetenz, einen Mindestlohn aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen festzulegen, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, 8521.

⁴⁴ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16; ferner MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴⁵ BGE 139 I 242 E. 3.1.

⁴⁶ Anders als wirtschaftspolitische Massnahmen scheiden sozialpolitisch motivierte Einschränkungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 94 BV aus bzw. verbleiben derartige Einschränkungen den Kantonen, vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; ferner RICHLI, N 605 m.H.

⁴⁷ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁸ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁹ BGE 143 I 403 E. 7.5.3.

⁵⁰ BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.2.1 f.

Sozialhilfebeiträgen annähern;⁵¹ andernfalls liegt ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff vor, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt.

- 17 Angesichts dieser Rechtsprechung (vgl. Rz. 15 f.) zählt ein kantonaler Mindestlohn nicht zum Arbeitsschutzrecht des Bundes, sondern soll rechtsprechungsgemäss ein Instrument der Armutsbekämpfung darstellen, weshalb es den Kantonen teilweise erlaubt ist in diesem Sachbereich zu legislieren.⁵² Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten⁵³, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet.⁵⁴ Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat auf denselben Sozialschutzgedanken gezielt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Initiative aus dem Kanton Neuenburg.⁵⁵ Zudem verkennt das Bundesgericht, dass der Bundesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 Abs. 1 BV legislatorisch denselben Schutzzweck verfolgen kann wie die Kantone mit ihren Mindestlohngesetzen, namentlich das Ziel, die Armut zu bekämpfen und dafür zu sorgen, dass jedermann angemessen von den Früchten seiner Arbeit leben kann.⁵⁶ Das französischsprachige Bundesgerichtsurteil setzt sich zudem über die Ausführungen des Gesetzgebers – und letztlich des Volks und sämtlicher Stände – vollständig hinweg, indem es sich mit den Ausführungen bzgl. (Un-)Geeignetheit von Mindestlöhnen in der damaligen Botschaft *nicht auseinandersetzt*.⁵⁷ Der Bundesrat hat dort immerhin festgehalten, dass die Armut vielfältige Ursachen hat und sich nur teilweise durch tiefe Löhne erklären lässt, da ein Grossteil der von Armut betroffenen Personen nicht erwerbstätig ist. Auch tragen andere sozioökonomische Eigenschaften wie die Zusammensetzung des Haushalts, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder der Migrationsstatus ebenfalls zur Armut bei.⁵⁸ Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine *Zielkonkurrenz*⁵⁹, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung

⁵¹ BGE 143 I 403 E. 5.4.3; vgl. BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3 (Volksinitiative Genf).

⁵² GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26.

⁵³ MADUZ/SCHMID, 274.

⁵⁴ BBI 2014 6349, 6353, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014.

⁵⁵ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1224 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1227 und 1245.

⁵⁷ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1236 f.

⁵⁸ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1245.

⁵⁹ Begrifflich kann man auch von der sog. *Kompetenzkumulation* sprechen. Eine solche liegt vor, wenn für einen Sachverhaltskomplex kumulativ die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone zur Anwendung gelangen können, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1096.

durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt.⁶⁰

- 18 Vor dem Hintergrund gleichgerichteter Schutzzwecke verbleibt selbst nach Änderung des AVEG den Kantonen weiterhin eine engmaschige Regelungskompetenz die Ursachen der Armut mit gesetzlichen Mindestlöhnen zu bekämpfen, soweit sie nicht *ave* GAV betreffen. Mithin bleibt die Kompetenz der Kantone, zum Erlass von Mindestlohnvorschriften im Bereich des nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV bestehen. Beispielsweise kann im kantonalen Mindestlohngesetz der Vorrang des *ave* GAV erklärt werden oder das kantonale Mindestlohngesetz nimmt die *ave* GAV von dessen Geltungsbereich aus.⁶¹

3. **Notwendigkeit allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohnbestimmungen in GAV**

- 19 Gesamtarbeitsverträge (GAV) sind Verträge, in denen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (vgl. OR 356). Im Wissen um das typische Machtgefälle im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer, das durch Wettbewerb allein nicht ausgeglichen werden kann, sollen derartige Gruppenvereinbarung als legitime Methode zur Koordination auf dem Arbeitsmarkt zum Einsatz kommen.⁶²

- 20 GAV können *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bezeichnet man die Anordnung der zuständigen Behörde, mit der auf Antrag aller Vertragsparteien der Geltungsbereich eines GAV auf nicht

⁶⁰ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, a.a.O.

⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. h Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200, wonach Personen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen oder einem Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen unterstehen, vom basel-städtischen Mindestlohngesetz ausgenommen sind.

⁶² BIAGGINI, OFK, Art. 110 N 7; vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 34.

am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (sog. «Aussenseiter») ausgedehnt wird (vgl. Art. 1 AVEG). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt⁶³ bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.⁶⁴

21 Die Gründe einer solchen Ausdehnung infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung sind unterschiedlich: Bei der zunehmenden Arbeitsmigration soll einerseits der sog. Schmutzkonzurrenz von Lohnunterbietenden Unternehmen, vornehmlich aus dem Ausland, entgegengewirkt werden;⁶⁵ andererseits besteht häufig in Branchen mit vielen Kleinbetrieben ein entsprechender Wunsch.⁶⁶ Gerade im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des FZA und der damit einhergehenden Freizügigkeit im Personenverkehr hat der Gesetzgeber zusätzlich flankierende Massnahmen in Kraft setzen lassen, um der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen infolge von Lohn- oder Sozialdumping in der Schweiz entgegenzuwirken.⁶⁷ Ein gewichtiges Element dieser flankierenden Massnahmen bildet neben dem hierfür verabschiedeten Entsendegesetz (EntsG)⁶⁸ die Möglichkeit GAV allgemeinverbindlich zu erklären.⁶⁹

22 Der wohl gewichtigste Grund Mindestlohnbestimmungen in GAV allgemeinverbindlich zu erklären, lässt sich im Zusammenhang mit der grenznahen Arbeitsmigration rechtfertigen: In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin, welche kantonale Mindestlohngesetze kennen, sind Mindestlohnbestimmungen lediglich auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit gewöhnlich auf Kantonsgebiet verrichten.⁷⁰ Ähnlich verhält es sich

⁶³ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1100.

⁶⁴ BGE 138 V 32 E. 4.1; vgl. BGE 98 II 205 E. 1; vgl. auch BGE 128 II 13 E. 1d und E. 2a, wonach gegenüber den Aussenseitern der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung als Erlass zu betrachten ist.

⁶⁵ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; Wildhaber,

⁶⁶ Portmann/Wildhaber, Rz. 1099.

⁶⁷ Wildhaber, Rz. 9.

⁶⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁶⁹ WILDHABER, Rz. 10.

⁷⁰ BBI 2021 1120, S. 30

im Kanton Basel-Stadt.⁷¹ Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen.⁷² Folglich können diese ihre Preisunterschiede durch Lohndumping ausgleichen. Akzentuiert wird die Ungleichbehandlung, wenn die kantonalen Mindestlohngesetze vorsehen, dass diese den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbarten Mindestlöhnen vorgehen, sofern er höher ist als diese wie beispielsweise in den Kantonen Neuenburg und Genf.⁷³ Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

- (i) Aus diesem Grund ist es auch nachvollziehbar, dass Teile des eidgenössischen Gesetzgebers das Entsendegesetz mit einer Motion dahingehend anpassen wollten, dass ausländische Arbeitgeber, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.⁷⁴
- (ii) Die gesetzgeberischen Bestrebungen die kantonalen Mindestlohnbestimmungen im EntsG zu implementieren, sind allerdings gescheitert und der Ständerat hat einen Nichteintretensentscheid gefällt.⁷⁵ Man hat befürchtet, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien.⁷⁶

⁷¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. i Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200.

⁷² Vgl. BBI 2021 1120, S. 31.

⁷³ Erläuternder Bericht, 4 und 7.

⁷⁴ Vgl. Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. August 2018; vgl. BBI 2021 1121, S. 1, Art. 2 Abs. 1^{bis} E-EntsG.

⁷⁵ Vgl. das Geschäft des Bundesrats 21.032, URL: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210032>.

⁷⁶ Vgl. bereits die kritischen Stimmen im Vernehmlassungsverfahren, BBI 2021 1120, S. 16.

23 Die Vernehmlassungsvorlage kann vor diesem Hintergrund der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegenwirken. Mit dem gegenwärtigen Wortlaut versteht sie sich als *wirtschaftspolitische Massnahme* des eidgenössischen Gesetzgebers, um den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz zu gewährleisten, ohne dass hierfür zu stark in den bereits bestehenden kantonalen Mindestlohnschutz eingegriffen würde, wären doch zur Zeit lediglich zwei Kantone von der Vernehmlassungsvorlage betroffen.

B. Verhältnis zwischen Motion und Vernehmlassungsentwurf

24 Es gehört zur Staatsleitungsaufgabe des Parlamentes, eigene staatspolitische Beurteilungen vorzunehmen und das Handeln des Bundesrates in diesem Sinne zu beeinflussen und zu steuern.⁷⁷ Häufig genutztes Handlungsinstrument zur verbindlichen Steuerung des exekutiven Handelns ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (vgl. Art. 120 ParlG). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse bereits aus Gewaltenteilungserwägungen möglichst unverändert zu übernehmen, wobei die rechtliche Durchführbarkeit die Unveränderlichkeit parlamentarischer Verstösse absteckt (vgl. Art. 122 Abs. 3 ParlG).

25 Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat die Möglichkeit geprüft und vorgeschlagen hat, die Motion Ettlins wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben⁷⁸, hat er trotz bestehender Bedenken der Motion erlaubterweise einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt.

⁷⁷ Ehrenzeller, 24 f.

⁷⁸ Erläuternder Bericht, 7.

Eingereichter Text (exkl. Ferien und 13. Monatslohn)	Gesetzesentwurf / Vernehmlassungsentwurf
<p>Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4 Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.</p>	<p>Art. 1 AVEG unverändert</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.</p>

26 Die Motion hält zunächst explizit das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen (vgl. Absatz 4 des Artikels 1). In Art. 2 AVEG nimmt die Motion den ähnlichen Wortlaut – ohne Kantone – von Art. 358 OR auf und statuiert das Günstigkeitsprinzip, welches aber ohnehin bereits in Art. 358 OR verankert ist. Artikel 2 der Motion statuiert eine Gegenausnahme gegenüber dem neuen *Absatz 4 des Artikels 1*, wonach grundsätzlich der GAV nicht zwingendem Recht des *Bundes* widersprechen darf, aber ausnahmsweise zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können, wobei in jedem Fall – als Gegenausnahme – allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmungen zum Mindestlohn gegenüber kantonalen Bestimmungen vorgehen, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Der Motionstext hält demnach explizit fest, unter welchen Voraussetzungen ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 2) und statuiert für allgemeinverbindlich erklärte GAV eine Kollisionsregel gegenüber kantonalen Bestimmungen (Art. 1).

27 Der Vernehmlassungsentwurf (Gesetzesentwurf) ist gesetzessystematisch ausschliesslich bei den allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit festgehalten (vgl. Abbildung) und spricht – im Gegensatz zum Motionstext – von zwingendem und nicht nur von anderslautenden Bestimmungen der Kantone. Beim Motionstext stellt sich daher die Frage, ob nicht auf die Unterscheidung

zwischen zwingendem und anderslautendem kantonalem Recht verzichtet werden könnte. Die ersatzlose Streichung von «zwingend» lässt sich folgendermassen begründen: Der Motionstext birgt insofern einen Interpretationsspielraum, als in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ein Günstigkeitsprinzip zwar statuiert wird, sofern sich aus dem «zwingenden Recht» – zu welchem auch das kantonale Recht und damit eine kantonale Lohnuntergrenze – nichts anderes ergeben würde, aber Bestimmungen des ave GAV zum Mindestlohn «anderslautenden Bestimmungen der Kantone» vorgehen (neuer Art. 1 AVEG, neuer Abs. 4) würden. Konsequenterweise müsste dann ermittelt werden, ob mit anderslautenden Bestimmungen der Kantone auch zwingendes Recht (der Kantone) miteingeschlossen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Vernehmlassungstext in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ausschliesslich von *zwingendem* kantonalem Recht spricht und keinen Verweis auf das Günstigkeitsprinzip enthält, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Motionstext, wobei auch beim Vernehmlassungstext der besseren Verständlichkeit halber auf den Begriff «zwingend» verzichtet werden sollte, da impliziert wird, der Bundesgesetzgeber unterscheide zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht.

28 Der Bundesrat hält allerdings richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat.⁷⁹

29 Einen gewissen Interpretationsspielraum belässt der Vernehmlassungstext bei der Frage des Anwendungsvorrangs: Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1, neuer Abs. 4 gemäss Motionstext nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, während die Motion in Art. 1 AVEG explizit festhält, dass ave GAV Bestimmungen, insbe-

⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, 6.

sondere zu Mindestlöhnen, anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Aus dem Vernehmlassungstext ergibt sich aber implizit, dass Bestimmungen über Mindestlöhne – selbst dann – allgemeinverbindlich zu erklären sind, wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert mit diesem zweiten Satz in Art. 2 Ziff. 4 AVEG gegenüber dem ersten Satz eine Sonderausnahme im Bereich möglich entgegenstehender kantonaler Lohnuntergrenzen und klärt damit die Frage, *ob* eine Allgemeinverbindlicherklärung angeordnet werden darf. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohnbestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im einzelnen Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Dogmatisch handelt es sich um einen Anwendungsfall der Regel *lex superior derogat legi inferiori*, kann der Bundesgesetzgeber doch wie oben aufgezeigt auch im Bereich der Armutsbekämpfung legislieren (Rz. 16 f.). In derartigen Normenkollisionsfällen kann nach dem Motionstext grundsätzlich kein materiellrechtlicher Anspruch auf einen durch das kantonale Recht gewährten Mindestlohn entstehen – selbst dann nicht – wenn dieser gegenüber einem allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn höher ist.⁸⁰ Umgekehrt, müsste aber ein nach ave GAV höherer Mindestlohn bezahlt werden trotz eines kantonal tiefer vorgesehenen Mindestlohns. Vor dem Hintergrund, dass der Motionstext explizit sich zum Anwendungsvorrang äussert, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

⁸⁰ Die sog. «Rezeptionsklausel» nach Art. 342 Abs. 2 OR, wonach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus dem kantonalen Recht zivilrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können wie beispielsweise Bestimmungen zum Lohn oder Schutzmassnahmen (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 342 N 5 f.), würde im Ergebnis mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 AVEG (gemäss Motionstext) ausser Kraft gesetzt.

C. Verhältnis zwischen der Motion und Art. 358 OR

30 Art. 358 OR beschreibt das Verhältnis der Bestimmungen eines GAV zum zwingenden Recht: Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Die Bestimmung bezeichnet demnach die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, sofern dies zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (sog. Günstigkeitsprinzip).⁸¹ Wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür vorgesehen ist, kann zudem selbst *zu Ungunsten* der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abgewichen werden wie beispielsweise Art. 335c Abs. 2 Halbsatz 2 OR belegt.⁸²

31 Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird *just* in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave* GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 1.

⁸² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 2 m.w.H.

D. Mögliche Alternativen

- 32 Der Bundesrat hat geprüft, ob Art. 358 OR, welcher mit Art. 2 Abs. 4 AVEG in Verbindung steht, angepasst werden soll. Er hält aber fest, dass jegliche Änderung dieses Artikels ohne eine Beschränkung der Ausnahme auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgeschlossen erscheine. Dadurch würde es nämlich möglich, irgendeinen GAV abzuschliessen, um vom kantonalen Mindestlohn abweichen zu können, was die kantonalen Gesetze vollständig aushöhlen würde.⁸³ Nach Ansicht des Bundesrats stellt sich demnach der Vorrang sämtlicher GAV-Bestimmungen gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht nicht.
- 33 Folgt man der Argumentation des Bundesrats bestünde trotzdem die Möglichkeit Art. 358 OR direkt dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte. Ein solcher Vorrang sämtlicher Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist. Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat, wenn er festhält, dass sich die Motion klar auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV konzentriert und auf das AVEG abzielt.⁸⁴
- 34 Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte.⁸⁵ Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.). Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde (vgl. Rz. 13, Rz. 14 ff.). Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR

⁸³ Erläuternder Bericht, 6.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, 7.

⁸⁵ Erläuternder Bericht, 7.

dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.⁸⁶

IV. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

– *Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?*

35 Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17).⁸⁷ Einerseits bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohn als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden (vgl. insb. Rz. 21). Es hätte hier zudem am Bundesrat gelegen, spätestens im Rahmen der Gewährleistungsprüfung der Kantonsverfassung des Kantons Neuenburg festzuhalten, dass die Frage des Mindestlohns vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest heikel sein kann.⁸⁸ Dies umso mehr, als sich die weitläufige Bundesgesetzgebung im Arbeitsrecht mit dem kantonalen Recht mehr und mehr verzahnen können.⁸⁹ Andererseits ist ein Mindestlohn ein zulässiges, wenngleich kaum bzw. wenig geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Armut bzw. *working poor*. Der Bund ist aber kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechnigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird (Rz. 14 ff.). Vorliegend geht aber weder die Vernehmlassungsvorlage noch die Motion soweit, dass die Kantone im Bereich des Mindestlohns sämtliche Rechtsetzungskompetenz verlustig

⁸⁶ Vgl. ferner Memorandum vom 10. September 2017, 4 f.

⁸⁷ Der Vernehmlassungsentwurf zielt inhaltlich in die gleiche Richtung ab wie die Motion, wobei die Ferien und der 13. Monatslohn mangels Kompetenz nicht mehr geregelt worden sind (vgl. Rz. 24).

⁸⁸ Vgl. aber BBl 2012 8513, 8521 f.

⁸⁹ Vgl. FUHRER, 18 m.w.H.

gingen, sondern der Bundesgesetzgeber würde von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich im Bereich allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne legislieren, mithin im Geltungsbereich des AVEG, und die Bestimmung wäre auch nur dann anwendbar, wenn kantonales Recht den neuen AVEG-Bestimmungen entgegenstünde, namentlich wenn sie einen höheren Mindestlohn als im *ave GAV* vorsähen.

– *Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?*

36 Ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wird vom Bundesrat damit begründet, dass mit dem Vorrang von Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV vor dem kantonalen Recht die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verletzen würde. Zudem soll die Motion das Legalitätsprinzip verletzen. Entschieden entgegenzuhalten ist, dass der Bundesgesetzgeber kraft der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 BV *umfassend* – somit auch im Bereich sozialpolitischer Massnahmen – legislieren kann (sofern Mindestlöhne als solche ohnehin nicht schon wirtschaftspolitische Massnahmen darstellen). Art. 110 BV konkretisiert nach Ansicht der Lehre die in Art. 41 BV definierten Sozialziele und hält rechtsprechungsgemäss fest, dass der Schutzzweck von Art. 110 BV die Bekämpfung der allgemeinen Armut ist, was einen Mindestlohn als Instrument zur Bekämpfung des Phänomens des *working poor* mitumfassen würde. Der Bundesgesetzgeber strapaziert weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.

– *Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in *ave GAV* mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?*

37 Die Frage zielt auf die zwei vorangestellten Fragen ab: Zum einen lässt sich argumentieren, dass das Themenfeld der Mindestlöhne (und mit ihr die flankierenden Massnahmen) Teil sämtlicher, dem Bund vorbehaltenen wirtschaftspolitischer Massnahmen bilden. Zudem lässt sich mit den oben umschriebenen Argumenten ins Feld führen, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes einem Vorrang der Mindestlöhne in *ave* GAV gegenüber (zwingendem) kantonalem Recht nicht entgegenstehen – dies aus der Überlegung, dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. Es kann folglich dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber *just* den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen (vgl. insb. Rz. 16 zur Mindestlohn-Initiative).

– *Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?*

38 Der Bund hat richtigerweise die Motion inhaltlich auf den Mindestlohn beschränkt, da die Kantone ohnehin nicht rechtsetzungskompetent sind, Anordnungen im Hinblick auf Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. In gesetzessystematischer Hinsicht unterscheiden sich Vernehmlassungsentwurf und Motion, dahingehend, dass auf eine Wiederholung des Günstigkeitsprinzips gemäss Art. 358 OR im neu gefassten Art. 2 Ziff. 4 AVEG verzichtet worden ist (vgl. Rz. 25 f.). Der Vernehmlassungsentwurf greift das eigentlich inhaltliche Anliegen der Motion auf und hat die gleiche Zielsetzung (vgl. Rz. 27), belässt aber einen gewissen *Interpretationsspielraum* hinsichtlich der Frage des *Anwendungsvorrangs* – der Motionstext ist in diesem Punkt präziser und hält explizit einen Anwendungsvorrang fest (vgl. Rz. 29). Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

– *Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?*

39 Es besteht grundsätzlich Raum, Art. 358 OR dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte (vgl. Rz. 30 f.). Ein solcher Vorrang aller Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht wäre aber – wie bereits der Bundesrat sinngemäss festgehalten hat – aufgrund des Schwerpunkts direkt im AVEG anzuordnen. Letztlich verbleibt die Möglichkeit, Art. 358 OR mit einem neuen, zweiten Absatz zu ergänzen, indem man den Vorrang von einem GAV-Mindestlohn gegenüber einem kantonalen Mindestlohn festhält, um das Institut der Sozialpartnerschaft Nachachtung zu verschaffen.

40 Art. 358 Abs. 2 neu

41 «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags betreffend Mindestlohn gehen entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen zum Mindestlohn vor.»

– *Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?*

42 Das Parlament versucht auf vielseitige Art und Weise das Handeln des Bundesrats zu beeinflussen. Ein wichtiges Handlungsinstrument hierfür ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Könnte der Bundesrat zu stark auf dieses Handlungsinstrument Einfluss nehmen, würde er letztlich das *Prinzip der Gewaltenteilung* untergraben (vgl. Rz. 21). Vor diesem Hintergrund ist es daher zentral, dass der Bundesrat – vorbehalten der Schranke der rechtlichen Durchführbarkeit – Motionen möglichst unverändert belässt, um den parlamentarischen Willen bzw. Auftrag möglichst exakt entgegenzunehmen und nicht seinem Belieben nach verändern kann.

– *Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin gegen den Art. 358 OR?*

43 Die Motion Ettlin zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom nach Art. 358 OR statuierten Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich betreffend Mindestlohnbestimmungen das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; folglich verstösst die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin nicht der Regelung nach Art. 358 OR (vgl. Rz. 26), sondern schafft vielmehr eine spezifische Bereichsregelung, die Anwendungsvorrang geniessen soll.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 25. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroSuisse, der grösste Arbeitgeberverband des Schweizer Gastgewerbes mit rund 20'000 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.) in allen Landesgegenden, organisiert in 26 Kantonalsektionen und fünf Fachgruppen, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín

GastroSuisse befürwortet die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín und im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf (VE), der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten VE zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroSuisse diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie GastroSuisse zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der VE sowie auch die Motion 20.4738 Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund war im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hatte, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hatte die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht kantonale Bestimmungen – bspw. zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen – aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs zur Umsetzung der Mo. 20.4738 Ettlín

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im all-

gemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

IV. Geforderte Änderungen zur Umsetzung der Mo. 20.4738 Ettlín

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich machen wir beliebt, dass auf den Begriff «zwingend» im VE verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs (VE) in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der VE sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben. Am 18. März 2024 haben die Schweiz und die EU ihre Verhandlungen zu den Bilateralen III offiziell eröffnet. GastroSuisse befürwortet eine Weiterentwicklung der Bilateralen Beziehungen. Für den innenpolitischen Erfolg der Bilateralen III sind mitunter Fragen zum Lohnschutz essenziell. Nur ein Vorrang von ave GAV stellt sicher, dass das Prinzip «gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» in einer Branche auch für Entsandte gilt. Kantonale Mindestlöhne müssen nicht für Entsandte gelten und tun dies mit einer Ausnahme (Kanton Jura) auch nicht. Nur Mindestlöhne in ave GAV schützen folglich umfassend vor Lohndumping. Der umfassendere Geltungsbereich von ave GAV erklärt auch, weshalb Gewerkschaften im Rahmen der Bilateralen III als zusätzlichen Lohnschutz gegen Entsendungen mehr Gesamtarbeitsverträge fordern.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem VE] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte

Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommt.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den VE vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

VII. Stellungnahme zur Umsetzung der Mo. 21.3599 WAK-N

GastroSuisse unterstützt auch die Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen». Wir schlagen jedoch eine Ergänzung in Art. 3 Abs. 1^{bis} (neu), eine Änderung des Art. 5 Abs. 3 VE und eine Streichung des Art. 5 Abs. 4 VE vor. Insbesondere sollen Gesamtarbeitsverträge nur dann für allgemeinverbindlich erklärt werden können, wenn die Sozialpartner auf Rückerstattungsmechanismen verzichten, welche die Mitgliederbeiträge an Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberorganisationen reduzieren. Die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV sollen nicht zur Subventionierung von Mitgliedschaften zweckentfremdet werden.

Art. 3 Abs. 1^{bis} (neu)

Gesamtarbeitsverträge dürfen nur für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.

Art. 5 Abs. 3 (neu)

~~Werden Bestimmungen über Beiträge im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b allgemeinverbindlich erklärt, so sind die~~ Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, **müssen ihre Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.** ~~verpflichtet, jedem Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, der dem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht, bezüglich dieser Beiträge auf Verlangen kostenlos Einsicht in die detaillierte Jahresrechnung zu gewähren.~~

Art. 5 Abs. 4 (neu)

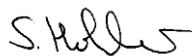
~~Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.~~

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse



Casimir Platzer
Präsident



Severin Hohler
Leiter Wirtschaftspolitik

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben
GastroSuisse
Verband für Hotellerie und Restauration
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5351952

Zürich, 27. März 2024

Rechtsgutachten

**über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen**

von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither sind wieder verschiedene Bestrebungen im Gange, Lohnuntergrenzen in den Kantonen einzuführen und durchzusetzen. Derzeit haben die Kantone Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen eingeführt.
- 2 Seit einem in Teilen der Lehre mit Skepsis aufgenommenen höchstrichterlichen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg¹ ist es grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.²
- 3 Vor diesem Hintergrund befürchten verschiedene Autoren, dass dadurch ave GAV geschwächt werden, die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage gestellt wird und allgemein eine Rechtsunsicherheit bestehen wird.
- 4 Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion Baumann, Nr. 18.3934, eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Im Jahr 2020 ist die Motion Ettlín, Nr. 20.4738, eingereicht worden. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Bei allen anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen würden kantonale Vorgaben den ave GAV vorgehen. Der Nationalrat hat in der Wintersession 2022 den Entscheid des Ständerats bestätigt und die Motion Ettlín angenommen.

¹ BGE 143 I 403.

² Vgl. MADUZ/SCHMID, 271 ff.

- 5 In seiner Stellungnahme sowie in den parlamentarischen Beratungen zu dieser Motion hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion vorgeschlagen, weil die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert seien, und kantonales Recht darstellen, das die Kantone verfassungsgemäss als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen und bezieht sich dabei auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 21. Juli 2017.³
- 6 Im Erläuternden Bericht des Bundesrats vom 24. Januar 2024 stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des mittlerweile auf den Mindestlohn beschränkten Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Er hat dennoch verschiedene Lösungen geprüft. Mit der angestrebten Vernehmlassungsvorlage würde Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend ergänzt werden, dass künftige Bestimmungen von GAV, die niedrigere Mindestlöhne als die in den kantonalen Gesetzen festgelegten vorsehen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung sind diese Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufs anwendbar, wobei die GAV sowohl des Bundes als auch der Kantone betroffen wären.⁴ Von einer Änderung des OR und der BV hat der Bundesrat abgesehen.⁵ Der Bundesrat begründet seine kritisch Haltung wie folgt: *«Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen die Problematik eines Mindestlohns fällt, ergebe sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 BV und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Die Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegendes sozialpolitisches Ziel verfolgen, sind Teil der öffentlich-rechtlichen Schutzmassnahmen, die die Kantone trotz der zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Arbeit grundsätzlich weiterhin erlassen dürfen, und ergänzen die öffentlich-rechtlichen Massnahmen des Bundes, die im ArG und seinen Verordnungen verankert sind. Solche Massnahmen bezwecken die Bekämpfung der Armut und verstossen folglich nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Umsetzung der Motion Ettlín, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verletzt die Aufteilung der Kompetenzen*

³ Erläuternder Bericht, 4 und 8.

⁴ Erläuternder Bericht, 6.

⁵ Erläuternder Bericht, 7.

zwischen Bund und Kantonen – einen Grundsatz, der von der Bundesverfassung garantiert wird.»⁶ Der Bundesrat bemängelt weiter, dass «Die Umsetzung der Motion auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität [verstosse], der aus Art. 5 Abs. 1 BV hervorgeht. Daraus leitet sich der Grundsatz der Normenhierarchie ab, der verlangt, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstösst. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht. Aus Sicht der Normenhierarchie ist ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.»⁷ Die nunmehr fragliche Vernehmlassungsvorlage betreffend Änderung des AVEG lautet wie folgt (*kursiv*):

- 7 Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemein verbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

B. Fragestellung

- 8 Im Nachgang an den Erläuternden Bericht des Bundesrats, möchte Gastro-Suisse, ein Schweizerischer Arbeitgeberverband des Gastgewerbes, nachfolgende Fragen betreffend den zu ändernden Art. 2 Ziff. 4 AVEG klären:
- Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?
 - Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz

⁶ Erläuternder Bericht, 13.

⁷ Erläuternder Bericht, a.a.O.

in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?

- Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in Ave GAV mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?
- Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?
- Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?
- Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?
- Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Autor/in, in: SGK, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das neue Parlamentsgesetz im Lichte der Staatsleitungsreform, in: LeGes, 2003/2, S. 21-30.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürcher Diss., Zürich/St. Gallen 2019.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998.

- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, (zit. Autor/in, Handkomm. ArG, Art. ... N ...).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020.
- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Kapitel 28, S. 1165-1209.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, ArG Kommentar, 8. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- MADUZ CHRISTIAN/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2017, S. 271-279.
- PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2018, S. 294-297.
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.
- TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Autor/in, in: BSK, Art. ... N ...).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: ARV online 2014, Nr. 1.

B. Rechtsgrundlagen

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (zit. OR).
- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 (zit. AVEG).

- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11 (*zit. ArG*).

C. Materialien

- Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBI 2013 1211 (*zit. Botschaft, Mindestlohn, 1211, ...*).
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf vom 10. Oktober 2012, BBI 2012 8513 (*zit. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, ...*).
- Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtabreitsverträgen (AVEG) vom 24. Januar 2024, S. 1-15 (*zit. Erläuternder Bericht, ...*).
- Entwurf zum Entsendegesetz, BBI 2021 1121.
- Memorandum vom 10. September 2017.
- Motion 20.4738, Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen vom 18. Dezember 2020.
- Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» vom 7. Juni 2018.

III. RECHTLICHES

A. Vereinbarkeitskontrolle der Motion bzw. des Vernehmlassungsentwurfs

1. Einleitung

- 9 Die Motion bzw. der Vernehmlassungsentwurf soll nach Ansicht des Bundesrats mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen und begründet

dies im Wesentlichen damit, dass das Gesetzgebungsvorhaben eine Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung mit sich bringen würde.⁸

10 Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV halten die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ihrem Grundsatz nach fest (sog. Maxime der Einzelermächtigung), wonach der Bund nur über jene Befugnisse verfügt, die ihm die Verfassung zuweist.⁹ Als Folge des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung, bezweckt Art. 49 BV die Schaffung einer einheitlichen, in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung und dient damit der Rechtssicherheit.¹⁰

11 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV bestimmt, dass die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen können (sog. nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz¹¹).¹² Der Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone¹³ wird entsprechend durchbrochen, womit Bundesrecht als höhere Hierarchiestufe im Konfliktfall kantonalem Recht als tiefere Hierarchiestufe vorgehen.¹⁴ Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁵ Eine an sich abschliessende Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich schliesst jedoch dann eine kantonale Lösung nicht aus, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts.¹⁶ Die Kantone dürfen vielmehr im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen Vorschriften erlassen, soweit sie nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln.¹⁷ Schliesslich gilt, dass den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In

⁸ Erläuternder Bericht, 7 und 13.

⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6.

¹⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 4.

¹¹ BGE 144 III 155 E. 4.3.

¹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1092 ff.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052 ff.

¹⁴ Vgl. Epiney, BSK BV, Art. 5 N 55 f.; BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

¹⁵ BGE 138 I 468 E. 2.6; BGE 138 I 454 E. 3.6.3.

¹⁶ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 137 I 167 E. 3.4.

¹⁷ BGE 138 I 435 E. 3.1; BGE 138 I 356 E. 5.4.2.

solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden.¹⁸ Dies gilt auch für die ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes, die hier aber nicht in Frage stehen. Bei den ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes erlischt die kantonale Kompetenz bei Inkraftsetzung der entsprechenden Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes in der BV.¹⁹ Im vorliegenden Fall geht es jedoch sowohl in Art. 110 BV wie auch in Art. 122 BV um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen, die einerseits die kantonalen Kompetenzen erst dann derogieren, wenn der Bundesgesetzgeber ein Gesetz erlassen hat und andererseits den Kantonen den Spielraum belässt, in demselben Sachbereich Gesetze zu erlassen, wenn sie einen anderen Zweck verfolgen und nicht zur Vereitelung von Bundesrecht führen.²⁰

2. Vereinbarkeit kantonaler Mindestlöhne mit der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich der Arbeit

12 Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen der hier interessierende Vernehmlassungsentwurf betreffend den Mindestlohn fällt, ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art. 110 BV und für das Zivilrecht aus Art. 122 BV.²¹ Beide Bestimmungen begründen nach Lehre²² und Rechtsprechung²³ eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* zugunsten des Bundes mit *nachträglich derogatorischer Wirkung*. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Diese Gesetzgebungsermächtigungen können sich zudem aufgrund allgemeiner Zielvorgaben (z.B. Art. 41 BV; Art. 94 BV) zu Handlungsaufträgen verdichten.²⁴

¹⁸ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 138 I 435 E. 3.1.

¹⁹ HÄNER, Organisationsrecht, Rz. 28.15 m.w.H.

²⁰ HÄNER, Organisationsrecht, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1092 ff.

²¹ BGE 143 I 403 E. 7.2; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 1.

²² BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 3.

²³ BGE 139 I 242 E. 3.1; BGE 97 I 499 E. 3.a.

²⁴ BIAGGINI, OFK BV, a.a.O.

- 13 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird über das *Ziel des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* definiert und ist ausserordentlich weit gefasst.²⁵ Der Begriff «Schutz» ist facettenreich und weit zu verstehen, womit er nicht nur die Aspekte Gesundheit und Sicherheit, sondern auch das in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV formulierte Sozialziel bzgl. Bestreitung des Lebensunterhalts durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen konkretisiert.²⁶ Keine Rolle spielt daher, ob das Arbeitsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist oder um welchen Wirtschaftssektor es sich handelt.²⁷ Es gibt m.a.W. kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum weiteren Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legiferieren dürfte,²⁸ womit eine Ausweitung des geltenden Schutzzumfangs grundsätzlich möglich erscheint.²⁹
- 14 Die Frage, ob sich aus dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer *Existenzsicherung* direkt aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist bislang unbeantwortet geblieben. Die Schweiz kennt derzeit keinen umfassenden staatlichen Schutz von Mindestlöhnen, die dem Schutz eines existenzsichernden Einkommens bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit dienen.³⁰ Nach Ansicht des Bundesrats lässt sich dies damit erklären, dass die Lohnbildung auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft beruht und zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.³¹ Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung, welche die schweizerische Praxis bislang prägt, spricht nach Ansicht der Lehre³² allerdings nicht dagegen, dass auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV³³ – oder aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz³⁴ – Mindestlohnvorschriften geschaffen werden, die dem Arbeitnehmer-

²⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 22.

²⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 4; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 2; GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 9 f. m.w.H.

²⁷ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23.

²⁸ GÄCHTER, SGK, a.a.O.

²⁹ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23 m.w.H.

³⁰ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³¹ Botschaft Mindestlohn, 1211, 1227 und 1236.

³² Vgl. CARDINAUX, BSK BV, Art. 110 N 25, wonach Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung kantonaler Bestimmungen bzgl. Lohnfreiheit zulässt; ferner GEISER, 809 m.w.H.

³³ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³⁴ WILDHABER, Rz. 58 ff.

schutz dienen. Immerhin lassen sich denn auch verschiedene Instrumente verorten, die dem Mindestlohnschutz dienen, namentlich Gesamtarbeitsverträge oder allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.³⁵

- 15 Vor dem Hintergrund, dass Art. 110 Abs. 1 BV eine umfassende Regelungskompetenz beinhaltet und nachträglich-derogatorisch wirkt, wird den Kantonen keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt.³⁶ Folglich dürfen die Kantone keine weitergehenden Arbeitsschutzbestimmungen erlassen, da dies den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz gefährden würde³⁷ und der Bund mit dem Erlass des ArG von seiner Kompetenz im Arbeitnehmerschutz zu legiferieren, Gebrauch gemacht hat; das ArG enthält namentlich Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und stellt rechtspprechungsgemäss eine umfassende Regelung in Bezug auf den allgemeinen Schutz der Arbeitnehmenden bereit.³⁸ Ausdrückliche Vorbehalte bestehen im ArG für die sog. *Polizeivorschriften* des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, insbesondere solche über die Gesundheitspolizei (vgl. Art. 71 lit. c ArG). In diesen praktisch wichtigen Bereichen verbleibt den Kantonen noch ein gewisser Gestaltungsspielraum, der jedoch nicht zu weit interpretiert werden darf;³⁹ vorbehalten bleiben die Polizeivorschriften nur deshalb, weil sie andere (Arbeits-)Schutzzwecke verfolgen⁴⁰ bzw. diese nur nebenbei eine Schutzfunktion für Arbeitnehmende⁴¹ zukommt.⁴² Ein gewichtiger Teil der Lehre schliesst daraus, dass den Kantonen für diejenigen Branchen, die nicht vom Arbeitsschutzrecht des

³⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24; der Bund hat in weitem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, namentlich mit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR), dem Arbeitsgesetz und dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

³⁶ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; BGE 139 I 242 E. 3.2.

³⁷ TSCHUDI, 20.

³⁸ BGE 143 I 304 E. 7.5.1 f.

³⁹ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; vgl. MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16 und N 21;

⁴⁰ MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴² Soweit sie aber darüber hinausgehen und nur noch arbeitsrechtlich begründet werden können, sind sie aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Rz. 7) unwirksam; vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, 207 N 5.

Bundes erfasst werden, die Regelungskompetenz verbleibt,⁴³ indes die Bestimmung nicht weit ausgelegt werden darf.⁴⁴ Die Rechtsprechung hält hierzu fest, dass bei Vorliegen einer abschliessenden Bundesregelung im Sachbereich der Arbeit, eine kantonale Lösung dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sie ein *anderes Ziel* verfolgt als dasjenige des Bundesrechts, wie z.B. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit⁴⁵ oder bei sozialpolitischen Massnahmen⁴⁶ (vgl. sogleich nächster Absatz);⁴⁷ m.a.W. kann eine kantonale Regelung dann nicht mehr Bestand haben, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird.

- 16 Im Zusammenhang mit kantonalen Mindestlohnvorschriften bleiben nach der jüngsten Rechtsprechung kantonale Mindestlohnvorschriften in eingeschränktem und engem Rahmen zulässig⁴⁸, da diese nach Ansicht des Bundesgerichts als *sozialpolitische Massnahme* (und nicht als ausschliesslich dem Bundesgesetzgeber vorbehaltene *wirtschaftspolitische Massnahme* gelten) und damit als Instrument zur Bekämpfung der Armut dienen bzw. dem Phänomen des «*working poor*» entgegenwirken soll.⁴⁹ Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 allerdings noch festgehalten, dass die Ansicht, wonach der Lohn – und dazu gehört auch der Mindestlohn – im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist und Art. 110 BV der allgemeinen Armutsbekämpfung diene.⁵⁰ Nach neuerer Auffassung des Bundesgerichts ist demgegenüber ein kantonaler Mindestlohn dann erlaubt, wenn damit das sozialpolitische Ziel erhalten bleibt, indem sich die kantonalen Mindestlohnvorschriften jenen der Sozialversicherungs- und

⁴³ Vgl. Überblick bei Gächter, SGK, Art. 110 N 25; bejahend WILDHABER, Rz. 7; CARDINAUX, BSK, Art. 110 N 25; wohl PÄRLI, 296; verneinend MADUZ/SCHMID, 278 f.; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5; im Übrigen war mit dieser Argumentation die Einführung eines kantonalen Mindestlohns im Kanton Neuenburg überhaupt möglich. Namentlich habe mit dem Erlass des OR, ArG und des AVEG der Bund die Frage der Mindestlöhne nicht vollständig und abschliessend geregelt. Eine kantonale Kompetenz, einen Mindestlohn aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen festzulegen, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, 8521.

⁴⁴ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; MAHON/BENOÏT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16; ferner MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴⁵ BGE 139 I 242 E. 3.1.

⁴⁶ Anders als wirtschaftspolitische Massnahmen scheiden sozialpolitisch motivierte Einschränkungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 94 BV aus bzw. verbleiben derartige Einschränkungen den Kantonen, vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; ferner RICHLI, N 605 m.H.

⁴⁷ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁸ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁹ BGE 143 I 403 E. 7.5.3.

⁵⁰ BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.2.1 f.

Sozialhilfebeiträgen annähern;⁵¹ andernfalls liegt ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff vor, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt.

17 Angesichts dieser Rechtsprechung (vgl. Rz. 15 f.) zählt ein kantonaler Mindestlohn nicht zum Arbeitsschutzrecht des Bundes, sondern soll rechtsprechungsgemäss ein Instrument der Armutsbekämpfung darstellen, weshalb es den Kantonen teilweise erlaubt ist in diesem Sachbereich zu legislieren.⁵² Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten⁵³, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet.⁵⁴ Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat auf denselben Sozialschutzgedanken gezielt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Initiative aus dem Kanton Neuenburg.⁵⁵ Zudem verkennt das Bundesgericht, dass der Bundesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 Abs. 1 BV legislatorisch denselben Schutzzweck verfolgen kann wie die Kantone mit ihren Mindestlohngesetzen, namentlich das Ziel, die Armut zu bekämpfen und dafür zu sorgen, dass jedermann angemessen von den Früchten seiner Arbeit leben kann.⁵⁶ Das französischsprachige Bundesgerichtsurteil setzt sich zudem über die Ausführungen des Gesetzgebers – und letztlich des Volks und sämtlicher Stände – vollständig hinweg, indem es sich mit den Ausführungen bzgl. (Un-)Geeignetheit von Mindestlöhnen in der damaligen Botschaft *nicht auseinandersetzt*.⁵⁷ Der Bundesrat hat dort immerhin festgehalten, dass die Armut vielfältige Ursachen hat und sich nur teilweise durch tiefe Löhne erklären lässt, da ein Grossteil der von Armut betroffenen Personen nicht erwerbstätig ist. Auch tragen andere sozioökonomische Eigenschaften wie die Zusammensetzung des Haushalts, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder der Migrationsstatus ebenfalls zur Armut bei.⁵⁸ Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine *Zielkonkurrenz*⁵⁹, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung

⁵¹ BGE 143 I 403 E. 5.4.3; vgl. BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3 (Volksinitiative Genf).

⁵² GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26.

⁵³ MADUZ/SCHMID, 274.

⁵⁴ BBI 2014 6349, 6353, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014.

⁵⁵ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1224 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1227 und 1245.

⁵⁷ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1236 f.

⁵⁸ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1245.

⁵⁹ Begrifflich kann man auch von der sog. *Kompetenzkumulation* sprechen. Eine solche liegt vor, wenn für einen Sachverhaltskomplex kumulativ die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone zur Anwendung gelangen können, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1096.

durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt.⁶⁰

- 18 Vor dem Hintergrund gleichgerichteter Schutzzwecke verbleibt selbst nach Änderung des AVEG den Kantonen weiterhin eine engmaschige Regelungskompetenz die Ursachen der Armut mit gesetzlichen Mindestlöhnen zu bekämpfen, soweit sie nicht *ave* GAV betreffen. Mithin bleibt die Kompetenz der Kantone, zum Erlass von Mindestlohnvorschriften im Bereich des nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV bestehen. Beispielsweise kann im kantonalen Mindestlohngesetz der Vorrang des *ave* GAV erklärt werden oder das kantonale Mindestlohngesetz nimmt die *ave* GAV von dessen Geltungsbereich aus.⁶¹

3. **Notwendigkeit allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohnbestimmungen in GAV**

- 19 Gesamtarbeitsverträge (GAV) sind Verträge, in denen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (vgl. OR 356). Im Wissen um das typische Machtgefälle im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer, das durch Wettbewerb allein nicht ausgeglichen werden kann, sollen derartige Gruppenvereinbarung als legitime Methode zur Koordination auf dem Arbeitsmarkt zum Einsatz kommen.⁶²

- 20 GAV können *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bezeichnet man die Anordnung der zuständigen Behörde, mit der auf Antrag aller Vertragsparteien der Geltungsbereich eines GAV auf nicht

⁶⁰ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, a.a.O.

⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. h Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200, wonach Personen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen oder einem Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen unterstehen, vom basel-städtischen Mindestlohngesetz ausgenommen sind.

⁶² BIAGGINI, OFK, Art. 110 N 7; vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 34.

am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (sog. «Aussenseiter») ausgedehnt wird (vgl. Art. 1 AVEG). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt⁶³ bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.⁶⁴

21 Die Gründe einer solchen Ausdehnung infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung sind unterschiedlich: Bei der zunehmenden Arbeitsmigration soll einerseits der sog. Schmutzkonzurrenz von Lohnunterbietenden Unternehmen, vornehmlich aus dem Ausland, entgegengewirkt werden;⁶⁵ andererseits besteht häufig in Branchen mit vielen Kleinbetrieben ein entsprechender Wunsch.⁶⁶ Gerade im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des FZA und der damit einhergehenden Freizügigkeit im Personenverkehr hat der Gesetzgeber zusätzlich flankierende Massnahmen in Kraft setzen lassen, um der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen infolge von Lohn- oder Sozialdumping in der Schweiz entgegenzuwirken.⁶⁷ Ein gewichtiges Element dieser flankierenden Massnahmen bildet neben dem hierfür verabschiedeten Entsendegesetz (EntsG)⁶⁸ die Möglichkeit GAV allgemeinverbindlich zu erklären.⁶⁹

22 Der wohl gewichtigste Grund Mindestlohnbestimmungen in GAV allgemeinverbindlich zu erklären, lässt sich im Zusammenhang mit der grenznahen Arbeitsmigration rechtfertigen: In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin, welche kantonale Mindestlohngesetze kennen, sind Mindestlohnbestimmungen lediglich auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit gewöhnlich auf Kantonsgebiet verrichten.⁷⁰ Ähnlich verhält es sich

⁶³ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1100.

⁶⁴ BGE 138 V 32 E. 4.1; vgl. BGE 98 II 205 E. 1; vgl. auch BGE 128 II 13 E. 1d und E. 2a, wonach gegenüber den Aussenseitern der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung als Erlass zu betrachten ist.

⁶⁵ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; Wildhaber,

⁶⁶ Portmann/Wildhaber, Rz. 1099.

⁶⁷ Wildhaber, Rz. 9.

⁶⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁶⁹ WILDHABER, Rz. 10.

⁷⁰ BBI 2021 1120, S. 30

im Kanton Basel-Stadt.⁷¹ Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen.⁷² Folglich können diese ihre Preisunterschiede durch Lohndumping ausgleichen. Akzentuiert wird die Ungleichbehandlung, wenn die kantonalen Mindestlohngesetze vorsehen, dass diese den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbarten Mindestlöhnen vorgehen, sofern er höher ist als diese wie beispielsweise in den Kantonen Neuenburg und Genf.⁷³ Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

- (i) Aus diesem Grund ist es auch nachvollziehbar, dass Teile des eidgenössischen Gesetzgebers das Entsendegesetz mit einer Motion dahingehend anpassen wollten, dass ausländische Arbeitgeber, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.⁷⁴
- (ii) Die gesetzgeberischen Bestrebungen die kantonalen Mindestlohnbestimmungen im EntsG zu implementieren, sind allerdings gescheitert und der Ständerat hat einen Nichteintretensentscheid gefällt.⁷⁵ Man hat befürchtet, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien.⁷⁶

⁷¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. i Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200.

⁷² Vgl. BBI 2021 1120, S. 31.

⁷³ Erläuternder Bericht, 4 und 7.

⁷⁴ Vgl. Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. August 2018; vgl. BBI 2021 1121, S. 1, Art. 2 Abs. 1^{bis} E-EntsG.

⁷⁵ Vgl. das Geschäft des Bundesrats 21.032, URL: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210032>.

⁷⁶ Vgl. bereits die kritischen Stimmen im Vernehmlassungsverfahren, BBI 2021 1120, S. 16.

23 Die Vernehmlassungsvorlage kann vor diesem Hintergrund der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegenwirken. Mit dem gegenwärtigen Wortlaut versteht sie sich als *wirtschaftspolitische Massnahme* des eidgenössischen Gesetzgebers, um den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz zu gewährleisten, ohne dass hierfür zu stark in den bereits bestehenden kantonalen Mindestlohnschutz eingegriffen würde, wären doch zur Zeit lediglich zwei Kantone von der Vernehmlassungsvorlage betroffen.

B. Verhältnis zwischen Motion und Vernehmlassungsentwurf

24 Es gehört zur Staatsleitungsaufgabe des Parlamentes, eigene staatspolitische Beurteilungen vorzunehmen und das Handeln des Bundesrates in diesem Sinne zu beeinflussen und zu steuern.⁷⁷ Häufig genutztes Handlungsinstrument zur verbindlichen Steuerung des exekutiven Handelns ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (vgl. Art. 120 ParlG). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse bereits aus Gewaltenteilungserwägungen möglichst unverändert zu übernehmen, wobei die rechtliche Durchführbarkeit die Unveränderlichkeit parlamentarischer Verstösse absteckt (vgl. Art. 122 Abs. 3 ParlG).

25 Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat die Möglichkeit geprüft und vorgeschlagen hat, die Motion Ettlins wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben⁷⁸, hat er trotz bestehender Bedenken der Motion erlaubterweise einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt.

⁷⁷ Ehrenzeller, 24 f.

⁷⁸ Erläuternder Bericht, 7.

Eingereichter Text (exkl. Ferien und 13. Monatslohn)	Gesetzesentwurf / Vernehmlassungsentwurf
<p>Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4 Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.</p>	<p>Art. 1 AVEG unverändert</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.</p>

26 Die Motion hält zunächst explizit das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen (vgl. Absatz 4 des Artikels 1). In Art. 2 AVEG nimmt die Motion den ähnlichen Wortlaut – ohne Kantone – von Art. 358 OR auf und statuiert das Günstigkeitsprinzip, welches aber ohnehin bereits in Art. 358 OR verankert ist. Artikel 2 der Motion statuiert eine Gegenausnahme gegenüber dem neuen *Absatz 4 des Artikels 1*, wonach grundsätzlich der GAV nicht zwingendem Recht des *Bundes* widersprechen darf, aber ausnahmsweise zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können, wobei in jedem Fall – als Gegenausnahme – allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmungen zum Mindestlohn gegenüber kantonalen Bestimmungen vorgehen, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Der Motionstext hält demnach explizit fest, unter welchen Voraussetzungen ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 2) und statuiert für allgemeinverbindlich erklärte GAV eine Kollisionsregel gegenüber kantonalen Bestimmungen (Art. 1).

27 Der Vernehmlassungsentwurf (Gesetzesentwurf) ist gesetzessystematisch ausschliesslich bei den allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit festgehalten (vgl. Abbildung) und spricht – im Gegensatz zum Motionstext – von zwingendem und nicht nur von anderslautenden Bestimmungen der Kantone. Beim Motionstext stellt sich daher die Frage, ob nicht auf die Unterscheidung

zwischen zwingendem und anderslautendem kantonalem Recht verzichtet werden könnte. Die ersatzlose Streichung von «zwingend» lässt sich folgendermassen begründen: Der Motionstext birgt insofern einen Interpretationsspielraum, als in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ein Günstigkeitsprinzip zwar statuiert wird, sofern sich aus dem «zwingenden Recht» – zu welchem auch das kantonale Recht und damit eine kantonale Lohnuntergrenze – nichts anderes ergeben würde, aber Bestimmungen des ave GAV zum Mindestlohn «anderslautenden Bestimmungen der Kantone» vorgehen (neuer Art. 1 AVEG, neuer Abs. 4) würden. Konsequenterweise müsste dann ermittelt werden, ob mit anderslautenden Bestimmungen der Kantone auch zwingendes Recht (der Kantone) miteingeschlossen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Vernehmlassungstext in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ausschliesslich von *zwingendem* kantonalem Recht spricht und keinen Verweis auf das Günstigkeitsprinzip enthält, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Motionstext, wobei auch beim Vernehmlassungstext der besseren Verständlichkeit halber auf den Begriff «zwingend» verzichtet werden sollte, da impliziert wird, der Bundesgesetzgeber unterscheide zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht.

28 Der Bundesrat hält allerdings richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat.⁷⁹

29 Einen gewissen Interpretationsspielraum belässt der Vernehmlassungstext bei der Frage des Anwendungsvorrangs: Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1, neuer Abs. 4 gemäss Motionstext nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, während die Motion in Art. 1 AVEG explizit festhält, dass ave GAV Bestimmungen, insbe-

⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, 6.

sondere zu Mindestlöhnen, anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Aus dem Vernehmlassungstext ergibt sich aber implizit, dass Bestimmungen über Mindestlöhne – selbst dann – allgemeinverbindlich zu erklären sind, wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert mit diesem zweiten Satz in Art. 2 Ziff. 4 AVEG gegenüber dem ersten Satz eine Sonderausnahme im Bereich möglich entgegenstehender kantonaler Lohnuntergrenzen und klärt damit die Frage, *ob* eine Allgemeinverbindlicherklärung angeordnet werden darf. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im einzelnen Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Dogmatisch handelt es sich um einen Anwendungsfall der Regel *lex superior derogat legi inferiori*, kann der Bundesgesetzgeber doch wie oben aufgezeigt auch im Bereich der Armutsbekämpfung legislieren (Rz. 16 f.). In derartigen Normenkollisionsfällen kann nach dem Motionstext grundsätzlich kein materiellrechtlicher Anspruch auf einen durch das kantonale Recht gewährten Mindestlohn entstehen – selbst dann nicht – wenn dieser gegenüber einem allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn höher ist.⁸⁰ Umgekehrt, müsste aber ein nach ave GAV höherer Mindestlohn bezahlt werden trotz eines kantonal tiefer vorgesehenen Mindestlohns. Vor dem Hintergrund, dass der Motionstext explizit sich zum Anwendungsvorrang äussert, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

⁸⁰ Die sog. «Rezeptionsklausel» nach Art. 342 Abs. 2 OR, wonach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus dem kantonalen Recht zivilrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können wie beispielsweise Bestimmungen zum Lohn oder Schutzmassnahmen (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 342 N 5 f.), würde im Ergebnis mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 AVEG (gemäss Motionstext) ausser Kraft gesetzt.

