

Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: Praktische Probleme und Abgrenzungsfragen

Unterlagen zum Referat der Weiterbildungsveranstaltung des
Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht

Freitag, 30. Oktober 2009, Grand Casino Luzern

[Bereinigte Fassung des an der Tagung abgegebenen Aufsatzes]

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG und ZhaW

Advokaturbüro

Frei Steger Grosser Senti

Kriessernstr. 40

9450 Altstätten

www.9450.ch

FAA

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht

Guisanstr. 92

9010 St. Gallen

www.faa.unisg.ch

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkungen und Grundlagen	1
1.1	Gesamtarbeitsverträge (GAV) und Normalarbeitsverträge (NAV).....	1
1.2	Grundlagen	1
1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich: Mögliche Fallkonstellationen	2
1.4	Voraussetzungen für die Anwendbarkeit eines ave GAV	2
1.5	Räumliche Anwendbarkeit eines ave GAV	3
1.5.1	Lokal gültige GAV	3
1.5.2	Konkurrenz zweier GAV?	4
1.6	Dauerhafte oder vorübergehende Gültigkeit?.....	7
2	Lohnbuchkontrollen: Zuständigkeit und Kompetenzen	8
2.1	Allgemeine Grundlagen (Art. 357b OR).....	8
2.2	Kontrolle von ave GAV und besondere Kontrollorgane (Art. 6 AVEG).....	9
2.3	Lohnbuchkontrollen nach den Bestimmungen des Entsendegesetzes (EntsG)	11
2.3.1	Geltungsbereich und Bedeutung des EntsG.....	11
2.3.2	Kontrollen und Sanktionen nach EntsG	12
2.3.2.1	Zuständigkeit für Kontrollen.....	12
2.3.2.2	Zuständigkeit zur Sanktionierung fehlbarer Unternehmen	12
3	Günstigkeitsprinzip und Gruppenvergleich	13
4	Gruppenvergleich bei dauerhaft anwendbaren ave GAV	14
4.1	Allgemeine Grundsätze	14
4.2	Konkrete Anwendungsfälle beim Gruppenvergleich	15
5	Einzelfragen zu vorübergehend anwendbaren ave GAV oder NAV	19
5.1	Weitere Problembereiche	19
5.2	Weisung des SECO vom 11. November 2008	19
5.2.1	Beginn und Ende eines Einsatzes	19
5.2.2	Vorgehen beim Lohnvergleich: Lohnbestandteile	20

5.2.3 Würdigung des Vorgehens gemäss Weisung.....	22
5.3 Praktische Probleme bei zeitlich vorübergehend anwendbaren ave GAV	22
5.3.1 Beginn und Ende des Geltungsbereiches: Arbeitszeit?	23
5.3.2 Ferienbezug und Überstundenkompensation	23
5.3.3 Feiertage.....	25
6 Abschliessende Bemerkungen zu Verfahren und Sanktionen	25
7 Würdigung	27

Literaturverzeichnis

BEARBEITER, Handbuch:

ANDERMATT, ARTHUR; BIANCHI, DORIS; BRUCHEZ CHRISTIAN; ET. AL. (Hrsg.); Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel, 2009.

BK-BEARBEITER:

Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, unterschiedliche Auflagen, Bern ab 1910, die Nachweise beziehen sich auf die laufende Auflage.

GEISER THOMAS [zit.: GEISER, Personalverleih]:

Gesamtarbeitsvertrag im Bereich des Personalverleihs - Möglichkeiten und Grenzen; ARV 2007, S. 213 ff.

GEISER THOMAS [zit.: GEISER, Probleme]:

Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz; ARV 2004, Heft 3, S. 137 ff.

HÄBERLI, CHRISTOPH:

Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen, in: ArbR 2007, S. 35 ff.

OR-BEARBEITER:

HONSEL, HEINRICH; VOGT, NEDIM PETER; WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.); Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, Art. 1 - 529; 4. Auflage, Basel 2007.

STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT (zit.: SECO, Weisung):

Weisung "Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich", vom 11. November 2008.

STREIFF, ULLIN; VON KAENEL, ADRIAN:

Arbeitsvertrag, Praxiskommentar; 6. Auflage; Zürich 2006.

ZK-BEARBEITER:

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, unterschiedliche Auflagen, Zürich ab 1909, die Nachweise beziehen sich auf die laufende Auflage.

Lohnbuchkontrollen sind seit Einführung der flankierenden Massnahmen sehr viel häufiger geworden. Bei der Prüfung im Einzelfall stellen sich diverse Fragen, ob und wie die Leistungen an Arbeitnehmende mit dem im Gesamtarbeitsvertrag (GAV) oder Normalarbeitsvertrag (NAV) vorgeschriebenen Minimum zu vergleichen ist. Insbesondere zeitlich beschränkte Einsätze im örtlich beschränkten Geltungsbereich eines GAV oder NAV werfen wichtige aber komplexe Abgrenzungsfragen auf. Die vorliegende Arbeit geht auf einzelne Probleme ein und versucht, mögliche Lösungen aufzuzeigen.

1 Vorbemerkungen und Grundlagen

1.1 Gesamtarbeitsverträge (GAV) und Normalarbeitsverträge (NAV)

Im vorliegenden Zusammenhang sind primär Tarifverträge mit allgemein verbindlichen Mindestvorschriften von Interesse. Bei den Gesamtarbeitsverträgen ist zwischen allgemeinverbindlichen und nicht allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen zu unterscheiden. Nur erstere (ave GAV) sind für Unternehmen, welche Arbeiten in deren Geltungsbereich ausführen, in jedem Fall verbindlich¹. Da bei Normalarbeitsverträgen im Grundsatz zu Lasten des Arbeitnehmenden abgewichen werden kann², bieten diese nur dann einen Minimalen Schutz, wenn diese Mindestlohnbestimmungen im Sinne von Art. 360a OR vorsehen.

Zur besseren Lesbarkeit der vorliegenden Arbeit und im Hinblick auf die praktische Relevanz werden nachfolgend ausschliesslich ave oder nicht ave GAV thematisiert. Inwieweit die Ausführungen und Erkenntnisse auch für ave NAV mit Mindestlohnvorschriften nach Art. 360a OR gelten, wäre im Einzelfall zu prüfen.

1.2 Grundlagen

Neben den üblichen gesetzlichen Vorschriften wie Obligationenrecht³, Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen⁴, Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz)⁵ mit den dazugehörigen Verordnungen sind im Zusammenhang mit Lohnbuchkontrollen weitere Arbeitsgrundlagen erwähnenswert. Dazu gehört vor allem die, für die Kontrollorgane verbindliche⁶, Weisung des SECO "Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich" vom 11. November 2008⁷.

1 Art. 4 AVEG.

2 Art. 360 OR.

3 SR 220, namentlich Art. 319 ff.

4 SR .221.215.311.

5 823.20.

6 SECO, Weisung, Ziff. 1.1.1, m. V. a. Art. 14 EntsG als Rechtsgrundlage für diese Verbindlichkeit.

7 Zum Download abrufbar unter: <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00451/>

1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich: Mögliche Fallkonstellationen

Im Falle einer Lohnbuchkontrolle spielt der örtliche und zeitliche Geltungsbereich der einzuhaltenden Arbeitsbedingungen eine zentrale Rolle. Vorliegend von Interesse sind mehrere Fallkonstellationen:

- a) Fall 1:
Lohnbuchkontrolle einer Unternehmung mit Sitz in der Schweiz, welche Arbeiten in der Schweiz ausführt und in den Geltungsbereich eines schweizweit anwendbaren ave GAV fällt.
- b) Fall 2:
Lohnbuchkontrolle einer Unternehmung mit Sitz in der Schweiz und innerhalb eines lokal gültigen GAV. Diese führt Arbeiten örtlichen Geltungsbereich desselben, lokal gültigen ave GAV aus.
- c) Fall 3:
Lohnbuchkontrolle einer Unternehmung mit Sitz im Ausland, welche Arbeiten in der Schweiz ausführt und zwar im Rahmen eines lokalen oder schweizweit gültigen ave GAV.
- d) Fall 4:
Lohnbuchkontrolle einer Unternehmung mit Sitz in der Schweiz, ausserhalb eines lokal gültigen ave GAV. Die Unternehmung erledigt Arbeiten innerhalb des örtlichen Geltungsbereiches eines lokal gültigen ave GAV.

Selbstredend sind weitere Fallkonstellationen denkbar, auf welche nachfolgend jedoch nur am Rande eingegangen wird⁸.

1.4 Voraussetzungen für die Anwendbarkeit eines ave GAV

Damit ein ave GAV für eine bestimmte Unternehmung und deren Arbeitsverhältnisse verbindlich ist, müssen diverse Voraussetzungen gegeben sein.

- a) Der *materielle* oder *sachliche* Geltungsbereich beantwortet die Frage, welche Unternehmen bzw. Tätigkeiten von einem GAV erfasst werden⁹. Dabei unterscheidet man zwischen Berufs-, Betriebs- oder Branchenverträgen¹⁰.

⁸ Vgl. dazu BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 OR, N 88. Lohnbuchkontrolle einer Unternehmung mit Sitz in der Schweiz, innerhalb eines lokal gültigen ave GAV. Die Unternehmung führt Arbeiten ausserhalb des Geltungsbereiches dieses lokal gültigen ave GAV aus.

⁹ OR-PORTMANN, Art. 357 N 35; BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 OR, N 78, BK-STÖCKLI, Art. 356 N 52.

¹⁰ OR-PORTMANN, Art. 357 N 35 f.; BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 OR, N 78, BK-STÖCKLI, Art. 356 N 52 ff.

- b) Der *persönliche* Geltungsbereich eines GAV ist deshalb zu prüfen, weil häufig bestimmte Gruppen von Arbeitnehmenden vom Geltungsbereich eines, für die Arbeitgeberin verbindlichen GAV ausgenommen sind¹¹.
- c) Weiter von Bedeutung ist der *räumliche* oder *örtliche* Geltungsbereich, da sich die Gültigkeit eines GAV immer auf ein geografisch abgegrenztes Gebiet erstreckt¹².
- d) Schliesslich ist der *zeitliche* Geltungsbereich zu bestimmen: Die Vorschriften eines ave GAV sind grundsätzlich nur während der Laufzeit dieses Vertrages einzuhalten¹³.

Ausgehend von den oben erwähnten Fällen 1 bis 5 sind nicht alle Voraussetzungen von näherem Interesse. Nachfolgend wird unterstellt, die materielle bzw. sachliche, persönliche und auch zeitliche¹⁴ Anwendbarkeit eines ave GAV sei gegeben. Es verbleibt somit die räumliche Anwendbarkeit.

1.5 Räumliche Anwendbarkeit eines ave GAV

1.5.1 Lokal gültige GAV

Jeder GAV gilt nur für ein konkret begrenztes Gebiet. Der Geltungsbereich kann sich auf die gesamte Schweiz oder nur ein Teilgebiet erstrecken. Gilt der GAV nur für eine bestimmte Region oder eine gewisse Anzahl Kantone, ist zu prüfen, ob ausserhalb dieses Gebietes Vertragsfreiheit herrscht, oder an dessen Stelle ein anderer lokaler oder kantonaler ave GAV einzuhalten ist. Ausserdem besteht die Möglichkeit, dass ein ave GAV innerhalb seines räumlichen Geltungsbereiches durch einen lokalen oder regionalen GAV ergänzt oder konkretisiert wird¹⁵.