C. Verhältnis zwischen der Motion und Art. 358 OR

30 Art. 358 OR beschreibt das Verhältnis der Bestimmungen eines GAV zum zwingenden Recht: Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Die Bestimmung bezeichnet demnach die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, sofern dies zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (sog. Günstigkeitsprinzip).⁸¹ Wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür vorgesehen ist, kann zudem selbst *zu Ungunsten* der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abgewichen werden wie beispielsweise Art. 335c Abs. 2 Halbsatz 2 OR belegt.⁸²

31 Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird *just* in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave* GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 1.

⁸² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 2 m.w.H.

D. Mögliche Alternativen

- 32 Der Bundesrat hat geprüft, ob Art. 358 OR, welcher mit Art. 2 Abs. 4 AVEG in Verbindung steht, angepasst werden soll. Er hält aber fest, dass jegliche Änderung dieses Artikels ohne eine Beschränkung der Ausnahme auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgeschlossen erscheine. Dadurch würde es nämlich möglich, irgendeinen GAV abzuschliessen, um vom kantonalen Mindestlohn abweichen zu können, was die kantonalen Gesetze vollständig aushöhlen würde.⁸³ Nach Ansicht des Bundesrats stellt sich demnach der Vorrang sämtlicher GAV-Bestimmungen gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht nicht.
- 33 Folgt man der Argumentation des Bundesrats bestünde trotzdem die Möglichkeit Art. 358 OR direkt dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte. Ein solcher Vorrang sämtlicher Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist. Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat, wenn er festhält, dass sich die Motion klar auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV konzentriert und auf das AVEG abzielt.⁸⁴
- 34 Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte.⁸⁵ Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.). Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde (vgl. Rz. 13, Rz. 14 ff.). Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR

⁸³ Erläuternder Bericht, 6.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, 7.

⁸⁵ Erläuternder Bericht, 7.

dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.⁸⁶

IV. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

– *Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?*

35 Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17).⁸⁷ Einerseits bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohn als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden (vgl. insb. Rz. 21). Es hätte hier zudem am Bundesrat gelegen, spätestens im Rahmen der Gewährleistungsprüfung der Kantonsverfassung des Kantons Neuenburg festzuhalten, dass die Frage des Mindestlohns vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest heikel sein kann.⁸⁸ Dies umso mehr, als sich die weitläufige Bundesgesetzgebung im Arbeitsrecht mit dem kantonalen Recht mehr und mehr verzahnen können.⁸⁹ Andererseits ist ein Mindestlohn ein zulässiges, wenngleich kaum bzw. wenig geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Armut bzw. *working poor*. Der Bund ist aber kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird (Rz. 14 ff.). Vorliegend geht aber weder die Vernehmlassungsvorlage noch die Motion soweit, dass die Kantone im Bereich des Mindestlohns sämtliche Rechtsetzungskompetenz verlustig

⁸⁶ Vgl. ferner Memorandum vom 10. September 2017, 4 f.

⁸⁷ Der Vernehmlassungsentwurf zielt inhaltlich in die gleiche Richtung ab wie die Motion, wobei die Ferien und der 13. Monatslohn mangels Kompetenz nicht mehr geregelt worden sind (vgl. Rz. 24).

⁸⁸ Vgl. aber BBI 2012 8513, 8521 f.

⁸⁹ Vgl. FUHRER, 18 m.w.H.

gingen, sondern der Bundesgesetzgeber würde von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich im Bereich allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne legislieren, mithin im Geltungsbereich des AVEG, und die Bestimmung wäre auch nur dann anwendbar, wenn kantonales Recht den neuen AVEG-Bestimmungen entgegenstünde, namentlich wenn sie einen höheren Mindestlohn als im *ave GAV* vorsähen.

– *Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?*

36 Ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wird vom Bundesrat damit begründet, dass mit dem Vorrang von Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV vor dem kantonalen Recht die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verletzen würde. Zudem soll die Motion das Legalitätsprinzip verletzen. Entschieden entgegenzuhalten ist, dass der Bundesgesetzgeber kraft der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 BV *umfassend* – somit auch im Bereich sozialpolitischer Massnahmen – legislieren kann (sofern Mindestlöhne als solche ohnehin nicht schon wirtschaftspolitische Massnahmen darstellen). Art. 110 BV konkretisiert nach Ansicht der Lehre die in Art. 41 BV definierten Sozialziele und hält rechtsprechungsgemäss fest, dass der Schutzzweck von Art. 110 BV die Bekämpfung der allgemeinen Armut ist, was einen Mindestlohn als Instrument zur Bekämpfung des Phänomens des *working poor* mitumfassen würde. Der Bundesgesetzgeber strapaziert weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.

– *Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in *ave GAV* mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?*

37 Die Frage zielt auf die zwei vorangestellten Fragen ab: Zum einen lässt sich argumentieren, dass das Themenfeld der Mindestlöhne (und mit ihr die flankierenden Massnahmen) Teil sämtlicher, dem Bund vorbehaltenen wirtschaftspolitischer Massnahmen bilden. Zudem lässt sich mit den oben umschriebenen Argumenten ins Feld führen, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes einem Vorrang der Mindestlöhne in *ave* GAV gegenüber (zwingendem) kantonalem Recht nicht entgegenstehen – dies aus der Überlegung, dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. Es kann folglich dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber *just* den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen (vgl. insb. Rz. 16 zur Mindestlohn-Initiative).

– *Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?*

38 Der Bund hat richtigerweise die Motion inhaltlich auf den Mindestlohn beschränkt, da die Kantone ohnehin nicht rechtsetzungskompetent sind, Anordnungen im Hinblick auf Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. In gesetzessystematischer Hinsicht unterscheiden sich Vernehmlassungsentwurf und Motion, dahingehend, dass auf eine Wiederholung des Günstigkeitsprinzips gemäss Art. 358 OR im neu gefassten Art. 2 Ziff. 4 AVEG verzichtet worden ist (vgl. Rz. 25 f.). Der Vernehmlassungsentwurf greift das eigentlich inhaltliche Anliegen der Motion auf und hat die gleiche Zielsetzung (vgl. Rz. 27), belässt aber einen gewissen *Interpretationsspielraum* hinsichtlich der Frage des *Anwendungsvorrangs* – der Motionstext ist in diesem Punkt präziser und hält explizit einen Anwendungsvorrang fest (vgl. Rz. 29). Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

– *Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?*

39 Es besteht grundsätzlich Raum, Art. 358 OR dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte (vgl. Rz. 30 f.). Ein solcher Vorrang aller Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht wäre aber – wie bereits der Bundesrat sinngemäss festgehalten hat – aufgrund des Schwerpunkts direkt im AVEG anzuordnen. Letztlich verbleibt die Möglichkeit, Art. 358 OR mit einem neuen, zweiten Absatz zu ergänzen, indem man den Vorrang von einem GAV-Mindestlohn gegenüber einem kantonalen Mindestlohn festhält, um das Institut der Sozialpartnerschaft Nachachtung zu verschaffen.

40 Art. 358 Abs. 2 neu

41 «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags betreffend Mindestlohn gehen entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen zum Mindestlohn vor.»

– *Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?*

42 Das Parlament versucht auf vielseitige Art und Weise das Handeln des Bundesrats zu beeinflussen. Ein wichtiges Handlungsinstrument hierfür ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Könnte der Bundesrat zu stark auf dieses Handlungsinstrument Einfluss nehmen, würde er letztlich das *Prinzip der Gewaltenteilung* untergraben (vgl. Rz. 21). Vor diesem Hintergrund ist es daher zentral, dass der Bundesrat – vorbehalten der Schranke der rechtlichen Durchführbarkeit – Motionen möglichst unverändert belässt, um den parlamentarischen Willen bzw. Auftrag möglichst exakt entgegenzunehmen und nicht seinem Belieben nach verändern kann.

– *Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin gegen den Art. 358 OR?*

43 Die Motion Ettlin zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom nach Art. 358 OR statuierten Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich betreffend Mindestlohnbestimmungen das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; folglich verstösst die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin nicht der Regelung nach Art. 358 OR (vgl. Rz. 26), sondern schafft vielmehr eine spezifische Bereichsregelung, die Anwendungsvorrang geniessen soll.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
Staatssekretariat für Wirtschaft
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 26. April 2024

**Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion
20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)**

Sehr geehrte Damen und Herren

callnet.ch ist der Branchenverband der Schweizer Contact Center. Er vereint Expertinnen und Experten des Kundendialog-Managements und vertritt die Interessen der Branche in der Öffentlichkeit. Als Branchenverband nehmen wir im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

callnet.ch befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstösse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess callnet.ch diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt zum eindeutigen Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht mehr klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorsah, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln die Arbeitnehmer und Arbeitgeber traditionell gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchen-

spezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes beispielsweise wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine

gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave GAV* im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der

Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss *ave* GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der *ave* GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «*zwingend*» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als

wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legislieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich

erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlin – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

callnet.ch
Swiss Contact Center Association



Dario Tibolla
Präsident



Markus Hungerbühler
Geschäftsführer



Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung
und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

info.paga@seco.admin.ch

Bern, 1. Mai 2024

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen
20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Zustellung der Vernehmlassungsunterlagen.

Die SP Schweiz lehnt die vorgeschlagene Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín als Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne, die direkte Demokratie und die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik ab. **Die Gesetzesänderung verstösst gegen das Legalitäts- und das Subsidiaritäts-Prinzip in der Bundesverfassung. Wir sind der Meinung, der Bundesrat hätte von sich aus beantragen müssen, die Motion Ettlín abzuschreiben.** Stattdessen schlägt er eine höchst fragwürdige Gesetzesänderung vor, die gegen die Verfassung, den Föderalismus sowie die direkte Demokratie verstösst, um dann gleich selbst zu beantragen, diese abzulehnen. Über die verfassungs- und staatspolitischen Aspekte hinaus, läuft dieses inkohärente und unentschlossene Vorgehen in einer zentralen Frage, nämlich dem Versuch, den Lohnschutz in der Schweiz zu schwächen, gerade zum jetzigen Zeitpunkt Gefahr, **die Schweizer Europapolitik zu torpedieren**, versuchen doch die Unterhändler der Eidgenossenschaft derzeit in Brüssel, gegenüber der EU-Kommission glaubwürdig und überzeugend das Anliegen zu vertreten, dass sie im Namen des Bundesrats und des Parlaments das Lohnniveau und den Lohnschutz in der Schweiz entschlossen verteidigen wollen.

Was den zweiten Teil der Vorlage angeht, **befürwortet die SP Schweiz die Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N**, da sie die Transparenz über die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds stärkt. Den unterstellten Arbeitnehmenden und Arbeitge-

Sozialdemokratische Partei
der Schweiz

Theaterplatz 4
Postfach · 3011 Bern

Telefon 031 329 69 69
Telefax 031 329 69 70

bern eines Gesamtarbeitsvertrags mit allgemeinverbindlich erklärten Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträgen soll auf Anfrage Einsicht in die Jahresrechnung gewährt werden. Sollten solche Anfragen zu einem beachtlichen administrativen Mehraufwand führen, sollten allerdings ressourceneffiziente Umsetzungsformen erlaubt sein, wie zum Beispiel eine elektronische Zustellung der Jahresrechnung.

Kritikpunkte zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettl

1. Die Umsetzung der Motion Ettl greift die gesetzlichen kantonalen und kommunalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen an und führt zu Erwerbsarmut.

Stand heute haben fünf Kantone einen Mindestlohn eingeführt: Neuenburg¹, Jura², Tessin³, Genf⁴ und Basel-Stadt⁵. Da in den Kantonen Genf und Neuenburg die gesetzlichen Mindestlöhne jenen in AVE GAV vorgehen, sind sie von der Umsetzung der Motion Ettl betroffen. In den Städten Zürich und Winterthur wurden Initiativen zur Einführung eines städtischen Mindestlohns von der Stimmbevölkerung angenommen, die Umsetzung verzögert sich jedoch aufgrund von Beschwerden von Arbeitgeberverbänden. In weiteren Kantonen und Städten wurden Initiativen zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns eingereicht (Waadt, Wallis, Basel-Land, Stadt Luzern, Freiburg), lanciert (Solothurn, Stadt Bern, Stadt Biel am 1. Mai 2024) oder sind in Vorbereitung.

Die kantonalen Mindestlöhne sind so ausgelegt, dass sie das Existenzminimum (gemäss Berechnung für die Ergänzungsleistungen der AHV) garantieren. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung würde also dazu führen, dass Arbeitnehmende wieder Löhne erhalten würden, die unter dem Existenzminimum liegen. **Die Erwerbsarmut würde zunehmen. Dies widerspricht dem Sozialziel der Bundesverfassung.** Bund und Kantone sollen sich dafür einsetzen, dass «Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Ar-

¹ Art. 34a BV-NE, angenommen am 27. November 2011, und Art. 32a bis 32e des Gesetzes über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (ALVG) vom 25. Mai 2004 (SRN 813.10), geändert am 28. Mai 2014, in Kraft seit dem 1. Januar 2015 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 21,09 Franken im Jahr 2024).

² Art. 19 Abs. 3 Cst-JU und Gesetz über den kantonalen Mindestlohn vom 22. November 2017 (RSJU 822.41), in Kraft seit dem 1. Februar 2018 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 20,60 Franken im Jahr 2024).

³ Art. 13 Abs. 3 Cst-TI, angenommen am 14. Juni 2015, und Legge sul salario minimo, vom 11. Dezember 2019 (RSTI 843.600), in Kraft seit 1. Januar 2021 (Lohn zwischen 19 und 19 Franken 50 pro Stunde, je nach Sektor, derzeit und mit sukzessiven Erhöhungsstufen).

⁴ Art. 39i bis 39n des Gesetzes über die Arbeitsinspektion und die Arbeitsbeziehungen vom 12. März 2004 (RSGE J 1 05), eingeführt am 27. September 2020 aufgrund einer von den Bürgerinnen und Bürgern angenommenen Volksinitiative, in Kraft seit dem 31. Oktober 2020 (Lohn von 23 Franken pro Stunde, 24,32 Franken am 1. Januar 2024).

⁵ Die Bürgerinnen und Bürger von Basel-Stadt haben am 13. Juni 2021 das Gesetz angenommen, das als Gegenvorschlag zu einer im März 2019 eingereichten Volksinitiative «Kein Lohn unter 23 Franken» diente, einem Gegenvorschlag, der einen Mindestlohn von 21 Franken pro Stunde vorsah, an den Mischindex angepasst 2024 21.45 Franken. In Kraft seit dem 01.07.2022.

beit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können» (Art. 41 Abs. 1 lit. d BV). Mehr Erwerbstätige wären auf Sozialhilfe angewiesen. Dies würde zur paradoxen Situation führen, dass Branchen und Unternehmen, welche zu tiefe Löhne zahlen, auf Kosten der Steuerzahlenden subventioniert würden. Ein Anstieg der Sozialhilfequote würde die Kantonsfinanzen belasten.

Bei einer Umsetzung der Forderung der Motion Ettlin würde vielen Angestellten in Tieflohnbranchen eine Lohnreduktion drohen. Die Tragweite der Auswirkungen der Umsetzung der Motion Ettlin wird im Kanton Genf besonders deutlich. Vor der Einführung des Genfer Mindestlohns verdiente ein grosser Teil der Angestellten in Tieflohnbranchen weniger als den Mindestlohn: 50 Prozent im Coiffeur-Gewerbe, 40 Prozent in der Textilreinigung und 30 Prozent im Gastgewerbe. In allen drei Branchen (und weiteren, wie der Reinigung, dem Ausbaugewerbe, dem Metallgewerbe und den Tankstellenshops) sehen die GAV mehrere Mindestlöhne vor, welche unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegen. Angestellten in diesen GAV-Lohnkategorien drohen Lohnreduktionen. So zum Beispiel allen Coiffeusen: Einer gelernten Coiffeuse droht eine Lohneinbusse bis zu 500 Franken, einer ungelernten Coiffeuse sogar bis zu 1000 Franken im Monat. Schätzungsweise 90 Prozent der Arbeitnehmenden unter dem GAV der Textilreinigung Romandie sitzen auf dem Mindestlohn. Geschätzte 80 Prozent der Arbeitnehmenden befinden sich in den zwei tiefsten Mindestlohnkategorien und könnten durch die Umsetzung der Motion Ettlin über 700 Franken im Monat verlieren. Von einer Senkung des Mindestlohns durch die Umsetzung der Motion Ettlin wären aber noch mehr Arbeitnehmende betroffen. Dies, da Mindestlöhne dazu führen, dass auch die Löhne von Arbeitnehmenden über dem Mindestlohn angehoben werden, um die Lohnhierarchie zu wahren. Wenn der Mindestlohn gesenkt wird, dürfte der gegenteilige Effekt eintreten. Insbesondere in der mittleren Frist und durch Neuanstellungen ist absehbar, dass das Lohnniveau in diesen Branchen wieder auf das GAV-Niveau zurückgehen könnte.

Die Umsetzung der Motion Ettlin läuft zudem den Bestrebungen des Bundes und der Kantone zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann entgegen. Frauen arbeiten häufig zu tieferen Löhnen als Männer. In den besonders betroffenen Branchen sind mehrheitlich Frauen beschäftigt, insbesondere im Coiffeurgewerbe und der Textilreinigung. Frauen wären also überproportional von der Umsetzung der Motion Ettlin und einer damit einhergehenden Lohnreduktion betroffen.

2. Die Umsetzung der Motion Ettlin ist ein Angriff auf kantonale Kompetenzen, die Souveränität der Kantone und den Föderalismus

Gemäss Bundesverfassung haben die Kantone die Kompetenz, sozialpolitisch tätig zu werden. Sie können Mindestlöhne festlegen, welche als vorrangiges Ziel die Bekämpfung der Armut haben, wie auch vom Bundesgerichtsurteil zum Neuenburger Mindestlohn bestätigt.⁶ Hier sei noch einmal auf das Sozialziel aus Art. 41 Abs. 1 lit d BV verwiesen, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. **Die Umsetzung der Motion Ettlins zielt darauf ab, die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik zu beschneiden**, da sie sich gegen sozialpolitische Mindestlöhne richtet. Dies ist ein Eingriff in die Souveränität der Kantone und den Föderalismus und würde das gesamte System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in Frage stellen sowie Tür und Tor für weitere Überschreitungen öffnen. Der Ständerat hat am 19. Dezember 2019 die Motion Baumann (18.3934), welche das gleiche Anliegen wie die Motion Ettlins verfolgt, explizit aus diesem Grund abgelehnt.⁷

Entgegen der Einschätzung des Bundesrates⁸ verstösst die Umsetzung der Motion unserer Meinung auch gegen das Subsidiaritätsprinzip (Art. 43a Abs. 1 BV), demzufolge «der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen».

3. Die Umsetzung der Motion Ettlins ist ein Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie

Die kantonalen Bestimmungen, die Mindestlöhne einführen, wurden alle im Rahmen von Volksabstimmungen angenommen und verfügen folglich über eine starke demokratische Legitimation. Ein GAV ist ein Vertrag zwischen Privaten und die Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an dessen privatrechtlichen Charakter – sie macht aus dem GAV kein Gesetz. Dies wurde auch vom Bundesgericht in seinem Urteil zum Mindestlohn im Kanton Neuenburg bestätigt.⁹ **Die Umsetzung der Motion Ettlins stellt somit einen Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie dar:**

⁶ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.5.5., das Bundesgericht hält in seinem Urteil fest: «Es ist auch daran zu erinnern, dass die Kantone für die Sozialhilfe zuständig sind (Art. 115 BV), die nicht nur materielle Hilfe leisten, sondern auch die berufliche Integration von Bedürftigen fördern soll. Die materielle Hilfe ist somit subsidiär zum Einkommen, das sich die Betroffenen aus eigener Kraft durch eine Erwerbstätigkeit verschaffen können [Verweise u.a. auf die Rechtsprechung]. Dies setzt jedoch voraus, dass vollzeitlich erwerbstätige Personen ein Einkommen erzielen, das zum Leben ausreicht. Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV nennt zudem als Sozialziel, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass alle Erwerbsfähigen ihren Lebensunterhalt durch Arbeit, die sie unter angemessenen Bedingungen ausüben, bestreiten können».

⁷ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlins, in der er seine bereits am 21. November 2018 zur Motion Baumann (18.3934) mit ähnlichem Inhalt, Aussagen wiederholt, wonach es sich um einen Eingriff von erheblicher Tragweite und besorgniserregender staatspolitischer und demokratiepolitischer Bedeutung handle, wobei der Bundesrat ausführt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung des Motionsziels den Volkswillen auf kantonaler Ebene aushöhlen und gegen die Grundsätze des Föderalismus und der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung verstossen würde; vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183934>.

⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 14.

⁹ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.3.2.

AVE GAV – privatrechtlich geregelte Vereinbarungen – sollen kantonalen, vom Stimmvolk eingeführten Bestimmungen vorgehen.

4. Die Umsetzung der Motion Ettlins verstösst gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität

Die Umsetzung der Motion Ettlins verstösst auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität, namentlich den Grundsatz der Normenhierarchie, wonach eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen darf, d.h. ein AVE GAV (eine privatrechtlich geregelte Vereinbarung) nicht einem kantonalen Gesetz übergeordnet werden darf.¹⁰

5. Eingriff in das System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Die Umsetzung der Motion Ettlins wäre zudem ein Verstoß gegen das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen. Das Arbeitsverhältnis ist in der Regel durch das private Arbeitsrecht geregelt. Diese privatrechtlichen Bestimmungen räumen den Parteien einen gewissen Handlungsspielraum ein, um an ihre spezifischen Bedürfnisse angepasste Regelungen zu beschliessen. Dieser Handlungsspielraum ist jedoch begrenzt: Öffentlich-rechtliche Bestimmungen, welche grundsätzlich zwingend sind, haben Vorrang vor den Regeln des privaten Arbeitsrechts und den auf diesen Grundlagen vereinbarten Regeln zwischen Privaten (Vorbehalt des öffentlichen Rechts; Artikel 342 OR). **Dies bedeutet, dass die öffentlich-rechtlichen Regeln, die von den Kantonen und vom Bund eingeführt wurden, um einen Mindestschutz der Arbeitnehmenden sicherzustellen, Vorrang vor allen anderen anderslautenden Regeln haben.** Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen zu den Mindestlöhnen in den Kantonen Neuenburg und Tessin festgehalten, dass sozialpolitisch relevante kantonale Regelungen zu Mindestlöhnen unter diesen Vorbehalt fallen.¹¹ Die Umsetzung der Motion Ettlins käme einem Verstoß gegen dieses System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts gleich, indem der allgemeinverbindliche GAV über das kantonale öffentliche Recht gestellt würde.

6. Rechtsunsicherheit

Wie im Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt, führt die Umsetzung der Motion Ettlins zu Rechtsunsicherheit: In Kantonen, wo die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind als jene in (AVE) GAV, würden zwei parallele und wider-

¹⁰ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlins, in der es heisst, dass ein «allgemeinverbindlicher GAV auch nicht auf Gesetzesniveau ist, sondern eher mit einer Verordnung vergleichbar ist».

¹¹ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E.7.4; BGE 2C_302/2020, 2C_306/2020, E.8.7.

sprüchliche Gesetze vorliegen. In solchen Fällen müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.¹²

Dies alles zeigt, dass die Motion Ettlín nicht verfassungskonform umsetzbar ist. Entsprechend ist sie umgehend abzuschreiben.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen.

Sozialdemokratische Partei der Schweiz



Mattea Meyer
Co-Präsidentin



Cédric Wermuth
Co-Präsident



Luciano Ferrari
Leiter Politische Abteilung

¹² Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 6.



**Gewerbeverband
der Stadt Zürich**

Oleanderstrasse 14
8050 Zürich

Tel. 044 311 34 35

info@gewerbezuersch.ch
www.gewerbezuersch.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenstrasse 36
3003 Bern

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 26. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Gewerbeverband der Stadt (GVZ) vertritt als Dachorganisation rund 2'000 Unternehmen mit 15'000 Mitarbeitenden und setzt sich für KMU-freundliche Rahmenbedingungen ein. Wir beteiligen uns in der Regel nicht an Vernehmlassungen auf Stufe Bund. Ausser, es handelt sich um ein Thema, welche die KMU in der Stadt Zürich in einer besonderen Form betrifft.

Am 18. Juni 2023 befürwortete die Stadtzürcher Bevölkerung die Volksinitiative «Ein Lohn zum Leben» bei einer Stimmbeteiligung von 46,8 % mit knapp 70 % Ja-Stimmen. Anhand eines im Vorfeld zu dieser Abstimmung durchgeführten Gutachtens, hat sich der GVZ entschieden, gegen die Vorlage rechtliche Schritte einzuleiten, um zu klären, ob kommunale Mindestlöhne überhaupt rechtens sind. Das Verfahren ist zurzeit beim kantonalen Verwaltungsgericht hängig.

Es ist uns ein Anliegen, dass die Kompetenzfragen zwischen kantonalen und kommunalen Volksentscheiden einerseits und ave GAV andererseits klar geregelt werden. Die Motion Ettlín schafft diesbezüglich die nötige Rechtssicherheit.

Aus diesem Grund beteiligt sich der GVZ an der Vernehmlassung „Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N“ und verweist in der Argumentation auf die Vernehmlassungsantwort des Schweizerischen Gewerbeverbandes sgv (siehe Anhang des Mails) mit der Forderung, **dass Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor gehen.**

Wir bitten Sie, die Positionen des sgv und des GVZ entsprechend zu berücksichtigen.

Gewerbefreundliche Grüsse

Nicole Barandun
Präsidentin

Ursula Woodtli
Geschäftsführerin

Nous vous remercions de votre attention et vous prions de croire, Monsieur le conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 22 avril 2024

Au nom du Conseil d'État :

Le président,
A. RIBAUX

La chancelière,
S. DESPLAND



A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'A. Ribaux', written in a cursive style.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'S. Despland', written in a cursive style.



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL

CHANCELLERIE D'ÉTAT
SERVICE DE LA CHANCELLERIE

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche
Palais fédéral est
3003 Berne

AVEC NOS COMPLIMENTS

**Unia Zentralsekretariat
Präsidium**

Weltpoststrasse 20
CH-3000 Bern 1
T 41 31 350 21 11
F 41 31 350 22 11
http: www.unia.ch



**Die Gewerkschaft.
Le Syndicat.
Il Sindacato.**

Unia Zentralsekretariat Weltpoststrasse 20 CH-3000 Bern 1

P.P. CH-3000 Berne 1 Post CH AG

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)

Bern, 25. April 2024

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, uns zur oben erwähnten Vorlage äussern zu können. Die Gewerkschaft Unia nimmt dazu im Folgenden gerne Stellung.

Der vorgeschlagene Entwurf setzt die Forderung der Motion 20.4738 Ettlín («Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen») um, das AVEG so zu ändern, dass die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (AVE GAV) zum Mindestlohn anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung setzt zudem die Forderung der Motion 21.3599 WAK-N («Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen») zu verbesserter Transparenz der paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV um. Jedem Arbeitnehmenden oder Arbeitgeber, welche einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, soll auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der paritätischen Kommissionen erteilt werden.

Im Folgenden wird zuerst auf die Umsetzung der Motion Ettlín und als zweites auf die Umsetzung der Motion WAK-N eingegangen.

Umsetzung der Motion Ettlín

Wir teilen die vom Bundesrat geäusserten Bedenken zur Umsetzung der Motion Ettlín: Eine verfassungskonforme Umsetzung ist unmöglich.¹ Die Umsetzung würde einen Eingriff in die kantonalen Kompetenzen, die direkte Demokratie sowie das Legalitäts- und Subsidiaritäts-Prinzip bedeuten und würde zu Rechtsunsicherheit führen. Wir betonen zusätzlich insbesondere die Gefahr der Umsetzung der Motion Ettlín als **Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen. Letztlich würde die Umsetzung auch einen Eingriff in das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen bedeuten. **Demzufolge lehnen wir die Umsetzung der Motion Ettlín vollumfänglich ab, namentlich aus folgenden Gründen:****

1. Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf die gesetzlichen kantonalen und kommunalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen und führt zu Erwerbsarmut.

Stand heute haben fünf Kantone einen Mindestlohn eingeführt: Neuenburg,² Jura,³ Tessin,⁴ Genf⁵ und Basel-Stadt.⁶ Da in den Kantonen Genf und Neuenburg die gesetzlichen Mindestlöhne jenen in AVE GAV vorgehen, sind sie von der Umsetzung der Motion Ettlín betroffen. In den Städten Zürich und Winterthur wurden Initiativen zur Einführung eines städtischen Mindestlohns von der Stimmbevölkerung angenommen, die Umsetzung verzögert sich jedoch aufgrund von Beschwerden von Arbeitgeberverbänden. In weiteren Kantonen und Städten wurden Initiativen zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns eingereicht (Waadt, Wallis, Basel-Land, Tessin, Stadt Luzern, Freiburg), lanciert (Solothurn, Stadt Bern, Stadt Biel am 1. Mai 2024) oder sind in Vorbereitung.

Die kantonalen Mindestlöhne sind so ausgelegt, dass sie das Existenzminimum (gemäss Berechnung für die Ergänzungsleistungen der AHV) garantieren. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung würde also dazu führen, dass Arbeitnehmende wieder Löhne erhalten würden, welche unter dem Existenzminimum liegen. **Die Erwerbsarmut würde ansteigen. Dies widerspricht dem Sozialziel der Bundesverfassung, dass sich Bund und Kantone dafür**

¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 24.02.2021 zur Motion 20.4738 Ettlín. Vgl. auch Erläuternder Bericht des WBF zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 24.01.2024, S. 13.

² Art. 34a BV-NE, angenommen am 27. November 2011, und Art. 32a bis 32e des Gesetzes über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (ALVG) vom 25. Mai 2004 (SRN 813.10), geändert am 28. Mai 2014, in Kraft seit dem 1. Januar 2015 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 21,09 Franken im Jahr 2024).

³ Art. 19 Abs. 3 Cst-JU und Gesetz über den kantonalen Mindestlohn vom 22. November 2017 (RSJU 822.41), in Kraft seit dem 1. Februar 2018 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 20,00 Franken im Jahr 2024).

⁴ Art. 13 Abs. 3 Cst-TI, angenommen am 14. Juni 2015, und Legge sul salario minimo, vom 11. Dezember 2019 (RSTI 843.00), in Kraft seit 1. Januar 2021 (Lohn zwischen 19 und 19 Franken 50 pro Stunde, je nach Sektor, derzeit und mit sukzessiven Erhöhungsstufen).

⁵ Art. 39i bis 39n des Gesetzes über die Arbeitsinspektion und die Arbeitsbeziehungen vom 12. März 2004 (RSGE J 1 05), eingeführt am 27. September 2020 aufgrund einer von den Bürgerinnen und Bürgern angenommenen Volksinitiative, in Kraft seit dem 31. Oktober 2020 (Lohn von 23 Franken pro Stunde, 24,32 Franken am 1. Januar 2024).

⁶ Die Bürgerinnen und Bürger von Basel-Stadt haben am 13. Juni 2021 das Gesetz angenommen, das als Gegenvorschlag zu einer im März 2019 eingereichten Volksinitiative «Kein Lohn unter 23 Franken» diente, einem Gegenvorschlag, der einen Mindestlohn von 21 Franken pro Stunde vorsah, an den Mischindex angepasst 2024 21.45 Franken. In Kraft seit dem 01.07.2022.

einsetzen, dass «Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können» (Art. 41 Abs. 1 lit. d BV). Mehr Erwerbstätige wären auf Sozialhilfe angewiesen. Dies würde zur paradoxen Situation führen, dass Branchen und Unternehmen, welche zu tiefe Löhne zahlen, indirekt auf Kosten der Steuerzahlenden subventioniert würden. Ein Anstieg der Sozialhilfequote würde die **Kantonsfinanzen belasten**. Entgegen der Einschätzung des Bundesrates schliessen wir eine Belastung auf die Finanzen der Kantone also nicht aus.

Bei einer Umsetzung der Forderung der Motion Ettlín würde etlichen Angestellten in Tieflohnbranchen eine Lohnreduktion drohen, wie auch der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt.⁷ Die Tragweite der Auswirkungen der Umsetzung der Motion Ettlín wird im Kanton Genf besonders deutlich. Vor der Einführung des Genfer Mindestlohns verdiente ein grosser Teil der Angestellten in Tieflohnbranchen weniger als den Mindestlohn: 50 Prozent im Coiffeur-Gewerbe, 40 Prozent in der Textilreinigung und 30 Prozent im Gastgewerbe. In allen drei Branchen (und weiteren, wie der Reinigung, dem Ausbaugewerbe, dem Metallgewerbe und den Tankstellenshops) sehen die GAV mehrere Mindestlöhne vor, welche unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegen. Angestellten in diesen GAV-Lohnkategorien drohen Lohnreduktionen. So zum Beispiel allen Coiffeusen: Einer gelernten Coiffeuse droht eine Lohneinbusse bis zu 500 Franken, einer ungelerten Coiffeuse sogar bis zu 1000 Franken im Monat. Schätzungsweise 90 Prozent der Arbeitnehmenden unter dem GAV der Textilreinigung Romandie sitzen auf dem Mindestlohn. Geschätzte 80 Prozent der Arbeitnehmenden befinden sich in den zwei tiefsten Mindestlohnkategorien und könnten durch die Umsetzung der Motion Ettlín über 700 Franken im Monat verlieren. Von einer Senkung des Mindestlohns durch die Umsetzung der Motion Ettlín wären aber noch mehr Arbeitnehmende betroffen. Dies, da Mindestlöhne dazu führen, dass auch die Löhne von Arbeitnehmenden über dem Mindestlohn angehoben werden, um die Lohnhierarchie zu wahren. Wenn der Mindestlohn gesenkt wird, dürfte der gegenteilige Effekt eintreten. Insbesondere in der mittleren Frist und durch Neuanstellungen ist absehbar, dass das Lohnniveau in diesen Branchen wieder auf das GAV-Niveau zurückgeht.

Die Umsetzung der Motion Ettlín läuft zudem den Bestrebungen des Bundes und der Kantone zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann entgegen. Frauen arbeiten häufiger zu tiefen Löhnen als Männer. In den besonders betroffenen Branchen sind mehrheitlich Frauen beschäftigt, insbesondere im Coiffeurgewerbe und der Textilreinigung. Frauen wären also überproportional von der Umsetzung der Motion Ettlín und einer damit einhergehenden Lohnreduktion betroffen. Die Löhne der Frauen würden also wieder gesenkt, anstatt angehoben.

2. Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf kantonale Kompetenzen, die Souveränität der Kantone und den Föderalismus

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da sie in die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen eingreift.⁸ Gemäss Bundesverfassung haben die Kantone die Kompetenz, sozialpolitisch tätig zu werden. Sie können Mindestlöhne festlegen, welche als vorrangiges Ziel die Bekämpfung der Armut haben, wie auch

⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 12.

⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 13.

vom Bundesgerichtsurteil zum Neuenburger Mindestlohn bestätigt.⁹ Hier sei noch einmal auf das Sozialziel aus Art. 41 Abs. 1 lit d BV verwiesen, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. **Die Umsetzung der Motion Ettlins zielt darauf ab, die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik zu beschneiden**, da sie sich gegen sozialpolitische Mindestlöhne richtet. Dies ist somit auch ein Eingriff in die Souveränität der Kantone und den Föderalismus und würde das **gesamte System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in Frage stellen** und Tür und Tor für weitere Überschreitungen öffnen. Der Ständerat hat am 19. Dezember 2019 die Motion Baumann (18.3934), welche das gleiche Anliegen wie die Motion Etlin verfolgt, explizit aus diesem Grund abgelehnt.¹⁰

Entgegen der Einschätzung des Bundesrates¹¹ verstösst die Umsetzung der Motion unserer Meinung nach zudem dem **Subsidiaritätsprinzip** (Art. 43a Abs. 1 BV), demzufolge «der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen».

3. Die Umsetzung der Motion Etlin ist ein Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert sind. Die kantonalen Bestimmungen, die Mindestlöhne einführen, wurden alle im Rahmen von Volksabstimmungen angenommen und verfügen folglich über eine starke demokratische Legitimation. Ein GAV ist ein Vertrag zwischen Privaten und die Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an dessen privatrechtlichen Charakter – sie macht aus dem GAV kein Gesetz. Dies wurde auch vom Bundesgericht in seinem Urteil zum Mindestlohn im Kanton Neuenburg bestätigt.¹² **Die Umsetzung der Motion Etlin stellt somit einen Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie dar:** AVE GAV –privatrechtlich geregelte Vereinbarungen – sollen kantonalen, vom Stimmvolk eingeführten Bestimmungen vorgehen.

⁹ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.5.5., das Bundesgericht hält in seinem Urteil fest: «Es ist auch daran zu erinnern, dass die Kantone für die Sozialhilfe zuständig sind (Art. 115 BV), die nicht nur materielle Hilfe leisten, sondern auch die berufliche Integration von Bedürftigen fördern soll. Die materielle Hilfe ist somit subsidiär zum Einkommen, das sich die Betroffenen aus eigener Kraft durch eine Erwerbstätigkeit verschaffen können. Verweise u.a. auf die Rechtsprechung. Dies setzt jedoch voraus, dass vollzeitlich erwerbstätige Personen ein Einkommen erzielen, das zum Leben ausreicht. Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV nennt zudem als Sozialziel, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass alle Erwerbsfähigen ihren Lebensunterhalt durch Arbeit, die sie unter angemessenen Bedingungen ausüben, bestreiten können».

¹⁰ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Etlin, in der er seine bereits am 21. November 2018 zur Motion Baumann (18.3934) mit ähnlichem Inhalt, Aussagen wiederholt, wonach es sich um einen Eingriff von erheblicher Tragweite und besorgniserregender staatspolitischer und demokratiepolitischer Bedeutung handle, wobei der Bundesrat ausführt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung des Motionsziels den Volkswillen auf kantonaler Ebene aushöhlen und gegen die Grundsätze des Föderalismus und der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung verstossen würde vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft/AffairId/20183934>.

¹¹ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 14.

¹² Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.3.2.

4. Die Umsetzung der Motion Ettlín verstösst gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität

Wie der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren schreibt, **verstösst die Umsetzung der Motion Ettlín aufgrund der im obigen Punkt aufgeführten Argumente auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität**, woraus sich der Grundsatz der Normenhierarchie ableitet: eine untergeordnete Rechtsnorm darf nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen, d.h. ein AVE GAV (eine privatrechtlich geregelte Vereinbarung) ist einem kantonalen Gesetz untergeordnet.¹³

5. Eingriff in das System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Die Umsetzung der Motion Ettlín wäre zudem ein Verstoss gegen das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen. Das Arbeitsverhältnis ist in der Regel durch das private Arbeitsrecht geregelt. Diese privatrechtlichen Bestimmungen räumen den Parteien einen gewissen Handlungsspielraum ein, um an ihre spezifischen Bedürfnisse angepasste Regelungen zu beschliessen. Dieser Handlungsspielraum ist jedoch begrenzt: Öffentlich-rechtliche Bestimmungen, welche grundsätzlich zwingend sind, haben Vorrang vor den Regeln des privaten Arbeitsrechts und den auf diesen Grundlagen vereinbarten Regeln zwischen Privaten (Vorbehalt des öffentlichen Rechts; Artikel 342 OR). **Dies bedeutet, dass die öffentlich-rechtlichen Regeln, die von den Kantonen und vom Bund eingeführt wurden, um einen Mindestschutz der Arbeitnehmenden sicherzustellen, Vorrang vor allen anderen anderslautenden Regeln haben.** Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen zu den Mindestlöhnen in den Kantonen Neuenburg und Tessin festgehalten, dass sozialpolitisch relevante kantonale Regelungen zu Mindestlöhnen unter diesen Vorbehalt fallen.¹⁴ Die Umsetzung der Motion Ettlín käme einem Verstoss gegen dieses System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts gleich, indem der allgemeinverbindliche GAV über das kantonale öffentliche Recht gestellt wird.

6. Rechtsunsicherheit

Wie im Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt, führt die Umsetzung der Motion Ettlín zu Rechtsunsicherheit: In Kantonen, wo die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind als jene in (AVE) GAV, würden zwei parallele und widersprüchliche Gesetze vorliegen. In solchen Fällen müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.¹⁵

7. Die legale Umsetzung der Motion Ettlín setzt eine Verfassungsänderung voraus

Wie oben ausgeführt, ist die Motion unserer Ansicht nach, wie auch nach der Auffassung des Bundesrates, nicht verfassungskonform umsetzbar. Konsequenterweise müsste der Bundesrat die

¹³ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlín, in der es heisst, dass ein «allgemeinverbindlicher GAV auch nicht auf Gesetzesniveau ist, sondern eher mit einer Verordnung vergleichbar ist».

¹⁴ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E.7.4 BGer 2C 302 2020, 2C 30 2020, E.8.7.

¹⁵ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. .

Änderung der Verfassung vorschlagen, was gemäss dem erläuternden Bericht zur Änderung des AVEG angedacht wurde, um die Motion auf legale Art und Weise umzusetzen.¹⁶

Umsetzung der Motion WAK-N

Mit der Motion WAK-N beauftragte das Parlament den Bundesrat, die notwendigen Massnahmen zu treffen, damit die paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge verpflichtet werden, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen (Forderung 1). Die Motion fordert zudem, dass die paritätischen Kommissionen über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft abzulegen haben (Forderung 2). Schliesslich verlangt sie, dass die Aufsichtsbehörde über die paritätischen Kommissionen, das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), die Eidgenössische Finanzkontrolle oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen kann (Forderung 3).

Der Bundesrat erachtet die zweite und die dritte Forderung der Motion als bereits erfüllt.

Forderung 2: Die paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV des Bundes sind gemäss Artikel 3 und 5 Absatz 2 AVEG verpflichtet, ihre Buchführung zu den Vollzugskostenbeiträgen der GAV jährlich dem SECO zu unterbreiten. Das SECO prüft, als Aufsichtsbehörde in diesem Bereich, ob die Beiträge in Übereinstimmung mit seinen Weisungen über Beiträge verwendet werden. Somit ist die zweite Forderung erfüllt.¹⁷

Forderung 3: Das SECO wurde Anfang 2023 durch die Eidgenössische Finanzkontrolle einem Audit zu seinen Aufgaben im Zusammenhang mit der Finanzaufsicht über die paritätischen Kommissionen unterzogen. Die Eidgenössische Finanzkontrolle empfiehlt dem SECO in ihrem Auditbericht vom 11. September 2023, die paritätischen Kommissionen zu beauftragen, zusätzlich zur Kontrolle der Jahresrechnung die Einhaltung der Weisungen über Beiträge durch ihre Revisionsstelle prüfen und bestätigen zu lassen. Das SECO hat diese Empfehlungen angenommen und wird sie umsetzen. Somit ist auch Forderung 3 bereits erfüllt.¹⁸

Wir teilen die Einschätzung des Bundesrats, dass die zweite und dritte Forderung bereits umgesetzt sind.

Forderung 1: Im Zusammenhang mit der ersten Forderung, dass die paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV verpflichtet werden sollen, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen, schlägt der Bundesrat folgende Umsetzung vor:

Der Bundesrat schlägt vor, zwei neue Absätze in Artikel 5 AVEG zu ergänzen, die ein Recht auf Einsicht in die Jahresrechnungen der paritätischen Kommissionen für die Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstellt sind und Beiträge bezahlen, vorsehen.

¹⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 7.

¹⁷ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 5.

¹⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 5.

Die Gewerkschaft Unia hat ebenfalls ein hohes Interesse, dass die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds transparent und nachvollziehbar dargelegt wird. Wir befürworten deshalb den erarbeiteten Vorschlag, den unterstellten Arbeitnehmenden und Arbeitgebern eines Gesamtarbeitsvertrags mit allgemeinverbindlich erklärten Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträgen auf Anfrage Einsicht in die Jahresrechnung zu gewähren.

Wir geben aber zu bedenken, dass solche Anfragen zu einem beachtlichen **administrativen Mehraufwand** führen können und daher auch ressourceneffiziente Umsetzungsformen, wie eine elektronische Zustellung der Rechnung, möglich sein sollen.

Fazit

Die Gewerkschaft Unia lehnt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins als Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne, die direkte Demokratie und die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik, sowie dem Legalitäts- und Subsidiaritäts-Prinzip der Bundesverfassung vollumfänglich ab. Wir befürworten jedoch die Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N, da sie die Transparenz über die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds stärkt.

Für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme danken wir Ihnen im Voraus bestens.

Mit freundlichen Grüßen

Gewerkschaft Unia



Vania Alleva
Präsidentin



Véronique Polito
Vizepräsidentin, Leitung Sektor Tertiär



AM Suisse
Arbeitgeberverband
Carmen Morath
Seestrasse 105
8002 Zürich
T +41 44 285 77 03, F +41 44 285 77 24
c.morath@amsuisse.ch
www.amsuisse.ch

Einschreiben/Mail
Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Zürich, 29. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»

Sehr geehrte Damen und Herren

Der AM Suisse ist der Arbeitgeber- und Berufsverband des Metallgewerbes. Die 1'900 Mitgliedbetriebe im Stahl- und Metallbau sowie in der Landtechnik beschäftigen 25'000 Mitarbeitende und erwirtschaften jährlich einen Umsatz von 6 Milliarden Franken.

Besten Dank für die Einräumung der Möglichkeit, uns im Rahmen der Vernehmlassung zu äussern. Gerne machen wir davon nachfolgend Gebrauch.

Präambel

Aus unserer Sicht wurde unglücklich entschieden, da die Motionen mit kurzem Zeitabstand angenommen wurden und ihre Umsetzung in beiden Fällen eine Änderung des AVEG erfordert, dass eine gemeinsame Gesetzesänderungsvorlage präsentiert wird. Wir hätten uns gewünscht, dass hier die beiden Themen, Anwendung von GAV- Bestimmungen gegenüber Anwendung von kantonalen Bestimmungen und das Recht zu allfälligen Einsichtsrechten von unterstellten Arbeitgebern/Arbeitnehmern getrennt durchgeführt worden wären. Aus unserer Sicht handelt es sich vorliegend um solch verschiedene Bereiche, welche beide die volle Aufmerksamkeit geniessen sollten, dass eine vereinigte Vernehmlassung bzw. der Entwurf der Gesetzesänderung wenig zielführend sind. Entsprechend fällt auch unsere nachstehende Vernehmlassungsantwort sehr ausführlich aus.

I. Allgemeine Anmerkungen

AM Suisse befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direkt betroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der

Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlins gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess AM Suisse diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie AM Suisse zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlins nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlins

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonalen Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systems über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlins trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische

Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wie auch andere Vertragswerke werden bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne die Gesamtarbeitsverträge teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemein erklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre

haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat von GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss von GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der von GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der von GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion

20.4738 Ettlin deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlin verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnete Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechnete, existenzsichernde, mithin Mindestlohn relevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlin nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne, die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen

Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV, führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte die Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

VII. Anmerkung zu Art. 5 Abs. 3 AVEG und der Forderung der Einsichtnahme und Schaffung grösserer Transparenz.

Diese Bestimmung stipuliert ein Einsichtsrecht für jeden unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmer in die Jahresrechnung der Paritätischen Kommissionen bezüglich der Vollzugskosten- und Weiterbildungsbeiträge. Gegen diese Transparenz ist nichts einzuwenden. Im Gesetzgebungsverfahren ist jedoch allgemein zu beachten, dass keine Überregulierung stattfinden und damit zusammenhängend ein immer grösser werdender administrativer Aufwand entsteht. Eine im Vergleich zum Vorschlag weitergehende Regulierung, wie diese teilweise in den vergangenen Monaten in den beteiligten Kreisen diskutiert wurden, lehnen wir jedoch klar ab.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

AM Suisse
Arbeitgeberverband



Bernhard von Mühlengen
Direktor



Cyrine Zeder
Leiterin Recht/Soziales/Unternehmensführung



Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 29. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Gilde etalierter Schweizer Gastronomen, der Fachverein des Schweizer Gastgewerbes mit rund 250 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, etc.) in allen Landesgegenden, nimmt im oben genannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

Die Gilde etablierter Schweizer Gastronomen befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Fachverein einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess die Gilde etablierter Schweizer Gastronomen diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie auch die Gilde etablierter Schweizer Gastronomen zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und dem ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein

Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstig-

keitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie dem kantonalen Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohn-

dumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legislieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlins nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu

einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner

(Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlin – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse



Gerhard Kiniger
Präsident



Annett Sprenger
Geschäftsführerin

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben
GastroSuisse
Verband für Hotellerie und Restauration
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5351952

Zürich, 27. März 2024

Rechtsgutachten

**über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen**

von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither sind wieder verschiedene Bestrebungen im Gange, Lohnuntergrenzen in den Kantonen einzuführen und durchzusetzen. Derzeit haben die Kantone Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen eingeführt.
- 2 Seit einem in Teilen der Lehre mit Skepsis aufgenommenen höchstrichterlichen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg¹ ist es grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.²
- 3 Vor diesem Hintergrund befürchten verschiedene Autoren, dass dadurch ave GAV geschwächt werden, die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage gestellt wird und allgemein eine Rechtsunsicherheit bestehen wird.
- 4 Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion Baumann, Nr. 18.3934, eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Im Jahr 2020 ist die Motion Ettlín, Nr. 20.4738, eingereicht worden. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Bei allen anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen würden kantonale Vorgaben den ave GAV vorgehen. Der Nationalrat hat in der Wintersession 2022 den Entscheid des Ständerats bestätigt und die Motion Ettlín angenommen.

¹ BGE 143 I 403.

² Vgl. MADUZ/SCHMID, 271 ff.

- 5 In seiner Stellungnahme sowie in den parlamentarischen Beratungen zu dieser Motion hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion vorgeschlagen, weil die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert seien, und kantonales Recht darstellen, das die Kantone verfassungsgemäss als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen und bezieht sich dabei auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 21. Juli 2017.³
- 6 Im Erläuternden Bericht des Bundesrats vom 24. Januar 2024 stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des mittlerweile auf den Mindestlohn beschränkten Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Er hat dennoch verschiedene Lösungen geprüft. Mit der angestrebten Vernehmlassungsvorlage würde Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend ergänzt werden, dass künftige Bestimmungen von GAV, die niedrigere Mindestlöhne als die in den kantonalen Gesetzen festgelegten vorsehen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung sind diese Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufs anwendbar, wobei die GAV sowohl des Bundes als auch der Kantone betroffen wären.⁴ Von einer Änderung des OR und der BV hat der Bundesrat abgesehen.⁵ Der Bundesrat begründet seine kritische Haltung wie folgt: *«Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen die Problematik eines Mindestlohns fällt, ergebe sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 BV und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Die Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegendes sozialpolitisches Ziel verfolgen, sind Teil der öffentlich-rechtlichen Schutzmassnahmen, die die Kantone trotz der zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Arbeit grundsätzlich weiterhin erlassen dürfen, und ergänzen die öffentlich-rechtlichen Massnahmen des Bundes, die im ArG und seinen Verordnungen verankert sind. Solche Massnahmen bezwecken die Bekämpfung der Armut und verstossen folglich nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Umsetzung der Motion Ettlín, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verletzt die Aufteilung der Kompetenzen*

³ Erläuternder Bericht, 4 und 8.

⁴ Erläuternder Bericht, 6.

⁵ Erläuternder Bericht, 7.

zwischen Bund und Kantonen – einen Grundsatz, der von der Bundesverfassung garantiert wird.»⁶ Der Bundesrat bemängelt weiter, dass «Die Umsetzung der Motion auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität [verstosse], der aus Art. 5 Abs. 1 BV hervorgeht. Daraus leitet sich der Grundsatz der Normenhierarchie ab, der verlangt, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstösst. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht. Aus Sicht der Normenhierarchie ist ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.»⁷ Die nunmehr fragliche Vernehmlassungsvorlage betreffend Änderung des AVEG lautet wie folgt (*kursiv*):

- 7 Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemein verbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

B. Fragestellung

- 8 Im Nachgang an den Erläuternden Bericht des Bundesrats, möchte Gastro-Suisse, ein Schweizerischer Arbeitgeberverband des Gastgewerbes, nachfolgende Fragen betreffend den zu ändernden Art. 2 Ziff. 4 AVEG klären:
- Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?
 - Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz

⁶ Erläuternder Bericht, 13.

⁷ Erläuternder Bericht, a.a.O.

in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?

- Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in Ave GAV mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?
- Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?
- Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?
- Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?
- Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Autor/in, in: SGK, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das neue Parlamentsgesetz im Lichte der Staatsleitungsreform, in: LeGes, 2003/2, S. 21-30.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürcher Diss., Zürich/St. Gallen 2019.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998.

- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, (zit. Autor/in, Handkomm. ArG, Art. ... N ...).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020.
- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Kapitel 28, S. 1165-1209.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, ArG Kommentar, 8. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- MADUZ CHRISTIAN/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2017, S. 271-279.
- PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2018, S. 294-297.
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.
- TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Autor/in, in: BSK, Art. ... N ...).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: ARV online 2014, Nr. 1.

B. Rechtsgrundlagen

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (zit. OR).
- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 (zit. AVEG).

- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11 (*zit. ArG*).

C. Materialien

- Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBI 2013 1211 (*zit. Botschaft, Mindestlohn, 1211, ...*).
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf vom 10. Oktober 2012, BBI 2012 8513 (*zit. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, ...*).
- Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtabreitsverträgen (AVEG) vom 24. Januar 2024, S. 1-15 (*zit. Erläuternder Bericht, ...*).
- Entwurf zum Entsendegesetz, BBI 2021 1121.
- Memorandum vom 10. September 2017.
- Motion 20.4738, Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen vom 18. Dezember 2020.
- Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» vom 7. Juni 2018.

III. RECHTLICHES

A. Vereinbarkeitskontrolle der Motion bzw. des Vernehmlassungsentwurfs

1. Einleitung

- 9 Die Motion bzw. der Vernehmlassungsentwurf soll nach Ansicht des Bundesrats mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen und begründet

dies im Wesentlichen damit, dass das Gesetzgebungsvorhaben eine Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung mit sich bringen würde.⁸

10 Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV halten die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ihrem Grundsatz nach fest (sog. Maxime der Einzelermächtigung), wonach der Bund nur über jene Befugnisse verfügt, die ihm die Verfassung zuweist.⁹ Als Folge des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung, bezweckt Art. 49 BV die Schaffung einer einheitlichen, in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung und dient damit der Rechtssicherheit.¹⁰

11 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV bestimmt, dass die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen können (sog. nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz¹¹).¹² Der Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone¹³ wird entsprechend durchbrochen, womit Bundesrecht als höhere Hierarchiestufe im Konfliktfall kantonalem Recht als tiefere Hierarchiestufe vorgehen.¹⁴ Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁵ Eine an sich abschliessende Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich schliesst jedoch dann eine kantonale Lösung nicht aus, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts.¹⁶ Die Kantone dürfen vielmehr im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen Vorschriften erlassen, soweit sie nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln.¹⁷ Schliesslich gilt, dass den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In

⁸ Erläuternder Bericht, 7 und 13.

⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6.

¹⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 4.

¹¹ BGE 144 III 155 E. 4.3.

¹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1092 ff.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052 ff.

¹⁴ Vgl. Epiney, BSK BV, Art. 5 N 55 f.; BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

¹⁵ BGE 138 I 468 E. 2.6; BGE 138 I 454 E. 3.6.3.

¹⁶ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 137 I 167 E. 3.4.

¹⁷ BGE 138 I 435 E. 3.1; BGE 138 I 356 E. 5.4.2.

solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden.¹⁸ Dies gilt auch für die ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes, die hier aber nicht in Frage stehen. Bei den ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes erlischt die kantonale Kompetenz bei Inkraftsetzung der entsprechenden Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes in der BV.¹⁹ Im vorliegenden Fall geht es jedoch sowohl in Art. 110 BV wie auch in Art. 122 BV um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen, die einerseits die kantonalen Kompetenzen erst dann derogieren, wenn der Bundesgesetzgeber ein Gesetz erlassen hat und andererseits den Kantonen den Spielraum belässt, in demselben Sachbereich Gesetze zu erlassen, wenn sie einen anderen Zweck verfolgen und nicht zur Vereitelung von Bundesrecht führen.²⁰

2. Vereinbarkeit kantonaler Mindestlöhne mit der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich der Arbeit

12 Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen der hier interessierende Vernehmlassungsentwurf betreffend den Mindestlohn fällt, ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art. 110 BV und für das Zivilrecht aus Art. 122 BV.²¹ Beide Bestimmungen begründen nach Lehre²² und Rechtsprechung²³ eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* zugunsten des Bundes mit *nachträglich derogatorischer Wirkung*. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Diese Gesetzgebungsermächtigungen können sich zudem aufgrund allgemeiner Zielvorgaben (z.B. Art. 41 BV; Art. 94 BV) zu Handlungsaufträgen verdichten.²⁴

¹⁸ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 138 I 435 E. 3.1.

¹⁹ HÄNER, Organisationsrecht, Rz. 28.15 m.w.H.

²⁰ HÄNER, Organisationsrecht, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1092 ff.

²¹ BGE 143 I 403 E. 7.2; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 1.

²² BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 3.

²³ BGE 139 I 242 E. 3.1; BGE 97 I 499 E. 3.a.

²⁴ BIAGGINI, OFK BV, a.a.O.

- 13 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird über das *Ziel des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* definiert und ist ausserordentlich weit gefasst.²⁵ Der Begriff «Schutz» ist facettenreich und weit zu verstehen, womit er nicht nur die Aspekte Gesundheit und Sicherheit, sondern auch das in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV formulierte Sozialziel bzgl. Bestreitung des Lebensunterhalts durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen konkretisiert.²⁶ Keine Rolle spielt daher, ob das Arbeitsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist oder um welchen Wirtschaftssektor es sich handelt.²⁷ Es gibt m.a.W. kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum weiteren Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legiferieren dürfte,²⁸ womit eine Ausweitung des geltenden Schutzzumfangs grundsätzlich möglich erscheint.²⁹
- 14 Die Frage, ob sich aus dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer *Existenzsicherung* direkt aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist bislang unbeantwortet geblieben. Die Schweiz kennt derzeit keinen umfassenden staatlichen Schutz von Mindestlöhnen, die dem Schutz eines existenzsichernden Einkommens bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit dienen.³⁰ Nach Ansicht des Bundesrats lässt sich dies damit erklären, dass die Lohnbildung auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft beruht und zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.³¹ Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung, welche die schweizerische Praxis bislang prägt, spricht nach Ansicht der Lehre³² allerdings nicht dagegen, dass auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV³³ – oder aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz³⁴ – Mindestlohnvorschriften geschaffen werden, die dem Arbeitnehmer-

²⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 22.

²⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 4; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 2; GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 9 f. m.w.H.

²⁷ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23.

²⁸ GÄCHTER, SGK, a.a.O.

²⁹ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23 m.w.H.

³⁰ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³¹ Botschaft Mindestlohn, 1211, 1227 und 1236.

³² Vgl. CARDINAUX, BSK BV, Art. 110 N 25, wonach Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung kantonaler Bestimmungen bzgl. Lohnfreiheit zulässt; ferner GEISER, 809 m.w.H.

³³ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³⁴ WILDHABER, Rz. 58 ff.

schutz dienen. Immerhin lassen sich denn auch verschiedene Instrumente verorten, die dem Mindestlohnschutz dienen, namentlich Gesamtarbeitsverträge oder allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.³⁵

- 15 Vor dem Hintergrund, dass Art. 110 Abs. 1 BV eine umfassende Regelungskompetenz beinhaltet und nachträglich-derogatorisch wirkt, wird den Kantonen keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt.³⁶ Folglich dürfen die Kantone keine weitergehenden Arbeitsschutzbestimmungen erlassen, da dies den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz gefährden würde³⁷ und der Bund mit dem Erlass des ArG von seiner Kompetenz im Arbeitnehmerschutz zu legiferieren, Gebrauch gemacht hat; das ArG enthält namentlich Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und stellt rechtsprechungsgemäss eine umfassende Regelung in Bezug auf den allgemeinen Schutz der Arbeitnehmenden bereit.³⁸ Ausdrückliche Vorbehalte bestehen im ArG für die sog. *Polizeivorschriften* des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, insbesondere solche über die Gesundheitspolizei (vgl. Art. 71 lit. c ArG). In diesen praktisch wichtigen Bereichen verbleibt den Kantonen noch ein gewisser Gestaltungsspielraum, der jedoch nicht zu weit interpretiert werden darf;³⁹ vorbehalten bleiben die Polizeivorschriften nur deshalb, weil sie andere (Arbeits-)Schutzzwecke verfolgen⁴⁰ bzw. diese nur nebenbei eine Schutzfunktion für Arbeitnehmende⁴¹ zukommt.⁴² Ein gewichtiger Teil der Lehre schliesst daraus, dass den Kantonen für diejenigen Branchen, die nicht vom Arbeitsschutzrecht des

³⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24; der Bund hat in weitem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, namentlich mit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR), dem Arbeitsgesetz und dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

³⁶ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; BGE 139 I 242 E. 3.2.

³⁷ TSCHUDI, 20.

³⁸ BGE 143 I 304 E. 7.5.1 f.

³⁹ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; vgl. MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16 und N 21;

⁴⁰ MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴² Soweit sie aber darüber hinausgehen und nur noch arbeitsrechtlich begründet werden können, sind sie aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Rz. 7) unwirksam; vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, 207 N 5.

Bundes erfasst werden, die Regelungskompetenz verbleibt,⁴³ indes die Bestimmung nicht weit ausgelegt werden darf.⁴⁴ Die Rechtsprechung hält hierzu fest, dass bei Vorliegen einer abschliessenden Bundesregelung im Sachbereich der Arbeit, eine kantonale Lösung dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sie ein *anderes Ziel* verfolgt als dasjenige des Bundesrechts, wie z.B. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit⁴⁵ oder bei sozialpolitischen Massnahmen⁴⁶ (vgl. sogleich nächster Absatz);⁴⁷ m.a.W. kann eine kantonale Regelung dann nicht mehr Bestand haben, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird.

- 16 Im Zusammenhang mit kantonalen Mindestlohnvorschriften bleiben nach der jüngsten Rechtsprechung kantonale Mindestlohnvorschriften in eingeschränktem und engem Rahmen zulässig⁴⁸, da diese nach Ansicht des Bundesgerichts als *sozialpolitische Massnahme* (und nicht als ausschliesslich dem Bundesgesetzgeber vorbehaltene *wirtschaftspolitische Massnahme* gelten) und damit als Instrument zur Bekämpfung der Armut dienen bzw. dem Phänomen des «*working poor*» entgegenwirken soll.⁴⁹ Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 allerdings noch festgehalten, dass die Ansicht, wonach der Lohn – und dazu gehört auch der Mindestlohn – im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist und Art. 110 BV der allgemeinen Armutsbekämpfung diene.⁵⁰ Nach neuerer Auffassung des Bundesgerichts ist demgegenüber ein kantonaler Mindestlohn dann erlaubt, wenn damit das sozialpolitische Ziel erhalten bleibt, indem sich die kantonalen Mindestlohnvorschriften jenen der Sozialversicherungs- und

⁴³ Vgl. Überblick bei Gächter, SGK, Art. 110 N 25; bejahend WILDHABER, Rz. 7; CARDINAUX, BSK, Art. 110 N 25; wohl PÄRLI, 296; verneinend MADUZ/SCHMID, 278 f.; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5; im Übrigen war mit dieser Argumentation die Einführung eines kantonalen Mindestlohns im Kanton Neuenburg überhaupt möglich. Namentlich habe mit dem Erlass des OR, ArG und des AVEG der Bund die Frage der Mindestlöhne nicht vollständig und abschliessend geregelt. Eine kantonale Kompetenz, einen Mindestlohn aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen festzulegen, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, 8521.

⁴⁴ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; MAHON/BENOÏT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16; ferner MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴⁵ BGE 139 I 242 E. 3.1.

⁴⁶ Anders als wirtschaftspolitische Massnahmen scheiden sozialpolitisch motivierte Einschränkungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 94 BV aus bzw. verbleiben derartige Einschränkungen den Kantonen, vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; ferner RICHLI, N 605 m.H.

⁴⁷ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁸ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁹ BGE 143 I 403 E. 7.5.3.

⁵⁰ BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.2.1 f.

Sozialhilfebeiträgen annähern;⁵¹ andernfalls liegt ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff vor, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt.

17 Angesichts dieser Rechtsprechung (vgl. Rz. 15 f.) zählt ein kantonaler Mindestlohn nicht zum Arbeitsschutzrecht des Bundes, sondern soll rechtsprechungsgemäss ein Instrument der Armutsbekämpfung darstellen, weshalb es den Kantonen teilweise erlaubt ist in diesem Sachbereich zu legislieren.⁵² Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten⁵³, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet.⁵⁴ Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat auf denselben Sozialschutzgedanken gezielt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Initiative aus dem Kanton Neuenburg.⁵⁵ Zudem verkennt das Bundesgericht, dass der Bundesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 Abs. 1 BV legislatorisch denselben Schutzzweck verfolgen kann wie die Kantone mit ihren Mindestlohngesetzen, namentlich das Ziel, die Armut zu bekämpfen und dafür zu sorgen, dass jedermann angemessen von den Früchten seiner Arbeit leben kann.⁵⁶ Das französischsprachige Bundesgerichtsurteil setzt sich zudem über die Ausführungen des Gesetzgebers – und letztlich des Volks und sämtlicher Stände – vollständig hinweg, indem es sich mit den Ausführungen bzgl. (Un-)Geeignetheit von Mindestlöhnen in der damaligen Botschaft *nicht auseinandersetzt*.⁵⁷ Der Bundesrat hat dort immerhin festgehalten, dass die Armut vielfältige Ursachen hat und sich nur teilweise durch tiefe Löhne erklären lässt, da ein Grossteil der von Armut betroffenen Personen nicht erwerbstätig ist. Auch tragen andere sozioökonomische Eigenschaften wie die Zusammensetzung des Haushalts, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder der Migrationsstatus ebenfalls zur Armut bei.⁵⁸ Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine *Zielkonkurrenz*⁵⁹, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung

⁵¹ BGE 143 I 403 E. 5.4.3; vgl. BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3 (Volksinitiative Genf).

⁵² GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26.

⁵³ MADUZ/SCHMID, 274.

⁵⁴ BBI 2014 6349, 6353, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014.

⁵⁵ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1224 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1227 und 1245.

⁵⁷ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1236 f.

⁵⁸ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1245.

⁵⁹ Begrifflich kann man auch von der sog. *Kompetenzkumulation* sprechen. Eine solche liegt vor, wenn für einen Sachverhaltskomplex kumulativ die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone zur Anwendung gelangen können, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1096.

durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt.⁶⁰

- 18 Vor dem Hintergrund gleichgerichteter Schutzzwecke verbleibt selbst nach Änderung des AVEG den Kantonen weiterhin eine engmaschige Regelungskompetenz die Ursachen der Armut mit gesetzlichen Mindestlöhnen zu bekämpfen, soweit sie nicht *ave* GAV betreffen. Mithin bleibt die Kompetenz der Kantone, zum Erlass von Mindestlohnvorschriften im Bereich des nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV bestehen. Beispielsweise kann im kantonalen Mindestlohngesetz der Vorrang des *ave* GAV erklärt werden oder das kantonale Mindestlohngesetz nimmt die *ave* GAV von dessen Geltungsbereich aus.⁶¹

3. **Notwendigkeit allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohnbestimmungen in GAV**

- 19 Gesamtarbeitsverträge (GAV) sind Verträge, in denen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (vgl. OR 356). Im Wissen um das typische Machtgefälle im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer, das durch Wettbewerb allein nicht ausgeglichen werden kann, sollen derartige Gruppenvereinbarung als legitime Methode zur Koordination auf dem Arbeitsmarkt zum Einsatz kommen.⁶²

- 20 GAV können *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bezeichnet man die Anordnung der zuständigen Behörde, mit der auf Antrag aller Vertragsparteien der Geltungsbereich eines GAV auf nicht

⁶⁰ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, a.a.O.

⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. h Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200, wonach Personen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen oder einem Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen unterstehen, vom basel-städtischen Mindestlohngesetz ausgenommen sind.

⁶² BIAGGINI, OFK, Art. 110 N 7; vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 34.

am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (sog. «Aussenseiter») ausgedehnt wird (vgl. Art. 1 AVEG). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt⁶³ bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.⁶⁴

21 Die Gründe einer solchen Ausdehnung infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung sind unterschiedlich: Bei der zunehmenden Arbeitsmigration soll einerseits der sog. Schmutzkonzurrenz von Lohnunterbietenden Unternehmen, vornehmlich aus dem Ausland, entgegengewirkt werden;⁶⁵ andererseits besteht häufig in Branchen mit vielen Kleinbetrieben ein entsprechender Wunsch.⁶⁶ Gerade im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des FZA und der damit einhergehenden Freizügigkeit im Personenverkehr hat der Gesetzgeber zusätzlich flankierende Massnahmen in Kraft setzen lassen, um der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen infolge von Lohn- oder Sozialdumping in der Schweiz entgegenzuwirken.⁶⁷ Ein gewichtiges Element dieser flankierenden Massnahmen bildet neben dem hierfür verabschiedeten Entsendegesetz (EntsG)⁶⁸ die Möglichkeit GAV allgemeinverbindlich zu erklären.⁶⁹

22 Der wohl gewichtigste Grund Mindestlohnbestimmungen in GAV allgemeinverbindlich zu erklären, lässt sich im Zusammenhang mit der grenznahen Arbeitsmigration rechtfertigen: In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin, welche kantonale Mindestlohngesetze kennen, sind Mindestlohnbestimmungen lediglich auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit gewöhnlich auf Kantonsgebiet verrichten.⁷⁰ Ähnlich verhält es sich

⁶³ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1100.

⁶⁴ BGE 138 V 32 E. 4.1; vgl. BGE 98 II 205 E. 1; vgl. auch BGE 128 II 13 E. 1d und E. 2a, wonach gegenüber den Aussenseitern der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung als Erlass zu betrachten ist.

⁶⁵ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; Wildhaber,

⁶⁶ Portmann/Wildhaber, Rz. 1099.

⁶⁷ Wildhaber, Rz. 9.

⁶⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁶⁹ WILDHABER, Rz. 10.

⁷⁰ BBI 2021 1120, S. 30

im Kanton Basel-Stadt.⁷¹ Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen.⁷² Folglich können diese ihre Preisunterschiede durch Lohndumping ausgleichen. Akzentuiert wird die Ungleichbehandlung, wenn die kantonalen Mindestlohngesetze vorsehen, dass diese den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbarten Mindestlöhnen vorgehen, sofern er höher ist als diese wie beispielsweise in den Kantonen Neuenburg und Genf.⁷³ Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

- (i) Aus diesem Grund ist es auch nachvollziehbar, dass Teile des eidgenössischen Gesetzgebers das Entsendegesetz mit einer Motion dahingehend anpassen wollten, dass ausländische Arbeitgeber, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.⁷⁴
- (ii) Die gesetzgeberischen Bestrebungen die kantonalen Mindestlohnbestimmungen im EntsG zu implementieren, sind allerdings gescheitert und der Ständerat hat einen Nichteintretensentscheid gefällt.⁷⁵ Man hat befürchtet, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien.⁷⁶

⁷¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. i Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200.

⁷² Vgl. BBI 2021 1120, S. 31.

⁷³ Erläuternder Bericht, 4 und 7.

⁷⁴ Vgl. Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. August 2018; vgl. BBI 2021 1121, S. 1, Art. 2 Abs. 1^{bis} E-EntsG.

⁷⁵ Vgl. das Geschäft des Bundesrats 21.032, URL: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210032>.

⁷⁶ Vgl. bereits die kritischen Stimmen im Vernehmlassungsverfahren, BBI 2021 1120, S. 16.

23 Die Vernehmlassungsvorlage kann vor diesem Hintergrund der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegenwirken. Mit dem gegenwärtigen Wortlaut versteht sie sich als *wirtschaftspolitische Massnahme* des eidgenössischen Gesetzgebers, um den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz zu gewährleisten, ohne dass hierfür zu stark in den bereits bestehenden kantonalen Mindestlohnschutz eingegriffen würde, wären doch zur Zeit lediglich zwei Kantone von der Vernehmlassungsvorlage betroffen.

B. Verhältnis zwischen Motion und Vernehmlassungsentwurf

24 Es gehört zur Staatsleitungsaufgabe des Parlamentes, eigene staatspolitische Beurteilungen vorzunehmen und das Handeln des Bundesrates in diesem Sinne zu beeinflussen und zu steuern.⁷⁷ Häufig genutztes Handlungsinstrument zur verbindlichen Steuerung des exekutiven Handelns ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (vgl. Art. 120 ParlG). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse bereits aus Gewaltenteilungserwägungen möglichst unverändert zu übernehmen, wobei die rechtliche Durchführbarkeit die Unveränderlichkeit parlamentarischer Verstösse absteckt (vgl. Art. 122 Abs. 3 ParlG).

25 Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat die Möglichkeit geprüft und vorgeschlagen hat, die Motion Ettlins wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben⁷⁸, hat er trotz bestehender Bedenken der Motion erlaubterweise einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt.

⁷⁷ Ehrenzeller, 24 f.

⁷⁸ Erläuternder Bericht, 7.

Eingereichter Text (<i>exkl. Ferien und 13. Monatslohn</i>)	Gesetzesentwurf / Vernehmlassungsentwurf
<p>Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4 Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.</p>	<p><i>Art. 1 AVEG unverändert</i></p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.</p>

26 Die Motion hält zunächst explizit das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen (vgl. Absatz 4 des Artikels 1). In Art. 2 AVEG nimmt die Motion den ähnlichen Wortlaut – ohne Kantone – von Art. 358 OR auf und statuiert das Günstigkeitsprinzip, welches aber ohnehin bereits in Art. 358 OR verankert ist. Artikel 2 der Motion statuiert eine Gegenausnahme gegenüber dem neuen *Absatz 4 des Artikels 1*, wonach grundsätzlich der GAV nicht zwingendem Recht des *Bundes* widersprechen darf, aber ausnahmsweise zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können, wobei in jedem Fall – als Gegenausnahme – allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmungen zum Mindestlohn gegenüber kantonalen Bestimmungen vorgehen, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Der Motionstext hält demnach explizit fest, unter welchen Voraussetzungen ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 2) und statuiert für allgemeinverbindlich erklärte GAV eine Kollisionsregel gegenüber kantonalen Bestimmungen (Art. 1).

27 Der Vernehmlassungsentwurf (Gesetzesentwurf) ist gesetzessystematisch ausschliesslich bei den allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit festgehalten (vgl. Abbildung) und spricht – im Gegensatz zum Motionstext – von zwingendem und nicht nur von anderslautenden Bestimmungen der Kantone. Beim Motionstext stellt sich daher die Frage, ob nicht auf die Unterscheidung

zwischen zwingendem und anderslautendem kantonalem Recht verzichtet werden könnte. Die ersatzlose Streichung von «zwingend» lässt sich folgendermassen begründen: Der Motionstext birgt insofern einen Interpretationsspielraum, als in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ein Günstigkeitsprinzip zwar statuiert wird, sofern sich aus dem «zwingenden Recht» – zu welchem auch das kantonale Recht und damit eine kantonale Lohnuntergrenze – nichts anderes ergeben würde, aber Bestimmungen des ave GAV zum Mindestlohn «anderslautenden Bestimmungen der Kantone» vorgehen (neuer Art. 1 AVEG, neuer Abs. 4) würden. Konsequenterweise müsste dann ermittelt werden, ob mit anderslautenden Bestimmungen der Kantone auch zwingendes Recht (der Kantone) miteingeschlossen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Vernehmlassungstext in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ausschliesslich von *zwingendem* kantonalem Recht spricht und keinen Verweis auf das Günstigkeitsprinzip enthält, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Motionstext, wobei auch beim Vernehmlassungstext der besseren Verständlichkeit halber auf den Begriff «zwingend» verzichtet werden sollte, da impliziert wird, der Bundesgesetzgeber unterscheide zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht.

28 Der Bundesrat hält allerdings richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat.⁷⁹

29 Einen gewissen Interpretationsspielraum belässt der Vernehmlassungstext bei der Frage des Anwendungsvorrangs: Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1, neuer Abs. 4 gemäss Motionstext nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, während die Motion in Art. 1 AVEG explizit festhält, dass ave GAV Bestimmungen, insbe-

⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, 6.

sondere zu Mindestlöhnen, anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Aus dem Vernehmlassungstext ergibt sich aber implizit, dass Bestimmungen über Mindestlöhne – selbst dann – allgemeinverbindlich zu erklären sind, wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert mit diesem zweiten Satz in Art. 2 Ziff. 4 AVEG gegenüber dem ersten Satz eine Sonderausnahme im Bereich möglich entgegenstehender kantonaler Lohnuntergrenzen und klärt damit die Frage, *ob* eine Allgemeinverbindlicherklärung angeordnet werden darf. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohnbestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im einzelnen Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Dogmatisch handelt es sich um einen Anwendungsfall der Regel *lex superior derogat legi inferiori*, kann der Bundesgesetzgeber doch wie oben aufgezeigt auch im Bereich der Armutsbekämpfung legislieren (Rz. 16 f.). In derartigen Normenkollisionsfällen kann nach dem Motionstext grundsätzlich kein materiellrechtlicher Anspruch auf einen durch das kantonale Recht gewährten Mindestlohn entstehen – selbst dann nicht – wenn dieser gegenüber einem allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn höher ist.⁸⁰ Umgekehrt, müsste aber ein nach ave GAV höherer Mindestlohn bezahlt werden trotz eines kantonal tiefer vorgesehenen Mindestlohns. Vor dem Hintergrund, dass der Motionstext explizit sich zum Anwendungsvorrang äussert, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

⁸⁰ Die sog. «Rezeptionsklausel» nach Art. 342 Abs. 2 OR, wonach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus dem kantonalen Recht zivilrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können wie beispielsweise Bestimmungen zum Lohn oder Schutzmassnahmen (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 342 N 5 f.), würde im Ergebnis mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 AVEG (gemäss Motionstext) ausser Kraft gesetzt.

C. Verhältnis zwischen der Motion und Art. 358 OR

30 Art. 358 OR beschreibt das Verhältnis der Bestimmungen eines GAV zum zwingenden Recht: Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Die Bestimmung bezeichnet demnach die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, sofern dies zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (sog. Günstigkeitsprinzip).⁸¹ Wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür vorgesehen ist, kann zudem selbst *zu Ungunsten* der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abgewichen werden wie beispielsweise Art. 335c Abs. 2 Halbsatz 2 OR belegt.⁸²

31 Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird *just* in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave* GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 1.

⁸² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 2 m.w.H.

D. Mögliche Alternativen

- 32 Der Bundesrat hat geprüft, ob Art. 358 OR, welcher mit Art. 2 Abs. 4 AVEG in Verbindung steht, angepasst werden soll. Er hält aber fest, dass jegliche Änderung dieses Artikels ohne eine Beschränkung der Ausnahme auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgeschlossen erscheine. Dadurch würde es nämlich möglich, irgendeinen GAV abzuschliessen, um vom kantonalen Mindestlohn abweichen zu können, was die kantonalen Gesetze vollständig aushöhlen würde.⁸³ Nach Ansicht des Bundesrats stellt sich demnach der Vorrang sämtlicher GAV-Bestimmungen gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht nicht.
- 33 Folgt man der Argumentation des Bundesrats bestünde trotzdem die Möglichkeit Art. 358 OR direkt dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte. Ein solcher Vorrang sämtlicher Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist. Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat, wenn er festhält, dass sich die Motion klar auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV konzentriert und auf das AVEG abzielt.⁸⁴
- 34 Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte.⁸⁵ Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.). Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde (vgl. Rz. 13, Rz. 14 ff.). Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR

⁸³ Erläuternder Bericht, 6.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, 7.

⁸⁵ Erläuternder Bericht, 7.

dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.⁸⁶

IV. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

– *Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?*

35 Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17).⁸⁷ Einerseits bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohn als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzu-
stufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden (vgl. insb. Rz. 21). Es hätte hier zudem am Bundesrat gelegen, spätestens im Rahmen der Gewährleistungsprüfung der Kantonsverfassung des Kantons Neuenburg festzuhalten, dass die Frage des Mindestlohns vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest heikel sein kann.⁸⁸ Dies umso mehr, als sich die weitläufige Bundesgesetzgebung im Arbeitsrecht mit dem kantonalen Recht mehr und mehr verzahnen können.⁸⁹ Andererseits ist ein Mindestlohn ein zulässiges, wenngleich kaum bzw. wenig geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Armut bzw. *working poor*. Der Bund ist aber kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechnigt, existenzsichernde, mit hin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird (Rz. 14 ff.). Vorliegend geht aber weder die Vernehmlassungsvorlage noch die Motion soweit, dass die Kantone im Bereich des Mindestlohns sämtliche Rechtsetzungskompetenz verlustig

⁸⁶ Vgl. ferner Memorandum vom 10. September 2017, 4 f.

⁸⁷ Der Vernehmlassungsentwurf zielt inhaltlich in die gleiche Richtung ab wie die Motion, wobei die Ferien und der 13. Monatslohn mangels Kompetenz nicht mehr geregelt worden sind (vgl. Rz. 24).

⁸⁸ Vgl. aber BBl 2012 8513, 8521 f.

⁸⁹ Vgl. FUHRER, 18 m.w.H.

gingen, sondern der Bundesgesetzgeber würde von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich im Bereich allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne legislieren, mithin im Geltungsbereich des AVEG, und die Bestimmung wäre auch nur dann anwendbar, wenn kantonales Recht den neuen AVEG-Bestimmungen entgegenstünde, namentlich wenn sie einen höheren Mindestlohn als im *ave GAV* vorsähen.

– *Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?*

36 Ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wird vom Bundesrat damit begründet, dass mit dem Vorrang von Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV vor dem kantonalen Recht die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verletzen würde. Zudem soll die Motion das Legalitätsprinzip verletzen. Entschieden entgegenzuhalten ist, dass der Bundesgesetzgeber kraft der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 BV *umfassend* – somit auch im Bereich sozialpolitischer Massnahmen – legislieren kann (sofern Mindestlöhne als solche ohnehin nicht schon wirtschaftspolitische Massnahmen darstellen). Art. 110 BV konkretisiert nach Ansicht der Lehre die in Art. 41 BV definierten Sozialziele und hält rechtsprechungsgemäss fest, dass der Schutzzweck von Art. 110 BV die Bekämpfung der allgemeinen Armut ist, was einen Mindestlohn als Instrument zur Bekämpfung des Phänomens des *working poor* mitumfassen würde. Der Bundesgesetzgeber strapaziert weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.

– *Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in *ave GAV* mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?*

37 Die Frage zielt auf die zwei vorangestellten Fragen ab: Zum einen lässt sich argumentieren, dass das Themenfeld der Mindestlöhne (und mit ihr die flankierenden Massnahmen) Teil sämtlicher, dem Bund vorbehaltenen wirtschaftspolitischer Massnahmen bilden. Zudem lässt sich mit den oben umschriebenen Argumenten ins Feld führen, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes einem Vorrang der Mindestlöhne in *ave* GAV gegenüber (zwingendem) kantonalem Recht nicht entgegenstehen – dies aus der Überlegung, dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. Es kann folglich dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber *just* den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen (vgl. insb. Rz. 16 zur Mindestlohn-Initiative).

– *Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?*

38 Der Bund hat richtigerweise die Motion inhaltlich auf den Mindestlohn beschränkt, da die Kantone ohnehin nicht rechtsetzungskompetent sind, Anordnungen im Hinblick auf Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. In gesetzessystematischer Hinsicht unterscheiden sich Vernehmlassungsentwurf und Motion, dahingehend, dass auf eine Wiederholung des Günstigkeitsprinzips gemäss Art. 358 OR im neu gefassten Art. 2 Ziff. 4 AVEG verzichtet worden ist (vgl. Rz. 25 f.). Der Vernehmlassungsentwurf greift das eigentlich inhaltliche Anliegen der Motion auf und hat die gleiche Zielsetzung (vgl. Rz. 27), belässt aber einen gewissen *Interpretationsspielraum* hinsichtlich der Frage des *Anwendungsvorrangs* – der Motionstext ist in diesem Punkt präziser und hält explizit einen Anwendungsvorrang fest (vgl. Rz. 29). Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

– *Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?*

39 Es besteht grundsätzlich Raum, Art. 358 OR dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte (vgl. Rz. 30 f.). Ein solcher Vorrang aller Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht wäre aber – wie bereits der Bundesrat sinngemäss festgehalten hat – aufgrund des Schwerpunkts direkt im AVEG anzuordnen. Letztlich verbleibt die Möglichkeit, Art. 358 OR mit einem neuen, zweiten Absatz zu ergänzen, indem man den Vorrang von einem GAV-Mindestlohn gegenüber einem kantonalen Mindestlohn festhält, um das Institut der Sozialpartnerschaft Nachachtung zu verschaffen.

40 Art. 358 Abs. 2 neu

41 «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags betreffend Mindestlohn gehen entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen zum Mindestlohn vor.»

– *Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?*

42 Das Parlament versucht auf vielseitige Art und Weise das Handeln des Bundesrats zu beeinflussen. Ein wichtiges Handlungsinstrument hierfür ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Könnte der Bundesrat zu stark auf dieses Handlungsinstrument Einfluss nehmen, würde er letztlich das *Prinzip der Gewaltenteilung* untergraben (vgl. Rz. 21). Vor diesem Hintergrund ist es daher zentral, dass der Bundesrat – vorbehalten der Schranke der rechtlichen Durchführbarkeit – Motionen möglichst unverändert belässt, um den parlamentarischen Willen bzw. Auftrag möglichst exakt entgegenzunehmen und nicht seinem Belieben nach verändern kann.

– *Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin gegen den Art. 358 OR?*

43 Die Motion Ettlin zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom nach Art. 358 OR statuierten Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich betreffend Mindestlohnbestimmungen das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; folglich verstösst die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin nicht der Regelung nach Art. 358 OR (vgl. Rz. 26), sondern schafft vielmehr eine spezifische Bereichsregelung, die Anwendungsvorrang geniessen soll.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Département fédéral de l'économie
de la formation et de la recherche - DEFR
Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
Palais fédéral
3003 Berne

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Par courriel : info.paqa@seco.admin.ch

Delémont, le 23 avril 2024

Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlin et 21.3599 CER-N

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Gouvernement jurassien a pris connaissance du projet de loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) mis en consultation.

Il souscrit pleinement à l'objectif visant à protéger les salaires et à soutenir le partenariat social. Mais la mise en œuvre de la motion Ettlin, telle que proposée par le projet de loi, viole la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, pourtant garantie par la Constitution fédérale.

Le Gouvernement rejoint donc le Conseil fédéral lorsqu'il propose au Parlement fédéral de ne pas adopter le projet de loi réalisant la motion Ettlin. Au surplus, il fait sienne la position communiquée par la Conférence des Chefs des Département cantonaux de l'Economie Publique (CDEP), le 18 mars 2024.

Le salaire minimum jurassien ne serait toutefois pas concerné par le projet de loi mis en consultation si celui-ci devait entrer en force. En effet, la loi cantonale sur le salaire minimum exclut de son champ d'application les CCT, de force obligatoire ou non, incluant un salaire minimum chiffré ; de même, les salaires prévus par les contrats-types de travail ont la primauté sur le salaire minimum.

En vous remerciant d'avoir sollicité son avis, le Gouvernement vous prie de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à sa haute considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


Rosalie Beuret Siess
Présidente




Jean-Baptiste Maître
Chancelier d'Etat

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paqa@seco.admin.ch

Luzern, 29. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der KMU- und Gewerbeverband Kanton Luzern (KGL) ist mit über 13'500 Mitgliedschaften in 46 Berufs- und Branchenverbänden sowie in 48 lokalen Unternehmervereinigungen der grösste Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband im Kanton Luzern. Er nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

Der KGL befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlin weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlin trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlin gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner kommt zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlin nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlin

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlin trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlichkeitsklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abzuweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemein erklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer

und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungs-erlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlins – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

KMU- und Gewerbeverband Kanton Luzern



Gaudenz Zemp
Direktor



Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern
Per E-Mail an: info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 29. April 2024

Vernehmlassung Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Sehr geehrte Damen und Herren

Als nationaler Verband der Mitarbeiter- und Schulgastronomie äussert sich die Swiss Catering Association im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG). Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

I Grundsätzliches

Die Swiss Catering Association ist der Verband der innovativen und nachhaltigen Mitarbeiter- und Schulgastronomie (Gemeinschaftsgastronomie) der Schweiz mit den Mitgliederunternehmen SV Group, ZFV Unternehmungen und Compass Group Schweiz AG. Sie ist Sozialpartner in einem der grössten AVE erklärten GAV der Schweiz, dem L-GAV für das Gastgewerbe. Die Swiss Catering Association steht dezidiert zur Sozialpartnerschaft und anerkennt deren Wert auf dem Arbeitsmarkt. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Der Verband befürwortet daher den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Wir schlagen jedoch als direktbetroffene Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Ziffer IV).

Äusserst stossend ist die Empfehlung des Bundesrates, die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs nicht umzusetzen. Der Verband beurteilt dies als staatspolitisch höchst fragwürdig. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín verstosse gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung, welche die Bundesverfassung garantiert. Die Motion verletze die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Ein von verschiedenen Branchenverbänden in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten widerspricht dieser Auffassung und zeigt, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält. Weder der Vernehmlassungsentwurf noch die Motion Ettlín verstösst gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung.

II Relevanz der Motion 20.4738 Ettlil

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 Prozent ab.

Dennoch haben seither fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) sind Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlil hingegen schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Die Motion 20.4738 Ettlil beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, sorgfältig austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Die Sozialpartner verfügen über die nötigen branchenrelevanten Kenntnisse und legen im Wissen darum Lohn- und Arbeitsbedingungen fest. Unter den Sozialpartnern einer Branche besteht ein gegenseitiges Vertrauen und letztlich die Anerkennung der jeweiligen Interessen, welche im Sinne der Mitglieder vertreten werden. Diese Sozialpartnerschaft findet auf vertraglicher Ebene statt und wird nicht staatlich dekretiert.

Wenn die GAV durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Die Sozialpartnerschaft wird kantonalisiert. Die Legitimation einer Gewerkschaft basiert neu auf Gesetz und Omnipräsenz in den Kantonen und nicht mehr auf Repräsentanz und auf der Verankerung in der Branche.

Darüber hinaus bringen kantonale Mindestlohnbestimmungen die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Sie können dazu führen, dass der Anreiz zu einer guten Aus- und Weiterbildung wegfällt. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn jeder Kanton oder jede Gemeinde am ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet oder Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende zudem effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln.

Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden.

Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartner-schaftlich geregelten Arbeitsbedingungen

III Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Letztere äussert sich jedoch explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, diese muss jedoch explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regeln (vgl. Ziffer IV unten). Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist hingegen nicht notwendig.

Der Argumentation des Bundesrates, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre, kann der Verband nicht folgen. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt diese Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.»

Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlich-erklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Die Swiss Catering Association befürwortet die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält in Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift diese Kollisionsregel nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinn, dass auch für den Arbeitnehmer ungünstigere GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Swiss Catering Association fordert daher eine explizite, klare und verständliche Formulierung im Gesetzestext, Art. 1 Abs. 4 der Motion ist im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Der Motionstext will einen unbedingten Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen.

Zudem wird im VE auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist jedoch immer zwingend.

V Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung. Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.»

Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind. Der Preiswettbewerb kann so über Lohndumping ausgefochten werden. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt hier ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungs-kompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungs-kompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinver-bindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnah-men berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.»

Den Kantonen wird daher keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt wer-den, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffas-sung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehm-lasungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festge-legten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.»

Die Motion 20.4738 Ettlín ist nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreiten. Die Allgemeinver-bindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat noch die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen. Der Bundesrat hält nun im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicher-klärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemein-verbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «pri-vat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekomme.»

VI Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichti-gung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätz-lich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen.

Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens). Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht, insbesondere, wenn die unter Ziffer IV geforderten Änderungen umgesetzt werden.

VII zu Artikel 5 Abs. 3 und 4

Die Swiss Catering Association ist mit dem Ziel der Bestimmung – eine grössere Transparenz zu schaffen – grundsätzlich einverstanden. Die paritätische Kommission des L-GAV des Gastgewerbes publiziert bereits seit Jahren die Jahresrechnung auf der Website. Der Verband weist darauf hin, dass die paritätischen Kommissionen der ave GAV einer Aufsichtsbehörde unterstehen und bereits heute deren Weisungen umzusetzen haben.

Eine weitergehende Einschränkung der freien Ausübung der Tätigkeit der paritätischen Kommissionen als in der vorgeschlagenen Regulierung von Art. 5 lehnt der Verband klar ab. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gilt auch für die paritätischen Vollzugsorgane eines ave GAV. Der Verband sieht keine weitergehenden Regulierungen, die sich durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen liessen und nicht das Prinzip der Verhältnismässigkeit verletzen würden.

VIII Über die Swiss Catering Association

Die Swiss Catering Association ist der Verband der innovativen und nachhaltigen Mitarbeiter- und Schulgastronomie (Gemeinschaftsgastronomie) und vertritt die Interessen der Mitgliederunternehmen SV Group, ZFV Unternehmungen und Compass Group Schweiz AG. Die drei Unternehmen sind in allen Landesteilen und Sprachregionen präsent und beschäftigen rund 8'000 Mitarbeitende.

Wir danken für die Kenntnisnahme unserer Position und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swiss Catering Association



Patrick Camele
CEO SV Group
Präsident SCA



Nadja Lang
CEO ZFV Unternehmungen
Vorstand SCA



Patrick Candrian
Managing Director Compass Schweiz AG
Vorstand SCA

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 25. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Bäcker-Confiseurmeister-Verband (SBC) mit Sitz in Bern ist die Berufsorganisation der Arbeitgeber der gewerblichen Bäckereien-Confiserien schweizweit. Er zählt knapp 1300 Aktivmitglieder mit 2500 Verkaufsstellen und 30'000 Beschäftigte in der Branche. Der SBC nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

Der SBC befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direkt betroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess der SBC diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie SBC zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.



Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzsystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der *ave GAV* Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse



Silvan Hotz
Präsident



Urs Wellauer-Boschung
Direktor



Fédération des
Entreprises
Romandes

FER Genève - FPE Bulle - UPCF Fribourg
FER Arcju - FER Neuchâtel - FER Valais

Département fédéral de l'économie, de la formation et
de la recherche (DEFR)
3003 Berne

A l'att. de Monsieur Guy Parmelin
Conseiller fédéral

Info.paga@seco.admin.ch

Genève, le 29 avril 2024
RR-BH/3248-3824 - FER N°13-2024

Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N

Madame,

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) a pris connaissance avec intérêt de l'objet mis en consultation et vous prie de bien vouloir recevoir sa prise de position.

Enjeux

Ces deux motions traitent du partenariat social, sous l'angle des conventions collectives de travail (CCT).

Notre Fédération est particulièrement attachée au dialogue social. Elle est un partenaire reconnu dans les cantons qu'elle représente et s'est régulièrement prononcée sur les objets le concernant, notamment en lien avec l'évolution des mesures d'accompagnement.

Le partenariat social est ancré dans l'ADN de la Suisse et a démontré de nombreuses vertus.

Il est tout d'abord un élément fondamental de la stabilité de notre pays: si dans les faits, la Suisse est une terre de discussion permanente, le dialogue social permet de gérer en continu et en amont de micro conflits, et d'éviter ainsi que ceux-ci ne dégénèrent en crises plus profondes.

Il est également le reflet de la diversité de notre pays, dans le respect du principe de fédéralisme, et fait partie intégrante du contrat politique qui permet à la Suisse d'évoluer dans le respect des uns et des autres. Le partenariat social et la négociation de CCT permettent de prendre des décisions adaptées à la réalité des branches et des régions, en fonction de la sensibilité et des cultures propres à chaque région.

Partenariat social qui est également capital dans la gestion du marché du travail. Il permet le développement d'outils adaptés de contrôle de ce dernier, et contribue à éviter les abus, préjudiciables aux entreprises comme aux salariés. L'autorégulation qu'il induit est un élément indissociable de l'ouverture et de la flexibilité du marché du travail suisse. Elle participe à la confiance des Suisses dans son fonctionnement et permet de maintenir l'ouverture indispensable à notre économie exportatrice très dépendante de ses échanges avec l'étranger.

Il est enfin un garde-fou à l'étatisation de notre marché du travail. Il convient de rappeler ici que la vitalité du dialogue social est empiriquement reconnue comme favorable à un marché du travail sain et dynamique: les pays qui le pratiquent le plus sont généralement ceux qui ont un taux de chômage plus bas et qui offrent des conditions de travail les plus élevées.

Propositions

Motion 20.4738 Ettlin

Comme indiqué ci-dessus, la FER soutient très fortement le partenariat social et s'oppose à toute velléité d'étatisation du marché du travail. C'est dans cet esprit que ses représentants ont combattu les propositions de salaires minimum, - estimant que ce dernier affaiblissait ce dialogue social qui apporte tant à notre pays -, notamment à Genève et à Neuchâtel, plus particulièrement concernés par la proposition. Notre Fédération a pris acte avec regret de la décision populaire dans ces cantons d'accepter un salaire minimum légal. On peut relever que d'autres cantons ou villes ont aussi instauré un salaire minimum légal sur la base d'une votation populaire, comme le Jura ou le Tessin qui ont, pour leur part, intégré une exception pour les secteurs régis par des CCT et des CTT.

Cela étant précisé, nous soulignons que la question posée à Genève et Neuchâtel n'incluait pas la possibilité de déroger au salaire minimum par le biais de CCT. Les citoyens n'ont donc pas eu l'occasion de se déterminer sur ce cas de figure. Cette situation légitime le fait que la question soit clairement posée, ce que la motion Ettlin permet. Dans la mesure où la proposition respecte le droit fédéral, ce dont le Conseil fédéral semble douter, et qu'elle est adoptée par le Parlement, un référendum sera certainement lancé, qui permettra aux citoyens de se prononcer sur cette disposition dérogatoire au droit cantonal, et lui confèrera ou pas une légitimité démocratique.

Motion 21.3599 CER-N

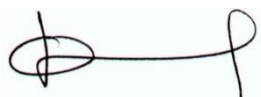
La question de la transparence du financement des commissions paritaires n'est pas nouvelle. Dès 2015, le SECO a été doté d'outils lui permettant d'intensifier sa surveillance des commissions paritaires, des processus clairs ont été mis sur pied et des audits peuvent être demandés, ce qui a déjà été le cas. Par ailleurs, le SECO a accepté les recommandations du Contrôle fédéral des finances de faire vérifier et confirmer, par leur organe de révision, le respect des directives sur les contributions.

S'il est légitime que les employeurs et les travailleurs puissent savoir comment sont utilisées les contributions professionnelles dont ils s'acquittent, l'interprétation des comptes n'est pas chose évidente. Leur lecture peut conduire à des conclusions hâtives pour qui n'est pas comptable et ne maîtrise pas le mécanisme de perception et d'utilisation des fonds paritaires. Simplement envoyer les comptes annuels par un courriel adressé au demandeur, afin de limiter la charge administrative supplémentaire qui pourrait être générée par le droit de consultation des comptes annuels, peut conduire à de mauvaises interprétations.

Si un droit de consultation des comptes annuels des commissions paritaire doit être donné aux personnes intéressées, il doit être encadré et les comptes doivent pouvoir être expliqués au demandeur.

Dans ce contexte, il nous apparaît que la proposition du Conseil fédéral répond à la motion, en tenant compte de ce qui a déjà été mis en œuvre et en respectant le principe constitutionnel de proportionnalité si elle était renforcée d'une précision que les comptes sont consultables au siège des commissions paritaires.

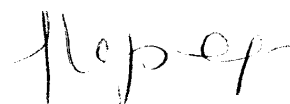
En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame, à l'expression de notre haute considération.



Olivier Sandoz
Secrétaire général adjoint



Nathalie Bloch
Directrice
Associations professionnelles
FER Genève



Stéphanie Ruegsegger
Directrice
Politique générale
FER Genève

La Fédération des Entreprises Romandes en bref

Fondée le 30 juillet 1947 à Morat, son siège est à Genève. Elle réunit six associations patronales interprofessionnelles cantonales (GE, FR, Bulle, NE, JU, VS), représentant la quasi-totalité des cantons romands. La FER comprend plus de 47'000 membres.

Département fédéral de l'économie, de la formation et
de la recherche (DEFER)
3003 Berne

A l'att. de Monsieur Guy Parmelin
Conseiller fédéral

info.paga@seco.admin.ch

Genève, le 29 avril 2024
RR-BH/3248/3824 - UAPG No 23-2024

Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlin et 21.3599 CER-N

Monsieur le Conseiller fédéral,

En tant que faitière patronale genevoise, qui rassemble près de 85% des emplois privés du canton, l'Union des associations patronales genevoises (UAPG) a pris connaissance avec intérêt de l'objet mis en consultation. Elle vous livre ci-après son appréciation.

Commentaire général

L'UAPG a pour principale mission de représenter les intérêts généraux des employeurs auprès des autorités comme des syndicats. Elle constitue donc une composante du tripartisme genevois et participe à ce titre au dialogue social, qui est particulièrement ancré dans le canton.

Elle est de fait très attachée à l'existence d'un partenariat social fort, dont les conventions collectives de travail notamment en sont l'une des représentations. Le projet qui nous est soumis à consultation traite de ces dernières, par le biais de deux motions adoptées par le Parlement fédéral.

Le partenariat social est ancré dans l'ADN de la Suisse et plus particulièrement de notre canton. Il participe à la stabilité de notre pays, en privilégiant le dialogue permanent, à la prospérité de son économie, par la négociation de conditions de travail en fonction de la réalité des régions et des branches, et garantit l'exercice des conditions de concurrence loyale dans un marché ouvert, indispensable à notre économie d'exportation à forte valeur ajoutée.

Le dialogue social est un instrument de politique de marché du travail typiquement suisse: pragmatique, en phase avec la réalité économique des secteurs et respectueux des sensibilités régionales. Il promeut une autorégulation du marché, qui dans les faits se traduit par un taux de chômage bas et des conditions de travail élevées. Il est un facteur du succès suisse.

Il constitue un rempart à l'étatisation du contrôle du marché du travail, en laissant en mains des partenaires sociaux sa gestion, au plus proche des réalités du terrain.

Force est de constater toutefois que ce dernier élément n'est pas toujours réalisé. Ainsi, certains cantons, en dépit d'un dialogue dynamique, ont accepté l'introduction de normes salariales minimum générales, par le biais d'un salaire minimum. Notre Union en a rejeté le principe à l'occasion de la campagne de votation genevoise, arguant que ce système rigide affaiblissait le dialogue social. Elle n'a pas été entendue.

Appréciation des propositions

Aujourd'hui, par le biais de la motion 20.4738 Ettlin, il s'agit de faire primer les conventions collectives de travail étendues sur cette norme étatique. Si notre Union a déploré l'acceptation d'un salaire minimum légal, qui à notre sens vide en partie de sa substance le partenariat social et peut entraîner des effets pervers, elle accorde également une valeur importante à l'expression de la démocratie. Par ailleurs, elle doute qu'un contrat de droit privé, comme l'est une CCT, même étendue, puisse l'emporter sur une disposition de droit impératif public, comme l'est le salaire minimum genevois. Elle se rallie donc à l'avis du Conseil fédéral, tout en regrettant que les salaires minimaux tels que proposés par les syndicats affaiblissent le dialogue auquel ces derniers sont censés contribuer.

La seconde partie de la consultation a trait à la motion 21.3599 CER-N, qui parle de la transparence du financement des commissions paritaires. Cette question a déjà été discutée par le passé et a notamment abouti à une intensification de la surveillance des commissions paritaires par le SECO. Depuis 2015, des processus clairs ont été mis sur pied et des audits peuvent aujourd'hui déjà être demandés. Il nous apparaît que ces différents outils permettent de facto de garantir une saine gestion et une utilisation appropriée des fonds des commissions paritaires.

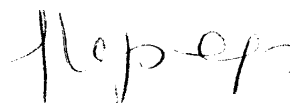
S'il est légitime que les employeurs et les travailleurs puissent savoir comment sont utilisées les contributions professionnelles dont ils s'acquittent, l'interprétation des comptes n'est pas chose évidente. Leur lecture peut conduire à des conclusions hâtives pour qui n'est pas comptable et ne maîtrise pas le mécanisme de perception et d'utilisation des fonds paritaires. Envoyer les comptes annuels par un simple courriel adressé au demandeur afin de limiter la charge administrative supplémentaire qui pourrait être générée par le droit de consultation des comptes annuels peut conduire à des mauvaises interprétations. Si un droit de consultation des comptes annuels des commissions paritaire doit être donné aux personnes intéressées, il doit être encadré et les comptes doivent pouvoir être expliqués au demandeur.

Dans ce contexte, il nous apparaît que la proposition du Conseil fédéral répond à la motion, en tenant compte de ce qui a déjà été mis en œuvre et en respectant le principe constitutionnel de proportionnalité si elle était renforcée d'une précision que les comptes sont consultables au siège des commissions paritaires.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'expression de notre haute considération.



Pierre-Alain L'Hôte
Président



Stéphanie Ruegsegger
Secrétaire permanente

Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
Département fédéral de l'économie, de la
formation et de la recherche
3003 Berne

Genève, le 1 mai 2024

Par courriel à :
info.paga@seco.admin.ch

Consultation : Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCCT)

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche a lancé une consultation proposant de faire primer les conventions collectives de travail (CCT) sur les lois cantonales. Cette proposition vise à mettre en œuvre la motion Ettlín 20.4738 « Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables » qui a été adoptée par les chambres fédérales.

La Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG) soutient l'objectif visé par la motion, considérant qu'elle est positive pour l'économie genevoise et qu'elle s'inscrit dans l'intérêt du partenariat social.

Rétablir la compétitivité genevoise

La CCIG tient à souligner que l'introduction du salaire minimum à Genève a affecté plusieurs entreprises, qui ont notamment renoncé à engager des demandeurs d'emploi faiblement qualifiés, en particulier dans les domaines de la coiffure, du nettoyage et de la restauration. Par ailleurs, une étude de la Haute école de gestion de Genève, datant de novembre 2023, constate que l'instauration du salaire minimum genevois a eu pour effet d'avoir augmenté le taux de chômage des jeunes âgés de moins de 25 ans. Ainsi, l'introduction du salaire minimum rend l'embauche de ces catégories de personnes plus compliquée pour les entreprises genevoises.

Enfin, pour la CCIG, le partenariat social qui a assuré la paix du travail en Suisse doit impérativement être préservé. Il convient donc de préciser aujourd'hui que les conventions entre associations syndicales et associations patronales l'emportent sur les dispositions cantonales, comme le stipule la motion Ettlín.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien porter à ces éléments, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, nos salutations distinguées.

Chambre de commerce d'industrie et des services de Genève



Vincent Subilia
Directeur général



Nathalie Hardyn
Directrice Département politique

La Chambre de commerce d'industrie et des services de Genève CCIG a pour objectif d'assurer une économie forte permettant aux acteurs qui constituent le tissu économique local d'exercer leur activité de manière pérenne. Association de droit privé indépendante des autorités politiques, la CCIG fait entendre la voix des entreprises, par exemple lors de consultations législatives cantonales et fédérales, et en formulant des propositions ayant trait aux conditions cadre économiques. La CCIG compte plus de 2 600 entreprises membres.

Direktion

Oberwiesenstrasse 2
Postfach
8304 Wallisellen

T +41 44 267 81 00
www.vssm.ch

Wallisellen, 30. April 2024

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten VSSM ist der Branchenverband der Schreinerunternehmer der Deutschen und Italienischen Schweiz und zählt 2'000 Mitgliedsbetriebe. Insgesamt werden in der Schreinerbranche etwa 50'000 Mitarbeitende beschäftigt und ein Umsatzvolumen von ca. 10 Mia. CHF erwirtschaftet.

Gerne nehmen wir im obengenannten Vernehmlassungsverfahren wie folgt Stellung:

Der VSSM befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung vor, den Vernehmlassungsentwurf wie folgt anzupassen:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.

Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip.

Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess GastroSuisse diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie der VSSM zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

Für uns stossend ist, dass die Übersteuerung der Mindestlöhne durch die Kantone die ave GAV schwächt und dadurch die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage stellt. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettliln schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermassen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten.

Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner zeigt auf, dass berechtigte Gründe bestehen, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden. Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Dadurch besteht die Gefahr, dass diese den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte die Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettliln – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unseres Anliegens.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Schreinermeister
und Möbelfabrikanten VSSM



Thomas Iten
Zentralpräsident



Daniel Furrer
Direktor

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 29. April 2024

Vernehmlassung Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Sehr geehrte Damen und Herren

Als direkt betroffener, regionaler Unternehmerverband äussert sich die Zürcher Hotellerie im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG). Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

I Grundsätzliches

HotellerieSuisse Zürich und Region ist der Regionalverband der innovativen und nachhaltigen Beherbergungsbetriebe der Grossregion Zürich. Er ist über den Dachverband HotellerieSuisse Sozialpartner in einem der grössten AVE erklärten GAV der Schweiz, dem L-GAV für das Gastgewerbe. HotellerieSuisse, insbesondere auch die Grossregion Zürich, steht dezidiert zur Sozialpartnerschaft und anerkennt deren Wert auf dem Arbeitsmarkt. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Der Verband befürwortet daher den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Wir schlagen jedoch als direktbetroffene Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Ziffer IV).

Äusserst stossend ist die Empfehlung des Bundesrates, die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs nicht umzusetzen. Der Verband beurteilt dies als staatspolitisch höchst fragwürdig. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín verstosse gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung, welche die Bundesverfassung garantiert. Die Motion verletze die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Ein von verschiedenen Branchenverbänden in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten widerspricht dieser Auffassung und zeigt, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält. Weder der Vernehmlassungsentwurf noch die Motion Ettlín verstösst gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung.

II Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 Prozent ab.

Dennoch haben seither fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) sind Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín hingegen schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheidungen einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Die Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, sorgfältig austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermassen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Die Sozialpartner verfügen über die nötigen branchenrelevanten Kenntnisse und legen im Wissen darum Lohn- und Arbeitsbedingungen fest. Unter den Sozialpartnern einer Branche besteht ein gegenseitiges Vertrauen und letztlich die Anerkennung der jeweiligen Interessen, welche im Sinne der Mitglieder vertreten werden. Diese Sozialpartnerschaft findet auf vertraglicher Ebene statt und wird nicht staatlich dekretiert.

Wenn die GAV durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Die Sozialpartnerschaft wird kantonalisiert. Die Legitimation einer Gewerkschaft basiert neu auf Gesetz und Omnipräsenz in den Kantonen und nicht mehr auf Repräsentanz und auf der Verankerung in der Branche.

Darüber hinaus bringen kantonale Mindestlohnbestimmungen die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Sie können dazu führen, dass der Anreiz zu einer guten Aus- und Weiterbildung wegfällt. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn jeder Kanton oder jede Gemeinde am ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet oder Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende zudem effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für

den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

III Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Letztere äussert sich jedoch explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, diese muss jedoch explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regeln** (vgl. Ziffer IV unten). **Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist hingegen nicht notwendig.**

Der Argumentation des Bundesrates, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre, kann der Verband nicht folgen. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt diese Beurteilung und hält fest: *«Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.»*

Das Gutachten hält aber auch fest: *«Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»*

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. **HotellerieSuisse Zürich und Region befürwortet die Beschränkung auf Mindestlöhne.**

IV Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält in Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift diese Kollisionsregel nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinn, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Zürcher Hotellerie fordert daher eine explizite, klare und verständliche Formulierung im Gesetzestext, Art. 1 Abs. 4 der Motion ist im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Der Motionstext will einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen.

Zudem wird im VE auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist jedoch immer zwingend.

V Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung. Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.»

Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind. Der Preiswettbewerb kann so über Lohndumping ausgefochten werden. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt hier ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.»

Den Kantonen wird daher keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.»

Die Motion 20.4738 Ettlín ist nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreiten. Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat noch die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen. Der Bundesrat hält nun im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen.

Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens). Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht, insbesondere, wenn die unter Ziffer IV geforderten Änderungen umgesetzt werden.

VII zu Artikel 5 Abs. 3 und 4

Die Zürcher Hotellerie ist mit dem Ziel der Bestimmung – eine grössere Transparenz zu schaffen – grundsätzlich einverstanden. Die paritätische Kommission des L-GAV des Gastgewerbes publiziert bereits seit Jahren die Jahresrechnung auf der Website. Der Verband weist darauf hin, dass die paritätischen Kommissionen der ave GAV einer Aufsichtsbehörde unterstehen und bereits heute deren Weisungen umzusetzen haben.

Eine weitergehende Einschränkung der freien Ausübung der Tätigkeit der paritätischen Kommissionen als in der vorgeschlagenen Regulierung von Art. 5 lehnt der Verband klar ab. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gilt auch für die paritätischen Vollzugsorgane eines ave GAV. Der Verband sieht keine weitergehenden Regulierungen, die sich durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen liessen und nicht das Prinzip der Verhältnismässigkeit verletzen würden.


VIII Über die Zürcher Hotellerie

Über 160 Hotels prägen die Grossregion Zürich als beherbergende, arbeitsgebende, (aus)bildende, niederschwellig integrierende und wirtschaftlich bedeutende Betriebe. Zürich gehört zu den attraktivsten Metropolen Europas. Der Kanton Zürich verzeichnet in der Hotellerie rund 6 Millionen Übernachtungen jährlich. Daraus ergibt sich eine touristische Nachfrage von um 4.6 Milliarden Franken. Der grösste Teil besteht dabei im Konsum von regionalen Dienstleistungen – insgesamt beträgt die mit der touristischen Nachfrage verbundene Produktion 3.7 Milliarden Franken. Nach Abzug der zur Leistungserstellung verwendeten Vorleistungen resultiert eine regionale touristische Wertschöpfung von 1.8 Milliarden Franken.

Die Zürcher Hotellerie bietet ein Zuhause auf Zeit und zum Wohlfühlen. Sie vereint historische als auch moderne Werte: Der Verein der Zürcher Hotels wurde 1880 gegründet. Hotels erhalten, pflegen und erstellen Bauten im Sinne des lokalen Stiles und leben die Verbundenheit mit der Bevölkerung, der Politik und dem Tourismus. Dazu gehört das Pflegen der Werte der hiesigen Gesellschaft, das Öffnen der Tore Zürichs zur Welt einerseits und die Tore der Welt für Zürich andererseits. Zürich ist hochattraktiv für Unternehmen und die Gesellschaft. Was wäre dieser Standort ohne die im Tourismus generierten Arbeitsplätze, oder ohne den Flughafen - welcher nicht nur Gästen aus dem Ausland, sondern auch Reisenden aus dem Inland die Welt öffnet? Die Metropole wird dadurch zur attraktiven, weltoffenen Destination. Gäste, Veranstaltungen, Seminare und Kongresse aus aller Welt sowie verschiedener Kulturen werden beherbergt und mit der Region verbunden. Die Zürcher Hotellerie steht ein für ein attraktives, innovatives und wirtschaftlich starkes Zürich.

Wir danken für die Kenntnisnahme unserer Position und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Zürcher Hotellerie



Michael Böhler
Präsident



Yvonne Hiller
Leiterin Geschäftsstelle



GRÜNE Schweiz

Waisenhausplatz 21

3011 Bern

raphael.noser@gruene.ch

031 32 07

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per Mail:

Info.paga@seco.admin.ch

Bern, 30. April 2024

**Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamt-
arbeitsverträgen; Vernehmlassungsantwort**

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
sehr geehrte Damen und Herren

Im Zusammenhang mit der im Titel vermerkten Vernehmlassung haben Sie die GRÜNEN zur
Stellungnahme eingeladen. Wir danken Ihnen für die Einladung und äussern uns wie folgt.

Umsetzung der Motion 20.4738

Die GRÜNEN lehnen die vom Bundesrat entgegen seinem Willen vorgeschlagene Gesetzes-
änderung zur Umsetzung der Motion 20.4738 (Ettlin) «[Sozialpartnerschaft vor umstrittenen
Eingriffen schützen](#)» vollumfänglich ab – sowohl aus staatspolitischen wie auch aus sozial-
politischen Überlegungen.

Heute haben fünf Kantone einen Mindestlohn eingeführt: Neuenburg, Jura, Tessin, Genf und
Basel-Stadt. Die kantonalen und teilweise im Rahmen von Volksabstimmungen angenom-
menen Bestimmungen verfügen über eine starke demokratische Legitimation. Auch in weiteren
Kantonen und Städten wurden Initiativen zur Einführung eines Mindestlohns von der Stimm-
bevölkerung angenommen (z.B. in der Stadt Zürich), eingereicht (z.B. im Kanton Waadt)
oder lanciert (z.B. in der Stadt Bern). Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge
(AVE GAV) sind letztlich nichts anderes als privatrechtlich geregelte Vereinbarungen.

Trotzdem will die Motion Ettlín, dass diese anderslautenden gesetzlichen Bestimmungen der Kantone vorgehen. Oder anders gesagt: die bürgerliche Mehrheit in den eidgenössischen Räten will kantonale, gesetzlich verankerte und durch Volksabstimmungen demokratisch legitimierte Mindestlöhne durch ein nationales Gesetz aushebeln.

Die Motion Ettlín und die vorgeschlagene Umsetzung sind damit als schwerwiegender Eingriff in den schweizerischen Föderalismus sowie in die Volksrechte und die direkte Demokratie zu werten. Sie widersprechen auch der in der Bundesverfassung verankerten Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen, da die kantonale Kompetenz zum Erlass von sozialpolitischen Massnahmen und Mindestlöhnen beschnitten wird. Schliesslich verstossen sie aber auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität, da allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge in der Normenhierarchie kantonalen Gesetzen eigentlich klar untergeordnet sind. Die GRÜNEN sind darüber hinaus der Ansicht, dass die Umsetzung auch gegen das in der Bundesverfassung verankerte Subsidiaritätsprinzip verstösst, demzufolge «der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen» (Art. 43a Abs. 1 BV). Die Motion Ettlín kann mittels einer Gesetzesänderung, wie selbst der Bundesrat schreibt, folglich nicht verfassungskonform umgesetzt werden. Die GRÜNEN lehnen die Vernehmlassungsvorlage entsprechend ab. Sollte der Bundesrat, entgegen der Haltung der GRÜNEN, dennoch an einer Umsetzung der Motion Ettlín festhalten, so müsste diese selbstverständlich verfassungskonform umgesetzt werden – also mit einer Änderung der Bundesverfassung.

Neben den staatspolitischen Argumenten sprechen darüber hinaus auch sozialpolitische Überlegungen gegen die Vorlage: Die Umsetzung der Motion Ettlín würde für etliche Arbeitnehmende in Tieflohnbranchen zu erheblichen Lohnneinbussen von mehreren hundert bis zu tausend Franken (!) monatlich führen – und damit zu einem Anstieg der Erwerbsarmut. Frauen wären überproportional von der Umsetzung der Motion Ettlín betroffen, da sie in den entsprechenden Branchen, insbesondere im Coiffeurgewerbe und der Textilreinigung, stark übervertreten sind. All dies ist für die GRÜNEN absolut inakzeptabel.


Umsetzung der Motion 21.3599

Mit der vorgeschlagenen Gesetzesrevision sollen Arbeitnehmende und Arbeitgebende das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der paritätischen Kommissionen erhalten. Damit soll die Motion 21.3599 (WAK-N) «[Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen](#)» umgesetzt werden. Die GRÜNEN sind mit diesem Teilaspekt der Vernehmlassungsvorlage einverstanden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse


Lisa Mazzone
Präsidentin


Raphael Noser
Fachsekretär



Schweizer Fleisch-
Fachverband
Union Professionnelle
Suisse de la Viande
Unione Professionale
Svizzera della Carne

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 30. April 2024

**Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlich-
erklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartner-
schaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» sowie Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über
die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizer Fleisch-Fachverband SFF bedankt sich als Branchenorganisation für die fleisch-
verarbeitende Branche, die gegen 24'000 Mitarbeitende umfasst, für die Möglichkeit zur Stellung-
nahme. Nachfolgend finden Sie die Stellungnahme zu denjenigen Punkten, welche gemäss dem SFF
von Relevanz sind. Die Vernehmlassungsantwort ist in zwei Teile unterteilt, welche sich einerseits mit
der Motion 20.4738 und andererseits mit der Motion 21.3699 befassen.

Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen

I. Allgemeine Anmerkungen

Der SFF befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion
20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direkt-
betroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV).
Dass der Bundesrat diese Motion trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumset-
zung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der
Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat
begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel dieser Motion gegen Grundprinzipien der Schweizer
Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze
die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit
weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess der SFF, zusammen mit weiteren
Arbeitgeberverbänden verschiedener Branchen, diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von
Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie der SFF zum eindeutigen
Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und somit
der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der
schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne
(Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei
Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR,
LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant.
In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor
dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindest-

Schweizer Fleisch-Fachverband SFF

Ringstrasse 12 · CH-8600 Dübendorf · +41 58 521 53 00 · info@sff.ch · www.sff.ch

lohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrunde liegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlich-erklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden. Sie sah vor, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums, also auch für die sogenannten Aussenseiter, welche kein Mitglied der Sozialpartner eines Gesamtarbeitsvertrags sind. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrats. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der SFF hat diesen vermehrten Druck auf kantonaler Ebene bei den Verhandlungen mit dem arbeitnehmerseitigen Sozialpartner des GAV des schweizerischen Metzgereigewerbe bereits zu spüren bekommen. Dagegen schränkt die Umsetzung dieser Motion die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen, sollten sie dies aus sozialpolitischer Sicht als notwendig erachten.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und zum 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist, basierend auf den obigen Ausführungen, wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immer-hin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer ungünstigere GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen unbedingten Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird. Damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion deshalb zur Nichtumsetzung. Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlin verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnete Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmer, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmer nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebern entgegen und gewährleistet als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlin nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spissen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmer effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren die GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmer. Die Wichtigkeit der GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmer von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus ändert. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privat-autonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.» Zudem sei angemerkt, dass Beschlüsse des Bundesrates zur AVE von GAV klar einem Beschluss auf Bundesebene mit verbindlicher Wirkung insbesondere auch für die Nicht-Mitglieder eines Sozialpartner-Verbandes entsprechen und daher nicht einfach als Verwaltungserlass klassifiziert werden können.

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»

I. Allgemeine Anmerkungen

Der SFF steht dem vom Bundesrat vorgeschlagenen Vernehmlassungstext kritisch gegenüber und beantragt dessen Anpassung im nachfolgend beschriebenen Sinn.

II. Verpflichtung der Paritätischen Kommission zur Offenlegung der detaillierten Jahresrechnung

Wie der Bundesrat in seinem erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsverfahren korrekt schreibt, unterstehen die Paritätischen Kommissionen der Finanzkontrolle des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO. Das SECO hat in seinen Weisungen vom November 2014 «Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen: Weisungen über Beiträge» detaillierte und klare Vorgaben verbrieft, welche die Höhe und Verwendung der Vollzugskostenbeiträge sowie die Darstellung und Gliederung der Bilanz und Erfolgsrechnung ebenso wie die Rückerstattung und Zuwendung dieser Vollzugskosten-

beiträge an die Sozialpartner-Verbände verbindlich regeln. Eine Aufsicht, dass die Vollzugskostenbeiträge korrekt und den Regelungen des jeweiligen Gesamtarbeitsvertrags konform verwendet werden, ist somit einheitlich und regulatorisch sichergestellt. Dies umso mehr, als das SECO die Empfehlungen der Eidgenössischen Finanzkommission EFK vom 11. September 2023, die Paritätischen Kommissionen anzuweisen, die Einhaltung der oben erwähnten Weisungen durch ihre jeweilige Revisionsstelle kontrollieren zu lassen, umsetzen wird. (Nebenbei sei bemerkt, dass die Paritätische Kommission Metzgereigewerbe diese Praxis bereits seit Jahren so pflegt.) Somit ist zwingend sichergestellt, dass die Paritätischen Kommission die Verwendung der Vollzugskostenbeiträge transparent offenlegen.

Wie im erläuternden Bericht korrekt erwähnt, sind die meisten Paritätischen Kommissionen privatrechtliche Vereine. Ein privatrechtlicher Verein ist im Grundsatz nur seinen Mitgliedern gegenüber auskunfts- und rechenschaftspflichtig. Ein Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, welcher Vollzugskostenbeiträge an die Paritätische Kommission (privatrechtlicher Verein i.d.R.) bezahlt, ist somit kein Vereinsmitglied, sondern eine Drittperson, und folgegемäss per se nicht auskunfts- und rechenschaftsberechtigt. Dies umso mehr, als die Paritätische Kommission ihrer staatlichen Auskunfts- und Rechenschaftspflicht gegenüber dem SECO nachkommt.

Dem einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer steht gemäss dem Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung das Recht zu, dem SECO ein schriftliches Gesuch um Einsichtnahme in die Rechnungen der Paritätischen Kommission einzureichen. Dieses Öffentlichkeitsprinzip dient klar dem Gedanken der Transparenz. Der Bundesrat argumentiert nun, dass dieses Vorgehen über das SECO mehrere Einschränkungen und Nachteile aufweise und es in jeder Hinsicht ökonomischer sei, dieses Auskunftsrecht direkt bei den Paritätischen Kommissionen einfordern zu können. Zudem sei dieses Recht meist nicht adäquat bekannt.

Dieser Auffassung können wir nicht folgen, vor allem auch, weil der Bundesrat nicht darlegt, um welche Nachteile und Einschränkungen es sich handeln soll. Auch das Argument, dieses Recht sei zu wenig bekannt, ist kein Grund, um ein direktes Einsichtsrecht des Einzelnen gegenüber einer Paritätischen Kommission zu statuieren (auch hier legt der Bundesrat nicht darauf, worauf sich diese Annahme konkret stützt). Nun ist es ja gerade so, dass jeder verpflichtet ist, sich über seine Rechte und Pflichten zu informieren. Es besteht keine Bringschuld, sondern es ist klar eine Holschuld, dies auch im Rahmen der Transparenz der finanziellen Mittel der Paritätischen Kommissionen. Ob zudem mit einer Verbriefung dieses Auskunftsrechts im AVEG eine bessere Resonanz gewährleistet wird, wagen wir ernsthaft zu bezweifeln.

Weiter macht der Bundesrat geltend, dass das Auskunftsrecht über das SECO langwierig sei, da das SECO zuerst bei den Paritätischen Kommissionen nachfragen müsse und diese angehört bzw. konsultiert werden müssen. Wir als Mitglied der Paritätischen Kommission Metzgereigewerbe wissen aus eigener Erfahrung, dass dieses Nachfrage- und Anhörungsverfahren schnell und unkompliziert abläuft, so dass das jeweilige Auskunftserfahren zügig und unkompliziert abgewickelt werden kann. Das vom Bundesrat angeführte Argument greift somit nicht.

Somit sind wir der dezidierten Auffassung, dass eine Verbriefung eines speziellen Auskunftsrechts des einzelnen Arbeitgebers oder Arbeitnehmers direkt gegenüber der Paritätischen Kommission nicht nötig ist und zudem, da staatlich verordnet, in die Autonomie der Paritätischen Kommissionen eingreift. Zudem bringt dieses einen potenziell grossen Administrations- und Zeitaufwand mit sich, wenn jeder Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, ohne Nachweis eines spezifischen Interesses, jederzeit und allenfalls mehrfach ein Auskunftsbegehren an eine Paritätische Kommission stellen kann. Zwar könnte diese Transparenz, wie vom Bundesrat erwähnt, mit der Publikation der Bilanz und Jahresrechnung auf der Homepage gewährt werden. Um einen allenfalls grossen Aufwand an Zeit und Kosten zu vermeiden, wäre somit eine Paritätische Kommission praktisch von Staates wegen gezwungen, Bilanz und Erfolgsrechnung zu publizieren. Dies ist jedoch auch aus staatspolitischer Sicht nicht vertretbar.

Dennoch soll dem Transparenzgedanken Rechnung getragen werden. Es geht denn nicht darum, die Paritätischen Kommission vor der Offenlegung der Verwendung der Vollzugskostenbeiträge zu schützen. Allenfalls vertretbar wäre, dass ein neuer Art. 5 Abs. 3 und 4 ins AVEG eingefügt wird, jedoch mit dem Zusatz, dass jeder Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ein Auskunftsrecht hat, sofern er ein berechtigtes Interesse nachweisen kann. Das berechnigte Interesse hat sich nach den von der Praxis bereits konsolidierten Grundsätzen zu definieren. Zudem soll im Gesetzestext nicht verbrieft werden, dass das Auskunftsverfahren kostenlos ist, könnte dies denn ein zusätzlicher Anreiz dafür sein, immer wieder und allenfalls unnötige Auskunftsbegehren zu stellen. Dass in der Praxis dieses Verfahren in der Regel kostenlos gestalten wird, ergibt sich per se. Doch soll eine Paritätische Kommission die Möglichkeit haben, in Einzelfällen, vor allem im wiederholten Male, Kosten in Rechnung zu stellen. Weiter sollte Art. 5 Abs. 4 AVEG im nachfolgend aufgeführten Sinn umformuliert werden.

III. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist, basierend auf den obigen Ausführungen, wie folgt anzupassen.

Artikel 5 AVEG, neuer Absatz 3

Werden Bestimmungen über Beiträge im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b allgemeinverbindlich erklärt, so sind die Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, verpflichtet, jedem Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, der dem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht, bezüglich dieser Beiträge auf Verlangen ~~kostenlos~~ Einsicht in die detaillierte Jahresrechnung zu gewähren. Der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer muss dabei ein berechtigtes Interesse nachweisen.

Artikel 5 AVEG, neuer Absatz 4

Die detaillierte Jahresrechnung entspricht der detaillierten Jahresrechnung, welche die Paritätische Kommission dem Staatssekretariat für Wirtschaft SECO einreicht.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassungsantwort im Sinne unserer Ausführungen.

Freundliche Grüsse



Dr. Ivo Bischofberger
Präsident



lic. iur. Katharina Zerobin
Stv. Vorsitzende der Geschäftsleitung



Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 89 42
info.sk@sg.ch

St.Gallen, 29. April 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie uns zur Vernehmlassung über die eingangs erwähnte Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) eingeladen. Wir danken für die Gelegenheit und äussern uns wie folgt:

Die St.Galler Regierung lehnt sowohl die Motion Ettlín wie auch den vom Bundesrat zu ihrer Umsetzung vorgelegten Vorschlag zur Änderung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG ab. Die Sozialpartnerschaft ist ein Schweizer Erfolgsmodell, das den sozialen Frieden seit über 100 Jahren garantiert und allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (aveGAV) sind ein unverzichtbarer Teil dieses Systems. Die Tatsache, dass kantonale Mindestlöhne in einzelnen aveGAV tatsächlich zu Spannungen unter den Sozialpartnern führen können, rechtfertigt keinen derart rigiden Eingriff in die heute gelebte Praxis, wie ihn die Motion Ettlín vorsieht.

Diese verstösst gegen grundlegende, verfassungsmässig garantierte Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, namentlich der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen sowie dem Legalitätsprinzip. Die entsprechenden Ausführungen auf S. 13 des Erläuternden Berichts sind unmissverständlich klar und bedürfen keines weiteren Kommentars.

Es darf keineswegs verhindert werden, sondern muss den einzelnen Kantonen geradezu möglich sein, auf Krisen und allgemeine Entwicklungen im eigenen, begrenzten Arbeitsmarkt mit eigenen, über einen aveGAV hinausgehenden sozialpolitischen Bestimmungen zu reagieren. Die Umsetzung der Motion Ettlín hingegen würde die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone, sozialpolitisch tätig zu werden, beschneiden.



Ganz abgesehen davon bestehen aus unserer Sicht berechnete Zweifel an der Praxis-tauglichkeit des vorliegenden Umsetzungsvorschlags zur Motion Ettlin. Dem Entwurf zu-folge könnten Behörden, die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständig sind, auch solche Bestimmungen betreffend Mindestlöhne für allgemeinverbindlich erklären, die ei-nem kantonalen Mindestlohn widersprechen. Das ist insofern problematisch, als dass in einigen Kantonen die Geltungsbereiche der kantonalen Gesetze vorsehen, dass die kan-tonalen Mindestlöhne Vorrang haben, falls sie höher sind. Folglich würden also zwei pa-rallele und sich widersprechende Gesetze vorliegen, was für die Unternehmen und die Ar-beitnehmenden schwer zu verstehen sein dürfte. Es ist absehbar, dass Gerichte zwecks Auslegung der Bestimmungen unnötig bemüht würden.

Unseres Erachtens erscheint der gewählte Lösungsansatz zur Umsetzung der Motion WAK-N zweckmässig und begrüssenswert. Dieser respektiert die Wirtschaftsfreiheit, das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit, da nur die direkt betroffenen Personen, nämlich die Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden, die Beiträge bezahlen, künftig vom Recht auf Einsicht in die Rechnungen profitieren würden.

Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme der Konferenz Kantonalen Volkswirt-schaftsdirektoren vom 18. März 2024.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Im Namen der Regierung

Stefan Kölliker
Präsident

Dr. Benedikt van Spyk
Staatssekretär



Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
info.paga@seco.admin.ch

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per E-Mail:
info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 29. April 2024

Stellungnahme zur Vernehmlassung «Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín»

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 wurden interessierte Kreise dazu eingeladen, sich zur Vernehmlassung «Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín» zu äussern. Gerne unterbreiten wir Ihnen nachfolgend unsere Position.

Die Zürcher Handelskammer (ZHK) vertritt als Wirtschaftsorganisation die Interessen von über 1'100 Unternehmen am Wirtschaftsstandort Zürich und setzt sich für liberale und marktwirtschaftlich geprägte Rahmenbedingungen für Unternehmen ein.

Die Position der ZHK

Die ZHK fordert die Trennung der beiden Motionen (Motion 21.3599 und Motion 20.4738), da die Motionen materiell unterschiedliche Sachverhalte behandeln und demzufolge separate Vorlagen angezeigt sind.

Zur Motion 20.4738: Die ZHK befürwortet die Stossrichtung der Motion 20.4738, nämlich die Sozialpartnerschaft vor Eingriffen zu schützen. Wir verlangen jedoch auch die Berücksichtigung von nicht allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen. Zudem verlangt die ZHK die Ergänzung einer ausdrücklichen Kollisionsregel in Art. 358 OR (oder eventualiter in Art. 1 AVEG). Schliesslich regen wir an, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nur insoweit erfolgen darf, als keine sozialpartnerschaftliche Lösung eines anderen Gesamtarbeitsvertrages durch die Allgemeinverbindlicherklärung derogiert wird (d.h. bestehende gleichwertige Gesamtarbeitsverträge sind vom Geltungsbereich eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages auszunehmen). Wir schlagen eine entsprechende Ergänzung in Art. 2 Ziff. 4 AVEG vor.

Zur Motion 21.3599: Die ZHK unterstützt die geforderte Transparenz und die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 5 AVEG durch die neuen Absätze 3 und 4.

Weitere Erläuterungen

Motion 20.4738

Der flexible Arbeitsmarkt als zentraler Wettbewerbsvorteil der Schweiz darf nicht gefährdet und die bewährte Sozialpartnerschaft nicht geschwächt werden. Sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Gesamtarbeitsverträge ermöglichen differenzierte, den einzelnen Branchen und Berufen angepasste Lösungen. Kantonale und kommunale Mindestlohnbestimmungen sind beim Vorhandensein sozialpartnerschaftlichen Lösungen nicht notwendig. Um den liberalen Arbeitsmarkt und insbesondere das sinnvolle Instrument der Sozialpartnerschaft zu schützen, sollen kantonale und kommunale Mindestlohnbestimmungen daher nicht in sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Lösungen eingreifen. Kantonale und kommunale Mindestlohnbestimmungen sind nur dort sinnvoll, wo adäquate sozialpartnerschaftliche Regelungen fehlen.

Darüber hinaus sollte auch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung von gesamtarbeitsvertraglichen Arbeitsbedingungen nur insoweit erfolgen, als keine gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen bestehen; bestehende sozialpartnerschaftliche Lösungen sind daher gegebenenfalls vom Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeitserklärung auszunehmen.

Zusammenfassend widerspricht es den Grundsätzen eines liberalen Arbeitsmarkts, wenn sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Lösungen durch gesetzliche Mindestlohnbestimmungen oder Allgemeinverbindlichkeitserklärungen derogiert werden. Dies ist durch die Ergänzung einer Kollisionsregel in Art. 358 OR und durch eine Ergänzung der Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung in Art. 2 Ziff. 4 AVEG zu verhindern.

Anträge der ZHK

Art. 358 OR ist durch eine Kollisionsregel mit Bezug auf kantonale und kommunale Mindestlöhne zu ergänzen. Ohne diese Kollisionsregel besteht die Gefahr einer Rechtsunsicherheit mit Bezug auf die für einzelne Arbeitsverhältnisse konkret geltenden Mindestlöhne.

Antrag: neuer Absatz 2 in Art. 358 OR: «Die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und der Gemeinden vor.»

Eventualiter ist eine entsprechende Kollisionsregel in Art. 1 AVEG aufzunehmen. Diese Bestimmungen sollen auch auf nicht allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge anwendbar sein.

Antrag: Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4: «Die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten oder gleichwertigen nicht allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und der Gemeinden vor.»

Die ZHK regt sodann auch eine Ergänzung des Gesetzesentwurfs zu Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend an, dass im Rahmen einer Allgemeinverbindlicherklärung bereits bestehende Gesamtarbeitsverträge zu berücksichtigen und vom Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeitserklärung auszunehmen sind. Wir schlagen diesbezüglich folgende Ergänzung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG vor.

Antrag: Artikel 2 Ziffer 4 AVEG: «Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen,

jedoch nur insoweit sie nicht in den Geltungsbereich gleichwertiger nicht allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge eingreifen.»

Motion 21.3599

Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge generieren umfangreiche Geldflüsse. Sowohl die Sozialpartner wie auch die Aufsichtsorgane haben sorgfältig mit diesen Geldern umzugehen und die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten.

Die ZHK begrüsst die vom Bundesrat vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 Abs. 3 und 4 AVEG zur Förderung der Transparenz. Diese liegt im öffentlichen Interesse, ohne in die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Verbände bzw. der paritätischen Kommissionen einzugreifen. Da nur die direkt betroffenen Personen, nämlich Vollzugsbeiträge zahlende Arbeitgebende und Arbeitnehmende vom Recht auf Einsicht in die Rechnungen Gebrauch machen können, ist die vorgeschlagene Lösung verhältnismässig.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Zürcher Handelskammer



Raphaël Tschanz
Direktor



CH-6061 Sarnen, Postfach, Staatskanzlei

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
3003 Bern

Mail an: info.paga@seco.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen:
Unser Zeichen: ue

Sarnen, 30. April 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie uns die geplante Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N zur Vernehmlassung zugestellt und eine Vernehmlassungsfrist bis am 1. Mai 2024 gewährt. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen.

Beide Motionen beziehen sich auf allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (aveGAV). Die Motion Ettlín verlangt, dass die Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen geschützt wird. Der Entwurf zur Änderung des AVEG sieht deshalb vor, dass Bestimmungen über Mindestlöhne allgemeinverbindlich erklärt werden können, auch wenn sie niedriger sind als diejenigen, die in kantonalen Gesetzen festgelegt sind. Mit der Umsetzung der Motion WAK-N soll zudem eine Gesetzesbestimmung geschaffen werden, die allen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, welche einem aveGAV unterstehen, ein Einsichtsrecht in die Jahresrechnung der paritätischen Kommissionen gewährt.

Der Regierungsrat des Kantons Obwalden ist sich des weitreichenden Eingriffs der Vorlage in die Demokratie und den Föderalismus bewusst. Die Vorlage ist einerseits aus rechtsstaatlicher Sicht heikel, in dem sie Grundprinzipien der Rechtsordnung tangiert und andererseits in die Souveränität der Kantone eingreift. Im Sinne einer Interessenabwägung befürwortet der Regierungsrat jedoch die vorgeschlagene Änderung des AVEG im Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion Ettlín, zumal er

die Möglichkeit, allgemeinverbindlich erklärte GAV durch kantonale Gesetzgebungen zu übersteuern, als unbefriedigend erachtet. Dies aus folgendem Grund:

Die Sozialpartnerschaft und die aveGAV sind von grosser Bedeutung für den Schweizer Arbeitsmarkt. Mit dem Aushandeln eines GAV streben die Sozialpartner ein Regelwerk an, das die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt und somit sowohl von der Arbeitgeber- als auch von der Arbeitnehmerseite akzeptiert wird. In der Folge kann der Bundesrat einen GAV per Beschluss für allgemeinverbindlich erklären, sodass dessen Bestimmungen für alle Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden eines bestimmten Wirtschaftszweigs oder Berufs auf dem Gebiet der ganzen Schweiz anwendbar sind. Die Allgemeinverbindlichkeit darf sodann nur angeordnet werden, wenn diese dem Gesamtinteresse nicht zuwiderläuft und den Minderheitsinteressen innerhalb des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes angemessen Rechnung trägt. Bei einem aveGAV handelt es sich somit um eine breit abgestützte Lösung.

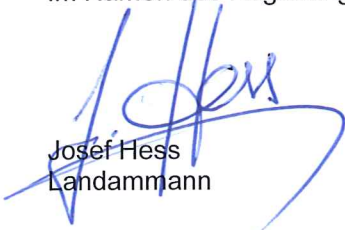
Die gesetzliche Vorgabe eines Mindestlohnes oder ganz allgemein eine gesetzgeberische Intervention eines Kantons im Bereich des zivilen Arbeitsrechts macht denn auch nur dann Sinn, wenn in einer Branche eben gerade kein aveGAV vorliegt und in dieser Branche regelmässig Missbräuche festzustellen sind. Gesamtarbeitsverträge werden – wie bereits erwähnt – unter den Sozialpartnern und damit unter Berücksichtigung aller Interessen und der gesamten Arbeitsbedingungen als Gesamtpaket ausgehandelt. Es kann deshalb nicht sein, dass einzelne Kantone allgemeinverbindlich erklärte GAV durch kantonale Gesetzgebungen in einzelnen Vertragspunkten wie z.B. dem Lohn übersteuern und damit die von den Sozialpartnern akzeptierten Verhandlungsergebnisse, welche in Form des GAV als Gesamtpaket ausgehandelt und akzeptiert wurden, untergraben und einseitig abändern. Ein solches Verhalten entleert den GAV als wichtiges Instrument der Arbeitswelt und Wirtschaft seines Inhalts, schafft Rechtsunsicherheit und schwächt die Position der Sozialpartner bei den Verhandlungen, wenn auf den Bestand der Verhandlungsergebnisse nicht vertraut werden darf. Dies wirkt sich letztlich auch negativ auf die Arbeitnehmenden aus, da die Arbeitgeberseite in diesem Fall bei den Verhandlungen verständlicherweise nur sehr zurückhaltend Zugeständnisse machen wird. Die Vergangenheit hat überdies gezeigt, dass die Sozialpartner durchaus in der Lage sind, Regelwerke zu erschaffen, die sowohl für die Arbeitgeber- als auch für die Arbeitnehmerseite akzeptabel sind und schweizweit allgemeinverbindlich erklärt werden können. Durch die vorgeschlagene Änderung des AVEG und damit dem Vorrang von aveGAV gegenüber kantonalen Mindestlohngesetzen wird die bewährte Sozialpartnerschaft gestärkt und Rechtssicherheit geschaffen.

Ebenso befürwortet der Kanton Obwalden die vorgeschlagene Gesetzesänderung im Zusammenhang mit der Motion WAK-N. Die einem aveGAV unterstellten Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden haben ein legitimes Bedürfnis zu erfahren, wie die Beiträge verwendet werden, die sie an paritätische Kommissionen entrichten. Daher ist es gerechtfertigt, dass sie ein direktes Einsichtsrecht in die Buchhaltungen der paritätischen Kommissionen erhalten und sich dafür nicht mit Hilfe eines umständlichen Verfahrens an das SECO wenden müssen. Dieses Einsichtsrecht soll bekannt, einfach und kostenlos sein. Das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnungen der paritätischen Kommissionen fördert überdies eine zweckmässigere Verwendung der Vollzugskostenbeiträge und eine angemessenere Bildung von finanziellen Reserven. Ein effizienter Vollzug der GAV wird damit sichergestellt.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats



Josef Hess
Landammann



Nicole Frunz Wallimann
Landschreiberin

E-Mail

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF)
Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
E-Mail: info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 30. April 2024

Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

Der Kaufmännische Verband Schweiz vertritt seit vielen Jahren Angestellte in verschiedenen Branchen, so auch in allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen der Branchen Detailhandel Tankstellenshops, Personalverleih sowie im Holzbau.

Kantonale Mindestlöhne und Mindestlöhne in AVEG

Die Motion 20.4738 und somit auch der Änderungsvorschlag in Art. 2 Ziff. 4 AVEG widerspricht grundsätzlich der Aufteilung zwischen Zuständigkeiten der verschiedenen Staatsebenen. Im konkreten Fall können Kantone mit der Festlegung von Mindestlöhnen regionale wirtschaftliche Eigenheiten berücksichtigen. Dies ist insofern von Belang, da einerseits regionale sozio-ökonomische Unterschiede feststellbar sind und andererseits verschiedene regionale Bedürfnisse vorhanden sind, was die Festsetzung von Mindestlöhnen betrifft. Diese Bedürfnisse sind über die kantonalen Mindestlöhne von der Bevölkerung demokratisch legitimiert worden.

Kantonale Mindestlöhne sind eine mögliche sozialpolitische Massnahme in der Kompetenz der Kantone und können ein Mittel zur Armutsbekämpfung sein. Gerade in Kantonen mit einem hohen Anteil an Grenzgängern, also einem potenziell hohen Lohngefälle zwischen Wohn- und Arbeitsort, und starken Tieflohnbranchen ist das Thema Mindestlohn wichtig, da es die ansässigen Arbeitnehmenden direkt betrifft. In Tieflohnbranchen mit AVEGAV kann man sich oft nur auf sehr tiefe Mindestlöhne oder gar keine Mindestlöhne einigen. Es ist deshalb wichtig, dass die Kantone gegebenenfalls eingreifen können, um die lokale Bevölkerung zu schützen.

Diese Möglichkeit muss weiterhin bestehen und es darf keine Einschränkungen durch allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge geben. Es wäre demzufolge schwierig, bis gar nicht zu vermitteln, weshalb ein regionaler Mindestlohn durch Gesamtarbeitsverträge unterboten werden könnte. Das Bundesgericht hat zudem explizit kantonale Mindestlöhne als

verfassungskonform angesehen und bestätigt, dass kantonale Mindestlöhne mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wie auch dem Bundesrecht vereinbar sind.

In den Verhandlungen und Festsetzungen von Gesamtarbeitsverträgen werden zwar die gesetzlichen Mindestlöhne jeweils miteinbezogen, jedoch läuft man Gefahr bei Anpassungen von Gesamtarbeitsverträgen oder auch von neuen gesetzlichen Bestimmungen und Lohnanpassungen diese nicht nachzuvollziehen. Der Kontrollaufwand und der Anpassungsaufwand würden unverhältnismässig stark zunehmen. Zudem werden die entsprechenden Anhänge in Gesamtarbeitsverträgen unübersichtlich und schwer verständlich.

Bei Konflikten zwischen Regelungen in AVE-GAV und kantonalen Bestimmungen gilt im Moment die für die Arbeitnehmenden günstigere Lösung (Günstigkeitsprinzip). Das Gesetz bildet somit den Minimalrahmen ab, ein Gesamtarbeitsvertrag kann über das Gesetz hinausgehen, was Leistungen zugunsten von Arbeitnehmenden anbelangt. Die jetzige gesetzliche Regelung ist deshalb beizubehalten. Gesamtarbeitsverträge sind zudem branchenspezifische Vereinbarungen zwischen privaten Akteuren. Sie sind in diesem Sinn nicht demokratisch legitimiert und sollen auch nicht über Kantons- oder Bundesrecht stehen können.

Transparenz bei Durchführungsorganen von AVEG

Grundsätzlich ist Transparenz bezüglich der Finanzen von Durchführungsorganen für AVEG gegenüber Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden zu begrüssen. Aus Sicht des Kaufmännischen Verbands Schweiz wäre es jedoch wichtig, die finanziellen Informationen mit zusätzlichen Erläuterungen zu versehen, um Missverständnisse zu vermeiden. Eine prüfenswerte Variante wäre, jeweils auch die Prüfberichte des SECO beizulegen. Somit könnte die Gefahr minimiert werden, aus Jahresrechnungen falsche Schlussfolgerungen zu ziehen oder diese Bilanzen falsch zu interpretieren. In diesem Zusammenhang scheint uns auch wichtig zu sein, die entsprechenden Jahresberichte miteinzubeziehen (zusätzlich zum Anhang der Jahresrechnung), da sich meist in diese relevanten Informationen und Erklärungen zu den Jahresrechnungen finden.

Zusammenfassung

Aus Sicht des Kaufmännischen Verband Schweiz ist der Änderungsvorschlag Art. 2 Ziff. 4 AVEG klar abzulehnen. Dieser widerspricht der schweizerischen Normenhierarchie im Allgemeinen, greift in die sozialpolitische Kompetenz der Kantone ein und stellt für Arbeitnehmende im Niedriglohnbereich in der Regel eine deutliche Verschlechterung dar.

Der Änderungsvorschlag in Art. 5 Abs. 3 und 4 AVEG ist in seiner Stossrichtung positiv zu bewerten. Der Kaufmännische Verband Schweiz plädiert für mehr Transparenz bei den Durchführungsorganen von allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen. Diese soll aber gestärkt werden durch begleitende Erläuterungen zu den Jahresrechnungen, damit Fehlinterpretationen und falsche Schlussfolgerungen vermieden werden können.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen bedanken wir uns und stehen für
allfällige weitere Fragen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Für den Kaufmännischen Verband



Sascha M. Burkhalter
CEO Kaufmännischer Verband Schweiz



Michel Lang
Leiter Sozialpartnerschaft

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per E-Mail:
info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 30. April 2024

Stellungnahme zur Vernehmlassung «Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin»

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 wurden interessierte Kreise dazu eingeladen, sich zur Vernehmlassung «Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin» zu äussern. Gerne unterbreiten wir Ihnen nachfolgend unsere Position.

Als regionaler branchenübergreifender Arbeitgeberverband vertritt Arbeitgeber Zürich VZH die Interessen seiner rund 2'200 Mitglieder, welche mit ihren unterschiedlichsten Grössen und Branchen repräsentativ für den Wirtschaftsraum Zürich sind.

Unsere Position

Arbeitgeber Zürich VZH fordert die Trennung der beiden Motionen (Motion 21.3599 und Motion 20.4738), da die Motionen materiell unterschiedliche Sachverhalte behandeln und demzufolge separate Vorlagen angezeigt sind.

Zur Motion 20.4738: Arbeitgeber Zürich VZH befürwortet die Stossrichtung der Motion 20.4738, nämlich die Sozialpartnerschaft vor Eingriffen zu schützen. Wir verlangen jedoch auch die Berücksichtigung von nicht allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen. Zudem verlangt Arbeitgeber Zürich VZH die Ergänzung einer ausdrücklichen Kollisionsregel in Art. 358 OR (oder eventualiter in Art. 1 AVEG). Schliesslich regen wir an, dass

eine Allgemeinverbindlicherklärung nur insoweit erfolgen darf, als keine sozialpartnerschaftliche Lösung eines anderen Gesamtarbeitsvertrages durch die Allgemeinverbindlicherklärung derogiert wird (d.h. bestehende gleichwertige Gesamtarbeitsverträge sind vom Geltungsbereich eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages auszunehmen). Wir schlagen eine entsprechende Ergänzung in Art. 2 Ziff. 4 AVEG vor.

Zur Motion 21.3599: Arbeitgeber Zürich VZH unterstützt die geforderte Transparenz und die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 5 AVEG durch die neuen Absätze 3 und 4.

Weitere Erläuterungen

Motion 20.4738

Der flexible Arbeitsmarkt als zentraler Wettbewerbsvorteil der Schweiz darf nicht gefährdet und die bewährte Sozialpartnerschaft nicht geschwächt werden. Sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Gesamtarbeitsverträge ermöglichen differenzierte, den einzelnen Branchen und Berufen angepasste Lösungen. Kantonale und kommunale Mindestlohnbestimmungen sind bei Vorhandensein sozialpartnerschaftlicher Lösungen nicht notwendig. Um den liberalen Arbeitsmarkt und insbesondere das sinnvolle Instrument der Sozialpartnerschaft zu schützen, sollen kantonale und kommunale Mindestlohnbestimmungen daher nicht in sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Lösungen eingreifen. Kantonale und kommunale Mindestlohnbestimmungen sind nur dort sinnvoll, wo adäquate sozialpartnerschaftliche Regelungen fehlen.

Darüber hinaus sollte auch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung von gesamtarbeitsvertraglichen Arbeitsbedingungen nur insoweit erfolgen, als keine gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen bestehen; bestehende sozialpartnerschaftliche Lösungen sind daher gegebenenfalls vom Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeitserklärung auszunehmen.

Zusammenfassend widerspricht es den Grundsätzen eines liberalen Arbeitsmarkts, wenn sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Lösungen durch gesetzliche Mindestlohnbestimmungen oder Allgemeinverbindlichkeitserklärungen derogiert werden. Dies ist durch die Ergänzung einer Kollisionsregel in Art. 358 OR und durch eine Ergänzung der Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung in Art. 2 Ziff. 4 AVEG zu verhindern.

Anträge

Art. 358 OR ist durch eine Kollisionsregel mit Bezug auf kantonale und kommunale Mindestlöhne zu ergänzen. Ohne diese Kollisionsregel besteht die Gefahr einer Rechtsunsicherheit mit Bezug auf die für einzelne Arbeitsverhältnisse konkret geltenden Mindestlöhne.

Antrag: Neuer Absatz 2 in Art. 358 OR: «Die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und der Gemeinden vor.»

Eventualiter ist eine entsprechende Kollisionsregel in Art. 1 AVEG aufzunehmen. Diese Bestimmungen sollen auch auf nicht allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge anwendbar sein.

Antrag: Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4: «Die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten oder gleichwertigen nicht allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und der Gemeinden vor.»

Arbeitgeber Zürich VZH regt sodann auch eine Ergänzung des Gesetzesentwurfs zu Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend an, dass im Rahmen einer Allgemeinverbindlicherklärung bereits bestehende Gesamtarbeitsverträge zu berücksichtigen und vom Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung auszunehmen sind. Wir schlagen diesbezüglich die nachfolgende Ergänzung von Art. 2 Ziff. 4 AVEG vor.

Antrag: Artikel 2 Ziffer 4 AVEG: «Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen, jedoch nur insoweit sie nicht in den Geltungsbereich gleichwertiger nicht allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge eingreifen.»

Motion 21.3599

Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge generieren umfangreiche Geldflüsse. Sowohl die Sozialpartner wie auch die Aufsichtsorgane haben sorgfältig mit diesen Geldern umzugehen und die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten.

Arbeitgeber Zürich VZH begrüsst die vom Bundesrat vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 Abs. 3 und 4 AVEG zur Förderung der Transparenz. Diese liegt im öffentlichen Interesse, ohne in die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Verbände bzw. der paritätischen Kommissionen einzugreifen. Da nur die direkt betroffenen Personen, nämlich Vollzugsbeiträge zahlende Arbeitgebende und Arbeitnehmende vom Recht auf Einsicht in die Rechnungen Gebrauch machen können, ist die vorgeschlagene Lösung verhältnismässig.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Arbeitgeber Zürich VZH



Hans Strittmatter
Geschäftsleiter

Andreas Lustenberger
Bereichsleiter Grundlagen und Politik
Caritas Schweiz
Tel.: +41 41 419 23 87
E-Mail: alustenberger@caritas.ch

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
(WBF)
Herr Bundesrat Guy Parmelin

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Luzern, 30. April 2024

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»)

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin, sehr geehrte Damen und Herren

Das WBF hat am 24.01.2024 die Vernehmlassung zur Umsetzung der oben genannten Motionen eröffnet. Hiermit nehmen wir die Möglichkeit wahr, uns dazu zu äussern.

Caritas Schweiz verhindert, lindert und bekämpft Armut in der Schweiz und weltweit in rund 20 Ländern. Gemeinsam mit dem Netz der Regionalen Caritas-Organisationen setzt sie sich mit ihren Projekten für Menschen ein, die in der Schweiz von Armut betroffen oder bedroht sind: Familien, Alleinerziehende, Arbeitslose, Working Poor. Caritas Schweiz betreut Asylsuchende sowie Flüchtlinge und leistet Rechtsberatung. Zudem vermittelt sie Freiwillige für soziale Einsätze. Caritas Schweiz äussert sich regelmässig zu sozial-, migrations- und entwicklungspolitischen Fragen.

Da Mindestlöhne ein Mittel zur Armutsbekämpfung sind, lehnt Caritas Schweiz die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín ab. In Bezug auf die Motion 21.3599 WAK-N nimmt Caritas Schweiz keine Stellung.

Wie Caritas in ihrem [Appell für eine Schweiz ohne Armut](#) aufzeigt, ist ein Erwerbseinkommen das wichtigste Mittel zur Existenzsicherung und damit die beste Armutsprävention. Mindestlöhne leisten in Kombination mit weiteren Massnahmen wie z.B. der Verfügbarkeit von bezahlbarer Kinderbetreuung einen wichtigen Beitrag zur Armutsbekämpfung. In der Schweiz sollen keine Löhne ausbezahlt werden, die nicht existenzsichernd sind. Besonders von Mindestlöhnen profitieren armutsbetroffene und -gefährdete Erwerbstätige, sogenannte Working Poor, da sie zu zu tiefen Löhnen oder in zu kleinen Pensen arbeiten: Im Jahr 2022 waren 144'000 Personen trotz Erwerbsarbeit von Armut betroffen, 298'000 trotz Erwerbsarbeit von Armut gefährdet. Mitbetroffen sind Kinder und nichterwerbstätige Familienmitglieder im gleichen Haushalt: Insgesamt beträgt die Anzahl der Personen, die trotz eines Erwerbseinkommens im Haushalt armutsgefährdet sind, 709'000¹.

¹ Bundesamt für Statistik, Armut/Armutsgefährdung.

In der Schweiz werden also Löhne ausbezahlt, die nicht existenzsichernd sind. Die betroffenen Personen leben trotz Erwerbsarbeit unter oder am Existenzminimum und haben je nach Haushalt grosse Mühe, finanziell über die Runden zu kommen. Leben Kinder in den gleichen Haushalten, sind sie durch die finanziell prekäre Situation in ihrer sozialen Entwicklung stark eingeschränkt. Frauen und Ausländerinnen und Ausländer sind besonders auf existenzsichernde Löhne angewiesen, da sie häufiger in Tieflohnbereichen² arbeiten.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass Bestimmungen über Mindestlöhne in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) allgemeinverbindlich erklärt werden können, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Die vorgeschlagene Änderung des Art. 2 Ziff. 4 AVEG hätte erstens die Aufhebung der von der Stimmbevölkerung angenommenen Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg zur Folge. Zweitens würden auch zukünftige Mindestlöhne verhindert, vorausgesetzt sie sind höher als in den allgemeinverbindlich erklärten GAV. Jüngst wurden auch in den Kantonen Solothurn und Wallis sowie in mehreren Städten Volksinitiativen lanciert, die Mindestlöhne unabhängig von den Bestimmungen in den einschlägigen GAV verlangen. Bereits angenommen wurden Mindestlöhne in den Städten Zürich und Winterthur.

Im Kanton Genf wurden dank der Einführung des Mindestlohns die Löhne von rund 20'000 Arbeitnehmenden erhöht. Eine im Dezember 2023 vorgestellte Studie hielt zudem fest, dass die Arbeitslosenquote seit der Einführung des Mindestlohns im Kanton Genf nicht gestiegen ist – und entkräftete somit ein weit verbreitetes Gegenargument³. Besonders profitiert haben Frauen, die vermehrt in Tieflohnbranchen arbeiten. Auch im Kanton Neuenburg hatten vor Einführung des Mindestlohns rund 2'700 Arbeitnehmende einen tieferen Lohn als in der Volksinitiative vorgesehen⁴. In der Stadt Zürich verdienen rund 17'000 Personen weniger als 4'000 Franken für eine Vollzeitstelle⁵. Solche Löhne reichen nicht zum Leben, v.a. wenn mehrere Personen davon abhängig sind. Zum Vergleich: Die Armutsgrenze für zwei Erwachsene mit zwei Kindern liegt laut den SKOS-Richtlinien bei 4010 Franken. Ein existenzsichernder Lohn, wie er u.a. von der Zürcher Stimmbevölkerung angenommen wurde, hätte positive Effekte auf die finanzielle Situation und auf die Altersvorsorge. Auch wird die Abhängigkeit von der Sozialhilfe verringert.

Bei Annahme des Gesetzesentwurf befürchtet Caritas Schweiz eine steigende Prekarisierung: Die SODK weist in ihrer Stellungnahme vom 8. März 2024 darauf hin, dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung «mit hoher Wahrscheinlichkeit» zu tieferen Löhnen in den betroffenen Branchen führen würde. Im Kanton Genf wären bspw. die Coiffeurbranche, Hotellerie und Gastronomie, Personalverleih und Reinigungsbranchen betroffen. Auch der Bundesrat weist im erläuternden Bericht auf die drohenden Lohneinbussen hin (Seite 12). Die Arbeitnehmenden, die auch mit den kantonalen Mindestlöhnen nahe am Existenzminimum leben, wären sehr gefährdet, als direkte Folge der Gesetzesänderung in die Armut abzurutschen.

Aus den genannten Gründen lehnt Caritas Schweiz die Umsetzung der Motion Ettlín ab.

² Etwas mehr als eine halbe Millionen Menschen besetzten eine Tieflohnstelle, das sind 12,1% der Arbeitnehmenden (Bruttolohn von weniger als 4525 Franken für eine Vollzeitstelle). 62,1% davon waren Frauen. Ausländerinnen und Ausländer sind ebenfalls häufiger im Tieflohnbereich tätig.

Quellen: Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE) 2022 und NZZ, Jobs, die niemand will: In diesen Berufen arbeiten am meisten Ausländer – eine Rangliste, 20.04.2024.

³ Medienmitteilung des Regierungsrats Genf, Première évaluation de l'introduction du salaire minimum genevois : pas d'effet significatif sur le taux de chômage, 07.12.2023, und RTS, A Genève, le salaire minimum n'a pas provoqué une hausse du chômage, 07.12.2023.

⁴ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl) (Salaire minimum), 04.11.2013.

⁵ Lohn zum Leben-Komitee, <https://www.lohnzumleben-zuerich.ch/>.

Für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme bedanken wir uns im Voraus. Bei Rückfragen und für weitere Erläuterungen steht Ihnen Laura Brechbühler (Telefon: +41 78 884 98 83, E-Mail: lbrechbuehler@caritas.ch) zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Caritas Schweiz

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Lustenberger', with a long horizontal flourish extending to the right.

Andreas Lustenberger
Bereichsleiter Grundlagen und Politik

Herr Bundesrat Guy Parmelin
Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an
info.paga@seco.admin.ch

1. Mai 2024

Stellungnahme des Schweizer Tourismus Verbandes **Änderung des Bundesgesetzes über die** **Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur «Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen» Stellung nehmen zu können. Der Schweizer Tourismus-Verband STV ist die nationale tourismuspolitische Dachorganisation mit über 500 Mitgliedern, darunter rund 40 schweizerischen Branchen- und Fachverbänden des Tourismus mit insgesamt rund 30 000 touristischen Leistungserbringern. Als Vertreter des viertgrössten Exportbereichs der Schweizer Wirtschaft setzen wir uns für faire politische Rahmenbedingungen für die gesamte Schweizer Tourismuswirtschaft ein.

1. Allgemeine Anmerkung

Der Schweizer Tourismus-Verband (STV) befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín umsetzt. Als Dachverband des Tourismussektors schlägt der STV im Sinne einer klaren Formulierung noch zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel 4).

Der Bundesrat empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung. Er ist der Meinung, das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín verstosse gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung, welche die Bundesverfassung garantiert. Die Motion verletze die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Ein von verschiedenen Branchenverbänden in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner widerspricht dieser Auffassung und legt dar, dass die Bedenken des Bundesrates rechtlich unbegründet sind. Das Rechtsgutachten kommt zum Ergebnis, dass weder die Umsetzung der

Motion noch die Motion selbst, gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

2. Relevanz der Sozialpartnerschaft und der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 Prozent ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In weiteren Kantonen sind Volksinitiativen eingereicht oder geplant. Darüber hinaus ist es seit dem Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) teilweise ausser Kraft setzen. Diese Entwicklungen haben dazu geführt, dass das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen andererseits nicht mehr klar geregelt ist. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage.

Die Motion 20.4738 Ettlín zielt deshalb darauf ab, die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen zu schützen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmenden- und Arbeitgebendenverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden Arbeitsbedingungen gemeinsam aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner:innen über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Die Sozialpartner:innen verfügen über die nötigen branchenrelevanten Kenntnisse und legen deshalb Lohn- und Arbeitsbedingungen im Austausch miteinander fest. Die Sozialpartner:innen einer Branche vertrauen einander und erkennen die Interessen der jeweils anderen an, um die Mitglieder bestmöglich zu vertreten. Auf die Bedürfnisse der Branche und Betriebe zugeschnittene Lösungen erlauben es, dem Konkurrenzkampf auf dem Arbeitsmarkt Stand zu halten und Lösungen für branchenspezifische Probleme gemeinsam zu erarbeiten. Diese Zusammenarbeit wird durch Verträge geregelt und wird nicht staatlich dekretiert.

Vertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende zudem effektiver als kantonale Massnahmen, da sich gesetzliche Regelungen nur in einem langwierigen Prozess verändern lassen und somit weniger agil sind. Vertragliche Bestimmungen sind dahingegen dynamischer und können schneller auf verändernde Bedürfnisse der betroffenen Branchen resp. der Gesellschaft reagieren. Damit garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmendenrechte.

Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmende und Arbeitgebende unterstanden. Im Jahr 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Nachfrage der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

Wenn die GAV durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen und in der Folge dazu, dass Sozialpartner:innen vermehrt auf GAV verzichten könnten. Wenn jeder Kanton oder jede Gemeinde an den ave GAV Hand anlegt, besteht die Gefahr, dass solche Vertragswerke überflüssig werden und Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies gilt es zu verhindern, da die Sozialpartnerschaft einen wichtigen und kontinuierlichen Austausch zwischen beiden Interessensparteien sicherstellt.

3. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Die Motion äussert sich jedoch explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Der STV befürwortet deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, dieser soll jedoch explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regeln** (vgl. Kapitel 4 unten). **Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist hingegen nicht notwendig. Der STV teilt die Auffassung des Bundesrates, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre, nicht.** Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt diese Beurteilung und hält fest:

«Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als lex specialis zu

Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.»

Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und dem 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. **Der STV befürwortet die Beschränkung auf die Mindestlöhne.**

4. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der STV empfiehlt den Vernehmlassungsentwurf wie folgt anzupassen:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für Arbeitnehmer:innen *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Daher empfiehlt der STV eine explizite, klare und verständliche Formulierung im

Gesetzestext, Art. 1 Abs. 4 des VE zu ergänzen. Der ursprüngliche Motionstext zielt nämlich auf einen *unbedingten* Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Zudem empfiehlt es sich auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf zu verzichten; denn damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist jedoch immer zwingend.

5. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. Der STV zieht eine andere Schlussfolgerung. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen gemäss dem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung.

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: *«[Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.»*

Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind. Der Preiswettbewerb kann so über Lohndumping ausgefochten werden. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung *«nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.»* Der Bund sei *«kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu*

erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.»

Den Kantonen wird daher keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne *«dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»*

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: *«Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.»*

Die Motion 20.4738 Ettlín ist nur auf jene ave GAV anwendbar, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet. Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Die ave GAV sorgen dafür, dass Unternehmen innerhalb einer Branche auf gleicher Grundlage agieren und somit Sozialdumping verhindern.

Im erläuternden Bericht hält der Bundesrat zudem fest, dass ein GAV *«ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.»*

Prof. Dr. Häner hält dem jedoch entgegen, dass durch die Allgemeinverbindlicherklärung *«privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht»* werde. Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich *«als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»*

6. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, *« dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.»* Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen.

Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel 4 entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens). Die Bedenken des Bundesrates sind rechtlich gesehen unbegründet. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht, insbesondere, wenn die unter Kapitel 4 empfohlenen Änderungen umgesetzt werden.

Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen | Seite 7/7

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Philipp Niederberger
Direktor



Samuel Huber
Leiter Politik

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben
GastroSuisse
Verband für Hotellerie und Restauration
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5351952

Zürich, 27. März 2024

Rechtsgutachten

**über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung
von Gesamtarbeitsverträgen**

von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither sind wieder verschiedene Bestrebungen im Gange, Lohnuntergrenzen in den Kantonen einzuführen und durchzusetzen. Derzeit haben die Kantone Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Basel-Stadt Lohnuntergrenzen eingeführt.
- 2 Seit einem in Teilen der Lehre mit Skepsis aufgenommenen höchstrichterlichen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg¹ ist es grundsätzlich möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren.²
- 3 Vor diesem Hintergrund befürchten verschiedene Autoren, dass dadurch ave GAV geschwächt werden, die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage gestellt wird und allgemein eine Rechtsunsicherheit bestehen wird.
- 4 Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion Baumann, Nr. 18.3934, eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Im Jahr 2020 ist die Motion Ettlín, Nr. 20.4738, eingereicht worden. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Bei allen anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen würden kantonale Vorgaben den ave GAV vorgehen. Der Nationalrat hat in der Wintersession 2022 den Entscheid des Ständerats bestätigt und die Motion Ettlín angenommen.

¹ BGE 143 I 403.

² Vgl. MADUZ/SCHMID, 271 ff.

- 5 In seiner Stellungnahme sowie in den parlamentarischen Beratungen zu dieser Motion hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion vorgeschlagen, weil die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert seien, und kantonales Recht darstellen, das die Kantone verfassungsgemäss als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen und bezieht sich dabei auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 21. Juli 2017.³
- 6 Im Erläuternden Bericht des Bundesrats vom 24. Januar 2024 stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des mittlerweile auf den Mindestlohn beschränkten Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Er hat dennoch verschiedene Lösungen geprüft. Mit der angestrebten Vernehmlassungsvorlage würde Art. 2 Ziff. 4 AVEG dahingehend ergänzt werden, dass künftige Bestimmungen von GAV, die niedrigere Mindestlöhne als die in den kantonalen Gesetzen festgelegten vorsehen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung sind diese Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufs anwendbar, wobei die GAV sowohl des Bundes als auch der Kantone betroffen wären.⁴ Von einer Änderung des OR und der BV hat der Bundesrat abgesehen.⁵ Der Bundesrat begründet seine kritische Haltung wie folgt: *«Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen die Problematik eines Mindestlohns fällt, ergebe sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 BV und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Die Massnahmen, die einen Mindestlohn vorschreiben und ein überwiegendes sozialpolitisches Ziel verfolgen, sind Teil der öffentlich-rechtlichen Schutzmassnahmen, die die Kantone trotz der zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Arbeit grundsätzlich weiterhin erlassen dürfen, und ergänzen die öffentlich-rechtlichen Massnahmen des Bundes, die im ArG und seinen Verordnungen verankert sind. Solche Massnahmen bezwecken die Bekämpfung der Armut und verstossen folglich nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Umsetzung der Motion Ettlín, die darauf abzielt, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen, verletzt die Aufteilung der Kompetenzen*

³ Erläuternder Bericht, 4 und 8.

⁴ Erläuternder Bericht, 6.

⁵ Erläuternder Bericht, 7.

zwischen Bund und Kantonen – einen Grundsatz, der von der Bundesverfassung garantiert wird.»⁶ Der Bundesrat bemängelt weiter, dass «Die Umsetzung der Motion auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität [verstosse], der aus Art. 5 Abs. 1 BV hervorgeht. Daraus leitet sich der Grundsatz der Normenhierarchie ab, der verlangt, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstösst. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht. Aus Sicht der Normenhierarchie ist ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.»⁷ Die nunmehr fragliche Vernehmlassungsvorlage betreffend Änderung des AVEG lautet wie folgt (*kursiv*):

- 7 Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; *Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemein verbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

B. Fragestellung

- 8 Im Nachgang an den Erläuternden Bericht des Bundesrats, möchte Gastro-Suisse, ein Schweizerischer Arbeitgeberverband des Gastgewerbes, nachfolgende Fragen betreffend den zu ändernden Art. 2 Ziff. 4 AVEG klären:
- Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?
 - Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz

⁶ Erläuternder Bericht, 13.

⁷ Erläuternder Bericht, a.a.O.

in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?

- Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in Ave GAV mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?
- Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?
- Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?
- Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?
- Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín gegen den Art. 358 OR?

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Autor/in, in: SGK, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das neue Parlamentsgesetz im Lichte der Staatsleitungsreform, in: LeGes, 2003/2, S. 21-30.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürcher Diss., Zürich/St. Gallen 2019.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998.

- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, (zit. Autor/in, Handkomm. ArG, Art. ... N ...).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020.
- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Kapitel 28, S. 1165-1209.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, ArG Kommentar, 8. Aufl., OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich 2017.
- MADUZ CHRISTIAN/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2017, S. 271-279.
- PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2018, S. 294-297.
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.
- TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Autor/in, in: BSK, Art. ... N ...).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: ARV online 2014, Nr. 1.

B. Rechtsgrundlagen

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (zit. OR).
- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 (zit. AVEG).

- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11 (*zit. ArG*).

C. Materialien

- Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBI 2013 1211 (*zit. Botschaft, Mindestlohn, 1211, ...*).
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf vom 10. Oktober 2012, BBI 2012 8513 (*zit. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, ...*).
- Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtabreitsverträgen (AVEG) vom 24. Januar 2024, S. 1-15 (*zit. Erläuternder Bericht, ...*).
- Entwurf zum Entsendegesetz, BBI 2021 1121.
- Memorandum vom 10. September 2017.
- Motion 20.4738, Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen vom 18. Dezember 2020.
- Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» vom 7. Juni 2018.

III. RECHTLICHES

A. Vereinbarkeitskontrolle der Motion bzw. des Vernehmlassungsentwurfs

1. Einleitung

- 9 Die Motion bzw. der Vernehmlassungsentwurf soll nach Ansicht des Bundesrats mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widersprechen und begründet

dies im Wesentlichen damit, dass das Gesetzgebungsvorhaben eine Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung mit sich bringen würde.⁸

10 Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV halten die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ihrem Grundsatz nach fest (sog. Maxime der Einzelermächtigung), wonach der Bund nur über jene Befugnisse verfügt, die ihm die Verfassung zuweist.⁹ Als Folge des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung, bezweckt Art. 49 BV die Schaffung einer einheitlichen, in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung und dient damit der Rechtssicherheit.¹⁰

11 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV bestimmt, dass die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen können (sog. nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz¹¹).¹² Der Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone¹³ wird entsprechend durchbrochen, womit Bundesrecht als höhere Hierarchiestufe im Konfliktfall kantonalem Recht als tiefere Hierarchiestufe vorgehen.¹⁴ Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁵ Eine an sich abschliessende Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich schliesst jedoch dann eine kantonale Lösung nicht aus, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts.¹⁶ Die Kantone dürfen vielmehr im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen Vorschriften erlassen, soweit sie nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln.¹⁷ Schliesslich gilt, dass den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In

⁸ Erläuternder Bericht, 7 und 13.

⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6.

¹⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 4.

¹¹ BGE 144 III 155 E. 4.3.

¹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1092 ff.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052 ff.

¹⁴ Vgl. Epiney, BSK BV, Art. 5 N 55 f.; BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

¹⁵ BGE 138 I 468 E. 2.6; BGE 138 I 454 E. 3.6.3.

¹⁶ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 137 I 167 E. 3.4.

¹⁷ BGE 138 I 435 E. 3.1; BGE 138 I 356 E. 5.4.2.

solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden.¹⁸ Dies gilt auch für die ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes, die hier aber nicht in Frage stehen. Bei den ursprünglich derogatorischen Kompetenzen des Bundes erlischt die kantonale Kompetenz bei Inkraftsetzung der entsprechenden Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes in der BV.¹⁹ Im vorliegenden Fall geht es jedoch sowohl in Art. 110 BV wie auch in Art. 122 BV um nachträglich derogatorische Bundeskompetenzen, die einerseits die kantonalen Kompetenzen erst dann derogieren, wenn der Bundesgesetzgeber ein Gesetz erlassen hat und andererseits den Kantonen den Spielraum belässt, in demselben Sachbereich Gesetze zu erlassen, wenn sie einen anderen Zweck verfolgen und nicht zur Vereitelung von Bundesrecht führen.²⁰

2. Vereinbarkeit kantonaler Mindestlöhne mit der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich der Arbeit

12 Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, in dessen Rahmen der hier interessierende Vernehmlassungsentwurf betreffend den Mindestlohn fällt, ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art. 110 BV und für das Zivilrecht aus Art. 122 BV.²¹ Beide Bestimmungen begründen nach Lehre²² und Rechtsprechung²³ eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* zugunsten des Bundes mit *nachträglich derogatorischer Wirkung*. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. Diese Gesetzgebungsermächtigungen können sich zudem aufgrund allgemeiner Zielvorgaben (z.B. Art. 41 BV; Art. 94 BV) zu Handlungsaufträgen verdichten.²⁴

¹⁸ BGE 138 I 410 E. 3.1; BGE 138 I 435 E. 3.1.

¹⁹ HÄNER, Organisationsrecht, Rz. 28.15 m.w.H.

²⁰ HÄNER, Organisationsrecht, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1092 ff.

²¹ BGE 143 I 403 E. 7.2; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 1.

²² BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 3.

²³ BGE 139 I 242 E. 3.1; BGE 97 I 499 E. 3.a.

²⁴ BIAGGINI, OFK BV, a.a.O.

- 13 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird über das *Ziel des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* definiert und ist ausserordentlich weit gefasst.²⁵ Der Begriff «Schutz» ist facettenreich und weit zu verstehen, womit er nicht nur die Aspekte Gesundheit und Sicherheit, sondern auch das in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV formulierte Sozialziel bzgl. Bestreitung des Lebensunterhalts durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen konkretisiert.²⁶ Keine Rolle spielt daher, ob das Arbeitsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist oder um welchen Wirtschaftssektor es sich handelt.²⁷ Es gibt m.a.W. kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum weiteren Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legiferieren dürfte,²⁸ womit eine Ausweitung des geltenden Schutzzumfangs grundsätzlich möglich erscheint.²⁹
- 14 Die Frage, ob sich aus dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes ein Anspruch auf einen Mindestlohn im Sinne einer *Existenzsicherung* direkt aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist bislang unbeantwortet geblieben. Die Schweiz kennt derzeit keinen umfassenden staatlichen Schutz von Mindestlöhnen, die dem Schutz eines existenzsichernden Einkommens bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit dienen.³⁰ Nach Ansicht des Bundesrats lässt sich dies damit erklären, dass die Lohnbildung auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft beruht und zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.³¹ Diese wirtschaftspolitische Grundentscheidung, welche die schweizerische Praxis bislang prägt, spricht nach Ansicht der Lehre³² allerdings nicht dagegen, dass auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV³³ – oder aus internationalen Verpflichtungen der Schweiz³⁴ – Mindestlohnvorschriften geschaffen werden, die dem Arbeitnehmer-

²⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 22.

²⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 110 N 4; Cardinaux, BSK BV, Art. 110 N 2; GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 9 f. m.w.H.

²⁷ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23.

²⁸ GÄCHTER, SGK, a.a.O.

²⁹ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 23 m.w.H.

³⁰ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³¹ Botschaft Mindestlohn, 1211, 1227 und 1236.

³² Vgl. CARDINAUX, BSK BV, Art. 110 N 25, wonach Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung kantonaler Bestimmungen bzgl. Lohnfreiheit zulässt; ferner GEISER, 809 m.w.H.

³³ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24.

³⁴ WILDHABER, Rz. 58 ff.

schutz dienen. Immerhin lassen sich denn auch verschiedene Instrumente verorten, die dem Mindestlohnschutz dienen, namentlich Gesamtarbeitsverträge oder allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.³⁵

- 15 Vor dem Hintergrund, dass Art. 110 Abs. 1 BV eine umfassende Regelungskompetenz beinhaltet und nachträglich-derogatorisch wirkt, wird den Kantonen keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt.³⁶ Folglich dürfen die Kantone keine weitergehenden Arbeitsschutzbestimmungen erlassen, da dies den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz gefährden würde³⁷ und der Bund mit dem Erlass des ArG von seiner Kompetenz im Arbeitnehmerschutz zu legiferieren, Gebrauch gemacht hat; das ArG enthält namentlich Vorschriften zum Schutz der Gesundheit und stellt rechtsprechungsgemäss eine umfassende Regelung in Bezug auf den allgemeinen Schutz der Arbeitnehmenden bereit.³⁸ Ausdrückliche Vorbehalte bestehen im ArG für die sog. *Polizeivorschriften* des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, insbesondere solche über die Gesundheitspolizei (vgl. Art. 71 lit. c ArG). In diesen praktisch wichtigen Bereichen verbleibt den Kantonen noch ein gewisser Gestaltungsspielraum, der jedoch nicht zu weit interpretiert werden darf;³⁹ vorbehalten bleiben die Polizeivorschriften nur deshalb, weil sie andere (Arbeits-)Schutzzwecke verfolgen⁴⁰ bzw. diese nur nebenbei eine Schutzfunktion für Arbeitnehmende⁴¹ zukommt.⁴² Ein gewichtiger Teil der Lehre schliesst daraus, dass den Kantonen für diejenigen Branchen, die nicht vom Arbeitsschutzrecht des

³⁵ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 24; der Bund hat in weitem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, namentlich mit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR), dem Arbeitsgesetz und dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

³⁶ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; BGE 139 I 242 E. 3.2.

³⁷ TSCHUDI, 20.

³⁸ BGE 143 I 304 E. 7.5.1 f.

³⁹ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; vgl. MAHON/BENOÎT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16 und N 21;

⁴⁰ MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴² Soweit sie aber darüber hinausgehen und nur noch arbeitsrechtlich begründet werden können, sind sie aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Rz. 7) unwirksam; vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, 207 N 5.

Bundes erfasst werden, die Regelungskompetenz verbleibt,⁴³ indes die Bestimmung nicht weit ausgelegt werden darf.⁴⁴ Die Rechtsprechung hält hierzu fest, dass bei Vorliegen einer abschliessenden Bundesregelung im Sachbereich der Arbeit, eine kantonale Lösung dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sie ein *anderes Ziel* verfolgt als dasjenige des Bundesrechts, wie z.B. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit⁴⁵ oder bei sozialpolitischen Massnahmen⁴⁶ (vgl. sogleich nächster Absatz);⁴⁷ m.a.W. kann eine kantonale Regelung dann nicht mehr Bestand haben, wenn damit derselbe Zweck wie jene des Bundesrechts angestrebt wird.

- 16 Im Zusammenhang mit kantonalen Mindestlohnvorschriften bleiben nach der jüngsten Rechtsprechung kantonale Mindestlohnvorschriften in eingeschränktem und engem Rahmen zulässig⁴⁸, da diese nach Ansicht des Bundesgerichts als *sozialpolitische Massnahme* (und nicht als ausschliesslich dem Bundesgesetzgeber vorbehaltene *wirtschaftspolitische Massnahme* gelten) und damit als Instrument zur Bekämpfung der Armut dienen bzw. dem Phänomen des «*working poor*» entgegenwirken soll.⁴⁹ Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 allerdings noch festgehalten, dass die Ansicht, wonach der Lohn – und dazu gehört auch der Mindestlohn – im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist und Art. 110 BV der allgemeinen Armutsbekämpfung diene.⁵⁰ Nach neuerer Auffassung des Bundesgerichts ist demgegenüber ein kantonaler Mindestlohn dann erlaubt, wenn damit das sozialpolitische Ziel erhalten bleibt, indem sich die kantonalen Mindestlohnvorschriften jenen der Sozialversicherungs- und

⁴³ Vgl. Überblick bei Gächter, SGK, Art. 110 N 25; bejahend WILDHABER, Rz. 7; CARDINAUX, BSK, Art. 110 N 25; wohl PÄRLI, 296; verneinend MADUZ/SCHMID, 278 f.; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5; im Übrigen war mit dieser Argumentation die Einführung eines kantonalen Mindestlohns im Kanton Neuenburg überhaupt möglich. Namentlich habe mit dem Erlass des OR, ArG und des AVEG der Bund die Frage der Mindestlöhne nicht vollständig und abschliessend geregelt. Eine kantonale Kompetenz, einen Mindestlohn aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen festzulegen, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. Botschaft, Gewährleistung KV, 8513, 8521.

⁴⁴ GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26; MAHON/BENOÏT, Handkomm. ArG, Art. 71 N 16; ferner MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 71 N 5.

⁴⁵ BGE 139 I 242 E. 3.1.

⁴⁶ Anders als wirtschaftspolitische Massnahmen scheiden sozialpolitisch motivierte Einschränkungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 94 BV aus bzw. verbleiben derartige Einschränkungen den Kantonen, vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; ferner RICHLI, N 605 m.H.

⁴⁷ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁸ BGE 143 I 403 E. 7.5.2.

⁴⁹ BGE 143 I 403 E. 7.5.3.

⁵⁰ BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.2.1 f.

Sozialhilfebeiträgen annähern;⁵¹ andernfalls liegt ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff vor, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt.

17 Angesichts dieser Rechtsprechung (vgl. Rz. 15 f.) zählt ein kantonaler Mindestlohn nicht zum Arbeitsschutzrecht des Bundes, sondern soll rechtsprechungsgemäss ein Instrument der Armutsbekämpfung darstellen, weshalb es den Kantonen teilweise erlaubt ist in diesem Sachbereich zu legislieren.⁵² Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten⁵³, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet.⁵⁴ Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat auf denselben Sozialschutzgedanken gezielt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Initiative aus dem Kanton Neuenburg.⁵⁵ Zudem verkennt das Bundesgericht, dass der Bundesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 Abs. 1 BV legislatorisch denselben Schutzzweck verfolgen kann wie die Kantone mit ihren Mindestlohngesetzen, namentlich das Ziel, die Armut zu bekämpfen und dafür zu sorgen, dass jedermann angemessen von den Früchten seiner Arbeit leben kann.⁵⁶ Das französischsprachige Bundesgerichtsurteil setzt sich zudem über die Ausführungen des Gesetzgebers – und letztlich des Volks und sämtlicher Stände – vollständig hinweg, indem es sich mit den Ausführungen bzgl. (Un-)Geeignetheit von Mindestlöhnen in der damaligen Botschaft *nicht auseinandersetzt*.⁵⁷ Der Bundesrat hat dort immerhin festgehalten, dass die Armut vielfältige Ursachen hat und sich nur teilweise durch tiefe Löhne erklären lässt, da ein Grossteil der von Armut betroffenen Personen nicht erwerbstätig ist. Auch tragen andere sozioökonomische Eigenschaften wie die Zusammensetzung des Haushalts, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder der Migrationsstatus ebenfalls zur Armut bei.⁵⁸ Will demnach der Bund das AVEG ändern, besteht eine *Zielkonkurrenz*⁵⁹, indem sowohl Bund und gewisse Kantone Instrumente der Existenzsicherung

⁵¹ BGE 143 I 403 E. 5.4.3; vgl. BGer 1C_357/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3 (Volksinitiative Genf).

⁵² GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 26.

⁵³ MADUZ/SCHMID, 274.

⁵⁴ BBI 2014 6349, 6353, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014.

⁵⁵ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1224 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1227 und 1245.

⁵⁷ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1236 f.

⁵⁸ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, 1245.

⁵⁹ Begrifflich kann man auch von der sog. *Kompetenzkumulation* sprechen. Eine solche liegt vor, wenn für einen Sachverhaltskomplex kumulativ die Gesetzgebung des Bundes und diejenige der Kantone zur Anwendung gelangen können, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1096.

durch zwingende Lohnuntergrenzen sichern wollen, sich bei dieser Zielsetzung aber gegenseitig behindern, weil der Bund unter anderem mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV operiert und damit der sozialpartnerschaftlichen Tradition eine überragende Stellung einräumt.⁶⁰

- 18 Vor dem Hintergrund gleichgerichteter Schutzzwecke verbleibt selbst nach Änderung des AVEG den Kantonen weiterhin eine engmaschige Regelungskompetenz die Ursachen der Armut mit gesetzlichen Mindestlöhnen zu bekämpfen, soweit sie nicht *ave* GAV betreffen. Mithin bleibt die Kompetenz der Kantone, zum Erlass von Mindestlohnvorschriften im Bereich des nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV bestehen. Beispielsweise kann im kantonalen Mindestlohngesetz der Vorrang des *ave* GAV erklärt werden oder das kantonale Mindestlohngesetz nimmt die *ave* GAV von dessen Geltungsbereich aus.⁶¹

3. **Notwendigkeit allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohnbestimmungen in GAV**

- 19 Gesamtarbeitsverträge (GAV) sind Verträge, in denen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits und Arbeitnehmerverbände andererseits gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen (vgl. OR 356). Im Wissen um das typische Machtgefälle im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer, das durch Wettbewerb allein nicht ausgeglichen werden kann, sollen derartige Gruppenvereinbarung als legitime Methode zur Koordination auf dem Arbeitsmarkt zum Einsatz kommen.⁶²

- 20 GAV können *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bezeichnet man die Anordnung der zuständigen Behörde, mit der auf Antrag aller Vertragsparteien der Geltungsbereich eines GAV auf nicht

⁶⁰ Botschaft Mindestlohn-Initiative, 1211, a.a.O.

⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. h Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200, wonach Personen, die einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen oder einem Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen unterstehen, vom basel-städtischen Mindestlohngesetz ausgenommen sind.

⁶² BIAGGINI, OFK, Art. 110 N 7; vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 34.

am GAV beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (sog. «Aussenseiter») ausgedehnt wird (vgl. Art. 1 AVEG). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt⁶³ bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.⁶⁴

21 Die Gründe einer solchen Ausdehnung infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung sind unterschiedlich: Bei der zunehmenden Arbeitsmigration soll einerseits der sog. Schmutzkonzurrenz von Lohnunterbietenden Unternehmen, vornehmlich aus dem Ausland, entgegengewirkt werden;⁶⁵ andererseits besteht häufig in Branchen mit vielen Kleinbetrieben ein entsprechender Wunsch.⁶⁶ Gerade im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des FZA und der damit einhergehenden Freizügigkeit im Personenverkehr hat der Gesetzgeber zusätzlich flankierende Massnahmen in Kraft setzen lassen, um der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen infolge von Lohn- oder Sozialdumping in der Schweiz entgegenzuwirken.⁶⁷ Ein gewichtiges Element dieser flankierenden Massnahmen bildet neben dem hierfür verabschiedeten Entsendegesetz (EntsG)⁶⁸ die Möglichkeit GAV allgemeinverbindlich zu erklären.⁶⁹

22 Der wohl gewichtigste Grund Mindestlohnbestimmungen in GAV allgemeinverbindlich zu erklären, lässt sich im Zusammenhang mit der grenznahen Arbeitsmigration rechtfertigen: In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin, welche kantonale Mindestlohngesetze kennen, sind Mindestlohnbestimmungen lediglich auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit gewöhnlich auf Kantonsgebiet verrichten.⁷⁰ Ähnlich verhält es sich

⁶³ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1100.

⁶⁴ BGE 138 V 32 E. 4.1; vgl. BGE 98 II 205 E. 1; vgl. auch BGE 128 II 13 E. 1d und E. 2a, wonach gegenüber den Aussenseitern der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung als Erlass zu betrachten ist.

⁶⁵ Vgl. GÄCHTER, SGK, Art. 110 N 25; Wildhaber,

⁶⁶ Portmann/Wildhaber, Rz. 1099.

⁶⁷ Wildhaber, Rz. 9.

⁶⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁶⁹ WILDHABER, Rz. 10.

⁷⁰ BBI 2021 1120, S. 30

im Kanton Basel-Stadt.⁷¹ Demzufolge sind Entsandte sowohl aus dem Ausland als auch aus anderen Kantonen, die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet dieser Kantone haben, vom Geltungsbereich des jeweiligen kantonalen Mindestlohngesetzes ausgenommen.⁷² Folglich können diese ihre Preisunterschiede durch Lohndumping ausgleichen. Akzentuiert wird die Ungleichbehandlung, wenn die kantonalen Mindestlohngesetze vorsehen, dass diese den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbarten Mindestlöhnen vorgehen, sofern er höher ist als diese wie beispielsweise in den Kantonen Neuenburg und Genf.⁷³ Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

- (i) Aus diesem Grund ist es auch nachvollziehbar, dass Teile des eidgenössischen Gesetzgebers das Entsendegesetz mit einer Motion dahingehend anpassen wollten, dass ausländische Arbeitgeber, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.⁷⁴
- (ii) Die gesetzgeberischen Bestrebungen die kantonalen Mindestlohnbestimmungen im EntsG zu implementieren, sind allerdings gescheitert und der Ständerat hat einen Nichteintretensentscheid gefällt.⁷⁵ Man hat befürchtet, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien.⁷⁶

⁷¹ Vgl. § 2 Abs. 2 lit. i Gesetz über den Mindestlohn des Kantons Basel-Stadt, SG 812.200.

⁷² Vgl. BBI 2021 1120, S. 31.

⁷³ Erläuternder Bericht, 4 und 7.

⁷⁴ Vgl. Motion 18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes» sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. August 2018; vgl. BBI 2021 1121, S. 1, Art. 2 Abs. 1^{bis} E-EntsG.

⁷⁵ Vgl. das Geschäft des Bundesrats 21.032, URL: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210032>.

⁷⁶ Vgl. bereits die kritischen Stimmen im Vernehmlassungsverfahren, BBI 2021 1120, S. 16.

23 Die Vernehmlassungsvorlage kann vor diesem Hintergrund der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegenwirken. Mit dem gegenwärtigen Wortlaut versteht sie sich als *wirtschaftspolitische Massnahme* des eidgenössischen Gesetzgebers, um den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz zu gewährleisten, ohne dass hierfür zu stark in den bereits bestehenden kantonalen Mindestlohnschutz eingegriffen würde, wären doch zur Zeit lediglich zwei Kantone von der Vernehmlassungsvorlage betroffen.

B. Verhältnis zwischen Motion und Vernehmlassungsentwurf

24 Es gehört zur Staatsleitungsaufgabe des Parlamentes, eigene staatspolitische Beurteilungen vorzunehmen und das Handeln des Bundesrates in diesem Sinne zu beeinflussen und zu steuern.⁷⁷ Häufig genutztes Handlungsinstrument zur verbindlichen Steuerung des exekutiven Handelns ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen (vgl. Art. 120 ParlG). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse bereits aus Gewaltenteilungserwägungen möglichst unverändert zu übernehmen, wobei die rechtliche Durchführbarkeit die Unveränderlichkeit parlamentarischer Verstösse absteckt (vgl. Art. 122 Abs. 3 ParlG).

25 Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat die Möglichkeit geprüft und vorgeschlagen hat, die Motion Ettlins wegen rechtlicher Unmöglichkeit abzuschreiben⁷⁸, hat er trotz bestehender Bedenken der Motion erlaubterweise einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt.

⁷⁷ Ehrenzeller, 24 f.

⁷⁸ Erläuternder Bericht, 7.

Eingereichter Text (<i>exkl. Ferien und 13. Monatslohn</i>)	Gesetzesentwurf / Vernehmlassungsentwurf
<p>Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4 Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.</p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes nicht widersprechen. Jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt.</p>	<p><i>Art. 1 AVEG unverändert</i></p> <p>Artikel 2 Ziffer 4 AVEG Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.</p>

26 Die Motion hält zunächst explizit das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen (vgl. Absatz 4 des Artikels 1). In Art. 2 AVEG nimmt die Motion den ähnlichen Wortlaut – ohne Kantone – von Art. 358 OR auf und statuiert das Günstigkeitsprinzip, welches aber ohnehin bereits in Art. 358 OR verankert ist. Artikel 2 der Motion statuiert eine Gegenausnahme gegenüber dem neuen *Absatz 4 des Artikels 1*, wonach grundsätzlich der GAV nicht zwingendem Recht des *Bundes* widersprechen darf, aber ausnahmsweise zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können, wobei in jedem Fall – als Gegenausnahme – allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmungen zum Mindestlohn gegenüber kantonalen Bestimmungen vorgehen, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Der Motionstext hält demnach explizit fest, unter welchen Voraussetzungen ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 2) und statuiert für allgemeinverbindlich erklärte GAV eine Kollisionsregel gegenüber kantonalen Bestimmungen (Art. 1).

27 Der Vernehmlassungsentwurf (Gesetzesentwurf) ist gesetzessystematisch ausschliesslich bei den allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit festgehalten (vgl. Abbildung) und spricht – im Gegensatz zum Motionstext – von zwingendem und nicht nur von anderslautenden Bestimmungen der Kantone. Beim Motionstext stellt sich daher die Frage, ob nicht auf die Unterscheidung

zwischen zwingendem und anderslautendem kantonalem Recht verzichtet werden könnte. Die ersatzlose Streichung von «zwingend» lässt sich folgendermassen begründen: Der Motionstext birgt insofern einen Interpretationsspielraum, als in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ein Günstigkeitsprinzip zwar statuiert wird, sofern sich aus dem «zwingenden Recht» – zu welchem auch das kantonale Recht und damit eine kantonale Lohnuntergrenze – nichts anderes ergeben würde, aber Bestimmungen des ave GAV zum Mindestlohn «anderslautenden Bestimmungen der Kantone» vorgehen (neuer Art. 1 AVEG, neuer Abs. 4) würden. Konsequenterweise müsste dann ermittelt werden, ob mit anderslautenden Bestimmungen der Kantone auch zwingendes Recht (der Kantone) miteingeschlossen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Vernehmlassungstext in Art. 2 Ziff. 4 AVEG ausschliesslich von *zwingendem* kantonalem Recht spricht und keinen Verweis auf das Günstigkeitsprinzip enthält, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Motionstext, wobei auch beim Vernehmlassungstext der besseren Verständlichkeit halber auf den Begriff «zwingend» verzichtet werden sollte, da impliziert wird, der Bundesgesetzgeber unterscheide zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht.

28 Der Bundesrat hält allerdings richtigerweise fest, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat.⁷⁹

29 Einen gewissen Interpretationsspielraum belässt der Vernehmlassungstext bei der Frage des Anwendungsvorrangs: Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1, neuer Abs. 4 gemäss Motionstext nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, während die Motion in Art. 1 AVEG explizit festhält, dass ave GAV Bestimmungen, insbe-

⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, 6.

sondere zu Mindestlöhnen, anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Aus dem Vernehmlassungstext ergibt sich aber implizit, dass Bestimmungen über Mindestlöhne – selbst dann – allgemeinverbindlich zu erklären sind, wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert mit diesem zweiten Satz in Art. 2 Ziff. 4 AVEG gegenüber dem ersten Satz eine Sonderausnahme im Bereich möglich entgegenstehender kantonaler Lohnuntergrenzen und klärt damit die Frage, *ob* eine Allgemeinverbindlicherklärung angeordnet werden darf. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohnbestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im einzelnen Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Dogmatisch handelt es sich um einen Anwendungsfall der Regel *lex superior derogat legi inferiori*, kann der Bundesgesetzgeber doch wie oben aufgezeigt auch im Bereich der Armutsbekämpfung legislieren (Rz. 16 f.). In derartigen Normenkollisionsfällen kann nach dem Motionstext grundsätzlich kein materiellrechtlicher Anspruch auf einen durch das kantonale Recht gewährten Mindestlohn entstehen – selbst dann nicht – wenn dieser gegenüber einem allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn höher ist.⁸⁰ Umgekehrt, müsste aber ein nach ave GAV höherer Mindestlohn bezahlt werden trotz eines kantonal tiefer vorgesehenen Mindestlohns. Vor dem Hintergrund, dass der Motionstext explizit sich zum Anwendungsvorrang äussert, ist er in diesem Punkt besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

⁸⁰ Die sog. «Rezeptionsklausel» nach Art. 342 Abs. 2 OR, wonach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus dem kantonalen Recht zivilrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können wie beispielsweise Bestimmungen zum Lohn oder Schutzmassnahmen (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 342 N 5 f.), würde im Ergebnis mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 AVEG (gemäss Motionstext) ausser Kraft gesetzt.

C. Verhältnis zwischen der Motion und Art. 358 OR

30 Art. 358 OR beschreibt das Verhältnis der Bestimmungen eines GAV zum zwingenden Recht: Das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor, jedoch können zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Die Bestimmung bezeichnet demnach die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, sofern dies zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (sog. Günstigkeitsprinzip).⁸¹ Wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür vorgesehen ist, kann zudem selbst *zu Ungunsten* der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abgewichen werden wie beispielsweise Art. 335c Abs. 2 Halbsatz 2 OR belegt.⁸²

31 Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird *just* in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die *ave* GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 1.

⁸² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, Art. 358 N 2 m.w.H.

D. Mögliche Alternativen

- 32 Der Bundesrat hat geprüft, ob Art. 358 OR, welcher mit Art. 2 Abs. 4 AVEG in Verbindung steht, angepasst werden soll. Er hält aber fest, dass jegliche Änderung dieses Artikels ohne eine Beschränkung der Ausnahme auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgeschlossen erscheine. Dadurch würde es nämlich möglich, irgendeinen GAV abzuschliessen, um vom kantonalen Mindestlohn abweichen zu können, was die kantonalen Gesetze vollständig aushöhlen würde.⁸³ Nach Ansicht des Bundesrats stellt sich demnach der Vorrang sämtlicher GAV-Bestimmungen gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht nicht.
- 33 Folgt man der Argumentation des Bundesrats bestünde trotzdem die Möglichkeit Art. 358 OR direkt dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte. Ein solcher Vorrang sämtlicher Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist. Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat, wenn er festhält, dass sich die Motion klar auf die allgemeinverbindlich erklärten GAV konzentriert und auf das AVEG abzielt.⁸⁴
- 34 Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte.⁸⁵ Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.). Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde (vgl. Rz. 13, Rz. 14 ff.). Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR

⁸³ Erläuternder Bericht, 6.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, 7.

⁸⁵ Erläuternder Bericht, 7.

dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.⁸⁶

IV. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

– *Verstösst die Motion Ettlín oder der Vernehmlassungsentwurf gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung?*

35 Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17).⁸⁷ Einerseits bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohn als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzu-stufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden (vgl. insb. Rz. 21). Es hätte hier zudem am Bundesrat gelegen, spätestens im Rahmen der Gewährleistungsprüfung der Kantonsverfassung des Kantons Neuenburg festzuhalten, dass die Frage des Mindestlohns vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest heikel sein kann.⁸⁸ Dies umso mehr, als sich die weitläufige Bundesgesetzgebung im Arbeitsrecht mit dem kantonalen Recht mehr und mehr verzahnen können.⁸⁹ Andererseits ist ein Mindestlohn ein zulässiges, wenngleich kaum bzw. wenig geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Armut bzw. *working poor*. Der Bund ist aber kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechnigt, existenzsichernde, mit-hin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird (Rz. 14 ff.). Vorliegend geht aber weder die Vernehmlassungsvorlage noch die Motion soweit, dass die Kantone im Bereich des Mindestlohns sämtliche Rechtsetzungskompetenz verlustig

⁸⁶ Vgl. ferner Memorandum vom 10. September 2017, 4 f.

⁸⁷ Der Vernehmlassungsentwurf zielt inhaltlich in die gleiche Richtung ab wie die Motion, wobei die Ferien und der 13. Monatslohn mangels Kompetenz nicht mehr geregelt worden sind (vgl. Rz. 24).

⁸⁸ Vgl. aber BBl 2012 8513, 8521 f.

⁸⁹ Vgl. FUHRER, 18 m.w.H.

gingen, sondern der Bundesgesetzgeber würde von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich im Bereich allgemeinverbindlich erklärter Mindestlöhne legislieren, mithin im Geltungsbereich des AVEG, und die Bestimmung wäre auch nur dann anwendbar, wenn kantonales Recht den neuen AVEG-Bestimmungen entgegenstünde, namentlich wenn sie einen höheren Mindestlohn als im *ave GAV* vorsähen.

– *Falls der Gesetzesentwurf der Verwaltung gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, die durch die Bundesverfassung garantiert werden» (siehe S. 7 und vgl. Punkt 6.1 im Erläuternden Bericht) verstösst, welche rechtlichen Argumente könnten dennoch dafürsprechen, das Gesetz in Kraft treten zu lassen, und welche Auswirkungen hätte dies auf die Rechtsordnung?*

36 Ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wird vom Bundesrat damit begründet, dass mit dem Vorrang von Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärter GAV vor dem kantonalen Recht die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verletzen würde. Zudem soll die Motion das Legalitätsprinzip verletzen. Entschieden entgegenzuhalten ist, dass der Bundesgesetzgeber kraft der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 110 BV *umfassend* – somit auch im Bereich sozialpolitischer Massnahmen – legislieren kann (sofern Mindestlöhne als solche ohnehin nicht schon wirtschaftspolitische Massnahmen darstellen). Art. 110 BV konkretisiert nach Ansicht der Lehre die in Art. 41 BV definierten Sozialziele und hält rechtsprechungsgemäss fest, dass der Schutzzweck von Art. 110 BV die Bekämpfung der allgemeinen Armut ist, was einen Mindestlohn als Instrument zur Bekämpfung des Phänomens des *working poor* mitumfassen würde. Der Bundesgesetzgeber strapaziert weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.

– *Wie kann argumentiert werden, dass der Vorrang der Mindestlöhne in *ave GAV* mit den Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist?*

37 Die Frage zielt auf die zwei vorangestellten Fragen ab: Zum einen lässt sich argumentieren, dass das Themenfeld der Mindestlöhne (und mit ihr die flankierenden Massnahmen) Teil sämtlicher, dem Bund vorbehaltenen wirtschaftspolitischer Massnahmen bilden. Zudem lässt sich mit den oben umschriebenen Argumenten ins Feld führen, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes einem Vorrang der Mindestlöhne in *ave* GAV gegenüber (zwingendem) kantonalem Recht nicht entgegenstehen – dies aus der Überlegung, dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. Es kann folglich dem Bundesgesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber *just* den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen (vgl. insb. Rz. 16 zur Mindestlohn-Initiative).

– *Inwieweit setzt der Vernehmlassungsentwurf das Anliegen der Motion um?*

38 Der Bund hat richtigerweise die Motion inhaltlich auf den Mindestlohn beschränkt, da die Kantone ohnehin nicht rechtsetzungskompetent sind, Anordnungen im Hinblick auf Ferien und 13. Monatslohn zu erlassen. In gesetzessystematischer Hinsicht unterscheiden sich Vernehmlassungsentwurf und Motion, dahingehend, dass auf eine Wiederholung des Günstigkeitsprinzips gemäss Art. 358 OR im neu gefassten Art. 2 Ziff. 4 AVEG verzichtet worden ist (vgl. Rz. 25 f.). Der Vernehmlassungsentwurf greift das eigentlich inhaltliche Anliegen der Motion auf und hat die gleiche Zielsetzung (vgl. Rz. 27), belässt aber einen gewissen *Interpretationsspielraum* hinsichtlich der Frage des *Anwendungsvorrangs* – der Motionstext ist in diesem Punkt präziser und hält explizit einen Anwendungsvorrang fest (vgl. Rz. 29). Obwohl sich im Vernehmlassungstext der Anwendungsvorrang zu Gunsten der *ave* GAV implizit ergibt, wäre es allenfalls empfehlenswert, die Vernehmlassungsvorlage noch im Sinne der Motion hinsichtlich Art. 1 AVEG zu ergänzen.

– *Welche alternativen Gesetzesanpassungen, die nicht gegen die «Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung» verstossen, würden den parlamentarischen Auftrag umfassend umsetzen?*

39 Es besteht grundsätzlich Raum, Art. 358 OR dahingehend anzupassen, als man eine Ausnahme für allgemeinverbindliche GAV einführen könnte (vgl. Rz. 30 f.). Ein solcher Vorrang aller Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalen Recht wäre aber – wie bereits der Bundesrat sinngemäss festgehalten hat – aufgrund des Schwerpunkts direkt im AVEG anzuordnen. Letztlich verbleibt die Möglichkeit, Art. 358 OR mit einem neuen, zweiten Absatz zu ergänzen, indem man den Vorrang von einem GAV-Mindestlohn gegenüber einem kantonalen Mindestlohn festhält, um das Institut der Sozialpartnerschaft Nachachtung zu verschaffen.

40 Art. 358 Abs. 2 neu

41 «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags betreffend Mindestlohn gehen entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen zum Mindestlohn vor.»

– *Inwieweit könnte es problematisch sein, wenn sich der Bundesrat über den Auftrag des Parlaments hinwegsetzt, insbesondere im Zusammenhang mit der Motion Ettlín?*

42 Das Parlament versucht auf vielseitige Art und Weise das Handeln des Bundesrats zu beeinflussen. Ein wichtiges Handlungsinstrument hierfür ist die Motion; sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen. Könnte der Bundesrat zu stark auf dieses Handlungsinstrument Einfluss nehmen, würde er letztlich das *Prinzip der Gewaltenteilung* untergraben (vgl. Rz. 21). Vor diesem Hintergrund ist es daher zentral, dass der Bundesrat – vorbehalten der Schranke der rechtlichen Durchführbarkeit – Motionen möglichst unverändert belässt, um den parlamentarischen Willen bzw. Auftrag möglichst exakt entgegenzunehmen und nicht seinem Belieben nach verändern kann.

– *Verstösst eine wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin gegen den Art. 358 OR?*

43 Die Motion Ettlin zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom nach Art. 358 OR statuierten Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich betreffend Mindestlohnbestimmungen das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; folglich verstösst die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin nicht der Regelung nach Art. 358 OR (vgl. Rz. 26), sondern schafft vielmehr eine spezifische Bereichsregelung, die Anwendungsvorrang geniessen soll.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner

Tamara Alù
061 227 50 73
t.alu@gewerbe-basel.ch
30. April 2024

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an info.paga@seco.admin.ch

STELLUNGNAHME VERNEHMLASSUNG ZUR «ÄNDERUNG DES BUNDESGESETZES ÜBER DIE ALLGEMEINVERBINDLICHERKLÄRUNG VON GESAMTARBEITS-VERTRÄGEN»

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Gewerbeverband Basel-Stadt begrüsst im Grundsatz den zur Vernehmlassung stehenden Vorschlag des Bundesrates, der die Forderung des Motionärs weitgehend umsetzt, wonach die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages betreffend Mindestlohn anderslautenden kantonalen Bestimmungen vorgehen soll. Damit wird aus Sicht des Gewerbeverbandes Basel-Stadt die Sozialpartnerschaft, die seit jeher einen funktionierenden Interessenausgleich zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden gewährleistet, vor einseitigen kommunalen oder kantonalen Eingriffen geschützt.

Der Gewerbeverband Basel-Stadt bedauert allerdings, dass der Bundesrat darauf verzichtet, den Anwendungsvorrang eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages gegenüber anderslautenden kantonalen Bestimmungen *expressis verbis* zu erwähnen. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang der Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages im Falle einer Normenkollision implizit aus Art. 2 Ziff. 4 AVEG ergibt, empfiehlt der Gewerbeverband Basel-Stadt im Sinne einer klaren und verständlichen Formulierung, Art. 1 AVEG im Gesetzesentwurf wie folgt zu ergänzen:

Artikel 1 AVEG, Absatz 4 (neu)

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Mit Unverständnis nimmt der Gewerbeverband Basel-Stadt zudem zur Kenntnis, dass der Bundesrat im erläuternden Bericht die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage stellt und dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und des Legalitätsprinzips begründet. Der Gewerbeverband Basel-Stadt verweist in diesem Zusammenhang auf das Rechtsgutachten Häner, in welchem festgehalten wird, dass Art. 110 BV dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit derogatorischer Wirkung im arbeitsrechtlichen Bereich einräumt, die den Kantonen keine besondere Regelungskompetenz belässt, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt.

Das Rechtsgutachten wie auch der Gewerbeverband Basel-Stadt kommen zum Schluss, dass der Bundesgesetzgeber mit dem Vernehmlassungsentwurf weder gegen die Kompetenzverteilung im Bundestaat verstösst noch die Stufen der Gesetzgebungshierarchie verlässt, als mit der Revision des AVEG ein Bundesgesetz betroffen ist und die Beurteilung des Entscheides über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt bleibt. Die Kantone haben somit auch nach der Revision des Bundesgesetzes weiterhin die Möglichkeit, ausserhalb von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen Mindestlohnvorschriften zu erlassen. Zudem sind die neuen Bestimmungen nur anwendbar, wenn kantonales Recht den Bestimmungen entgegensteht.

Der Gewerbeverband Basel-Stadt schliesslich weist darauf hin, dass die Einführung unterschiedlicher Mindestlohnvorschriften die Bedeutung der Sozialpartnerschaft bei der Lohnbildung untergräbt und damit den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz gefährdet. Der Vernehmlassungsvorschlag wirkt der Ungleichheit der Lohnbedingungen zwischen kantonalen und ausserkantonalen bzw. ausländischen Arbeitgebenden entgegen. Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt überdies dafür, dass sich alle Arbeitgeber in einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen und Anliegen.

Für allfällige Rückfragen steht Ihnen Tamara Alù (Tel. 061 227 50 73, E-Mail: t.alu@gewerbe-basel.ch) gerne zur Verfügung.

Gewerbeverband Basel-Stadt



Reto Baumgartner
Direktor



Tamara Alù
Leiterin Politik

Staatskanzlei, Regierungskanzlei, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF)
Herr Guy Parmelin
Bundesrat
3003 Bern

Frauenfeld, 30. April 2024
327

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlin und 21.3599 WAK-N

Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlin und 21.3599 WAK-N.

In der Beilage überlassen wir Ihnen die Stellungnahme der Konferenz Kantonalen Volkswirtschaftsdirektorinnen und Volkswirtschaftsdirektoren (VDK) vom 18. März 2024, der wir uns vollumfänglich anschliessen.

Mit freundlichen Grüssen

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber




Beilage:
Stellungnahme VDK vom 18. März 2024

Per E-Mail

Herr
Bundesrat Guy Parmelin
Vorsteher Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Bundeshaus Ost
3003 Bern
sekretariat.brparmelin@gs-wbf.admin.ch

Bern, den 18. März 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N; Vernehmlassung; Stellungnahme VDK

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 haben Sie die Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren VDK eingeladen, im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf der Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N Stellung zu nehmen. Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

Die Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren VDK ist unter den interkantonalen Regierungskonferenzen für den Bereich Arbeitsmarkt respektive Arbeitsrecht zuständig und erlaubt sich daher, Stellung zum ersten Teil der Vorlage zu beziehen, welche die Umsetzung der Motion Ettlín betrifft. Die Bestimmung der Vorlage, welche die Umsetzung der Motion Ettlín bezweckt, hat eine direkte Auswirkung auf die Kompetenzen der Kantone. Sie widerspricht der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich, indem sie Abweichungen von kantonalem Recht erlaubt, das die Kantone als sozialpolitische Massnahme erlassen dürfen. Dabei sind die Kantone wie seitens Bundesrat im beiliegenden Bericht dargelegt bei den vorgeschlagenen Änderungen des AVEG im Bereich Mindestlohn betroffen.

Die VDK hat sich im Rahmen der parlamentarischen Beratung ablehnend zur Motion eingebracht. **Die Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren lehnt die von der Motion Ettlín beantragten Änderungen im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) weiterhin ab.** Dies gilt auch für den vom Bundesrat in der vorliegenden Vorlage vorgeschlagenen Änderungsvorschlag für Artikel 2 AVEG. **Die Stellungnahme der VDK wurde in Abstimmung mit der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren SODK erarbeitet und wird von dieser ebenfalls unterstützt.**

Die VDK anerkennt zwar das von der Motion Ettlín beabsichtigte Ziel, einen im allgemeinverbindlich erklärten GAV (ave GAV) ausgehandelten Mindestlohn zu schützen. Sie steht auch uneingeschränkt hinter dem Erfolgsmodell der Sozialpartnerschaft. Die VDK anerkennt auch, dass die Einführung eines kantonalen Mindestlohnes zu Spannungen in einzelnen GAV führen kann. Diese blosse Möglichkeit genügt aus Sicht der VDK jedoch nicht, einen weitreichenden Eingriff in die kantonale Souveränität zu rechtfertigen.

Die vorgeschlagenen Änderungen im AVEG greifen stark in die Autonomie der Kantone ein. Laut Bundesgericht verfügen die Kantone über die verfassungsmässige Kompetenz, im arbeitsrechtlichen Bereich sozialpolitische Massnahmen zu treffen, die zur öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzgebung gehören. Dazu zählt auch die Festlegung eines verbindlichen kantonalen Mindestlohns. Die Umsetzung der Motion Ettlins zielt darauf ab, den Mindestlohnbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorrang vor dem kantonalen Recht einzuräumen. Ein allgemeinverbindlich erklärter GAV würde damit kantonalen Gesetzen oder gar kantonalen Verfassungen vorgehen und zwingendem kantonalem Recht widersprechen. Damit beschneidet die Umsetzung der Motion Ettlins die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone, sozialpolitisch tätig zu werden. Zudem würden bei den verlangten Anpassungen des AVEG in kantonalen Abstimmungen gefällte Volksentscheide übersteuert.

Die Umsetzung der Motion Ettlins verstösst des Weiteren auch gegen das Prinzip der Legalität, das in der Bundesverfassung festgelegt ist. Dieses besagt unter anderem, dass eine untergeordnete Rechtsnorm nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen soll. Ein GAV ist ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Ein Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist somit einem kantonalen Gesetz untergeordnet.

Nebst dem verfassungswidrigen Eingriff in die Kantonsautonomie und der Verletzung des Legalitätsprinzips mangelt es der vorgesehenen Änderung an Praxistauglichkeit. Sie würde dazu führen, dass die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Behörden Bestimmungen, die Mindestlöhne festlegen, allgemeinverbindlich erklären könnten, auch wenn sie einem kantonalen Mindestlohn widersprechen. Das ist insofern problematisch, als dass in einigen Kantonen die Geltungsbereiche der kantonalen Gesetze vorsehen, dass die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind. Folglich würden zwei parallele und sich widersprechende Gesetze vorliegen, was für die Unternehmen und die Arbeitnehmenden schwer zu verstehen sein dürfte. Der Widerspruch würde dazu führen, dass die Änderung nicht praxistauglich ist und Gerichte unnötig bemüht würden.

Die VDK lehnt daher aus oben genannten föderalismus- und demokratiepolitischen sowie rechtsstaatlichen Gründen die von der Motion Ettlins beantragten Änderungen im AVEG ab.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens. Für Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit hochachtungsvollen Grüssen



Urban Camenzind, Präsident VDK



Matthias Schnyder, Generalsekretär VDK



Réf : AB

T direct : +41 26 305 51 00

Courriel : andreas.behr@fr.ch

Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
Chef du Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche
Palais fédéral Est
3003 Berne

PAR COURRIER ELECTRONIQUE
sekretariat.brparmelin@gs-wbf.admin.ch

Fribourg, le 30 avril 2024

Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail LECCT pour la mise en œuvre des motions 20.4738 Ettlín et 21.3599 CER-N : prise de position CGSO

Monsieur le Conseiller fédéral,

Par courrier du 24 janvier 2024, vous avez ouvert la consultation sur le projet susmentionné. La Conférence des gouvernements de Suisse occidentale (CGSO) a examiné la première partie du projet, qui concerne la mise en œuvre de la motion 20.4738 Ettlín, et prend position comme suit :

Les gouvernements de Suisse occidentale rejettent ce projet et s'opposent à l'ingérence dans la souveraineté cantonale et à l'atteinte aux droits démocratiques que constituerait cette modification de loi.

Considérations

La modification de l'article 2 LECCT telle que prévue par le présent projet de loi entre en conflit avec la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. En faisant prévaloir les conventions collectives nationales, la modification proposée interfère avec des dispositions découlant du droit cantonal en matière de politique sociale et de salaires minimaux. Une telle modification de la loi constituerait ainsi une atteinte grave au principe de fédéralisme et à l'autonomie des cantons. La CGSO s'était déjà exprimée en ce sens lors de la dernière législature, notamment par le biais de courriers qui invitaient les élus des Chambres fédérales à rejeter la motion Ettlín 20.4738.

La mise en œuvre de ce projet irait également directement à l'encontre de la volonté exprimée lors de scrutins populaires dans certains cantons de Suisse occidentale. Certes, le salaire minimum en vigueur depuis 2018 dans le canton du Jura exclut les entreprises signataires d'une CCT comportant déjà une telle disposition. Ce n'est cependant pas le cas du canton de

Neuchâtel, dont la mise en œuvre du salaire minimum a été confirmée par le Tribunal fédéral en 2017, ni du canton de Genève qui applique un salaire minimum depuis 2020. Des initiatives populaires cantonales comparables ont également été déposées avec succès dans les cantons de Fribourg, Vaud et du Valais. Une modification de loi issue d'une motion ne devrait pas pouvoir primer sur la volonté du souverain telle qu'exprimée dans ces scrutins.

Eu regard de ce qui précède, les gouvernements de Suisse occidentale s'opposent à l'ingérence dans la souveraineté cantonale et à l'atteinte aux droits démocratiques que constituerait la mise en œuvre de la motion Ettlín. Le Conseil fédéral **est par conséquent invité à renoncer au projet et à proposer le classement de la motion.**

En vous remerciant de l'attention portée à ce courrier, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de nos sentiments distingués.



Jacques Gerber
Président



Andreas Behr
Secrétaire général

Copie

- > Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (par courrier électronique : matthias.schnyder@vdk.ch)

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Herr Bundesrat
Guy Parmelin
3000 Bern

Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlin und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrte Herr Bundesrat
sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme in der obgenannten Angelegenheit und nehmen diese im Folgenden gerne wahr.

Vorbemerkung betr. getrennte Behandlung der beiden Vorlagen

Der Arbeitgeberverband Region Basel weist darauf hin, dass die beiden Motionen (Motion 21.3599 und Motion 20.4738) im Parlament nie gemeinsam behandelt wurden. Es erstaunt daher, dass beide Motionen in derselben Vernehmlassung behandelt werden, obschon ihre inhaltlichen Anliegen weit auseinander liegen. Wenn das Parlament den Umsetzungsvorschlag der einen Motion ablehnen würde, so bestünde die Gefahr, dass das Gesamtpaket und damit auch die zweite Motion gesamthaft abgelehnt würde, obwohl das Parlament letztere eigentlich akzeptiert.

Der Arbeitgeberverband Region Basel regt deshalb an, dass die beiden Geschäfte getrennt und separat behandelt werden.

Motion Ettlin 20.4738

Die Motion betrifft die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV zum Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch. Die Vorlage betrifft jedoch explizit nur den Mindestlohn, weil die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen über Ferien oder den 13. Monatslohn zu erlassen.

Heute darf ein GAV dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone gemäss Artikel 358 des Obligationenrechts (OR) und Artikel 2 Ziffer 4 AVEG nicht widersprechen. Die jüngst erfolgte Annahme kantonaler Gesetze über Mindestlöhne, die den in einem GAV oder einem allgemeinverbindlich erklärten GAV festgelegten Mindestlöhnen vorgehen, ist der Grund für diese Motion.

Bereits in fünf Kantonen (BS, NE, JU, GE, TI) wurden kantonale Mindestlohngesetze angenommen. Die Kantone Basel-Stadt, Jura und Tessin haben aber in den gesetzlichen Grundlagen den in den allgemeinverbindlich erklärten GAV festgehaltenen Löhnen den Vorrang gewährt. Damit wurde von den kantonalen Gesetzgebern klar zum Ausdruck gebracht, dass den sozialpartnerschaftlich ausgehandelten Arbeitsbedingungen betreffend die Entlohnung ein Vorrang und damit sehr hohes Gewicht gegenüber den kantonalen sozialpolitischen Massnahmen eingeräumt wird.

Mit dieser Regelung haben die kantonalen Gesetzgeber explizit die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu kantonalen Mindestlöhnen respektiert und umgesetzt. Diese erlaubt den Erlass von kantonalen Mindestlöhnen nur so weit, wie solche Mindestlöhne als sozialpolitische Massnahme eingeführt werden. M.a.W. sind Mindestlöhne gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausschliesslich als sozialpolitische Massnahmen gesetzlich erlaubt. Weil sich sozialpolitische Massnahmen zudem nur im einschlägigen «sozialen Gefüge» bzw. auf Kantonsgebiet verwirklichen lassen, sind sie – so das Bundesgericht – ausschliesslich auf kantonalem Staatsgebiet umsetzbar. Ein über die Kantongrenzen hinausreichender Geltungsbereich für einen kantonalen Mindestlohn wäre somit rechtswidrig und würde gegen verschiedene Bundesgesetze verstossen, wie bspw. das Binnenmarktgesetz oder die verfassungsmässig gewährleistete Wirtschaftsfreiheit. Die in allgemeinverbindlich erklärten GAV sozialpartnerschaftlich ausgehandelten Mindestlöhne bzw. Löhne sind ihrerseits als sozialpolitisch abgestützt zu bewerten, denn sie wurden schliesslich von den Sozialpartnern rechtsgültig vereinbart und von Bund oder Kanton allgemeinverbindlich erklärt. Betreffend ihre Auswirkungen und aus einer übergeordneten Sicht beurteilt, stehen die allgemeinverbindlich erklärten GAV-Bestimmungen in der Normenhierarchie zudem gleichsam auf «Gesetzesstufe».

Der Bundesrat lehnt die Motion ab mit dem Hinweis, dass deren Umsetzung problematisch sein könnte im Hinblick auf die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen. Er argumentiert, dass gemäss Bundesgericht die Kantone über die Kompetenz verfügen, im arbeitsrechtlichen Bereich sozialpolitische Massnahmen zu treffen, die zur öffentlich-rechtlichen Sozialschutzgesetzgebung gehören. Er lässt dabei aber ausser Betracht, dass kantonale Gesetze mit einem Mindestlohn-Geltungsbereich über die Kantongrenzen hinweg genau diese vom Bundesgericht bestätigte kantonale Kompetenz klar verletzen. Solche Fälle können auftreten bei gesamtschweizerischen AVE GAV. Man kann also auch dahin argumentieren, dass einschlägige kantonale Mindestlohngesetze die jeweiligen kantonalen Rechtsetzungskompetenzen offenkundig verletzen, weil sie gegen die in der Normenhierarchie übergeordneten bundesrechtlichen Regelungen im Binnenmarktgesetz und in der Bundesverfassung (Wirtschaftsfreiheit) verstossen. Es bleibt anzumerken, dass auf kantonaler Ebene grundsätzlich ein bunter Strauss an gesetzlich einführbaren sozialpolitischen Massnahmen zur Verfügung steht. Die Einführung eines kantonalen Mindestlohnes der den sozialpartnerschaftlich verhandelten und AVE-erklärten GAV widerspricht bzw. diese «aushebelt», ist somit keine zwingend notwendige kantonale Massnahme.

Der Bundesrat begründet die geforderte Abschreibung der Motion damit, dass ihre Umsetzung mehreren Grundprinzipien der Rechtsordnung widerspricht. Wir stellen uns hingegen mit Verweis auf das oben Ausgeführte auf den Standpunkt, dass eine Umsetzung der Motion Ettlins gerade das Gegenteil gewährleisten würde, nämlich die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes und anderer verfassungsmässiger Rechte. Zudem würde die Umsetzung der Motion die Sozialpartnerschaft stärken, was der Bundesrat an anderen Stellen stets als höchst wertvoll und notwendig betrachtet (wir verweisen dazu beispielhaft auf Art. 73a und b der ArGV1).

Fazit:

Der Arbeitgeberverband Region Basel stimmt einer Umsetzung der Motion Ettlin gemäss dem Entwurf des Bundesrates zu.

Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen»

Mit der Annahme der Motion der WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» wurde der Bundesrat damit beauftragt, die notwendigen Massnahmen zu treffen, damit die paritätischen Kommissionen der für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge verpflichtet werden, ihre Jahresrechnungen betreffend die Beiträge zu den Vollzugskosten der GAV zu veröffentlichen.

Der Bundesrat schlägt eine Ergänzung um zwei neue Absätze in Art. 5 AVEG vor, die allen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden, die einem ave GAV unterstellt sind und Beiträge an die Vollzugskosten für diesen GAV bezahlen, ein Recht auf kostenlose Einsicht in die Jahresrechnung gewährt.

Die Finanzströme für den Vollzug und die Leistungen aus einem allgemeinverbindlich erklärten GAV sind strikte von den Finanzströmen der Organisationen der Sozialpartner (Gewerkschaften/Arbeitgeber) zu trennen. Bspw. ist eine Gegenverrechnung von Rückerstattungen aus Beiträgen der AVE GAV mit Mitgliederbeiträgen abzuschaffen. Diese Ziele werden mit der Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen» verfolgt.

Die Vernehmlassungsvorlage des Bundesrats setzt mit dem Recht auf Einsicht in die Jahresrechnungen der PK jedoch die Motion 21.3599 nicht vollständig um. Das Einsichtsrecht fördert zwar insbesondere eine zweckmässigere Verwendung der Vollzugskostenbeiträge und eine angemessenere Bildung von finanziellen Reserven. Aus übergeordneter Sicht fördert das Einsichtsrecht auch indirekt einen effizienteren Vollzug der GAV, was aus ordnungspolitischer Sicht zu begrüessen ist.

Der Arbeitgeberverband Region Basel teilt jedoch die vom Schweizerischen Baumeisterverband in seiner Stellungnahme vom 6. März 2024 vertretene Auffassung, dass die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV strikt von den Finanzierungsströmen der Organisationen der Sozialpartner selbst zu trennen sind und Rückerstattungsmechanismen an die Sozialpartner oder deren Mitglieder abzuschaffen sind.

Fazit:

Der Arbeitgeberverband Region Basel schliesst sich bezüglich der Motion 21.3599 der Stellungnahme des Schweizerischen Baumeisterverbands vom 6. März 2024 an und unterstützt dessen Vorschlag, drei neue Artikel im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) aufzunehmen:

Art. 5 Abs. 3 und 4 (neu)

Abs. 3: Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.

Abs. 4: Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.

Art. 3 Abs. 1 (neu)

Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323ter Absatz 1 Buchstabe b des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.

(vgl. Stellungnahme des Schweizerischen Baumeisterverbands vom 6. März 2024)

Wir danken für Ihre Kenntnisnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen



Saskia Schenker
Direktorin, Lic.rer.soc./MBA



Alexander Frei
Dr. iur., Advokat
Arbeitsrecht, Arbeitsmarkt und GAV-Politik

Zürich, 30. April 2024

[suissetec, Postfach, CH-8021 Zürich](#)

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und
Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Unsere Referenz

Nicolas Spörri, MLaw, Rechtsanwalt
+41 43 244 73 22
nicolas.spoerri@suissetec.ch

Per E-Mail an: info.paga@seco.admin.ch

Vernehmlassung Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín) – Stellungnahme suissetec

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Unserem Verband gehören rund 3'500 Unternehmungen aus den Branchen Sanitär, Spenglerei / Gebäudehülle, Heizung, Klima / Kälte, Lüftung, Rohrleitungsbau / Werkleitungen sowie Solarinstallationen an. In diesen Unternehmungen bestehen rund 50'000 Arbeitsverhältnisse, wobei die Arbeitnehmenden unserer Hersteller-Lieferanten in dieser Zahl nicht enthalten sind. Wir pflegen eine aktive Sozialpartnerschaft. Die Eckdaten der meisten Arbeitsverhältnisse in unseren Branchen regeln wir seit vielen Jahren mittels eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages. Innerhalb dieses Gesamtarbeitsvertrages nehmen die Mindestlöhne eine tragende Rolle ein. Aus diesem Grund nehmen wir die Möglichkeit zur Stellungnahme im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wahr.

I. Allgemeine Anmerkungen

suissetec befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe IV. unten). Der Bundesrat bringt vor, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess suissetec diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von

Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt dabei zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende

Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton sich in die ave GAV einmischt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte

Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlin zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im all-gemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wo-nach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer ungünstigere GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen unbedingten Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV-Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. Wir sind mit dieser Begründung nicht einverstanden. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Gené, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der

Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mit hin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « [...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV. entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

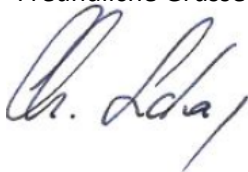
Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Um grösstmögliche Klarheit zu schaffen, soll aber Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernommen werden (s. IV. oben).

VII. Anmerkung zu Art. 5 Abs. 3 und 4 AVEG

Diese Bestimmung stipuliert ein Einsichtsrecht für jeden Arbeitgeber und Arbeitnehmer in die Jahresrechnung der Paritätischen Kommissionen bezüglich der Vollzugskostenbeiträge. Gegen diese Transparenz ist nichts einzuwenden. Im Gesetzgebungsverfahren ist jedoch allgemein zu beachten, dass keine Überregulierung stattfinden und damit zusammenhängend ein immer grösser werdender administrativer Aufwand entsteht. Eine im Vergleich zum Vorschlag weitergehende Regulierung würden wir daher ablehnen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme

Freundliche Grüsse



Christoph Schaar
Direktor



Nicolas Spörri
Mitarbeiter Recht und Politik

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Bianca Neubauer
Bereichsleiterin Recht & Soziales
Mitglied der Geschäftsleitung
Direktwahl +41 44 511 02 11
b.neubauer@holzbau-schweiz.ch

Per Email an:
info.paga@seco.admin.ch

Zürich | 25. April 2024

**Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion
20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme in obgenannter Angelegenheit und nehmen diese nachfolgend gerne wahr.

1. Einleitung

Der Branchenverband Holzbau Schweiz vertritt die Interessen von rund 1200 Mitgliedbetrieben, welche ca. 13'600 Mitarbeiter beschäftigen. Die Holzbaubranche verfügt über einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, welcher die Mindestlöhne, Arbeitszeitbestimmungen, Ferien und weitere Anstellungsbedingungen für sämtliche Mitarbeitende (inklusive Lernende und Kader) innerhalb der gesamten Deutschschweiz und des Tessins einheitlich verbindlich regelt.

2. Allgemeine Anmerkungen

Holzbau Schweiz befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (vgl. nachfolgend). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, empfinden wir als staatspolitisch fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung

verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Diverse betroffene Branchen- und Wirtschaftsverbände haben diese Argumentation überprüft und kommen zum Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlins nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

3. Motion Ettlins

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) wurden Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund wurde im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht. Die Motion Ettlins trägt den Bedenken, welche bei der Motion Baumann genannt wurden, Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins beendet die Kollision von Normen und schafft wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis

umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

4. Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. nachfolgend).

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. In Fällen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und dem 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den

Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

5. Änderung am Vernehmlassungsentwurf

Wir schlagen folgende Änderung des Vernehmlassungsentwurfs vor:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie ~~zwingendem~~ kantonalem Recht widersprechen.

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer ungünstigere GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Fall Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen unbedingten Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

6. Kein Verstoß gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen indes nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung.

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonalen gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten.

An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch

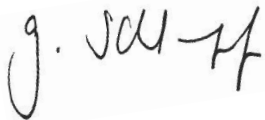
profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

7. Anmerkung zu Art. 5 Abs. 3 und 4 AVEG

Wir können uns damit einverstanden erklären, dass die paritätischen Kommissionen auf Anfrage Einsicht in die Jahresrechnung gewähren sollen, wie dies in den Vernehmlassungsunterlagen festgehalten wird. Eine weitergehende Umsetzung der Motion, welche über die Einsicht in die Jahresrechnung der paritätischen Kommission hinausgehen würde, würden wir indes klar ablehnen. Weitere administrative Aufwände sind zu vermeiden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Gabriela Schlumpf
Direktorin



Bianca Neubauer
Bereichsleiterin Recht & Soziales
Mitglied der Geschäftsleitung

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Herr Bundesrat Guy Parmelin
3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Bern, 30. April 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Besten Dank für die Möglichkeit, uns zur oben erwähnten Vorlage äussern zu können. Der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) nimmt dazu im Folgenden gerne Stellung.

Der vorgeschlagene Entwurf setzt die Forderung der Motion 20.4738 Ettlín («Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen») um, das AVEG so zu ändern, dass die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (AVE GAV) zum Mindestlohn anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung setzt zudem die Forderung der Motion 21.3599 WAK-N («Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen») zu verbesserter Transparenz der paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV um. Allen Arbeitnehmenden oder Arbeitgebenden, welche einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehen, soll auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der PK erteilt werden.

Im Folgenden wird zuerst auf die Umsetzung der Motion Ettlín und als zweites auf die Umsetzung der Motion WAK-N eingegangen.

Umsetzung der Motion Ettlín

Wir teilen die vom Bundesrat geäusserten Bedenken zur Umsetzung der Motion Ettlín: Eine verfassungskonforme Umsetzung ist unmöglich.¹ Die Umsetzung würde einen Eingriff in die kantonalen Kompetenzen, die direkte Demokratie und das Legalitätsprinzip bedeuten und würde zu Rechtsunsicherheit führen. Wir betonen zusätzlich insbesondere die Gefahr der Umsetzung der Motion Ettlín als **Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen**. Letztlich würde die Umsetzung auch einen Eingriff in das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen bedeuten.

¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 24.02.2021 zur Motion 20.4738 Ettlín; Vgl. auch Erläuternder Bericht des WBF zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 24.01.2024, S. 13.

Demzufolge lehnen wir die Umsetzung der Motion Ettlín vollumfänglich ab, namentlich aus folgenden Gründen:

1) Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf die gesetzlichen kantonalen und kommunalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen und führt zu Erwerbsarmut

Stand heute haben fünf Kantone einen Mindestlohn eingeführt: Neuenburg², Jura³, Tessin⁴, Genf⁵ und Basel-Stadt⁶. Da in den Kantonen Genf und Neuenburg die gesetzlichen Mindestlöhne jenen in AVE GAV vorgehen, sind sie von der Umsetzung der Motion Ettlín betroffen. In den Städten Zürich und Winterthur wurden Initiativen zur Einführung eines städtischen Mindestlohns von der Stimmbevölkerung angenommen, die Umsetzung verzögert sich jedoch aufgrund von Beschwerden von Arbeitgeberverbänden. In weiteren Kantonen und Städten wurden Initiativen zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns eingereicht (Waadt, Wallis, Basel-Land, Tessin, Stadt Luzern, Freiburg), lanciert (Solothurn, Stadt Bern, Stadt Biel am 1. Mai 2024) oder sind in Vorbereitung.

Die kantonalen Mindestlöhne sind so ausgelegt, dass sie das Existenzminimum (gemäss Berechnung für die Ergänzungsleistungen der AHV) garantieren. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung würde also dazu führen, dass Arbeitnehmende wieder Löhne erhalten würden, welche unter dem Existenzminimum liegen. **Die Erwerbsarmut würde ansteigen. Dies widerspricht dem Sozialziel der Bundesverfassung**, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass «Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können» (Art. 41 Abs. 1 lit. d BV). Mehr Erwerbstätige wären auf Sozialhilfe angewiesen. Dies würde zur paradoxen Situation führen, dass Branchen und Unternehmen, welche zu tiefe Löhne zahlen, indirekt auf Kosten der Steuerzahlenden subventioniert würden. Diese Subventionierung würde in den Kantonen und Kommunen erfolgen, in denen die Steuerzahler beschlossen haben, Mindestlöhne auf der Grundlage der Bundesverfassung festzulegen. Nun würde eine auf Bundesebene beschlossene Gesetzesänderung, die die Hierarchie der Schweizer Rechtsordnung nicht respektiert, genau diese Steuerzahler bestrafen. Ein Anstieg der Sozialhilfequote würde nämlich die **Kantonsfinanzen belasten**. Entgegen der Einschätzung des Bundesrates schliessen wir eine finanzielle Belastung der Kantone also nicht aus, das Gegenteil ist der Fall. Dies wird auch durch die Entwicklung der Sozialhilfequote im Kanton Neuenburg bestätigt, die im interkantonalen Vergleich zwar hoch ist, aber seit 2017 sinkt (von 7% auf 6,6%).

² Art. 34a BV-NE, angenommen am 27. November 2011, und Art. 32a bis 32e des Gesetzes über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (ALVG) vom 25. Mai 2004 (SRN 813.10), geändert am 28. Mai 2014, in Kraft seit dem 1. Januar 2015 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 21,09 Franken im Jahr 2024).

³ Art. 19 Abs. 3 Cst-JU und Gesetz über den kantonalen Mindestlohn vom 22. November 2017 (RSJU 822.41), in Kraft seit dem 1. Februar 2018 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 20,60 Franken im Jahr 2024).

⁴ Art. 13 Abs. 3 Cst-TI, angenommen am 14. Juni 2015, und Legge sul salario minimo, vom 11. Dezember 2019 (RSTI 843.600), in Kraft seit 1. Januar 2021 (Lohn zwischen 19 und 19.50 Fr. pro Stunde, je nach Sektor, derzeit und mit sukzessiven Erhöhungsstufen).

⁵ Art. 39i bis 39n des Gesetzes über die Arbeitsinspektion und die Arbeitsbeziehungen vom 12. März 2004 (RSGE J 1 05), eingeführt am 27. September 2020 aufgrund einer von den Bürgerinnen und Bürgern angenommenen Volksinitiative, in Kraft seit dem 31. Oktober 2020 (Lohn von 23 Franken pro Stunde, 24.32 Franken am 1. Januar 2024).

⁶ Die Bürgerinnen und Bürger von Basel-Stadt haben am 13. Juni 2021 das Gesetz angenommen, das als Gegenvorschlag zu einer im März 2019 eingereichten Volksinitiative «Kein Lohn unter 23 Franken» diente, einem Gegenvorschlag, der einen Mindestlohn von 21 Franken pro Stunde vorsah, an den Mischindex angepasst 2024 21.45 Franken. In Kraft seit dem 01.07.2022.

Sollte die Motion Ettlín umgesetzt werden, würden die kantonalen Sozialhilfeausgaben wieder steigen.⁷

Bei einer Umsetzung der Forderung der Motion Ettlín würde etlichen Angestellten in Tieflohnbranchen eine Lohnreduktion drohen, wie auch der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt.⁸ Die Tragweite der Auswirkungen der Umsetzung der Motion Ettlín wird im Kanton Genf besonders deutlich. Vor der Einführung des Genfer Mindestlohns verdiente ein grosser Teil der Angestellten in Tieflohnbranchen weniger als den Mindestlohn: 50 Prozent im Coiffeur-Gewerbe, 40 Prozent in der Textilreinigung und 30 Prozent im Gastgewerbe. In allen drei Branchen (und weiteren, wie der Reinigung, dem Ausbaugewerbe, dem Metallgewerbe und den Tankstellenshops) sehen die GAV mehrere Mindestlöhne vor, welche unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegen. Angestellten in diesen GAV-Lohnkategorien drohen Lohnreduktionen. So zum Beispiel allen Coiffeusen: Einer gelernten Coiffeuse droht eine Lohneinbusse bis zu 500 Franken, einer ungelerten Coiffeuse sogar bis zu 1000 Franken im Monat. Schätzungsweise 90 Prozent der Arbeitnehmenden unter dem GAV der Textilreinigung Romandie sitzen auf dem Mindestlohn. Geschätzte 80 Prozent der Arbeitnehmenden befinden sich in den zwei tiefsten Mindestlohnkategorien und könnten durch die Umsetzung der Motion Ettlín über 700 Franken im Monat verlieren. Von einer Senkung des Mindestlohns durch die Umsetzung der Motion Ettlín wären aber noch mehr Arbeitnehmende betroffen. Dies, da Mindestlöhne dazu führen, dass auch die Löhne von Arbeitnehmenden über dem Mindestlohn angehoben werden, um die Lohnhierarchie zu wahren. Wenn der Mindestlohn gesenkt wird, dürfte der gegenteilige Effekt eintreten. Insbesondere in der mittleren Frist und durch Neuanstellungen ist absehbar, dass das Lohnniveau in diesen Branchen wieder auf das GAV-Niveau zurückgeht.

Die Umsetzung der Motion Ettlín läuft zudem den Bestrebungen des Bundes und der Kantone zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann entgegen. Frauen arbeiten häufiger zu tiefen Löhnen als Männer. In den besonders betroffenen Branchen sind mehrheitlich Frauen beschäftigt, insbesondere im Coiffeurgewerbe und der Textilreinigung. Frauen wären also überproportional von der Umsetzung der Motion Ettlín und einer damit einhergehenden Lohnreduktion betroffen. Die Löhne der Frauen würden also wieder gesenkt, anstatt angehoben.

2) Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf kantonale Kompetenzen, die Souveränität der Kantone und den Föderalismus

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da sie in die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen eingreift.⁹ Gemäss Bundesverfassung haben die Kantone die Kompetenz, sozialpolitisch tätig zu werden. Sie können Mindestlöhne festlegen, welche als vorrangiges Ziel die Bekämpfung der Armut haben, wie auch vom Bundesgerichtsurteil zum Neuenburger Mindestlohn bestätigt.¹⁰ Hier sei noch einmal auf das

⁷ Vgl. dazu statt vieler 4. «Rapport Social » des Kantons Neuenburg https://www.ne.ch/medias/Pages/20221209_Rapport_Social_NE_2022.aspx sowie zusammenfassend <https://artias.ch/2022/12/neuchatel-publie-son-rapport-social-2021/>

⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 12.

⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 13.

¹⁰ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.5.5., das Bundesgericht hält in seinem Urteil fest: «Es ist auch daran zu erinnern, dass die Kantone für die Sozialhilfe zuständig sind (Art. 115 BV), die nicht nur materielle Hilfe leisten, sondern auch die berufliche Integration von Bedürftigen fördern soll. Die materielle Hilfe ist somit subsidiär zum Einkommen, das sich die Betroffenen aus eigener Kraft durch eine Erwerbstätigkeit verschaffen können [Verweise u.a. auf die Rechtsprechung]. Dies setzt jedoch voraus, dass vollzeitlich erwerbstätige Personen ein Einkommen erzielen, das zum Leben ausreicht. Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV nennt zudem als Sozialziel, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass

Sozialziel aus Art. 41 Abs. 1 lit d BV verwiesen, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. **Die Umsetzung der Motion Ettlins zielt darauf ab, die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik zu beschneiden**, da sie sich gegen sozialpolitische Mindestlöhne richtet. Dies ist somit auch ein Eingriff in die Souveränität der Kantone und den Föderalismus und würde das **gesamte System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in Frage stellen** und Tür und Tor für weitere Überschreitungen öffnen. Der Ständerat hat am 19. Dezember 2019 die Motion Baumann (18.3934), welche das gleiche Anliegen wie die Motion Ettlins verfolgt, explizit aus diesem Grund abgelehnt.¹¹

Entgegen der Einschätzung des Bundesrates¹² verstösst die Umsetzung der Motion unserer Meinung nach zudem dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 43a Abs. 1 BV), demzufolge «der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen».

3) Die Umsetzung der Motion Ettlins ist ein Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert sind. Die kantonalen Bestimmungen, die Mindestlöhne einführen, wurden alle im Rahmen von Volksabstimmungen angenommen und verfügen folglich über eine starke demokratische Legitimation. Ein GAV ist ein Vertrag zwischen Privaten und die Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an dessen privatrechtlichen Charakter – sie macht aus dem GAV kein Gesetz. Dies wurde auch vom Bundesgericht in seinem Urteil zum Mindestlohn im Kanton Neuenburg bestätigt.¹³ **Die Umsetzung der Motion Ettlins stellt somit einen Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie dar:** Sie verlangt, dass AVE GAV – privatrechtlich geregelte Vereinbarungen – kantonalen, vom Stimmvolk eingeführten Bestimmungen, vorgehen sollen.

Die Umsetzung der **Motion Ettlins würde die Schutzwirkung des AVEG untergraben** und zu einem Werkzeug für Lohndumping machen, was dem Volkswillen widersprechen würde: das Schweizer Volk hat sich immer wieder für wirksame Massnahmen für den Lohnschutz ausgesprochen.

4) Die Umsetzung der Motion Ettlins verstösst gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität

Wie der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren schreibt, verstösst die Umsetzung der Motion Ettlins aufgrund der im obigen Punkt aufgeführten Argumente auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität, woraus sich der Grundsatz der Normenhierarchie ableitet:

alle Erwerbsfähigen ihren Lebensunterhalt durch Arbeit, die sie unter angemessenen Bedingungen ausüben, bestreiten können».

¹¹ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlins, in der er seine bereits am 21. November 2018 zur Motion Baumann (18.3934) mit ähnlichem Inhalt, Aussagen wiederholt, wonach es sich um einen Eingriff von erheblicher Tragweite und besorgniserregender staatspolitischer und demokratiepolitischer Bedeutung handle, wobei der Bundesrat ausführt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung des Motionsziels den Volkswillen auf kantonaler Ebene aushöhlen und gegen die Grundsätze des Föderalismus und der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung verstossen würde; vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183934>.

¹² Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 14.

¹³ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.3.2.

eine untergeordnete Rechtsnorm darf nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen, d.h. ein AVE GAV (eine privatrechtlich geregelte Vereinbarung) ist einem kantonalen Gesetz untergeordnet.¹⁴

5) Eingriff in das System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Die Umsetzung der Motion Ettlins wäre zudem ein Verstoss gegen das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen. Das Arbeitsverhältnis ist in der Regel durch das private Arbeitsrecht geregelt. Diese privatrechtlichen Bestimmungen räumen den Parteien einen gewissen Handlungsspielraum ein, um an ihre spezifischen Bedürfnisse angepasste Regelungen zu beschliessen. Dieser Handlungsspielraum ist jedoch begrenzt: Öffentlich-rechtliche Bestimmungen, welche grundsätzlich zwingend sind, haben Vorrang vor den Regeln des privaten Arbeitsrechts und den auf diesen Grundlagen vereinbarten Regeln zwischen Privaten (Vorbehalt des öffentlichen Rechts; Artikel 342 OR). **Dies bedeutet, dass die öffentlich-rechtlichen Regeln, die von den Kantonen und vom Bund eingeführt wurden, um einen Mindestschutz der Arbeitnehmenden sicherzustellen, Vorrang vor allen anderen anderslautenden Regeln haben.** Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen zu den Mindestlöhnen in den Kantonen Neuenburg und Tessin festgehalten, dass sozialpolitisch relevante kantonale Regelungen zu Mindestlöhnen unter diesen Vorbehalt fallen.¹⁵ Die Umsetzung der Motion Ettlins käme einem Verstoss gegen dieses System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts gleich, indem der allgemeinverbindliche GAV über das kantonale öffentliche Recht gestellt wird.

6) Rechtsunsicherheit

Wie im Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt, führt die Umsetzung der Motion Ettlins zu Rechtsunsicherheit: In Kantonen, wo die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind als jene in (AVE) GAV, würden zwei parallele und widersprüchliche Gesetze vorliegen. In solchen Fällen müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.¹⁶

Die legale Umsetzung der Motion Ettlins setzt eine Verfassungsänderung voraus. Wie oben ausgeführt, ist die Motion unserer Ansicht nach, wie auch nach der Auffassung des Bundesrates, nicht verfassungskonform umsetzbar. Konsequenterweise müsste der Bundesrat die Änderung der Verfassung vorschlagen, was gemäss dem erläuternden Bericht zur Änderung des AVEG angedacht wurde, um die Motion auf legale Art und Weise umzusetzen.¹⁷

Umsetzung der Motion WAK-N.

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund hat die Annahme der Motion WAK-N «Transparenz über die Mittel paritätischer Kommissionen» durch den Nationalrat sowie der ständerätlichen Kommission zur Kenntnis genommen.

¹⁴ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlins, in der es heisst, dass ein «allgemeinverbindlicher GAV auch nicht auf Gesetzesniveau ist, sondern eher mit einer Verordnung vergleichbar ist».

¹⁵ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E.7.4; BGer 2C_302/2020, 2C_306/2020, E.8.7.

¹⁶ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 6.

¹⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 7.

Mit der Motion WAK-N beauftragte das Parlament den Bundesrat, die notwendigen Massnahmen zu treffen, damit die paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge verpflichtet werden, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen (Forderung 1). Die Motion fordert zudem, dass die paritätischen Kommissionen über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft abzulegen haben (Forderung 2). Schliesslich verlangt sie, dass die Aufsichtsbehörde über die paritätischen Kommissionen, das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), die Eidgenössische Finanzkontrolle oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen kann (Forderung 3).

Der Bundesrat erachtet die zweite und die dritte Forderung der Motion als bereits erfüllt.

Forderung 2: Die paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV des Bundes sind gemäss Artikel 3 und 5 Absatz 2 AVEG verpflichtet, ihre Buchführung zu den Vollzugskostenbeiträgen der GAV jährlich dem SECO zu unterbreiten. Das SECO prüft, als Aufsichtsbehörde in diesem Bereich, ob die Beiträge in Übereinstimmung mit seinen Weisungen über Beiträge verwendet werden. Somit ist die zweite Forderung erfüllt.¹⁸

Forderung 3: Das SECO wurde Anfang 2023 durch die Eidgenössische Finanzkontrolle einem Audit zu seinen Aufgaben im Zusammenhang mit der Finanzaufsicht über die paritätischen Kommissionen unterzogen. Die Eidgenössische Finanzkontrolle empfiehlt dem SECO in ihrem Auditbericht vom 11. September 2023, die paritätischen Kommissionen zu beauftragen, zusätzlich zur Kontrolle der Jahresrechnung die Einhaltung der Weisungen über Beiträge durch ihre Revisionsstelle prüfen und bestätigen zu lassen. Das SECO hat diese Empfehlungen angenommen und wird sie umsetzen. Somit ist auch Forderung 3 bereits erfüllt.¹⁹

Wir teilen die Einschätzung des Bundesrats, dass die zweite und dritte Forderung bereits umgesetzt sind.

Forderung 1: Im Zusammenhang mit der ersten Forderung, dass die paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV verpflichtet werden sollen, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen, schlägt der Bundesrat folgende Umsetzung vor:

Der Bundesrat schlägt vor, zwei neue Absätze in Artikel 5 AVEG zu ergänzen, die ein Recht auf Einsicht in die Jahresrechnungen der paritätischen Kommissionen für die Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstellt sind und Beiträge bezahlen, vorsehen.

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund hat ebenfalls ein hohes Interesse, dass die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds transparent und nachvollziehbar dargelegt wird. **Wir befürworten deshalb, den erarbeiteten Vorschlag, den unterstellten Arbeitnehmenden und Arbeitgebern eines Gesamtarbeitsvertrags mit allgemeinverbindlich erklärten Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträgen auf Anfrage Einsicht in die Jahresrechnung zu gewähren.**

¹⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 5.

¹⁹ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 5.

Wir geben aber zu bedenken, dass solche Anfragen zu einem beachtlichen administrativen Mehraufwand führen können und daher auch ressourceneffiziente Umsetzungsformen, wie eine elektronische Zustellung der Rechnung, möglich sein sollen.

Fazit

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund lehnt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin als Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne, die direkte Demokratie und die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik, sowie dem Legalitäts- und Subsidiaritäts-Prinzip der Bundesverfassung vollumfänglich ab. Wir befürworten jedoch die Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N, da sie die Transparenz über die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds stärkt.

Wir danken Ihnen herzlich für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Pierre-Yves Maillard
Präsident



Luca Cirigliano
Zentralsekretär

Bern, 30. April 2024 JD/nh

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»): Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Naturstein-Verband Schweiz NVS ist der grösste Arbeitgeberverband des Schweizer Naturstein-Handwerks und der Schweizer Naturstein-Industrie. Seit vielen Jahrzehnten ist unsere Branche durch einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag GAV geregelt.

Unsere Betroffenheit durch die titelvermerkte Vernehmlassung ist entsprechend gross und wir nehmen wie folgt dazu Stellung.

1. Allgemeines

Der NVS befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direkt betroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel 4.).

Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist für uns staatspolitisch äusserst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess der Naturstein-Verband Schweiz NVS diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt, wie der NVS, zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

2. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín für die Sozialpartnerschaft

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft in der Schweiz einläuten.

3. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel 4. unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest:

*«Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinverbindlich erklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.»*

Das Gutachten hält aber auch fest:

«Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

4. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Anträge: Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Begründung: Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

5. Kein Verstoss gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können.

Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden.

Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen. Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

6. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlich erklärter GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel 4. entfällt.

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

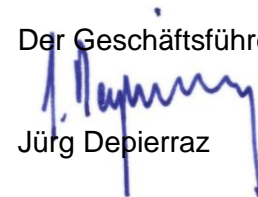
Naturstein-Verband Schweiz NVS

Der Präsident:



Ado Vogt

Der Geschäftsführer:



Jürg Depierraz



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND
UNION PATRONALE SUISSE
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen
Gesamtarbeitsverträge
Holzikofenweg 36
3003 Bern

info.paga@seco.admin.ch

Zürich, 30. April 2024 AS/mb

luetzelschwab@arbeitgeber.ch

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín (1. Teil): Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin

Wir wurden mit Schreiben vom 24. Januar 2024 vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF eingeladen, zu eingangs erwähnter Vernehmlassung bis zum 1. Mai 2024 Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens und unterbreiten Ihnen nachfolgend gerne unsere Positionen.

Der Schweizerische Arbeitgeberverband (SAV) ist seit 1908 die Stimme der Arbeitgeber in Wirtschaft, Politik und Öffentlichkeit. Er vereint als Spitzenverband der Schweizer Wirtschaft rund 90 regionale und branchenspezifische Arbeitgeberorganisationen sowie einige Einzelunternehmen. Insgesamt vertritt er über 100 000 Klein-, Mittel- und Grossunternehmen mit rund 2 Millionen Arbeitnehmenden aus allen Wirtschaftssektoren. Der SAV setzt sich für eine starke Wirtschaft und den Wohlstand der Schweiz ein. Er verfügt dabei über anerkanntes Expertenwissen insbesondere in den Bereichen Arbeitsmarkt, Bildung und Sozialpolitik.

Die Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV):

- Der SAV verlangt eine Trennung und eigenständige Behandlung der Motionen 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel der paritätischen Kommissionen» und reicht hiermit die Stellungnahme zur erstgenannten Motion ein.
- Der SAV unterstützt die Eingabe von GastroSuisse vom 25. April 2024, und insbesondere die Argumentation, wonach der Vernehmlassungsentwurf nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstösst.
- Zur Klarstellung empfiehlt der SAV:
 - die Aufnahme von Art. 1 Abs. 4 AVEG: «Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.»

- die Anpassung (*in rot durchgestrichen*) von Art. 2 Ziff. 4 AVEG: «Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie *zwingendem* kantonalem Recht widersprechen.»
- Eine Minderheit fordert noch mehr Klarheit und Rechtssicherheit in Art. 4 Abs. 1 AVEG: «Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferien gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und Gemeinden vor.» Entsprechend soll auch Art. 2 Abs. 4 AVEG um die Punkte 13. Monatslohn, Ferien und dem kommunalen Recht erweitert werden.
- Eine weitere Minderheit der Mitglieder will den Anwendungsbereich der Mo. 20.4738 Ettlins auch auf bereits bestehende nicht-ave GAV und/oder gleichwertige nicht-ave GAV ausdehnen.

1. Ausgangslage

Die Motion 20.4738 Ettlins «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» wurde von Ständerat Erich Ettlins im Dezember 2020 eingereicht. Die eidgenössischen Räte haben diese Motion am 14. Dezember 2022 angenommen und den Bundesrat beauftragt, das AVEG zu ändern, damit die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten (ave) Gesamtarbeitsvertrages (GAV) zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Heute darf ein GAV dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen.

Nur wenige Monate nach der Einreichung der Mo. Ettlins wurde die Motion 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» von der WAK-N eingereicht.

Da die beiden Motionen im Abstand weniger Monate angenommen wurden und ihre Umsetzung in beiden Fällen eine Änderung des AVEG erfordert, schlägt der Bundesrat eine gemeinsame Vorlage vor, die in Form eines Vorentwurfs in die Vernehmlassung gegeben wird.

2. Trennung der beiden Motionen

Der SAV weist darauf hin, dass die beiden Motionen (Motion 21.3599 und Motion 20.4738) im Parlament nie gemeinsam behandelt wurden. Es erstaunt daher, dass beide Motionen in derselben Vernehmlassung behandelt werden, obschon ihre inhaltlichen Anliegen weit auseinander liegen. Wenn das Parlament den Umsetzungsvorschlag der einen Motion ablehnen würde, so bestünde die Gefahr, dass das Gesamtpaket und damit auch die zweite Motion gesamthaft abgelehnt würde, obwohl das Parlament letztere eigentlich akzeptiert.

Der SAV fordert deshalb an, dass die beiden Geschäfte getrennt und separat behandelt werden. Die Geschäfte sollen in zwei separaten, eigenständigen Botschaften ans Parlament überwiesen werden. Die vorliegende Stellungnahme behandelt somit die Mo. 20.4738 Ettlins; die Stellungnahme zur zweiten Motion wird separat eingereicht.

3. Allgemeine Erläuterungen

Der SAV begrüsst den Vernehmlassungsentwurf grundsätzlich, so wird das Anliegen der Motion 20.4738 mehrheitlich umgesetzt.

Der Bundesrat führt an verschiedenen Stellen des erläuternden Berichts aus, dass die Umsetzung dieser Motion mehreren Prinzipien der Rechtsordnung widerspricht und er deshalb den vorliegenden Vernehmlassungsentwurf zur Nichtumsetzung empfiehlt. Es fragt sich, ob mit diesem Vorgehen die Gewaltenteilung tangiert ist. Die Gewaltenteilung garantiert, dass das Parlament über Gesetze

entscheidet und der Bundesrat dafür besorgt ist, dass die Entscheide des Parlaments umgesetzt werden. Der Bundesrat begründet seine Haltung u.a. damit, dass die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen problematisch ist. Zudem sei die Normenhierarchie fraglich, da ein Beschluss über die AVE einem kantonalen Gesetz untergeordnet ist.

GastroSuisse liess diese Argumentation gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Gutachten kommt zum Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und, dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion 20.4738 Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen. Der SAV unterstützt diese Haltung.

Die folgenden Ausführungen unter den Punkten 4 bis 6 entsprechen infolgedessen ausgewählten Äusserungen der Eingabe von GastroSuisse vom 25. April 2024. Für detailliertere Angaben dieser Punkte und weitere Ausführungen verweisen wir auf die erwähnte Eingabe und das Gutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner vom 27. März 2024.

4. Notwendigkeit, die Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen zu schützen

Im Juli 2017 hielt das Bundesgericht in seinem umstrittenen Urteil betr. Mindestlohn im Kanton Neuenburg fest, dass die Kantone zur Verfolgung sozialpolitischer Ziele kantonale Mindestlohnvorschriften erlassen dürfen und somit Bestimmungen eines ave GAV ausser Kraft setzen können. Mit diesem Urteil werden die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des Bundesrates von GAV untergraben. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Weiter ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits seit dem genannten Bundesgerichtsentscheid nicht klar geregelt. Die Umsetzung der vorliegenden Motion schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen, beendet die Kollision von Normen und schafft Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert so den sozialen Frieden. Das kollektive Arbeitsrecht schafft einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, gut austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmenden und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an die ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten.

5. Der Vernehmlassungsentwurf verstösst nicht gegen übergeordnetes Recht

Im erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. Seinen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. Nachfolgend werden ausgewählte Argumente der Eingabe von GastroSuisse vom 25. April 2024 aufgenommen; für die detailliertere Ausführung verweisen wir auf das Rechtsgutachten vom 27. März 2024 von Prof. Dr. Isabelle Häner sowie auf die entsprechende Eingabe.

- **Flankierende Massnahmen – wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen – und die Mindestlöhne selbst, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind.** Prof. Dr. Häner führt im Rechtsgutachten aus: « [Es] bestehen berechnete Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.»
- Art. 110 Abs. 1 BV beinhaltet, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» **Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechnete, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.»** Den Kantonen werde keine besondere Regelungskompetenz belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten.

6. Der Vernehmlassungsentwurf soll präziser formuliert sein

Der Vernehmlassungsentwurf ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang von AVEG gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. Der Vernehmlassungstext setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Der SAV befürwortet deshalb im Grundsatz die im Vernehmlassungsentwurf präsentierte Gesetzesänderung in Art. 2 Ziff. 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt.

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und zum 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Der SAV befürwortet die Beschränkung auf Mindestlöhne.

Die Motion hält in Art. 1 Abs. 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. **Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt.** Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Art. 1 Abs. 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV-Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «*zwingend*» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

Der SAV schlägt daher folgende Anpassungen vor:

Ergänzungs- und Streichungsantrag (Änderungsvorschläge sind rot markiert):

Art. 1 Abs. 4 AVEG (neu)

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Art. 2 Ziff. 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

7. Minderheitsmeinung einer weiter verstärkten Präzisierung

Gemäss einer Minderheit lässt der Vernehmlassungsentwurf einen gewissen Interpretationsspielraum hinsichtlich des Vorrangs einer ave GAV-Bestimmung und einem kantonalen Gesetz bestehen. Weiter besteht diese Minderheit auf die Erwähnung des 13. Monatslohns und den Ferien gemäss Motionstext. Der Gesetzestext soll ebenfalls auf Gemeinden angewendet werden und wünscht die Streichung des Worts «*zwingendem*». Sie schlägt deshalb die zwei nachstehenden Präzisierungen vor.

Art. 1 Abs. 4 AVEG (neu)

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferien gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone und Gemeinden vor.

Art. 2 Ziff. 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne, **13. Monatslohn und Ferien** können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem **oder kommunalem** Recht widersprechen.*

8. Minderheitsmeinung der Anwendungsausdehnung der Motion 20.4738 auch auf nicht-ave GAV

Eine weitere Minderheit begrüsst zwar grundsätzlich die Stossrichtung der vorliegenden Umsetzung, sieht aber nicht ein, weshalb bloss in ave GAV von kantonalen Mindestlohnbestimmungen abgewichen werden können soll, nicht aber in nicht-ave GAV.

Diese Beschränkung wird als nicht sachlich gerechtfertigt betrachtet. Der Anwendungsbereich dieser Motion soll deshalb auch auf bereits bestehende nicht-ave GAV und/oder gleichwertige nicht-ave GAV ausgedehnt werden, da diesen de facto die gleiche Bedeutung wie den ave GAV zukommt. Die Wichtigkeit der Sozialpartnerschaft als wertvoller Pfeiler der Schweizer Wirtschaft sowie als Garant für den Arbeitsfrieden seit über 100 Jahren wird dadurch nochmals verstärkt. Des Weiteren würde eine diskriminierende Bevorzugung von ave GAV gegenüber gleichwertigen, langjährigen nicht-ave GAV wegfallen.

Die Minderheit fordert somit folgende Umsetzung:

Art. 2 Ziff. 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne **in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen sowie in bereits existierenden oder gleichwertigen nicht-allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen gehen immer vor, können allgemeinverbindlich erklärt werden**, auch wenn sie zwingendem kantonalem Recht widersprechen.*

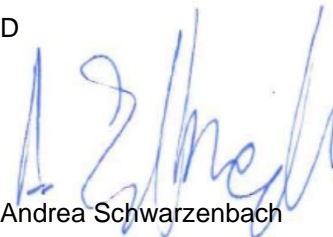
Wir bitten Sie um Berücksichtigung unserer Eingabe und stehen Ihnen für allfällige Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND



Daniella Lützel Schwab
Ressortleiterin Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht



Andrea Schwarzenbach
Stv. Ressortleiterin Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht

Beilage:

Rechtsgutachten über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen von Prof. Dr. Isabelle Häner, Rechtsanwältin, vom 27. März 2024



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND
UNION PATRONALE SUISSE
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Personenfreizügigkeit und Arbeitsbedingungen
Gesamtarbeitsverträge
Holzikofenweg 36
3003 Bern

info.paga@seco.admin.ch
und valerie.berger@seco.admin.ch

Zürich, Anfang Mai 2024 AS/mb
schwarzenbachb@arbeitgeber.ch

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» (2. Teil): Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir wurden mit Schreiben vom 24. Januar 2024 vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF eingeladen, zu eingangs erwähnter Vernehmlassung bis zum 1. Mai 2024 Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens und unterbreiten Ihnen nachfolgend gerne unsere Positionen.

Der Schweizerische Arbeitgeberverband (SAV) ist seit 1908 die Stimme der Arbeitgeber in Wirtschaft, Politik und Öffentlichkeit. Er vereint als Spitzenverband der Schweizer Wirtschaft rund 90 regionale und branchenspezifische Arbeitgeberorganisationen sowie einige Einzelunternehmen. Insgesamt vertritt er über 100 000 Klein-, Mittel- und Grossunternehmen mit rund 2 Millionen Arbeitnehmenden aus allen Wirtschaftssektoren. Der SAV setzt sich für eine starke Wirtschaft und den Wohlstand der Schweiz ein. Er verfügt dabei über anerkanntes Expertenwissen insbesondere in den Bereichen Arbeitsmarkt, Bildung und Sozialpolitik.

Die Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV):

- Der SAV verlangt eine Trennung und eigenständige Behandlung der Motionen 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel der paritätischen Kommissionen» und 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und reicht hiermit die Stellungnahme zur erstgenannten Motion ein.
- Der SAV befürwortet den Grundsatz nach Transparenz bei den Finanzströmen und unterstützt die Zielsetzung der vorliegenden Revision. Dafür bilden die Umsetzungsvorschläge des Bundesrates eine Basis. Sie gehen aber zu wenig weit.
- Um die Transparenz bei den Finanzströmen zu steigern, fordert der SAV weitere Massnahmen (vergleiche Ziffer 4).

1. Ausgangslage

Die Motion 21.3599 WAK-N wurde am 1. Juni 2022 vom Parlament angenommen. Sie beauftragt den Bundesrat, die notwendigen Massnahmen zu treffen, damit die paritätischen Kommissionen (PAKO) der für allgemeinverbindlich erklärten (ave) GAV verpflichtet werden, einerseits ihre Jahresrechnungen betreffend die Beiträge zu den Vollzugskosten der GAV zu veröffentlichen und andererseits über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft abzulegen. Weiter verlangt sie, dass das SECO die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen kann.

Nur wenige Monate vor der Einreichung der Motion 21.3599 wurde die Motion 20.4739 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» eingereicht.

Da die beiden Motionen im Abstand weniger Monate angenommen wurden und ihre Umsetzung in beiden Fällen eine Änderung des AVEG erfordert, schlägt der Bundesrat eine gemeinsame Vorlage vor, die in Form eines Vorentwurfs in die Vernehmlassung gegeben wird.

2. Trennung der beiden Motionen

Der SAV weist darauf hin, dass die beiden Motionen (Motion 21.3599 und Motion 20.4738) im Parlament nie gemeinsam behandelt wurden. Es erstaunt daher, dass beide Motionen in derselben Vernehmlassung behandelt werden, obschon ihre inhaltlichen Anliegen weit auseinander liegen. Wenn das Parlament den Umsetzungsvorschlag der einen Motion ablehnen würde, so bestünde die Gefahr, dass das Gesamtpaket und damit auch die zweite Motion gesamthaft abgelehnt würde, obwohl das Parlament letztere eigentlich akzeptiert.

Der SAV fordert deshalb, dass die beiden Geschäfte getrennt und separat behandelt werden. Die Geschäfte sollen in zwei separaten, eigenständigen Botschaften ans Parlament überwiesen werden. Die vorliegende Stellungnahme behandelt somit die Mo. 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»; die Stellungnahme zur zweiten Motion wurde separat eingereicht.

3. Zur Umsetzung der Motion

Der Bundesrat weist im erläuternden Bericht darauf hin, dass bereits zwei der in der Motion geforderten Forderungen erfüllt sind. Die eine Forderung, wonach die PAKO über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft abzulegen haben, ist gemäss Art. 3 und 5 Abs. 2 AVEG umgesetzt. Danach sind die PAKO der ave GAV des Bundes verpflichtet, ihre Buchführung zu den Vollzugskostenbeiträgen der GAV jährlich dem SECO zu unterbreiten. Das SECO prüft dann, ob die Beiträge in Übereinstimmung mit den Weisungen über Beiträge verwendet werden.

Die zweite Forderung, wonach das SECO die EFK oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen kann, wurde ebenfalls erfüllt. Das SECO wurde einem Audit durch die EFK zu seinen Aufgaben im Zusammenhang mit der Finanzaufsicht über die PAKO unterzogen.

Die dritte Forderung, wonach die PAKO für ave GAV verpflichtet werden, ihre Jahresrechnung betreffend die Beiträge zu den Vollzugskosten der GAV zu veröffentlichen, wird mit der vorliegenden Revision umgesetzt. Neu können gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 AVEG Arbeitnehmenden und Arbeitgebern, welche einem ave GAV unterstehen, auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der PAKO erteilt werden.

Der SAV unterstützt die erwähnten drei Forderungen, schlägt jedoch weitere, zur Transparenzsteigerung geeignete Massnahmen vor.

4. Zusätzliche Massnahmen zur weiteren Steigerung der Transparenz

Im Rahmen der Diskussion um die vorliegende Positionierung setzte sich der SAV intensiv mit weiterführenden Aspekten der Transparenz auseinander und beantragt Folgendes:

4.1 Abrechnungen

Die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem ave GAV sollen strikt von den Finanzierungsströmungen der Organisationen der Sozialpartner selbst getrennt werden. Um Abrechnungen überprüfen zu können, schlägt der SAV vor, dass diese auf zweckbestimmten, wirtschaftlich nachgewiesenen Kosten beruhen.

4.2 Umsetzung der Empfehlungen der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK)

Der SAV spricht sich klar dafür aus, dass die Weisungen des SECO über die Beiträge ([Weisungen über Beiträge 11 2014 \(1\).pdf](#)) strikte einzuhalten sind. Im Herbst 2023 hat die Eidgenössische Finanzkontrolle die Verwendung der Vollzugskostenbeiträge durch die PAKO überprüft und dabei verschiedene Empfehlungen an das SECO abgeben ([22443BE-Endgültige-Fassung-V04.pdf \(ad-min.ch\)](#)). Nebst der Konkretisierung der SECO-Weisungen sollen die Revisoren auch zukünftig die Einhaltung derselben bestätigen. Der SAV trägt die Empfehlungen der EFK inklusive materieller Kontrolle der Zweckbindung durch die Revision bzw. eine zu definierende Instanz mit.

4.3 Untersagen von Rückerstattungsmechanismen

Bereits heute sind Rückerstattungen an Mitglieder («Beitragsvergünstigungen») verboten, sofern keine entsprechenden Leistungen hinterlegt sind. Für mehr Transparenz soll inskünftig angestrebt werden, dass Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen gänzlich untersagt werden.

Der SAV schlägt folgende Änderung (in rot) vor:

Art. 3 Abs. 1 (neu) AVEG

*Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323^{ter} Absatz 1 Buchstabe b des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht **und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.***

4.4 Erweiterung des Kreises zur Einsichtnahme

Ein Teil der Mitgliedschaft wünscht noch weitere Massnahmen, so insbesondere ein Einsichtsrecht in die Jahresrechnung für alle Interessierten.

Vorgeschlagen wird folgende weitere Änderung (in rot):

Art. 5 Abs. 3 und 4 (neu) AVEG

*Abs. 3: **Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.***

*Abs. 4: **Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.***



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND
UNION PATRONALE SUISSE
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Wir bitten Sie um Berücksichtigung unserer Eingabe und stehen Ihnen für allfällige Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Prof. Dr. Roland A. Müller
Direktor

Daniella Lützel Schwab
Ressortleiterin Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht

Genève, le 1^{er} mai 2024

**Procédure de consultation relative à la modification de la loi
permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective
de travail**

Madame, Monsieur,

Lors de sa séance du 24 janvier 2024, le Conseil fédéral a ouvert la consultation sur le projet de modification de la loi permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT). Le SIT vous remercie de l'opportunité qui lui est ainsi donnée de faire connaître sa position sur ce projet de modification législative.

1. Mise en œuvre de la motion 20.4738 Ettlín

La motion 20.4738 Ettlín « Protéger le partenariat social contre les ingérences discutables » a été adoptée successivement par le Conseil des États et le Conseil national en décembre 2022. Elle a relancé le débat sur le salaire minimum cantonal et sur le principe de primauté du droit fédéral, alors que depuis l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 143 I 403 du 21 juillet 2017 relatif au salaire minimum dans le canton de Neuchâtel, l'instauration d'un salaire minimum par les cantons, au titre de la politique sociale, était acquise.

Afin de mettre en œuvre cette motion, le Conseil fédéral propose une modification de la LECCT qui prévoit que le champ d'application des clauses des conventions collectives de travail (CCT) réglant le salaire minimum, qui seraient contraires au droit cantonal impératif, puisse être étendu. Néanmoins, le Conseil fédéral demande au Parlement de ne pas adopter ce projet car il estime qu'il va à l'encontre de plusieurs principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse.

Actuellement, une CCT ne doit prévoir aucune règle qui serait contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal en vertu de l'article 358 du Code des obligations (CO) et de l'article 2, ch. 4, LECCT. Pour rappel l'article 358 CO a la teneur suivante : « Le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention : toutefois, les dérogations stipulées en faveur des

travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif de s'y oppose expressément. » L'article 2, ch. 4, LECCT indique également que « la convention ne doit pas violer l'égalité devant la loi ni rien contenir de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal, sous réserve de l'art. 323quater du Code des obligations [actuellement art. 358 CO] ».

1.1 Violation des compétences cantonales

Le SIT estime – comme l'a indiqué le Conseil fédéral lui-même dans son avis, ainsi que lors des débats parlementaires – que les lois cantonales en matière de salaire minimum, légitimées démocratiquement, relèvent du droit cantonal que les cantons ont la compétence d'adopter en vertu de la Constitution à titre de mesure de politique sociale. Cette interprétation a été confirmée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ATF 143 I 403 du 21 juillet 2017 (considérant 7.5.3).

Dans le canton de Genève, le salaire minimum est entré en vigueur à la suite de l'acceptation de l'initiative « 23 frs, c'est un minimum », qui a récolté une majorité de 58,15% lors de la votation du 27 septembre 2020. Cette initiative a introduit une modification de la Loi cantonale sur l'inspection et les relations du travail (LIRT, rsGE J 1 05), qui s'est vu compléter d'un nouveau chapitre « Salaire minimum » composé des articles 39I à 39N. La loi cantonale prévoit un salaire horaire minimum applicable à tous les « travailleurs accomplissant habituellement leur travail dans le canton ». Il est expressément précisé que « si le salaire prévu par un contrat individuel, une convention collective ou un contrat-type est inférieur à celui fixé à l'article 39K, c'est ce dernier qui s'applique. » C'est donc en pleine connaissance de cause que les électrices et les électeurs du canton de Genève se sont prononcés non seulement sur l'institution d'un salaire minimum, mais également sur le fait que celui-ci devait prévaloir sur les salaires inférieurs fixés par une convention collective de travail, même lorsque celle-ci a fait l'objet d'une décision d'extension. Cela ressort aussi clairement de l'article 23 ch. 2bis et 3 LIRT.

De ce point de vue, donner la primauté aux salaires minimaux réglés dans les CCT étendues sur les lois cantonales en la matière est hautement problématique et viole la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération. Le Tribunal fédéral a en effet confirmé que les cantons sont compétents pour adopter des mesures de politique sociale en matière de droit du travail, qui s'insèrent dans la législation protectrice de droit public.

1.2 Violation des principes démocratiques

La proposition de modification de la LECCT représente également une atteinte à la démocratie et un irrespect total face à une volonté populaire exprimée dans plusieurs cantons et en particulier à une nette majorité par le corps électoral du canton de Genève, comme rappelé ci-dessus.

1.3 Violation de la hiérarchie des normes

De plus, la primauté des CCT étendues sur le droit cantonal est aussi problématique du point de vue de la hiérarchie des normes, puisqu'un arrêté d'extension est de rang inférieur à une loi cantonale. Cette décision d'extension ne modifie cependant en rien le caractère de droit privé d'une CCT, qui devrait rester soumise au droit impératif de la Confédération et des cantons, conformément à l'article 358 CO. Comme le Conseil fédéral ne propose pas en parallèle une modification de cette

dernière disposition, l'adoption de la modification de la LECCT entraînerait une nouvelle insécurité juridique, alors que la motion Ettlín invoquait justement la volonté de mettre fin à une insécurité juridique et de renforcer le « partenariat social ».

1.4 Risque de sous-enchère salariale

La mise en œuvre du projet renforcerait la sous-enchère salariale. En effet, il est vraisemblable qu'une partie des entreprises soumises aux CCT étendues concernées continueraient à appliquer le salaire minimum en vigueur afin de fidéliser leurs employé-e-s, alors que d'autres profiteraient de la possibilité de baisser les salaires aux seuils de la CCT. On assisterait ainsi à une forme de sous-enchère salariale, alors que l'objectif de la LECCT est précisément d'éviter la sous-enchère salariale, un résultat particulièrement absurde du projet.

1.5 Dialogue social

S'agissant du « partenariat » ou dialogue social, il ne fait guère de doute que l'adoption du projet présenté par le Conseil fédéral entraînerait non pas un renforcement, mais un affaiblissement de celui-ci. En effet, il est probable que les organisations syndicales hésiteraient à signer ou à renouveler des conventions collectives de travail qui prévoiraient des salaires inférieurs à ceux applicables dans les cantons qui ont déjà adoptés un salaire minimum, péjorant ainsi les conditions de rémunération des employé-e-s du secteur dans les cantons concernés.

Les buts poursuivis par les acteurs sociaux ne sont pas encadrés par la loi, qui n'intervient dans le contenu des CCT qu'au sujet du respect du droit impératif fédéral ou cantonal. Les acteurs sociaux bénéficient ainsi d'une très large autonomie et d'une très grande liberté en matière de fixation des conditions de travail. La fixation d'un salaire minimum dans les CCT relève nettement de la protection des travailleurs-euses ainsi que de la régulation des conditions de travail. Elle est donc d'une tout autre nature que le salaire minimum institué par les cantons dans le cadre de la politique sociale pour lutter contre la pauvreté et le contenu des CCT ne devrait donc pas interférer avec la politique sociale des cantons.

Même sous l'angle de la protection des travailleurs-euses, il serait totalement absurde que les secteurs soumis à une CCT de branche étendue soient moins bien protégés que les secteurs non conventionnés, où le salaire minimum continuerait à s'appliquer, alors que les CCT visent précisément à appliquer des conditions de travail meilleures que le minimum requis par la loi. Sans compter que la péjoration des conditions salariales dans les secteurs où un salaire fixé par une CCT serait inférieur au salaire minimum connaîtraient vraisemblablement des difficultés de recrutement, subissant la concurrence salariale des secteurs non conventionnés mieux rémunérés.

Sous le prétexte fallacieux de renforcer le partenariat social, la concrétisation de la motion Ettlín dans la loi aurait en réalité l'effet contraire de l'affaiblir considérablement. On peut même se poser très sérieusement la question de savoir si les intentions réelles du motionnaire étaient bien celles qu'il avait annoncées dans son exposé des motifs ou si son texte ne visait pas plutôt à rajouter des obstacles au « partenariat social ». Car les discours lénifiants des partis bourgeois

et du patronat sur les vertus essentielles du « partenariat social » en Suisse sont de plus en plus souvent contredits par les positions réelles jusqu'au-boutistes de ces mêmes milieux dès que les intérêts des actionnaires et des personnes les plus aisées sont remis en question pour tenir compte des besoins élémentaires des salarié-e-s, des retraité-e-s et des personnes qui vivent dans la précarité économique. Le SIT en a connu de nombreux exemples, et rappelle que les accords conventionnels ne reflètent pas « la réalité économique des branches », mais la réalité du rapport de force dans la négociation à un moment donné. Preuve en est que les entreprises ont en réalité les moyens de verser le salaire minimum légal genevois, et sans impact significatif sur le chômage, comme l'attestent d'une part la dernière Enquête sur la structure des salaires, et le premier rapport de l'étude menée par l'Institut genevois de recherche appliquée en économie et gestion, commanditée par le Département de l'économie et de l'emploi du Canton de Genève.^a

Quant au rapport de force présidant aux négociations conventionnelles, le SIT rappelle qu'il résulte trop souvent défavorable aux travailleurs-euses, notamment en raison de la faiblesse du droit suisse régissant la protection contre les licenciements, de manière générale et en particulier à l'égard des délégué-e-s syndicaux-ales, comme attestée par l'Organisation internationale du travail.

1.6 Objectifs sociaux

Avant l'introduction du salaire minimum, plus de 20'000 personnes recensées par l'Enquête sur la structure de salaires devaient survivre avec un salaire inférieur à 22 CHF de l'heure (soit moins 4'000 CHF brut par mois en équivalent plein-temps), sans compter les très nombreux-euses travailleurs-euses de l'économie domestique, de l'agriculture, des employé-e-s de solidarité (mesure cantonale du marché du travail selon la LACI et la LMC genevoise) et autres employé-e-s « aidé-e-s » partiellement au chômage, qui n'étaient pas compté-e-s dans cette statistique. En fait, c'est quelque 33'000 personnes qui vivaient avec un très bas salaire à Genève, ne permettant pas de subvenir à leurs besoins élémentaires dans l'une des villes les plus chères du monde.

Selon les chiffres publiés le 19 mars 2024 par l'Office cantonal de la statistique de Genève (OCSTAT) sur la base de l'ESS, le pourcentage de salaires inférieurs à 4'000 CHF a baissé significativement entre 2020 et 2022, passant de 5,8% à 2,1%. A noter que les résultats de 2020 reflétaient la situation au mois d'octobre, soit juste avant l'entrée en vigueur du salaire minimum cantonal intervenue le 1^{er} novembre 2020. La proportion de bas salaires a reculé non seulement par rapport au seuil fixe de 4'000 CHF, mais également par rapport aux seuils relatifs couramment utilisés. Par exemple, la part des salaires standardisés inférieurs à deux tiers du salaire médian genevois (soit 5'037 CHF en 2020 et 5'073 CHF en 2022) est passée de 18,4% à 17,1% en deux ans.

Rappelons également que Genève est l'un des cantons qui connaît des inégalités très importantes. S'il est l'un des cantons avec le plus de riches, il est également, et c'est beaucoup moins connu, celui avec le plus de pauvres. L'année 2020 marquée

^a <https://www.ge.ch/document/premiere-evaluation-introduction-du-salaire-minimum-genevois-pas-effet-significatif-taux-chomage>

par le COVID a fait apparaître cette situation avec les queues de personnes touchées dans leurs besoins les plus élémentaires (manger, nettoyer, se loger).

En matière de **revenus**, il est le 3^e le plus inégal de Suisse derrière Schwytz et Zoug avec 10% des plus aisés qui encaissent 43% des revenus totaux, contre 34% en moyenne nationale.

En matière de **fortune**, Genève présente le triste taux de personnes sans aucune fortune le plus élevés de Suisse (40,7%, contre 24,5% en moyenne suisse, une différence considérable) (source : AFC, 08-2019, « Évolution des richesses en Suisse de 2003 à 2015 »).

Concernant le **revenu disponible**, selon l'OFS, Genève présentait jusqu'en 2021 (données 2020, soit avant l'introduction du salaire minimum) le revenu disponible du 1^{er} décile le plus bas de Suisse, à 21'423 CHF annuels (contre 26510 en moyenne Suisse du 1^{er} décile), une situation qui a changé en 2022 (chiffres 2021) avec l'introduction du salaire minimum, et où Genève (26'866 CHF) a rejoint la moyenne suisse (26'6'7 CHF) (source : OFS, *Distribution du revenu disponible équivalent et ratio S80/S20, selon différentes caractéristiques socio-démographiques*, T20.03.01.01.01, mars 2024).

Cette analyse montre que le salaire minimum légal joue un rôle de politique sociale indispensable et important, qui relève de l'intérêt et du droit publics. La liberté invoquée par le patronat et les partis bourgeois à l'initiative de la motion Ettlín montre au contraire le mépris de cette situation sociale, qui se manifeste par ailleurs lors des négociations salariales d'années en années dans de nombreuses branches.

1.7 Aggravation des inégalités entre femmes et hommes

Les secteurs qui seraient concernés par la mise en œuvre de la motion Ettlín sont pour la plupart à majorité d'emploi féminin : c'est le cas en particulier pour la coiffure, l'hôtellerie-restauration et le nettoyage. On sait par ailleurs que les femmes sont sur-représentées dans les bas salaires. Dès lors, une mise en œuvre du projet présenté aurait pour conséquence une aggravation immédiate des inégalités salariales entre femmes et hommes (déjà plus importante en Suisse que dans la moyenne de l'OCDE (admin.ch 2022), violant ainsi les principes ancrés dans la Constitution Suisse (art 8 al.3) et dans la Loi sur l'Égalité censée la concrétiser, ce qui serait inacceptable.

Pour toutes les raisons évoquées ci-dessus, le SIT s'oppose fermement à la proposition de modification de la LECCT correspondant à la motion Ettlín 20.4738. Le SIT estime qu'une telle modification violerait les principes de la démocratie directe, la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, et l'autonomie des cantons en matière de politique sociale et entraînerait un risque de sous-enchère contraire aux objectifs mêmes de la loi. De plus, elle aurait pour conséquence, non pas de renforcer, mais d'affaiblir considérablement le partenariat social en Suisse, et entraînerait une grave péjoration de la précarité sociale des travailleurs et travailleuses à bas salaire, ainsi qu'une aggravation anticonstitutionnelle des inégalités salariales entre femmes et hommes.

2. Transparence des fonds paritaires, motion CER-N 21.3599

Le projet mis en consultation intègre par ailleurs la mise en œuvre d'une motion de la CER-N visant à la « transparence sur les moyens financiers des commissions paritaires »

En tant que syndicat cantonal fortement représentatif à Genève, mais non signataire de conventions collectives nationales, le SIT soutient le projet présenté par le Conseil fédéral avec quelques demandes d'ajouts.

En effet, si le SIT souscrit à la variante retenue, il fait valoir que les syndicats dissidents dans les branches concernées sont également directement intéressés, en faveur de leurs membres, par le droit de consultation des comptes des commissions paritaires, et doivent par conséquent également se voir accorder le droit prévu pour les employeurs et les travailleurs-euses soumis.

Par ailleurs, dès lors les fonds paritaires financent notamment le contrôle de l'application des CCT, le SIT estime et demande que la liste des entreprises en infraction et des sanctions infligées soit également accessible aux travailleurs-euses soumis-es à la CCT et aux syndicats. Il existe en effet un intérêt public à connaître ces entreprises de manière à permettre aux travailleurs-euses de protéger leurs intérêts économiques.

Enfin, véritablement favoriser le dialogue social dans le cadre d'accords conventionnels impliquerait, sous l'angle de la transparence, un renforcement des droits des travailleurs-euses et des syndicats qui le représentent à l'information sur la marche des affaires des entreprises, afin que les capacités économiques réelles puissent être prises en compte dans les négociations.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à la réponse du SIT à cette procédure de consultation et vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.



Davide de Filippo
co-secrétaire général



Jean-Luc Ferrière
co-secrétaire général

Solothurn, 30. April 2024

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Stellungnahme des KMU- und Gewerbeverbands Kanton Solothurn zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Der KMU- und Gewerbeverband Kanton Solothurn KGV SO vertritt rund 3'000 KMU mit rund 16'000 Arbeitnehmenden. Die KMU sind mehrheitlich binnenmarktorientiert. Das Tätigkeitsgebiet ist bei der Mehrzahl der Firmen in und um den Kanton Solothurn.

Gerne nehmen wir zum Vernehmlassungsentwurf Stellung.

1. Allgemeine Anmerkungen

Der KMU- und Gewerbeverband Kanton Solothurn KGV SO befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor. Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstösse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner kommt zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

2. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen - darunter auch der Kanton Solothurn - haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volks-

entscheidungs von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hat denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheidungen einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlins trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

3. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

4. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

5. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden. » Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Gené, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung « nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen. » Der Bund sei « kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird. » Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne « dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen. »

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: « Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt. » An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, « dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden. » Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

6. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

KMU- und Gewerbeverband
Kanton Solothurn



Andreas Gasche
Geschäftsführer



Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

SECO	
29. April 2024	
vorregistriert OAGSdm	

Zofingen, 25. April 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

carrosserie suisse, der Arbeitgeberverband des Schweizer Carrosserie- und Fahrzeugbaugewerbes in allen Landesgegenden, organisiert in 12 Regionalsektionen und zwei Fachgruppen, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

carrosserie suisse befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess carrosserie suisse diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt wie carrosserie suisse zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.



II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlin

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonalen Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlin trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlin beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen



den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlins zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale



Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzssystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der



Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als



wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach

Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.



Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).



Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlin – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Felix Wyss
Zentralpräsident

Daniel Röschli
Direktor

- 1 MAI 2024



Département Fédéral de l'Economie
De la formation et de la recherche
3003 Berne

Par Mail : info@gs-wbf.admin.ch

Fribourg, le 22 avril 2024

Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT)

Mesdames et Messieurs,

Nous vous remercions de nous donner l'occasion de nous prononcer sur le projet susmentionné. L'Union syndicale Fribourgeoise - USF se rallie à la prise de position de l'Union syndicale suisse - USS. Et des unions cantonales romandes. A ce sujet, l'USF prend position dans les lignes qui suivent.

Le projet proposé met en œuvre la demande de la motion 20.4738 Ettlin ("Protéger le partenariat social d'interventions controversées") de modifier la LECCT de manière à ce que les dispositions d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT étendue) relatives au salaire minimum priment sur les dispositions contraires des cantons.

La modification de loi proposée met en outre en œuvre la demande de la motion 21.3599 de la CER-N ("Transparence des moyens financiers des commissions paritaires") visant à améliorer la transparence des commissions paritaires des CCT déclarées de force obligatoire. Tout travailleur ou employeur soumis à une CCT déclarée de force obligatoire doit avoir le droit, sur demande, de consulter les comptes annuels de la Commission Paritaire.

Nous allons toutefois essentiellement nous prononcer concernant la motion 20.4738 Ettlin.

Nous partageons les doutes exprimés par le Conseil fédéral concernant la mise en œuvre de la motion Ettlin : une mise en œuvre conforme à la Constitution est impossible. La mise en œuvre impliquerait une atteinte aux compétences cantonales, à la démocratie directe et au principe de légalité et entraînerait une insécurité juridique. Nous soulignons en outre en particulier le risque que la mise en œuvre de la motion Ettlin constitue une **attaque contre les salaires minimums légaux cantonaux et les objectifs sociaux de la Confédération et des cantons**. En fin de compte, la mise en œuvre signifierait également une intervention dans le système du droit du travail et ses sources juridiques. **Par conséquent, nous rejetons totalement la mise en œuvre de la motion Ettlin, notamment pour les raisons suivantes :**

1. La mise en œuvre de la motion Ettlin constitue une attaque contre les salaires minimaux légaux cantonaux et communaux et contre les objectifs sociaux de la Confédération et des cantons, et conduit à la pauvreté, respectivement précarité salariale.

A ce jour, plusieurs villes et cantons ont adopté un salaire minimum. Dans d'autres cantons et villes, des initiatives visant à introduire un salaire minimum légal ont été acceptées ou déposés. Notamment dans les cantons/ villes (Vaud, Valais, Bâle-Campagne, Tessin, ville de Lucerne, Fribourg).

Les salaires minimaux cantonaux sont conçus de manière à garantir le minimum vital (selon le calcul pour les prestations complémentaires de l'AVS). La modification législative proposée aurait donc pour conséquence que les travailleurs toucheraient à nouveau des salaires inférieurs au minimum vital. **La précarité salariale augmenterait. Cela va à l'encontre du but social de la Constitution fédérale**, selon lequel la Confédération et les cantons s'engagent à ce que "les personnes capables de travailler puissent subvenir à leurs besoins en travaillant dans des conditions équitables" (art. 41, al. 1, let. d, Cst.). Davantage de personnes exerçant une activité lucrative seraient dépendants de l'aide sociale. Il en résulterait une situation paradoxale : les branches et les entreprises qui versent des salaires trop bas seraient indirectement subventionnées aux frais des contribuables. Une augmentation du taux d'aide sociale **pèserait sur les finances cantonales**. Contrairement à l'estimation du Conseil fédéral, une charge sur les finances des cantons n'est pas exclue.

En cas de mise en œuvre de la motion Ettlín, de nombreux employés des branches à bas salaires seraient menacés d'une réduction de salaire, comme le mentionne également le Conseil fédéral dans son rapport sur la procédure de consultation.

L'ampleur des conséquences de la mise en œuvre de la motion Ettlín serait particulièrement évidente dans un canton comme Genève. Avant l'introduction du salaire minimum genevois, une grande partie des employés des branches à bas salaires gagnaient moins que le salaire minimum : dans la coiffure, dans le nettoyage à sec et 30 pour cent dans l'hôtellerie et la restauration. Dans ces trois branches (et dans d'autres, comme le nettoyage, le second œuvre, la métallurgie et les shops de stations-service), les CCT prévoient plusieurs salaires minimaux inférieurs au salaire légal.

Les employés de ces catégories de salaires CCT risquent une réduction de salaire. C'est le cas par exemple de toutes les coiffeuses : une coiffeuse qualifiée risque de perdre jusqu'à 500 francs par mois, une coiffeuse non qualifiée jusqu'à 1000 francs. On estime que 90 pour cent des travailleurs soumis à la CCT du nettoyage à sec en Suisse romande sont assis sur le salaire minimum. On estime que 80 pour cent des travailleurs se trouvent dans les deux catégories de salaire minimum les plus basses et pourraient perdre plus de 700 francs par mois si la motion Ettlín était mise en œuvre. Mais une baisse du salaire minimum par la mise en œuvre de la motion Ettlín toucherait encore plus de travailleurs. En effet, les salaires minimums ont pour effet d'augmenter également les salaires des travailleurs au-dessus du salaire minimum afin de préserver la hiérarchie des salaires. Si le salaire minimum est abaissé, l'effet inverse devrait se produire. En particulier à moyen terme et du fait des nouveaux engagements, il est prévisible que le niveau des salaires dans ces branches revienne au niveau de la CCT.

La mise en œuvre de la motion Ettlín va en outre à l'encontre des efforts de la Confédération et des cantons pour promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. Les femmes travaillent plus souvent à des bas salaires que les hommes. Dans les branches particulièrement concernées, ce sont majoritairement des femmes qui sont employées, notamment dans la coiffure et le nettoyage à sec. Les femmes seraient donc touchées de manière disproportionnée par la mise en œuvre de la motion Ettlín et par une réduction des salaires qui

en découlerait. Les salaires des femmes seraient donc à nouveau réduits au lieu d'être augmentés.

2. La mise en œuvre de la motion Ettlín est une attaque contre les compétences cantonales, la souveraineté des cantons et le fédéralisme.

Nous partageons l'avis du Conseil fédéral selon lequel le projet doit être rejeté, car il porte atteinte à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Selon la Constitution fédérale, les cantons ont la compétence d'agir en matière de politique sociale. Ils peuvent fixer des salaires minimaux qui ont pour objectif prioritaire la lutte contre la pauvreté, comme le confirme l'arrêt du Tribunal fédéral sur le **salairé minimum neuchâtelois**. Rappelons ici le but social de l'art. 41, al. 1, let. d, Cst., selon lequel la Confédération et les cantons s'engagent à ce que les personnes capables de travailler puissent subvenir à leurs besoins par un travail effectué dans des conditions équitables. **La mise en œuvre de la motion Ettlín vise à réduire les compétences cantonales dans le domaine de la politique sociale,** puisqu'elle s'oppose aux salaires minimums de politique sociale. Il s'agit donc également d'une atteinte à la souveraineté des cantons et au fédéralisme, qui remettrait en question **tout le système de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons** et ouvrirait la porte à de nouveaux dépassements. Le 19 décembre 2019, le Conseil des Etats a explicitement rejeté pour cette raison la motion Baumann (18.3934), qui poursuit le même objectif que la motion Ettlín.

Contrairement à l'estimation du Conseil fédéral, la mise en œuvre de la motion contrevient en outre, selon nous, au principe de subsidiarité (art. 43a al. 1 Cst.), selon lequel "la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les forces des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération".

3. la mise en œuvre de la motion Ettlín est une atteinte aux droits populaires et à la démocratie directe. Nous partageons l'avis du Conseil fédéral selon lequel le projet doit être rejeté, car les lois cantonales sur le salairé minimum ont une légitimité démocratique. Les dispositions cantonales qui introduisent des salaires minimaux ont toutes été acceptées dans le cadre de votations populaires et disposent par conséquent d'une forte légitimité démocratique. Une CCT est un contrat entre particuliers et l'extension de son champ d'application ne change rien à son caractère de droit privé - elle ne fait pas de la CCT une loi. Cela a également été confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt sur le salairé minimum dans le canton de Neuchâtel. **La mise en œuvre de la motion Ettlín constitue donc une atteinte aux droits populaires et à la démocratie directe:** Les CCT étendues - conventions de droit privé - doivent primer sur les dispositions cantonales introduites par le corps électoral.

4. la mise en œuvre de la motion Ettlín est contraire au principe constitutionnel de légalité comme l'écrit le Conseil fédéral dans son rapport sur la procédure de consultation, la mise en œuvre de la motion Ettlín contrevient également au principe constitutionnel de la légalité, sur la base des arguments énumérés au point ci-dessus, dont découle le principe de la hiérarchie des normes : une norme juridique inférieure ne peut pas contrevenir à une norme juridique supérieure, c'est-à-dire qu'une CCT DFO (une convention régie par le droit privé) est subordonnée au droit cantonal.

5. La mise en œuvre de la motion Ettlín constituerait en outre une atteinte au système du droit du travail et à ses sources juridiques. Les relations de travail sont généralement régies par le droit privé du travail. Ces dispositions de droit privé accordent aux parties une certaine

marge de manœuvre leur permettant de décider de règles adaptées à leurs besoins spécifiques. Cette marge de manœuvre est toutefois limitée : Les dispositions de droit public, qui sont en principe contraignantes, ont la priorité sur les règles du droit privé du travail et sur les règles convenues entre particuliers sur ces bases (réserve du droit public ; article 342 CO). **Cela signifie que les règles de droit public introduites par les cantons et la Confédération pour assurer une protection minimale des travailleurs priment sur toutes les autres règles contraires.** Dans ses arrêts relatifs aux salaires minimaux dans les cantons de Neuchâtel et du Tessin, le Tribunal fédéral a établi que les règles cantonales en matière de salaires minimaux qui ont une incidence sur la politique sociale tombent sous cette réserve. La mise en œuvre de la motion Ettlín équivaudrait à une violation de ce système du droit du travail et des sources juridiques du droit du travail, en plaçant la CCT étendue au-dessus du droit public cantonal.

6. insécurité juridique

Comme mentionné dans le rapport sur la procédure de consultation, la mise en œuvre de la motion Ettlín entraîne une insécurité juridique : dans les cantons où les salaires minimaux cantonaux ont la priorité lorsqu'ils sont plus élevés que ceux prévus par les CCT (étendues), il y aurait deux lois parallèles et contradictoires. Dans de tels cas, un tribunal civil devrait en principe trancher.

La mise en œuvre légale de la motion Ettlín suppose une modification de la Constitution.

Comme expliqué plus haut, nous estimons, également que la motion ne peut pas être mise en œuvre conformément à la Constitution. En toute logique, le Conseil fédéral devrait proposer de modifier la Constitution, ce qui a été envisagé selon le rapport explicatif sur la modification de la LSEE, afin de mettre en œuvre la motion de manière légale.

Conclusion

L'Union syndicale fribourgeoise rejette totalement la mise en œuvre de la motion 20.4738 Ettlín, qui constitue une attaque contre les salaires minimaux légaux cantonaux, la démocratie directe et les compétences cantonales en matière de politique sociale, ainsi que contre les principes de légalité et de subsidiarité de la Constitution fédérale.

Nous vous remercions vivement d'avoir pris en compte notre avis.

Milka Ivanovic, secrétaire de l'Union syndicale fribourgeoise



Adresse: KOMITEE
«Ein Lohn zum Leben»
Stauffacherstr. 60
8004 Zürich
Telefon: 044 241 97 97
Internet: www.lohnzumleben.ch
Postkonto: 80-7816-3

Herr Bundesrat Guy Parmelin
Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Schwanengasse 2
3003 Bern

GENERALSEKRETARIAT	
29. APR. 2024	
GS	
SECO	<input checked="" type="checkbox"/>
BLW	
KTI	
EHB	
SBFI	
BWL	
BWO	
WEKO	
PÜ	
ZIV	
KF	
Reg. Nr. _____	



SECO	
30. April 2024	
vorregistriert OAGSdm	

Zürich, 3. März 2024

Vernehmlassung zur Motion Ettlín 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Zunächst einmal vielen Dank, dass wir uns im Rahmen der Vernehmlassung zur Motion Ettlín 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» äussern können. Das Komitee «Ein Lohn zum Leben» ist ein Zusammenschluss von Gewerkschaften, Hilfswerken und Parteien im Kanton Zürich. Wir haben im November 2019 kommunale Volksinitiativen in den Städten Winterthur und Zürich lanciert, die einen gesetzlich vorgeschriebenen Stundenlohn von mindestens 23 Franken verlangen.

In der Stadt Zürich arbeiten mehr als 17'000 Menschen, die weniger als 23 Franken in der Stunde erhalten. In der Stadt Winterthur sind es 3'600 Arbeitnehmende. Selbst bei einem Arbeitspensum von 100 Prozent bekommen sie nicht einmal 4'000 Franken im Monat. Ein solcher Lohn reicht im Kanton Zürich – insbesondere in den beiden grössten Städten – zum Leben nicht aus.

Die Daten der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung sprechen eine deutliche Sprache: Zwei Drittel dieser Tieflohn-Betroffenen sind Frauen, oft alleinerziehend. Mehr als 60 Prozent sind älter als 30 Jahre, stehen also mitten im Berufsleben. In unserer Arbeit bei den Gewerkschaften und Hilfswerken sind wir jeden Tag mit der Lebensrealität dieser Menschen konfrontiert. Viele Working Poor haben mehrere Jobs, weil sie sonst nicht über die Runden kommen. Ihre Freizeit ist geprägt von Verzicht: sei es beim Einkauf von Lebensmitteln, bei der Ferienplanung, oder der Freizeitgestaltung.

Wir halten es für ungerecht und schwer erträglich, dass hart arbeitende Menschen in einem reichen Land wie der Schweiz nicht von ihrem Lohn leben können. Unsere Mindestlohn-Initiativen sollten dazu beitragen, die Erwerbsarmut in Zürich und Winterthur zu vermindern. Mittelfristig sollte dies auch zu einer Entlastung der Sozialhilfe führen. Und nicht zuletzt verringern faire Mindestlöhne auf lange Sicht auch die Altersarmut.

Die Stimmbevölkerung in den Städten Zürich und Winterthur hat sich unserer Haltung mit einer überwältigenden Mehrheit angeschlossen: Im Juni letzten Jahres wurde unsere Initiative in Winterthur von zwei Drittel der Stimmbevölkerung angenommen. In der Stadt Zürich hatten wir unsere Initiative zu Gunsten eines Gegenvorschlags zurückgezogen, der sogar 23.90 Franken gesetzlichen Stundenlohn verlangt. Dieser wurde im Juni 2023 mit knapp 70 Prozent

Zustimmung deutlich angenommen! Aktuell verzögern lediglich die juristisch haltlosen Rekurse Arbeitgeberseite deren Einführung.

Es ist unbestritten, dass unsere «Ein Lohn zum Leben» Initiativen einen Eingriff in die Sozialpartnerschaft darstellen werden, sofern sie endlich umgesetzt sind. Die Ergebnisse der Volksabstimmungen deuten jedoch auf eine breite Abstützung innerhalb der Bevölkerung hin und nicht etwa darauf, dass sie tatsächlich umstritten wären.

Die Umsetzung der Motion Ettlín 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» wäre ein weiterer Affront gegen diese beiden Volksentscheide. Schliesslich orientiert sich die Höhe der Mindestlöhne in Zürich und Winterthur an den Ergänzungsleistungen des AHV. Der in der Motion vorgesehene GAV-Vorrang würde also dazu führen, dass GAV-Mindestlöhne, die unter dem Existenzminimum liegen, weiterhin gelten würden. Damit wäre das Kernanliegen der Initiativen, der Erwerbsarmut Grenzen zu setzen, zunichte gemacht.

Die Motion Ettlín verlangt, dass allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge über kantonales Recht gestellt werden. Das Bundesamt für Justiz hat Ihnen hier eine klare Einschätzung präsentiert: Eine verfassungskonforme Umsetzung dieses Anliegens ist unmöglich. Dem können wir juristisch nichts hinzufügen. Wir möchten Sie jedoch in diesem Zusammenhang freundlich darauf hinweisen, dass es auch im juristischen Alltagsverständnis kaum nachvollziehbar ist, privatrechtliche Verträge höher zu gewichten als demokratisch, durch Volksabstimmungen legitimierte Gesetze.

Sämtliche bis dato beschlossene kantonale, oder kommunale gesetzliche Mindestlöhne sind sozialpolitische Massnahmen. Die Sozialpolitik ist Sache von Kantonen und Gemeinden. Kantonale Volksentscheide zu sozialpolitischen Themen durch die Bundesversammlung auszuhebeln, wäre eine schwerwiegende Verletzung der kantonalen Souveränität.

In der Schweiz gibt es bekanntlich kein Verfassungsgericht, das über die Verfassungskonformität von Gesetzen wacht. Hintergrund dieser Tatsache ist das Vertrauen in den Gesetzgeber, der in einer direkten Demokratie zuvorderst das Volk selbst ist. Es wäre widersinnig, politische Interessengruppen ausgerechnet diesen Umstand ausnutzen zu lassen, um den proklamierten Volkswillen mit Hilfe des Parlaments zu umgehen. Zudem untergräbt ein solches Vorgehen das Vertrauen in die Demokratie, das die Voraussetzung für die Akzeptanz beschränkter Verfassungsgerichtsbarkeit ist.

Dem Bundesrat kommt an dieser Stelle eine besondere Verantwortung zu, der er gerecht werden muss, damit die Demokratie keinen Schaden nimmt. Er muss sicherstellen, dass Motionen, für die es keine verfassungskonforme Umsetzung gibt, notfalls abgeschrieben werden.

Vielen Dank für Ihre Kenntnisnahme!



Björn Resener

Komitee „Ein Lohn zum Leben“

30. APR. 2024



Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
CH-3003 Bern

GENERALSEKRETARIAT	
30. APR. 2024	
GS	
SECO	X
BLW	
KTI	
EHB	
SBFI	
BWL	
BWO	
WEKO	
PÜ	
ZIVI	
KF	
Reg. Nr. _____	

SECO	
-1. Mai 2024	
vorregistriert	
OAGSdm	

Bern, 23.04.2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, uns zur oben erwähnten Vorlage äussern zu können. Die Gewerkschaft syndicom nimmt dazu im Folgenden gerne Stellung.

Der vorgeschlagene Entwurf setzt die Forderung der Motion 20.4738 Ettlín («Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen») um, das AVEG so zu ändern, dass die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (AVE GAV) zum Mindestlohn anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung setzt zudem die Forderung der Motion 21.3599 WAK-N («Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen») zu verbesserter Transparenz der paritätischen Kommissionen der allgemeinverbindlich erklärten GAV um. Jedem Arbeitnehmenden oder Arbeitgeber, welche einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehen, soll auf Verlangen das Recht auf Einsicht in die Jahresrechnung der PK erteilt werden.

Im Folgenden wird zuerst auf die Umsetzung der Motion Ettlín und als zweites auf die Umsetzung der Motion WAK-N eingegangen.

Umsetzung der Motion Ettlín

Wir teilen die vom Bundesrat geäusserten Bedenken zur Umsetzung der Motion Ettlín: Eine verfassungskonforme Umsetzung ist unmöglich.¹ Die Umsetzung würde einen Eingriff in die

¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 24.02.2021 zur Motion 20.4738 Ettlín; Vgl. auch Erläuternder Bericht des WBF zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 24.01.2024, S. 13.

0038
ASOS

kantonalen Kompetenzen, die direkte Demokratie und das Legalitätsprinzip bedeuten und würde zu Rechtsunsicherheit führen. Wir betonen zusätzlich insbesondere die Gefahr der Umsetzung der Motion Ettlín als **Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen**. Letztlich würde die Umsetzung auch einen Eingriff in das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen bedeuten. **Demzufolge lehnen wir die Umsetzung der Motion Ettlín vollumfänglich ab, namentlich aus folgenden Gründen:**

1. Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf die gesetzlichen kantonalen und kommunalen Mindestlöhne und die Sozialziele von Bund und Kantonen und führt zu Erwerbsarmut.

Stand heute haben fünf Kantone einen Mindestlohn eingeführt: Neuenburg², Jura³, Tessin⁴, Genf⁵ und Basel-Stadt⁶. Da in den Kantonen Genf und Neuenburg die gesetzlichen Mindestlöhne jenen in AVE GAV vorgehen, sind sie von der Umsetzung der Motion Ettlín betroffen. In den Städten Zürich und Winterthur wurden Initiativen zur Einführung eines städtischen Mindestlohns von der Stimmbevölkerung angenommen, die Umsetzung verzögert sich jedoch aufgrund von Beschwerden von Arbeitgeberverbänden. In weiteren Kantonen und Städten wurden Initiativen zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns eingereicht (Waadt, Wallis, Basel-Land, Tessin, Stadt Luzern, Freiburg), lanciert (Solethurn, Stadt Bern, Stadt Biel am 1. Mai 2024) oder sind in Vorbereitung.

Die kantonalen Mindestlöhne sind so ausgelegt, dass sie das Existenzminimum (gemäss Berechnung für die Ergänzungsleistungen der AHV) garantieren. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung würde also dazu führen, dass Arbeitnehmende wieder Löhne erhalten würden, welche unter dem Existenzminimum liegen. **Die Erwerbsarmut würde ansteigen. Dies widerspricht dem Sozialziel der Bundesverfassung**, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass «Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können» (Art. 41 Abs. 1 lit. d BV). Mehr Erwerbstätige wären auf Sozialhilfe angewiesen. Dies würde zur paradoxen Situation führen, dass Branchen und Unternehmen, welche zu tiefe Löhne zahlen, indirekt auf Kosten der Steuerzahlenden subventioniert würden. Ein Anstieg der Sozialhilfequote würde die **Kantonsfinanzen belasten**. Entgegen der Einschätzung des Bundesrates schliessen wir eine Belastung auf die Finanzen der Kantone also nicht aus.

² Art. 34a BV-NE, angenommen am 27. November 2011, und Art. 32a bis 32e des Gesetzes über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (ALVG) vom 25. Mai 2004 (SRN 813.10), geändert am 28. Mai 2014, in Kraft seit dem 1. Januar 2015 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 21,09 Franken im Jahr 2024).

³ Art. 19 Abs. 3 Cst-JU und Gesetz über den kantonalen Mindestlohn vom 22. November 2017 (RSJU 822.41), in Kraft seit dem 1. Februar 2018 (Lohn von 20 Franken pro Stunde, 20,60 Franken im Jahr 2024).

⁴ Art. 13 Abs. 3 Cst-TI, angenommen am 14. Juni 2015, und Legge sul salario minimo, vom 11. Dezember 2019 (RSTI 843.600), in Kraft seit 1. Januar 2021 (Lohn zwischen 19 und 19 Franken 50 pro Stunde, je nach Sektor, derzeit und mit sukzessiven Erhöhungsstufen).

⁵ Art. 39i bis 39n des Gesetzes über die Arbeitsinspektion und die Arbeitsbeziehungen vom 12. März 2004 (RSGE J 1 05), eingeführt am 27. September 2020 aufgrund einer von den Bürgerinnen und Bürgern angenommenen Volksinitiative, in Kraft seit dem 31. Oktober 2020 (Lohn von 23 Franken pro Stunde, 24,32 Franken am 1. Januar 2024).

⁶ Die Bürgerinnen und Bürger von Basel-Stadt haben am 13. Juni 2021 das Gesetz angenommen, das als Gegenvorschlag zu einer im März 2019 eingereichten Volksinitiative «Kein Lohn unter 23 Franken» diente, einem Gegenvorschlag, der einen Mindestlohn von 21 Franken pro Stunde vorsah, an den Mischindex angepasst 2024 21.45 Franken. In Kraft seit dem 01.07.2022.

Bei einer Umsetzung der Forderung der Motion Ettlín würde etlichen Angestellten in Tieflohnbranchen eine Lohnreduktion drohen, wie auch der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt.⁷ Die Tragweite der Auswirkungen der Umsetzung der Motion Ettlín wird im Kanton Genf besonders deutlich. Vor der Einführung des Genfer Mindestlohns verdiente ein grosser Teil der Angestellten in Tieflohnbranchen weniger als den Mindestlohn: 50 Prozent im Coiffeur-Gewerbe, 40 Prozent in der Textilreinigung und 30 Prozent im Gastgewerbe. In allen drei Branchen (und weiteren, wie der Reinigung, dem Ausbaugewerbe, dem Metallgewerbe und den Tankstellenshops) sehen die GAV mehrere Mindestlöhne vor, welche unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegen. Angestellten in diesen GAV-Lohnkategorien drohen Lohnreduktionen. So zum Beispiel allen Coiffeusen: Einer gelernten Coiffeuse droht eine Lohneinbusse bis zu 500 Franken, einer ungelerten Coiffeuse sogar bis zu 1000 Franken im Monat. Schätzungsweise 90 Prozent der Arbeitnehmenden unter dem GAV der Textilreinigung Romandie sitzen auf dem Mindestlohn. Geschätzte 80 Prozent der Arbeitnehmenden befinden sich in den zwei tiefsten Mindestlohnkategorien und könnten durch die Umsetzung der Motion Ettlín über 700 Franken im Monat verlieren. Von einer Senkung des Mindestlohns durch die Umsetzung der Motion Ettlín wären aber noch mehr Arbeitnehmende betroffen. Dies, da Mindestlöhne dazu führen, dass auch die Löhne von Arbeitnehmenden über dem Mindestlohn angehoben werden, um die Lohnhierarchie zu wahren. Wenn der Mindestlohn gesenkt wird, dürfte der gegenteilige Effekt eintreten. Insbesondere in der mittleren Frist und durch Neuanstellungen ist absehbar, dass das Lohnniveau in diesen Branchen wieder auf das GAV-Niveau zurückgeht.

Die Umsetzung der Motion Ettlín läuft zudem den Bestrebungen des Bundes und der Kantone zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann entgegen. Frauen arbeiten häufiger zu tiefen Löhnen als Männer. In den besonders betroffenen Branchen sind mehrheitlich Frauen beschäftigt, insbesondere im Coiffeurgewerbe und der Textilreinigung. Frauen wären also überproportional von der Umsetzung der Motion Ettlín und einer damit einhergehenden Lohnreduktion betroffen. Die Löhne der Frauen würden also wieder gesenkt, anstatt angehoben.

2. Die Umsetzung der Motion Ettlín ist ein Angriff auf kantonale Kompetenzen, die Souveränität der Kantone und den Föderalismus

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da sie in die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen eingreift.⁸ Gemäss Bundesverfassung haben die Kantone die Kompetenz, sozialpolitisch tätig zu werden. Sie können Mindestlöhne festlegen, welche als vorrangiges Ziel die Bekämpfung der Armut haben, wie auch vom Bundesgerichtsurteil zum Neuenburger Mindestlohn bestätigt.⁹ Hier sei noch einmal auf das Sozialziel

⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 12.

⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 13.

⁹ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.5.5., das Bundesgericht hält in seinem Urteil fest: «Es ist auch daran zu erinnern, dass die Kantone für die Sozialhilfe zuständig sind (Art. 115 BV), die nicht nur materielle Hilfe leisten, sondern auch die berufliche Integration von Bedürftigen fördern soll. Die materielle Hilfe ist somit subsidiär zum Einkommen, das sich die Betroffenen aus eigener Kraft durch eine Erwerbstätigkeit verschaffen können [Verweise u.a. auf die Rechtsprechung]. Dies setzt jedoch voraus, dass vollzeitlich erwerbstätige Personen ein Einkommen erzielen, das zum Leben ausreicht. Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV nennt zudem als Sozialziel, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass alle Erwerbsfähigen ihren Lebensunterhalt durch Arbeit, die sie unter angemessenen Bedingungen ausüben, bestreiten können».

aus Art. 41 Abs. 1 lit d BV verwiesen, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. **Die Umsetzung der Motion Ettlins zielt darauf ab, die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik zu beschneiden**, da sie sich gegen sozialpolitische Mindestlöhne richtet. Dies ist somit auch ein Eingriff in die Souveränität der Kantone und den Föderalismus und würde das **gesamte System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in Frage stellen** und Tür und Tor für weitere Überschreitungen öffnen. Der Ständerat hat am 19. Dezember 2019 die Motion Baumann (18.3934), welche das gleiche Anliegen wie die Motion Ettlins verfolgt, explizit aus diesem Grund abgelehnt.¹⁰

Entgegen der Einschätzung des Bundesrates¹¹ verstösst die Umsetzung der Motion unserer Meinung nach zudem dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 43a Abs. 1 BV), demzufolge «der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen».

3. Die Umsetzung der Motion Ettlins ist ein Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie

Wir teilen die Auffassung des Bundesrats, dass die Vorlage abzulehnen ist, da die kantonalen Gesetze zum Mindestlohn demokratisch legitimiert sind. Die kantonalen Bestimmungen, die Mindestlöhne einführen, wurden alle im Rahmen von Volksabstimmungen angenommen und verfügen folglich über eine starke demokratische Legitimation. Ein GAV ist ein Vertrag zwischen Privaten und die Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an dessen privatrechtlichen Charakter – sie macht aus dem GAV kein Gesetz. Dies wurde auch vom Bundesgericht in seinem Urteil zum Mindestlohn im Kanton Neuenburg bestätigt.¹² **Die Umsetzung der Motion Ettlins stellt somit einen Eingriff in die Volksrechte und die direkte Demokratie dar:** AVE GAV –privatrechtlich geregelte Vereinbarungen – würden kantonalen, vom Stimmvolk eingeführten Bestimmungen vorgehen.

4. Die Umsetzung der Motion Ettlins verstösst gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität
Wie der Bundesrat in seinem Bericht zum Vernehmlassungsverfahren schreibt, verstösst die Umsetzung der Motion Ettlins aufgrund der im obigen Punkt aufgeführten Argumente auch gegen den Verfassungsgrundsatz der Legalität, woraus sich der Grundsatz der Normenhierarchie ableitet: eine untergeordnete Rechtsnorm darf nicht gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstossen, d.h. ein AVE GAV (eine privatrechtlich geregelte Vereinbarung) ist einem kantonalen Gesetz untergeordnet.¹³

5. Eingriff in das System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts

¹⁰ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlins, in der er seine bereits am 21. November 2018 zur Motion Baumann (18.3934) mit ähnlichem Inhalt, Aussagen wiederholt, wonach es sich um einen Eingriff von erheblicher Tragweite und besorgniserregender staatspolitischer und demokratiepolitischer Bedeutung handle, wobei der Bundesrat ausführt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung des Motionsziels den Volkswillen auf kantonaler Ebene aushöhlen und gegen die Grundsätze des Föderalismus und der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung verstossen würde; vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183934>.

¹¹ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 14.

¹² Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E 7.3.2.

¹³ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Februar 2021 zur Motion Ettlins, in der es heisst, dass ein «allgemeinverbindlicher GAV auch nicht auf Gesetzesniveau ist, sondern eher mit einer Verordnung vergleichbar ist».

Die Umsetzung der Motion Ettlin wäre zudem ein Verstoss gegen das System des Arbeitsrechts und dessen Rechtsquellen. Das Arbeitsverhältnis ist in der Regel durch das private Arbeitsrecht geregelt. Diese privatrechtlichen Bestimmungen räumen den Parteien einen gewissen Handlungsspielraum ein, um an ihre spezifischen Bedürfnisse angepasste Regelungen zu beschliessen. Dieser Handlungsspielraum ist jedoch begrenzt: Öffentlich-rechtliche Bestimmungen, welche grundsätzlich zwingend sind, haben Vorrang vor den Regeln des privaten Arbeitsrechts und den auf diesen Grundlagen vereinbarten Regeln zwischen Privaten (Vorbehalt des öffentlichen Rechts; Artikel 342 OR). **Dies bedeutet, dass die öffentlich-rechtlichen Regeln, die von den Kantonen und vom Bund eingeführt wurden, um einen Mindestschutz der Arbeitnehmenden sicherzustellen, Vorrang vor allen anderen anderslautenden Regeln haben.** Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen zu den Mindestlöhnen in den Kantonen Neuenburg und Tessin festgehalten, dass sozialpolitisch relevante kantonale Regelungen zu Mindestlöhnen unter diesen Vorbehalt fallen.¹⁴ Die Umsetzung der Motion Ettlin käme einem Verstoss gegen dieses System des Arbeitsrechts und der Rechtsquellen des Arbeitsrechts gleich, indem der allgemeinverbindliche GAV über das kantonale öffentliche Recht gestellt wird.

6. Rechtsunsicherheit

Wie im Bericht zum Vernehmlassungsverfahren erwähnt, führt die Umsetzung der Motion Ettlin zu Rechtsunsicherheit: In Kantonen, wo die kantonalen Mindestlöhne Vorrang haben, wenn sie höher sind als jene in (AVE) GAV, würden zwei parallele und widersprüchliche Gesetze vorliegen. In solchen Fällen müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.¹⁵

Die legale Umsetzung der Motion Ettlin setzt eine Verfassungsänderung voraus
Wie oben ausgeführt, ist die Motion unserer Ansicht nach, wie auch nach der Auffassung des Bundesrates, nicht verfassungskonform umsetzbar. Konsequenterweise müsste der Bundesrat die Änderung der Verfassung vorschlagen, was gemäss dem erläuternden Bericht zur Änderung des AVEG angedacht wurde, um die Motion auf legale Art und Weise umzusetzen.¹⁶

Umsetzung der Motion WAK-N

Der Gewerkschaft syndicom hat die Annahme der Motion WAK-N «Transparenz über die Mittel paritätischer Kommissionen» durch den Nationalrat sowie der ständerätlichen Kommission zur Kenntnis genommen. Die Gewerkschaft syndicom hat ebenfalls ein hohes Interesse, dass die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds transparent und nachvollziehbar dargelegt wird. Wir befürworten deshalb, den erarbeiteten Vorschlag, den unterstellten Arbeitnehmenden und Arbeitgebern eines Gesamtarbeitsvertrags mit allgemeinverbindlich erklärten Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträgen auf Anfrage Einsicht in die Jahresrechnung zu gewähren, geben aber zu bedenken, dass solche Anfragen zu einem beachtlichen administrativen Mehraufwand führen können

¹⁴ Vgl. BGE 143 I 403 vom 21. Juli 2017, E.7.4; BGer 2C_302/2020, 2C_306/2020, E.8.7.

¹⁵ Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 6.

¹⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des AVEG, S. 7.

und daher auch ressourceneffiziente Umsetzungsformen, wie eine elektronische Zustellung der Rechnung, möglich sein sollen.

Fazit

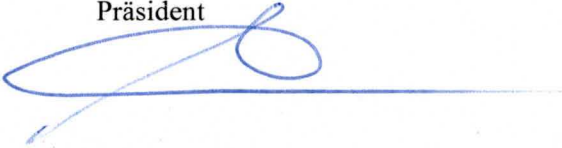
Die Gewerkschaft syndicom lehnt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins als Angriff auf die gesetzlichen kantonalen Mindestlöhne, die direkte Demokratie und die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik, sowie dem Legalitäts- und Subsidiaritäts-Prinzip der Bundesverfassung vollumfänglich ab. Wir befürworten jedoch die Umsetzung der Motion 21.3599 WAK-N, da sie die Transparenz über die Verwendung der Mittel aus paritätischen Fonds stärkt.

Wir danken Ihnen herzlich für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Gewerkschaft syndicom

Matteo Antonini
Präsident



Stephanie Vonarburg
Vize-Präsidentin



SECO	
- 1. Mai 2024	
vorregistriert OAGSdm	

Einschreiben

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Olten, 28. April 2024

**Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die
Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion
20.4738 Ettlin «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)**

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroSolothurn, als Arbeitgeberverband des Solothurner Gastgewerbes mit rund 500 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.) nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

GastroSolothurn befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlin weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlin trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfes zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlin gegen Grundprinzipien der

Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liessen wir diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS) und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt

werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlins trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlins beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale

Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfes

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m. a. W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. [...] Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110 BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer

Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang [...] allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch [...] Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur - aber immerhin - implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich - im

Gegensatz zum Motionstext - noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext - im Gegensatz zum Vernehmlassungstext - explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfes in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre

Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonaler gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legislieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt habe, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will - eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die

Motion 20.4738 Ettlin nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1'100'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400'000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, «[...] dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín - beschränkt auf den Mindestlohn - übernehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Haltung.

Freundliche Grüsse

Urs Schindler
Präsident



Benvenuto Savoldelli
Geschäftsführer

Beilage: Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner

30.04.24 13:23
CH - 4604
Olten 4 Hammer

CHF 1.00



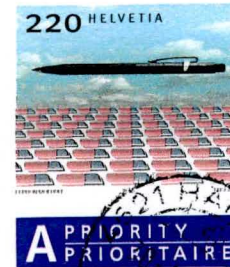
0.138 kg



R



Recommandé 98.00.460401 02152806



HELVETIA
1858-1890
GIOVANNI SEGANTINI



180



Einschreiben

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

**Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF**

Per Mail an:
info.paga@seco.admin.ch

Bern, 01. Mai 2024

Vernehmlassung: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlin und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlin und 21.3599 WAK-N wahr.

Als anerkannter Personalverband im Service Public lehnt transfair gemeinsam mit seinem Dachverband Travail.Suisse die gesetzliche Änderung im Zusammenhang mit der Motion Ettlin ab. Gegen eine Umsetzung der Motion der WAK-N wird nicht opponiert.

Die Stellungnahme basiert inhaltlich auf der von Travail.Suisse, dem Dachverband von transfair, eingereichten Stellungnahme.

Motion Ettlin (20.4738)

Die Motion Ettlin soll ermöglichen, dass allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge im Bereich der Löhne neu kantonale Gesetze übersteuern könnten.

Für den Personalverband transfair würde dies fundamental den Volkswillen der Bürgerinnen und Bürger untergraben. Gesamtarbeitsverträge (GAV) würden dadurch eine Durchsetzungsmacht erhalten, die ihnen nicht zusteht. transfair lehnt es deshalb ab, dass GAV, an denen der Personalverband selbst beteiligt ist, den Volkswillen übersteuern können. Dies entspricht nicht dem Zweck eines GAV. Die Sozialpartnerschaft würde dadurch nicht gestärkt, sondern früher oder später aus demokratiepolitischen Überlegungen in Frage gestellt. Die Motion Ettlin ist daher als Angriff auf die Sozialpartnerschaft zu verstehen.

Des Weiteren würde die Motion einen gefährlichen Präzedenzfall hinsichtlich des zwingenden Rechts schaffen. Die vorgeschlagene Änderung des Bundesgesetzes soll eine Ausnahme schaffen, in dem die Bestimmungen über die Mindestlöhne allgemeinverbindlich erklärt werden können, auch wenn sie zwingendem kantonalen Recht widersprechen. Somit könnten nicht legitimierte Verbände GAV abschliessen, um die kantonalen Mindestlöhne zu umgehen.

Die Gesetzesänderung würde zudem wichtige gesetzliche Grundsätze, insbesondere das Günstigkeitsprinzip, in Frage stellen, was Raum für weitere Ausnahmen vom zwingenden Recht in GAV schaffen könnte. Dies würde der Legitimität der Sozialpartnerschaft nachhaltig schaden.

In Branchen mit allgemeinverbindlichen GAV liegen die minimalen ausgehandelten Löhne mit sehr wenigen Ausnahmen über den gesetzlichen Mindestlöhnen. Für transfair ist eine Unterschreitung der existenzsichernden gesetzlichen Mindestlöhne grundsätzlich nicht vertretbar. Existenzsichernde Löhne müssen in allen GAV als Minimum sichergestellt werden. Die Motion Ettlín verhindert aktuell eine Anpassung der Löhne in einzelnen GAV und schadet damit sozialpartnerschaftlichen Einigungen bei den Löhnen auf Kosten der Arbeitnehmenden. Die Sozialpartnerschaft wird durch die Motion geschwächt.

Bei Umsetzung der Gesetzesänderung entstünde zudem ein Normenkonflikt. In Zukunft müsste geklärt werden, welche der inhaltlich unterschiedlichen Bestimmungen zu den Mindestlöhnen tatsächlich Anwendung finden. Ein Zivilgericht müsste die Umsetzung des neuen Gesetzes klären. Damit würde für die Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden Rechtsunsicherheit geschaffen.

Fazit

Die Umsetzung der Motion Ettlín schafft staats- und demokratiepolitische Probleme. Sie beschneidet die Kompetenz der Kantone zum Erlass sozialpolitischer Massnahmen und untergräbt die Legitimität der Sozialpartnerschaft. Gesetzliche Mindestlöhne definieren ein Minimum für existenzsichernde Löhne. Diese werden in den GAV mit wenigen Ausnahmen nicht unterschritten. Für transfair sind nicht existenzsichernde Löhne in GAV grundsätzlich nicht haltbar. Eine Umsetzung der Motion Ettlín wird deshalb entschieden abgelehnt.

Motion WAK-N (21.3599)

Die Motion der WAK-N sieht vor, dass das Gesetz über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von GAV dahin geändert werden soll, dass sämtliche Arbeitgebende und Arbeitnehmende, die einem GAV unterstellt sind, kostenlos Einsicht in die detaillierte Jahresrechnung erhalten sollen. Darunter fallen die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung. transfair stellt sich nicht gegen die vorgeschlagene Revision.

transfair anerkennt das Bedürfnis nach Transparenz im Bereich der paritätischen Kommissionen. Es ist aber auch wichtig festzuhalten, dass die paritätischen Kommissionen bereits heute effizient, unbürokratisch und kostengünstig arbeiten. Die Schaffung von mehr Transparenz kann aber zu vermehrten Anfragen und Informationsbedürfnissen seitens Arbeitgebenden oder Medienschaffenden führen. Damit würden die Aufwände der paritätischen Kommissionen zunehmen, was einem effizienten, unbürokratischen und kostengünstigen Vollzug widersprechen würde.

Eine allgemeingültige Verpflichtung zur Veröffentlichung der Jahresrechnung wird abgelehnt, da kein allgemeines öffentliches Interesse daran besteht. Eine allgemeine Offenlegungspflicht wäre nicht verhältnismässig. Die vorgeschlagene Offenlegung gegenüber den betroffenen Kreisen wird als ausreichend und zielführend erachtet. Die paritätischen Kommissionen würden durch eine allgemeine Offenlegungspflicht einer Spezialgesetzgebung unterstellt, die nicht zu rechtfertigen wäre.

Fazit

transfair stellt sich nicht gegen mehr Transparenz bei den paritätischen Kommissionen. Diese muss aber verhältnismässig sein und soll die Aufwände für die paritätischen Kommissionen nicht unverhältnismässig erhöhen. Eine Gesetzesänderung aufgrund von unbegründeten Verdächtigungen lehnt transfair ab. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung im AVEG ist aber vertretbar.

Wir danken für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und stehen Ihnen bei Rückfragen jederzeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

transfair – Der Personalverband



Greta Gysin
Nationalrätin & Präsidentin



Tanja Brülisauer
Geschäftsführerin



CH-3003 Bern, KMU-Forum

Per E-Mail

info.paga@seco.admin.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Sachbearbeiter/in: mup
Bern, 01.05.2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Sehr geehrte Damen und Herren

Unsere ausserparlamentarische Kommission hat sich an ihrer Sitzung vom 28. März 2024 mit dem Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) befasst. Wir danken Frau Sandra Nening und Frau Julianne Böhlen vom Ressort Gesamtarbeitsverträge des SECO für ihre Teilnahme an dieser Sitzung, an der sie uns die Elemente der vorgeschlagenen Änderung vorgestellt haben.

Die Vorlage setzt die Aufträge um, die das Parlament dem Bundesrat mit der Annahme der Motionen [20.4738](#) und [21.3599](#) erteilt hat. Zur Umsetzung der Motion 20.4738 sieht der Entwurf vor, dass Bestimmungen in Gesamtarbeitsverträgen (GAV), die tiefere Mindestlöhne vorsehen als in kantonalen Gesetzen, allgemeinverbindlich erklärt werden können. Zur Umsetzung der Motion 21.3599 soll den Arbeitgebern und Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehen und Vollzugskostenbeiträge entrichten, ein kostenloses Einsichtsrecht in die Jahresrechnungen der paritätischen Kommissionen gewährt werden.

Die Mitglieder des KMU-Forums sind der Meinung, dass die zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden getroffenen Einigungen, die vom Bundesrat durch Beschluss für die ganze Schweiz allgemeinverbindlich erklärt werden, Vorrang vor kantonalen Bestimmungen haben sollen. Unseres Erachtens sollte dieser Grundsatz ausdrücklich im Gesetz verankert werden (z. B. in Artikel 1 AVEG). Die Sozialpartnerschaft und die allgemeinverbindlich erklärten GAV sind für den schweizerischen Arbeitsmarkt von grosser Bedeutung und vor Eingriffen zu schützen. Entgegen den Ausführungen im erläuternden Bericht sind wir der Ansicht, dass die GAV nicht nur im Bereich der Mindestlöhne, sondern auch bei anderen Regelungen wie dem dreizehnten Monatslohn und dem Ferienanspruch unterlaufen werden könnten. In vielen Bereichen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kantone öffentlich-rechtliche Bestimmungen erlassen, die dann den Bestimmungen der GAV vorgehen. Aus diesem

KMU-Forum

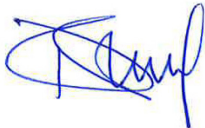
Holzikofenweg 36, 3003 Bern
Tel. +41 58 464 72 32
kmu-forum-pme@seco.admin.ch
www.forum-kmu.ch

Grund beantragen wir, dass die Motion 20.4738 vollumfänglich (d.h. auch bezüglich 13. Monatslohn und Ferienanspruch) und nicht nur bezüglich der Mindestlöhne umgesetzt wird.

Betreffend die Umsetzung der Motion 21.3599 unterstützen wir die vom Bundesrat vorgeschlagene Anpassung, wonach in Art. 5 AVEG zwei neue Absätze eingefügt werden, welche den Arbeitgebern und Arbeitnehmenden, die einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstellt sind und Beiträge entrichten müssen, ein kostenloses Einsichtsrecht in die Jahresrechnung der paritätischen Kommissionen gewähren. Diese Organisationen, die Aufgaben im Rahmen des Vollzugs einer staatlichen Regulierung wahrnehmen und diese mit obligatorischen Beiträgen finanzieren, sollten kostenlos Einsicht in ihre detaillierte Jahresrechnung gewähren. So kann sichergestellt werden, dass die Einnahmen im Sinne der Beitragspflichtigen und nicht für aufgabenfremde Tätigkeiten verwendet werden.

Wir hoffen, dass unsere Empfehlungen Beachtung finden und stehen für Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Daniela Schneeberger
Co-Präsidentin des KMU-Forums
Nationalrätin, Vizepräsidentin
des Schweizerischen Gewerbeverbands

Kopie an: Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben des Parlaments



Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
Bundesrat Guy Parmelin

Elektronisch an:
info.paga@seco.admin.ch

Bern, 1. Mai 2024

Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, im Rahmen der oben genannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Wir äussern uns dazu wie folgt:

Die SVP fordert die getrennte Behandlung der zwei umzusetzenden Motionen, da ein materieller Zusammenhang fehlt. In Bezug auf die Erstellung von Transparenz der Finanzflüsse paritätischer Kommissionen fordert die SVP wichtige Präzisierungen, um missbräuchliche Finanzströme seitens der paritätischen Kommissionen effektiv zu unterbinden. Die Umsetzung der Motion «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» wird unterstützt.

Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen

Die Motion 21.3599 fordert, dass die paritätischen Kommissionen (PK) der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge (AVE GAV) verpflichtet werden, ihre Jahresrechnung und somit ihre Finanzströme zu veröffentlichen. Die Verdunkelung der Finanzströme ist leider aktuell Teil eines Geschäftsmodells für die Finanzierung von sachfremden Leistungen. Beispielsweise enthalten viele AVE GAV Rückerstattungsmechanismen mit Zahlungen an Arbeitnehmer- und vereinzelt auch an Arbeitgeberorganisationen, die mit keinen spezifischen Leistungen hinterlegt sind. Diese können grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden. Einzelne AVE GAV enthalten sogar einen spezifischen Rückerstattungsmechanismus, der explizit vorsieht, dass die Arbeitnehmerorganisationen mit diesen «Kickbacks» den bei ihnen eingeschriebenen Personen die Mitgliedschaft bei der Gewerkschaft rückerstatten können.

Dies sind unbedingt zu behebende gesellschaftliche Missstände mit massiven Auswirkungen auf die Glaubwürdigkeit der sozialpartnerschaftlichen Zusammenarbeit. Allgemeinverbindlich erklärte Lohnabzüge von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die von der gesamten Branche entrichtet werden müssen, werden auf diese Weise in die Organisation der betreffenden Sozialpartner gelenkt und nicht für die eigentlich vorgesehenen Leistungen wie den Vollzug oder die Bildung eingesetzt. Damit werden die zwangsabgeführten Abgaben der unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zweckentfremdet. In diesem Sinne unterstützt diese Vorlage die Erhöhung

der Rechenschaft der PK und wirkt missbräuchlichen Finanzströmen entgegen. Dies unterstützt die SVP ausdrücklich.

Es gibt jedoch weiteren Handlungsbedarf. Aus den Fonds der PK werden oftmals indirekt die Sozialpartner finanziert. Diese Fonds werden durch Zahlungen von Unternehmen und Arbeitnehmende unabhängig ihrer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft gespiesen. Dies rechtfertigt das hohe branchenübergreifende Interesse an einer Offenlegung dieser Finanzströme beziehungsweise der Veröffentlichung der Jahresrechnung der PK. Deshalb ist das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV wie folgt zu ergänzen:

Art. 3 Abs. 1

Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323ter Absatz 1 Buchstabe *b* des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.

Art. 5 Abs. 3 und 4 (neu)

Abs. 3: Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.

Abs. 4: Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.

Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

Die Motion 20.4738 fordert eine höhere Gewichtung von Gesamtarbeitsverträgen (GAV) als allfällig den GAV zuwiderlaufende kantonale Mindestlöhne. Die SVP unterstützt grundsätzlich die Umsetzung der Motion. Gleichzeitig erkennt sie den vom Bundesrat herausgestrichenen Konflikt der verfassungsrechtlichen Kompetenz der Kantone, sozialpolitische Mindestlöhne eigenständig festzulegen. Ein AVE GVA geniesst nicht dieselbe demokratische Legitimation wie ein vom kantonalen Stimmvolk festgelegten Mindestlohn. In diesem Sinn muss auch erwägt werden, dass allfällige höhere kantonale Mindestlöhne eventuell nur dann geltend gemacht werden können, wenn auf die Allgemeinverbindlichkeit eines Gesamtarbeitsvertrags verzichtet wird. Dies folgt, da der GAV mit der Umsetzung der Motion, als absolut zwingend ranghöhere Norm mit dem kantonalen Mindestlohn in Konflikt steht und das Günstigkeitsprinzip, im Sinne von «dem Fünfer und das Weggli» einfordern, deshalb nicht zur Anwendung kommen sollte. In einem solchen Fall wäre ein erneuter gesetzgeberischer Handlungsbedarf nicht auszuschliessen, da die Erreichung des Schutzzwecks eines AVE GVA, welcher gemäss Art. 110 der Bundesverfassung die eigentliche ratio legis eines AVE GVA darstellt, eventuell durch höhere kantonale Mindestlöhne besser erfüllt ist als durch den AVE GAV selbst.

Im Rahmen dieser Ausführungen unterstützt die die SVP die Umsetzung der beiden Motionen in zwei getrennten Vorlagen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident

A handwritten signature in blue ink that reads "Marcel Dettling". The signature is written in a cursive style with a large initial 'M'.

Marcel Dettling
Nationalrat

Der Generalsekretär

A handwritten signature in blue ink that reads "Henrique Schneider". The signature is written in a cursive style with a large initial 'H'.

Henrique Schneider

Verein Politbeobachter
3000 Bern
info@politbeobachter.ch

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
Bundeshaus Ost
3003 Bern
info.paga@seco.admin.ch

1. Mai 2024

Vernehmlassung Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir die Gelegenheit und nehmen zu den geplanten Änderungen des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen Stellung.

Wie der Bundesrat korrekt erkannt hat, sind die Forderung aus der Motion Ettlín verfassungskonform nicht umzusetzen. Die Autonomie der Kantone ist ein Grundelement unserer Demokratie und eine Untergrabung dieser ist abzulehnen. In diesem Sinne unterstützen wir die Empfehlungen des Bundesrats und lehnen die Änderung ab. Wir empfehlen dem Parlament die Motion Ettlín abzuschreiben.

Auf eine weiterführende Stellungnahme zur Thematik von Mindestlöhne verzichten wir.

Mit freundlichen Grüssen

Petra Burri, Co-Präsidentin

Josef Ender, Co-Präsident



Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenstrasse 36
3003 Bern

info.paga@seco.admin.ch

Bern, 30. April 2024 sgv-KI/ye

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und über 600 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 lädt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF ein, sich zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zur Umsetzung der Motionen 20.4738 Ettlín und 21.3599 WAK-N zu äussern. Der Entwurf zur Änderung des AVEG setzt die vom Parlament dem Bundesrat mit der Annahme der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und der Motion 21.3599 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» erteilten Aufträge um.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv fordert die Auftrennung der beiden Geschäfte, die zwar zeitlich zusammenfallen und das gleiche Gesetz (AVEG) betreffen, aber inhaltlich nicht zueinanderpassen.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt die vollständige Umsetzung der Motion Ettlín 20.4738 und lehnt die Argumentation des Bundesrates und den Vorschlag auf «Abschreibung wegen rechtlicher Unmöglichkeit» ab.

Der sgv unterstützt die Vorlage 21.3599 gemäss Vorschlag des Bundesrates als aktueller Minikonsens und verweist auf weitergehende Positionen von sgv-Mitgliedern.

Grundsätzliches

Der Bundesrat schlägt eine gemeinsame Behandlung der beiden Motionen in einer Vorlage vor. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt diesen Vorschlag ab, verlangt, dass zwei eigenständige Botschaften dem Parlament unterbreitet werden und wird demzufolge auch zu beiden Vorlagen getrennt Stellung nehmen. Die beiden Motionen 20.4738 und 21.3599 wurden im Parlament auch nie gemeinsam behandelt. Die Verknüpfung birgt die Gefahr, dass wenn das Parlament den Umsetzungsvorschlag

der einen Motion ablehnt, das Gesamtpaket und damit auch die zweite Motion abgelehnt wird, obwohl das Parlament letztere eigentlich akzeptiert. Damit ist faktisch das Parlament nicht frei in der Beratung. Auch kann es sein, dass beide Themen in unterschiedlicher Geschwindigkeit beraten werden müssen, weil z.B. die vorberatenden Kommissionen zusätzlich Abklärungen zu einer Vorlage machen wollen. Damit würde der andere Teil der Vorlage in seiner Beratung behindert. Nur durch eine klare Trennung der Botschaften kann die Position des Parlaments klar eruiert werden. Deshalb reicht der SBV zwei getrennte Vernehmlassungsantworten ein.

Position des sgv zur Motion Ettlín (20.4738)

Die Motion forderte ursprünglich, dass die «Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zu Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen». Die Vorlage sieht vor, Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen (GAV), die niedrigere Mindestlöhne vorsehen als jene, die in kantonalen Gesetzen festgelegt sind, allgemeinverbindlich zu erklären. Richtigerweise hat der Bundesrat die Motion inhaltlich richtigerweise auf den Mindestlohn begrenzt, da die Kantone sowieso keine Kompetenz haben, Anordnungen bezüglich eines 13. Monatslohns und Ferien zu erlassen.

Den Antrag des Bundesrates, die Vorlage abzulehnen, weil sie «gegen mehrere Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, wie die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen und das Prinzip der Normenhierarchie verstösst», ist eine staatspolitisch fragwürdige Position, die der sgv ablehnt. Schliesslich haben Nationalrat und Ständerat der Motion 20.4738 zugestimmt. Der Bundesrat ist gemäss dem Gewaltenteilungsprinzip verpflichtet, Motionen möglichst nach dem Willen des Parlaments umzusetzen. Zur Frage der Umsetzung und der Kompetenzordnung verweist der sgv auf das Rechtsgutachten Häner, das zum klaren Ergebnis kommt, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Das Rechtsgutachten Häner führt aus: « *[Es] bestehen berechtigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.* » Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonalen gegenüber ausserkantonalen bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, beinhaltet eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechtigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den

Kantone werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonsebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv fordert deshalb die Umsetzung der Vorlage.

Inhaltliches

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv fordert am Vernehmlassungsvorschlag folgende Anpassungen:

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV-Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

Position des sgv zur Motion 21.3599

Die Motion 21.3599 WAK-N «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» will, die notwendigen Massnahmen getroffen werden, damit die paritätischen Kommissionen (PK) der allgemeinverbindlich erklärten GAV verpflichtet werden, ihre Jahresberichte zu veröffentlichen. Zusätzlich fordert sie, dass die PK über die Zweckbestimmung der Mittel im Fondskapital und über deren Verwendung Rechenschaft ablegen müssen. Das SECO als Aufsichtsbehörde über die PK, kann die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) oder andere Sachverständige mit der Finanzprüfung beauftragen.

Die geplante Umsetzung der Motion 21.3599 durch den Bundesrat wird innerhalb der Mitglieder des sgv unterschiedlich beurteilt. Eine Mehrheit der Stellungnahmen, darunter des Ausbaugewerbes aber auch von hotelleriesuisse und weiterer Verbände spricht sich für den Vorschlag des Bundesrates aus. Die paritätische Kommission des L-GAV des Gastgewerbes zum Beispiel publiziert bereits seit Jahren die Jahresrechnung auf der Website. Die paritätischen Kommissionen der ave GAV unterstehen einer Aufsichtsbehörde. Weitergehende Einschränkungen der freien Ausübung der Tätigkeit der paritätischen Kommissionen als in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Regulierung werden abgelehnt mit dem Verweis, dass der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auch für die paritätischen Vollzugsorgane eines ave GAV gelte. Auch wird kein öffentliches Interesse festgestellt, welches weitere Regulierungen rechtfertigen liesse. Das direkte Einsichtsrecht in die Jahresrechnungen der paritätischen Kommissionen gemäss den neuen Abs. 3 und 4 von Art. 5 E-AVEG hingegen würde den Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zustehen, die einem ave GAV unterstellt sind und damit ein legitimes Interesse an einer Einsicht in diese Dokumente haben.

Gewichtige Mitglieder des sgv fordern in ihren Stellungnahmen weitergehende Einschränkungen und lehnen die vom Bundesrat vorgeschlagene Vorlage zur Motion 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» gänzlich ab, da sie die Aufträge der Motion nicht umsetzen würden. Gefordert wird, die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV strikt von den Finanzierungsströmen der Organisationen der Sozialpartner selbst zu trennen und Rückerstattungsmechanismen an die Sozialpartner oder deren Mitglieder abzuschaffen. Darauf basierend wird im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vorgeschlagen:

Art. 5 Abs. 3 und 4 (neu)

Abs. 3: Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.

Abs. 4: Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.

Art. 3 Abs. 1 (neu)

Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323^{ter} Absatz 1 Buchstabe *b* des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht *und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.*

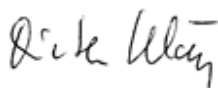
Die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV sind gemäss der Minderheitsposition strikt von den Finanzierungsströmen der Organisationen der Sozialpartner selbst zu trennen und Rückerstattungsmechanismen an die Sozialpartner oder deren Mitglieder abzuschaffen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Kurt Gfeller
Vizedirektor



Dieter Kläy
Ressortleiter

WBF
CH-3003 Bern

Versand per E-Mail an info.paga@seco.admin.ch

Dübendorf, 1. Mai 2024

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»)

Sehr geehrte Damen und Herren

swissstaffing ist das Kompetenz- und Servicezentrum der Schweizer Personaldienstleister. Als Arbeitgeberverband vertritt swissstaffing die Anliegen seiner 400 Mitglieder gegenüber Politik, Wirtschaft und Gesellschaft. swissstaffing ist Sozialpartner des GAV Personalverleih, dem Vertragswerk mit den meisten unterstellten Arbeitnehmenden in der Schweiz. Wir nehmen im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

swissstaffing befürwortet im Grundsatz den Vernehmlassungsentwurf, der das Anliegen der Motion 20.4738 Ettlín weitgehend umsetzt. Gleichwohl schlagen wir als Arbeitgeberverband einer direktbetroffenen Branche im Sinne einer klaren Formulierung zwei Anpassungen vor (siehe Kapitel IV). Dass der Bundesrat die Motion 20.4738 Ettlín trotz des präsentierten Vernehmlassungsentwurfs zur Nichtumsetzung empfiehlt, ist staatspolitisch höchst fragwürdig. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung ist der Bundesrat gehalten, parlamentarische Vorstösse möglichst unverändert umzusetzen. Der Bundesrat begründet seine Empfehlung damit, dass das Ziel der Motion 20.4738 Ettlín gegen Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung verstosse, welche die Bundesverfassung garantieren würde. Im Wesentlichen verletze die Motion die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung und das Legalitätsprinzip. Gemeinsam mit weiteren betroffenen Branchen- und Wirtschaftsverbänden liess swissstaffing diese Argumentation in einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner überprüfen. Das Rechtsgutachten kommt zum klaren Ergebnis, dass die Argumentation des Bundesrates einer rechtlichen Prüfung nicht standhält und dass der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung verstossen.

II. Relevanz der Motion 20.4738 Ettlín

Im Jahr 2014 lehnte das Stimmvolk die Eidgenössische Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» mit 76.3 % ab. Seither haben fünf Kantone (NE, JU, GE, TI, BS)

und zwei Städte (Winterthur und Zürich) einen Mindestlohn eingeführt. In acht weiteren Kantonen (BL, BE, FR, LU, SH, SO, VD, VS) haben die SP, die Juso und die UNIA Volksinitiativen eingereicht oder geplant. In weiteren Kantonen scheiterten parlamentarische Vorstösse. Dieses systematische Vorgehen ist vor dem Hintergrund des klaren Volksentscheids von 2014 staatspolitisch höchst bedenklich. Die Mindestlohn-Initiative auf Bundesebene hatte denselben Sozialschutzgedanken verfolgt wie die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende kantonale Volksinitiative aus dem Kanton Neuenburg.

Seit einem in der Lehre umstrittenen Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 2017 betreffend den Mindestlohn im Kanton Neuenburg ist es grundsätzlich sogar möglich, dass Kantone Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) derogieren. Die Mindestlöhne in den Kantonen Genf und Neuenburg untergraben gleich in zweifacher Hinsicht Entscheide auf nationaler Ebene: erstens die Volksabstimmung von 2014 und zweitens die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates von Gesamtarbeitsverträgen, die sich auf das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stützt. Dies schwächt die ave GAV und stellt die bewährte Sozialpartnerschaft in Frage. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín schützt die Sozialpartnerschaft vor kantonalen und kommunalen Eingriffen.

Seit dem genannten Bundesgerichtsurteil ist das Verhältnis zwischen kantonalen und kommunalen Entscheiden einerseits und ave GAV andererseits nicht klar geregelt. Aus diesem Grund ist im Jahr 2018 die Motion 18.3934 Baumann eingereicht worden, die vorgesehen hat, dass ave GAV nicht mehr durch kantonale Bestimmungen ausgehebelt werden können. Der Ständerat hat die Motion mit der Begründung abgelehnt, dass diese zu weit gehe. Ständerat und Kantone hatten damals Bedenken, dass ein allgemeiner Vorrang von ave GAV gegenüber kantonalem Recht bspw. kantonale Bestimmungen zu Familienzulagen, zur Finanzierung kantonaler Systeme über Lohnbeiträge und zu kantonalen Feiertagen aushöhlen könnte. Die Motion Ettlín trägt den damaligen Bedenken Rechnung, indem nur die Bestimmungen des AVEG betreffend den Mindestlohn, 13. Monatslohn und Ferienanspruch anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen sollen. Die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín beendet die Kollision von Normen und schafft endlich wieder Rechtssicherheit.

Die Bundesverfassung garantiert im Grundsatz, dass der Staat nur dort in den Arbeitsmarkt eingreift, wo eine sozialpartnerschaftliche Lösung nicht realisierbar erscheint. Wenn die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen vertraglich regeln, muss der Staat nicht eingreifen. In der Schweiz handeln traditionell die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Arbeitsbedingungen aus. Diese Sozialpartnerschaft garantiert den sozialen Frieden seit über 100 Jahren. Das kollektive Arbeitsrecht schafft nämlich einen fairen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Der funktionierende Interessenausgleich ist ein Erfolgsfaktor unserer Wirtschaft. Schliesslich verfügen die Sozialpartner über umfangreiche branchenspezifische Kenntnisse und können die Mindestbedingungen den Besonderheiten der Branchen anpassen. Sozialpartnerschaftliche Lösungen tragen zudem entscheidend zur liberalen Wirtschaftsordnung bei.

Gesamtarbeitsverträge sind komplexe, perfekt austarierte Gesamtpakete, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen abbilden. Sie regeln das Arbeitsverhältnis umfassend. Wenn sie durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden, gelten diese

Bestimmungen für alle Unternehmen einer Branche und eines bestimmten Territoriums. Einseitige kantonale Eingriffe, die nun einzelne Bestimmungen der ave GAV aushebeln, untergraben die Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates. Darüber hinaus bringen sie die GAV als komplexe Gesamtpakete aus dem Gleichgewicht. Solche kantonalen Eingriffe führen zu einer Fragmentierung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, und in der Folge dazu, dass Sozialpartner vermehrt auf GAV verzichten werden. Wenn nämlich jeder Kanton an den ave GAV Hand anlegt, werden solche Vertragswerke obsolet. Zudem werden Verhandlungen vermehrt ergebnislos bleiben. Dies würde das Ende der bewährten und erfolgreichen Sozialpartnerschaft einläuten. Der L-GAV des Gastgewerbes wird bereits nicht mehr verhandelt, weil kantonale und bald kommunale Mindestlöhne den L-GAV teilweise aushebeln. Dagegen schränkt die Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín die Kompetenzen der Kantone nicht ein. Die Kantone können im Rahmen der Bundesverfassung weiterhin Mindestlohnbestimmungen erlassen.

III. Würdigung des Vernehmlassungsentwurfs

Der Vernehmlassungsentwurf (VE) ergänzt zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit und setzt das Anliegen der Motion um. Dagegen äussert sich der Motionstext explizit zum Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber anderslautenden Bestimmungen der Kantone und ist vor diesem Hintergrund besser verständlich als der Vernehmlassungstext. **Der VE setzt die Motion in diesem Punkt nicht mit der gewünschten Klarheit um. Wir befürworten deshalb im Grundsatz die im VE präsentierte Gesetzesänderung im Artikel 2 Ziffer 4 AVEG, insofern er nicht nur implizit, sondern explizit den Anwendungsvorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV vor zwingendem bzw. anderslautendem kantonalem Recht regelt (vgl. Kapitel IV unten).**

Eine Änderung des OR (Günstigkeitsprinzip im Art. 358) und der BV ist nicht notwendig. Allerdings können wir der Argumentation des Bundesrates nicht folgen, dass eine auf ave GAV beschränkte Anpassung des OR nicht möglich wäre. Das OR geht dem AVEG nicht vor und eine Anpassung des AVEG schafft zwingendes Recht des Bundes. Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner bestätigt unsere Beurteilung und hält fest: «Die wortgetreue Umsetzung der Motion Ettlín zielt im Ergebnis darauf ab, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, um vom Günstigkeitsprinzip dergestalt abweichen zu können, als grundsätzlich das Primat des allgemeinerklärten GAV betreffend Mindestlohnbestimmungen (gegenüber kantonalen anderslautenden Bestimmungen) gilt; m.a.W. wird just in den Fällen vom Günstigkeitsprinzip abgewichen, wo kantonale Bestimmungen einen höheren Mindestlohn als im allgemeinverbindlich erklärten GAV vorsehen. In diesen Fällen würde mit der Motion eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um insofern vom Günstigkeitsprinzip abzuweichen, als das kantonale Recht höhere Mindestlöhne vorsieht. Isoliert betrachtet wäre eine solche Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 358 OR zu betrachten, indem für die ave GAV im AVEG eine Sonderregelung geschaffen würde. Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass mit einer Änderung der Bundesverfassung bzw. erst mit einer Anpassung von Art. 110

BV die Motion bzw. die Vernehmlassungsvorlage in Einklang mit der schweizerischen Rechtsordnung gebracht werden könnte. Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 BV keine Stütze. Im Gegenteil, die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre haben festgehalten, dass

die Ansicht, dass der Lohn im Bundeszivilrecht abschliessend geregelt sei, nicht unhaltbar ist bzw. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Beschneidung der Lohnfreiheit zulassen würde. Aus dieser Überlegung heraus könnte auch Art. 358 OR dahingehend angepasst werden, als der Vorrang der Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten GAV gegenüber kantonalen Mindestlöhnen festgesetzt wird.» Das Gutachten hält aber auch fest: «Ein solcher Vorrang allgemeinverbindlich erklärter GAV gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht ist jedoch aus gesetzessystematischen Gründen im AVEG sinnvoller, betrifft doch Art. 358 OR sämtliche GAV, während die Allgemeinverbindlicherklärung speziell im AVEG geregelt ist.»

Der Bundesrat konstatiert richtigerweise, dass die Kantone keine Kompetenz haben, Regelungen zu den Ferien und den 13. Monatslohn zu erlassen, da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gemäss Art. 122 Abs. 1 BV Sache des Bundes ist, weshalb er mit der Vernehmlassungsvorlage den Gegenstand der Motion auf den Mindestlohn beschränkt hat. Wir befürworten die Beschränkung auf Mindestlöhne.

IV. Geforderte Änderungen am Vernehmlassungsentwurf

Der Vernehmlassungsentwurf ist wie folgt anzupassen.

Artikel 1 AVEG, neuer Absatz 4

Die Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages zum Mindestlohn gehen anderslautenden Bestimmungen der Kantone vor.

Artikel 2 Ziffer 4 AVEG

*Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen; Bestimmungen über Mindestlöhne können allgemeinverbindlich erklärt werden, auch wenn sie **zwingendem** kantonalem Recht widersprechen.*

Die Motion hält im Artikel 1 Absatz 4 das Primat allgemeinverbindlich erklärter GAV fest, wonach diese anderslautenden Bestimmungen der Kantone vorgehen. Der Vernehmlassungstext greift die Kollisionsregel gemäss Art. 1 Abs. 4 des Motionstexts nur – aber immerhin – implizit auf. Der Vernehmlassungstext umschreibt in Art. 2 Ziff. 4 letzter Satz AVEG die Rechtsfolge in dem Sinne, dass auch für den Arbeitnehmer *ungünstigere* GAV-Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Daraus lässt sich – im Gegensatz zum Motionstext – noch nicht explizit ableiten, welche Bestimmung (die Mindestlohn-Bestimmung gemäss ave GAV oder jene gemäss kantonalem Mindestlohngesetz) im konkreten Arbeitsvertrag berufen ist bzw. Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn sich der Anwendungsvorrang zu Gunsten der ave GAV im Vernehmlassungstext implizit ergibt, empfehlen wir im Sinne einer klaren, verständlichen Formulierung, den Artikel 1 Absatz 4 der Motion im Gesetzesentwurf

zu ergänzen. Die Frage des Anwendungsvorrangs greift der Motionstext – im Gegensatz zum Vernehmlassungstext – explizit auf und löst dies über einen *unbedingten Anwendungsvorrang* zu Gunsten der ave GAV Mindestlohnbestimmungen. Schliesslich wird beliebt gemacht, dass auf den Begriff «zwingend» im Vernehmlassungsentwurf verzichtet wird; damit wird impliziert, dass der Bundesgesetzgeber zwischen nicht zwingendem und zwingendem kantonalem Recht unterscheidet. Kantonales öffentliches Recht ist immer zwingend.

V. Motion und Umsetzungsvorschlag verstossen nicht gegen übergeordnetes Recht

Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit des Vernehmlassungsentwurfs in Frage. Der Bundesrat begründet dies im Wesentlichen mit einer Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung und des Legalitätsprinzips. Er empfiehlt die Motion 20.4738 Ettlín deshalb zur Nichtumsetzung. **Seine Darstellung ist falsch. Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlín verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. In ihrem Rechtsgutachten vom 27. März 2024 bestätigt Prof. Dr. Isabelle Häner unsere Beurteilung.**

Mindestlöhne und flankierende Massnahmen, wovon die Mindestlöhne ein gewichtiges Element darstellen, sind Teil der wirtschaftspolitischen Massnahmen, die dem Bundesrat vorbehalten sind. Prof. Dr. Häner führt im Rechtgutachten aus: « [Es] bestehen berechnigte Gründe, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns als eine kompetenzwidrige Form wirtschaftspolitischer Massnahmen einzustufen, weil die Kantone damit den schweizerischen Wirtschaftsraum, insbesondere im Bereich der ausländischen und interkantonalen Arbeitsmigration, gefährden und die etablierte Sozialpartnerschaft beschneiden.» Kantonale Mindestlohnbestimmungen in den Kantonen Genf, Neuenburg und Tessin gelten ausschliesslich für Arbeitnehmende, die gewöhnlich im jeweiligen Kanton arbeiten. Entsandte sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Vor diesem Hintergrund kommen die kantonal eingeführten Mindestlöhne für entsandte Arbeitnehmende nur beschränkt der Armutsbekämpfung nach, da ausländische bzw. ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Angestellten vorübergehend in die Schweiz bzw. in den Nachbarkanton entsenden, welcher kantonale Mindestlohngesetze kennt, nicht zur Einhaltung des Mindestlohns verpflichtet sind und sie den Preiswettbewerb über Lohndumping ausfechten können. Die Vernehmlassungsvorlage wirkt der ungleichen Lohnbedingungen kantonal gegenüber ausserkantonaler bzw. ausländischer Arbeitgebenden entgegen und gewährleiste als wirtschaftspolitische Massnahme den einheitlichen nationalen Wirtschaftsraum, ohne den kantonalen Lohnschutz aufzuheben.

Zweitens beinhaltet Art. 110 Abs. 1 BV, aus welchem sich die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen im arbeitsrechtlichen Bereich ergibt, eine umfassende Regelungskompetenz und wirkt nachträglich-derogatorisch. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Häner begründet die Bundesverfassung «nach Lehre und Rechtsprechung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer erlassen. Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund sodann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen.» Der Bund sei «kraft seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 110 BV selbst im Bereich etwaiger sozialpolitischer Massnahmen berechnigt, existenzsichernde, mithin mindestlohnrelevante Bestimmungen zu erlassen. Tut er dies, fällt die Möglichkeit der Kantone im Bereich des Mindestlohns zu legiferieren grundsätzlich weg, weil damit derselbe Schutzzweck erfüllt wird.» Den Kantonen werde keine besondere Regelungszuständigkeit belassen, soweit der Bund das Arbeitsschutzrecht regelt. Die Bundesgesetzgebung wirkt nur dann nicht derogatorisch, wenn die kantonalen Mindestlöhne ein anderes Ziel verfolgen bzw. als sozialpolitische Massnahme gelten. Gemäss dem Rechtsgutachten könne «dem Bundesgesetzgeber [auch] nicht die Absicht unterstellt werden, dass er die Ferien mit dem ArG abschliessend geregelt haben, aber just den

Mindestlohn von dieser derogierenden Wirkung des Bundesrechts ausgenommen haben will – eine derartige Auffassung liesse sich denn auch historisch nicht stützen.»

Das Rechtsgutachten hält zudem fest: «Der Bundesgesetzgeber strapaziert [mit dem Vernehmlassungsentwurf] weder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung noch verlässt er die von ihm festgelegten Hierarchiestufen, betrifft doch die Änderung [im AVEG] ein Bundesgesetz und lässt die Frage nach der Qualifikation eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung unberührt.» An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Motion 20.4738 Ettlín nur auf jene ave GAV anwendbar ist, die eine Mindestlohnbestimmung beinhalten, namentlich wenn diese die kantonalen Bestimmungen unterschreitet.

Und schliesslich argumentiert das Rechtsgutachten damit, «dass kantonal unterschiedliche Mindestlöhne die über Jahre etablierten und abgestimmten Sozialpartnerschaften und mit ihr den einheitlichen Wirtschaftsraum der Schweiz gefährden.» Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages sorgt dafür, dass sich alle Arbeitgeber einer Branche an die gleichen Bestimmungen halten müssen. Einzelne Unternehmen können mit tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil mehr erzielen. Ave GAV führen somit zu gleich langen Spiessen zwischen den Unternehmen einer Branche und verhindern Sozialdumping. Arbeitsrechtliche Massnahmen einzelner Kantone führen hingegen zu einer Fragmentierung der Arbeitsbedingungen, schränken die Planbarkeit ein und erhöhen den administrativen Aufwand für Unternehmen.

Die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen schützen Arbeitnehmende effektiver als kantonale Massnahmen. Gesetzliche Regelungen lassen sich nur in einem langwierigen Prozess verändern. Dagegen sind vertragliche Bestimmungen dynamischer und tragen den sich verändernden Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung. Dadurch garantieren ave GAV die kontinuierliche Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte. Auf Bundesebene wurden 45 Gesamtarbeitsverträge für allgemeinverbindlich erklärt. Diese ave GAV gelten für die gesamte Schweiz oder für mehrere Kantone. Sie haben folglich einen grösseren geografischen Geltungsbereich als gesetzliche Bestimmungen einzelner Kantone. Zudem stellen arbeitsrechtliche Interventionen der Kantone einzelne, isolierte Regelungen dar, wogegen Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen umfassend regeln. Am 1. Juli 2021 waren 84 allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge in Kraft (auf Bundes- und Kantonebene), denen über 1 100 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstanden. 2001 existierten erst 31 ave GAV mit etwa 400 000 unterstellten Arbeitnehmenden. Die Wichtigkeit der ave GAV für den Schweizer Arbeitsmarkt nimmt somit stetig zu. Dadurch profitieren immer mehr Arbeitnehmende von sozialpartnerschaftlich geregelten Arbeitsbedingungen.

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013 bekräftigt der Bundesrat die zentrale Rolle der Sozialpartnerschaft für die Lohnbildung, und dass zwingende staatliche Mindestlohnvorschriften im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen.

Der Bundesrat hält im Erläuternden Bericht fest, dass ein GAV «ein zwischen privaten Verbänden abgeschlossener Vertrag [ist] und seine Allgemeinverbindlicherklärung ändert nichts an seinem privatrechtlichen Vertragsstatus. Der Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Verwaltungserlass, der aus dem GAV kein Gesetz macht.» Dem hält das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Häner entgegen, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde «privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht.» Die Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich «als eine

Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt bzw. wird sie vom Bundesgericht als normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter qualifiziert, weshalb die Rechtswirkung im Ergebnis einem Rechtsetzungsakt nahekommen.»

VI. Es besteht kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung gemäss Art. 342 OR

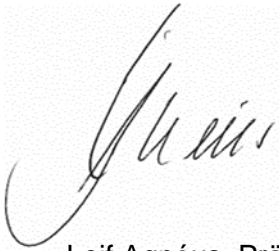
Der Bundesrat schreibt im erläuternden Bericht, « dass das Ziel der Motion unter Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vollumfänglich erreicht werden kann. Wenn nämlich ein allgemeinverbindlicher GAV und ein kantonales Gesetz auf denselben Sachverhalt anwendbar sein könnten, könnte daraus ein Normenkonflikt resultieren. In einem solchen Fall müsste grundsätzlich ein Zivilgericht entscheiden.» Damit dürfte sich der Bundesrat auf Art. 342 OR beziehen. Das erwähnte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner (Rechtsanwältin) legt klar dar, weshalb der zivilgerichtliche Anspruch bei einer Umsetzung der Motion 20.4738 Ettlín gemäss Kapitel IV entfällt (siehe S. 20 des Rechtsgutachtens).

Die Bedenken des Bundesrates halten einer rechtlichen Prüfung nicht Stand und sind somit hinfällig. Das Ziel der Motion kann und wird durch den Vernehmlassungsentwurf vollumfänglich erreicht. Sollten Zivilgerichte zu einem anderen Schluss kommen, würde es sich um ein Fehlurteil handeln. Um dem entgegenzuwirken, sollte der Vernehmlassung noch klarer formuliert sein und den Art. 1 Abs. 4 (neu) der Motion 20.4738 Ettlín – beschränkt auf den Mindestlohn – übernehmen.

Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und bitten Sie um die Berücksichtigung unserer Bemerkungen.

Für allfällige Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Leif Agnéus, Präsident



Myra Fischer-Rosinger, Direktorin

WBF
CH-3003 Bern

Versand per E-Mail an info.paga@seco.admin.ch

Dübendorf, 1. Mai 2024

Vernehmlassung 2023/60: Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen – Motion 21.3599

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit der Eröffnung der Vernehmlassung vom 24. Januar 2024 laden Sie interessierte Kreise ein, Stellung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

swissstaffing ist das Kompetenz- und Servicezentrum der Schweizer Personaldienstleister. Als Arbeitgeberverband vertritt swissstaffing die Anliegen seiner 400 Mitglieder gegenüber Politik, Wirtschaft und Gesellschaft. swissstaffing ist Sozialpartner des GAV Personalverleih, dem Vertragswerk mit den meisten unterstellten Arbeitnehmenden in der Schweiz.

swissstaffing verlangt eine Trennung und eigenständige Behandlung der beiden Geschäfte 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» und 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen» und reicht deshalb zwei separate Vernehmlassungsantworten ein.

Motion 21.3599 «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen»

Wir lehnen die Vernehmlassungsvorlage der Motion 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen» gänzlich ab, da sie die Aufträge der Motion nicht umsetzt. Die Finanzströme für den Vollzug und die Bildung in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV sind strikt von den Finanzierungsströmen der Organisationen der Sozialpartner selbst zu trennen und Rückerstattungsmechanismen an die Sozialpartner oder deren Mitglieder sind abzuschaffen.

Wir schlagen stattdessen folgende Umsetzung im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vor:

Art. 5 Abs. 3 und 4 (*neu*)

Abs. 3: Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.

Abs. 4: Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.

Art. 3 Abs. 1 (neu)

Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323^{ter} Absatz 1 Buchstabe *b* des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht *und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.*

1. Trennung Motion 21.3599 «Transparenz über finanzielle Mittel paritätischer Kommissionen» und Motion 20.4738 «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen»

swissstaffing verlangt, dass die Trennung der Motion 21.3599 und Motion 20.4738, so dass sie in zwei separaten, eigenständigen Botschaften an das Parlament überwiesen werden. Es irritiert, dass beide Motionen in derselben Vernehmlassung behandelt werden, obschon ihre inhaltlichen Anliegen weit auseinander liegen. Die beiden Geschäfte wurden im Parlament nie gemeinsam behandelt. Wenn das Parlament den Umsetzungsvorschlag der einen Motion ablehnen würde, so bestünde die Gefahr, dass das Gesamtpaket und damit auch die zweite Motion gesamthaft abgelehnt würde, obwohl das Parlament letztere eigentlich akzeptiert. Nur durch eine klare Trennung der Botschaften kann die Position des Parlaments klar eruiert werden. Aus diesem Grund reicht swissstaffing zwei getrennte Vernehmlassungsantworten ein.

2. Umsetzung Motion 21.3599 «Transparenz über die finanziellen Mittel paritätischer Kommissionen»

Die Motion 21.3599 verlangt die Veröffentlichung der Jahresberichte der paritätischen Kommissionen (PK) inkl. Rechenschaft über die Zweckbestimmung sowie Verwendung des Kapitals. Der Bundesrat schlägt in seiner Umsetzung vor, nur den betroffenen Arbeitgebern sowie Arbeitnehmern Einsicht in die Jahresrechnungen der PK zu gewähren. Dies wird unter anderem mit dem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit sowie einem fehlenden öffentlichen Interesse begründet.

2.1. Veröffentlichung Jahresrechnung

In allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (AVE GAV) werden Leistungen erbracht und finanziert, um geregelte Arbeitsbedingungen zu kontrollieren und durchzusetzen. Weiter werden in AVE GAV die Leistungen für Aus- und Weiterbildungen definiert und finanziert. Beides sind legitime und wichtige Bestandteile der AVE GAV. Viele allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (AVE GAV) enthalten jedoch Rückerstattungsmechanismen mit Geldströmen an Arbeitnehmer- und vereinzelt auch an Arbeitgeberorganisationen, die mit keinen spezifischen Leistungen hinterlegt sind und grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können. Einzelne AVE GAV enthalten sogar einen spezifischen Rückerstattungsmechanismus, der explizit vorsieht, dass die Arbeitnehmerorganisationen mit diesen Kickbacks den bei ihnen eingeschriebenen Personen die Mitgliedschaft bei der Gewerkschaft rückerstatten können. Allgemeinverbindlich erklärte Lohnabzüge von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die von der gesamten Branche entrichtet werden müssen, werden auf diese Weise in die Organisation der betreffenden Sozialpartner gelenkt und nicht für die eigentlich vorgesehenen Leistungen wie den Vollzug oder die Bildung eingesetzt. Damit werden die zwangsabgeführten Abgaben der

unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zweckentfremdet. Der Umfang dieser fehlgelenkten Geldsummen ist erheblich, werden doch beispielsweise im GAV Personalverleih bis zu 80 Prozent des Mitgliederbeitrages, den ein Arbeitnehmender an eine Gewerkschaft leistet, aus der allgemeinen Kasse der Branche zurückbezahlt

Das Inkasso und die Auszahlung für Leistungen im Vollzug und in der Weiterbildung werden in diesen Branchen in der Regel in den Fonds der paritätischen Kommissionen abgewickelt. Die Finanzierung wird von allen Unternehmen und Arbeitnehmenden (unabhängig, ob Mitglied oder Nichtmitglied einer Gewerkschaft) sichergestellt. Aus den Fonds der PK werden demnach oftmals indirekt die Sozialpartner finanziert. Bei den Gewerkschaften kommt zusätzlich hinzu, dass diese branchenübergreifend tätig sind und es nicht transparent ist, wie sie diese Gelder verwenden. Es besteht demnach ein grosses branchenübergreifendes öffentliches Interesse an einer Veröffentlichung der Jahresrechnung der PK. swisstaffing fordert daher die Umsetzung der Motion gemäss ihrem Wortlaut und damit folgende Gesetzesänderung:

Art. 5 Abs. 3 und 4 (neu)

Abs. 3: Organe, die für die gemeinsame Durchführung nach Artikel 357b Absatz 1 des Obligationenrechts verantwortlich sind, müssen ihre detaillierte Jahresrechnung elektronisch veröffentlichen.

Abs. 4: Zur detaillierten Jahresrechnung gehören die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang zur Jahresrechnung.

2.2. Verbot von Rückerstattungen

swisstaffing ist der Ansicht, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Abgaben im Vertrauen darauf leisten, dass die PKs mit diesen Finanzmitteln ihre Aufgaben im Vollzug und in der Bildung erfüllen. Die Gelder sollen möglichst vollumfänglich in die Weiterbildung und einen griffigen Vollzug investiert werden, anstatt damit zweckentfremdet Mitgliedschaften stark zu subventionieren. Es ist daher aus Sicht von swisstaffing folgerichtig, wenn die Rückzahlungen erheblich eingeschränkt oder – besser noch – gänzlich untersagt werden.

Es handelt sich bei den erfolgenden Rückerstattungen nicht um symbolische Beiträge. Rückerstattet werden in der Regel 80 Prozent des persönlichen Mitgliederbeitrages bei der Gewerkschaft. Die jährlichen Rückerstattungen können pro Person mehrere hundert Franken betragen. Auf Branchenebene werden auf diese Art jährlich Gesamtbeträge von mehreren Millionen Franken in die Organisation der Sozialpartner umgelenkt.

Der Rückerstattungsmechanismus zwingt sogar Arbeitnehmende, die sich bewusst gegen eine Mitgliedschaft einer Gewerkschaft entschieden haben, Gewerkschaftsmitgliedschaften mitzufinanzieren, indem sie über ihre geleisteten Lohnabzüge die Mitgliedschaft der Gewerkschaften subventionieren. Diese Lohnabzüge sind im Portemonnaie spürbar und dürfen umso weniger zweckentfremdet werden.

swisstaffing fordert daher Art. 3 Abs. 1 AVEG folgendermassen anzupassen:

Art. 3 Abs. 1 (neu)

Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 323ter Absatz 1 Buchstabe b des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht und keine Rückerstattungsmechanismen zur Reduktion von Mitgliederbeiträgen an die Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberorganisationen bestehen.

Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und bitten Sie um die Berücksichtigung unserer Bemerkungen.

Für allfällige Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Leif Agnéus, Präsident



Myra Fischer-Rosinger, Direktorin

Saint-Blaise, le 29 avril 2024

CONSULTATION – MODIFICATION DE LA LOI FEDERALE PERMETTANT D'ETENDRE LE CHAMP D'APPLICATION DES CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

Mesdames, Messieurs,

GastroNeuchâtel est l'association patronale cantonale des restaurateurs du canton de Neuchâtel.

Dans la mesure où, dans le canton de Neuchâtel, un salaire minimum s'appliquant indépendamment des conventions collectives de travail dont le champ d'application a été élargi, il nous semble particulièrement important de vous faire part des observations de notre association dans le cadre de la procédure de consultation cité en objet.

1. Compétence de la Confédération

Comme GastroSuisse l'a relevé dans sa réponse à la consultation, la question de respect du fédéralisme et de la répartition des compétences entre le canton et la Confédération.

Poussé à l'extrême, le raisonnement du Conseil fédéral et de l'arrêt du Tribunal fédéral concernant le salaire minimum neuchâtelois devrait même conduire le Conseil fédéral à refusé purement et simplement d'étendre le champ d'application des conventions collectives de travail se référant à la question du salaire minimum.

Cette question faisant l'objet d'une compétence cantonale ayant été utilisée dans certains cantons, l'extension de la convention collective au niveau fédéral devrait être refusée.

Tel n'est pas le cas actuellement. En acceptant d'étendre le champ d'application des disposition relatives au salaire minimum, le Conseil fédéral admet donc dans les faits la compétence fédérale pour légiférer en la matière.

2. Caractère inéquitable de la situation neuchâteloise

Par suite de l'arrêt du Tribunal fédéral concernant le salaire minimum neuchâtelois, les restaurateurs neuchâtelois se sont vus imposés d'une part les règles impératives de la convention collective de travail et d'autre part un salaire minimum neuchâtelois dans certains cas plus élevés que le salaire minimum CCNT.

Or, la convention collective de travail est négociée afin de correspondre au mieux aux besoins de la branche.

Elle offre notamment aux travailleurs de l'hôtellerie et de la restauration des conditions plus favorables que la situation ordinaire du Code des obligations.

Tel est notamment le cas notamment en ce qui concerne le 13^e salaire, en ce qui concerne l'organisation de la durée du travail et les jours de repos, les jours fériés, les congés de formation, les congés payés et les vacances.

Les travailleurs ont ainsi droit à 5 semaines de vacances.

Tel est également le cas en matière d'assurances sociales conclues en faveur du travailleur.

En résumé, les avantages et les salaires minimums prévus dans la CCNT sont le fruit d'un compromis qui repose sur un savant équilibre trouvé par les syndicats et les associations patronales.

En imposant un salaire minimum cantonal, l'équilibre a été rompu et la situation devient difficilement gérable pour les employeurs neuchâtelois.

3. Solutions envisageables

Compte tenu de la situation et de l'arrêt du Tribunal fédéral, deux solutions sont envisageables pour restaurer l'équilibre et garantir une égalité de traitement entre les employeurs :

- Renoncer purement et simplement aux conventions collectives de travail, partant du principe que les syndicats préfèrent opter pour la modification de la législation relative au droit du travail ;
- Instaurer une primauté des CCT de force obligatoire qui ont été négociées, qui illustrent un consensus et un équilibre des intérêts des travailleurs et des employeurs.

GastroNeuchâtel privilégie évidemment la seconde solution.

C'est pourquoi nous souhaitons que la Loi soit modifiée comme afin de permettre de préserver le partenariat social et d'instaurer la primauté des conventions collectives de travail étendues.

Nous considérons donc que les propositions de modification du projet mis en consultation proposées par GastroSuisse permettent d'atteindre ce but et nous vous remercions donc de prendre en compte nos observations.

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

David Maye
Président

Karen Allemann
Directrice