Als Anknüpfungspunkt für den räumlichen Geltungsbereich gilt der Ort, wo sich die Betriebsstätte befindet, d.h. grundsätzlich der Erfüllungsort der Arbeitsleistung¹⁶. Probleme ergeben sich mit diesem Kriterium jedoch dann, wenn Arbeitnehmende ausserhalb der Betriebsstätte tätig sind und dies womöglich in einem Gebiet, wo ein ave GAV anwendbar ist, welcher am Betriebsort nicht gilt. VISCHER/ALBRECHT vertreten dazu folgende Auffassung¹⁷: Grundsätzlich gilt der Betriebsort als Anknüpfungs-

¹¹ Bspw. leitende Angestellte, Lehrlinge, Büropersonal etc.; OR-PORTMANN, Art. 357 N 31.; BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 OR, N 80, BK-STÖCKLI, Art. 356 N 58.

¹² OR-PORTMANN, Art. 357 N 34; BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 OR, N 86, BK-STÖCKLI, Art. 356 N 50 f.

¹³ OR-PORTMANN, Art. 357 N 32; BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 OR, N 90, BK-STÖCKLI, Art. 356 N 66, m.V.a. Art. 356c OR.

¹⁴ Zur Frage der vorübergehenden Gültigkeit eines GAV als ein Aspekt des zeitlichen Anwendbarkeit vgl. unten, Ziff. 1.6, S. 7.

¹⁵ BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 OR, N 87; GEISER, Probleme, Ziff. 2.41; BK-STÖCKLI, Art. 356 N 67 ff.

¹⁶ BK-STÖCKLI, Art. 356 N 50 OR; Gl. M.: ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbem. zu Art. 358 N 117; GEISER, Personalverleih, S. 216.

¹⁷ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbem. zu Art. 358 N 117.

punkt, womit dieser im räumlichen Geltungsbereich des GAV liegen muss. Der Einsatzort der Arbeitnehmenden im Einzelfall ist insofern nicht von Bedeutung, als diese dem GAV des Betriebsortes unterstellt bleiben, auch wenn sie ihre Arbeit ausserhalb jenes Geltungsbereiches verrichten (Herkunftsprinzip)¹⁸. Ob am Einsatzort ein nicht allgemeinverbindlicher oder überhaupt kein GAV gültig ist, spielt keine Rolle¹⁹. Davon ausgenommen sind Fälle, in welchen am Einsatzort ein ave GAV gilt: In diesem Fall gilt das sog. Leistungsortprinzip²⁰: Es soll gewährleistet sein, dass am Arbeitsort sämtliche Arbeitnehmenden zu denselben Minimalbedingungen ihre Arbeit verrichten. Aus diesem Grund gelten die Minimalbedingungen am Einsatzort auch für Unternehmen, deren Betriebsstätte und/oder die sonstigen Arbeitsorte ausserhalb jenes lokalen ave GAV liegen²¹. Diese Meinung scheint auch das Bundesgericht zu vertreten²² und dasselbe Prinzip ergibt sich aus den Vorschriften des Entsendegesetzes in Bezug auf Einsätze ausländischer Arbeitnehmenden in der Schweiz²³. Die Anwendbarkeit zwei verschiedener GAV, je nach Arbeitsort, verletzt weder die Vorschriften des BGBM²⁴, BoeB²⁵ oder AVEG²⁶ noch das Verhältnismässigkeitsprinzip, wie das Bundesgericht in einem Entscheid feststellte²⁷.

1.5.2 Konkurrenz zweier GAV?

Wie verhält es sich, wenn bei unterschiedlichem Betriebs- und Arbeitsort je ein GAV Gültigkeit beansprucht? Wie erwähnt, gilt als Ausnahme vom Herkunftsprinzip ein GAV am Einsatzort nur, wenn dieser allgemeinverbindlich ist (Leistungsortprinzip)²⁸. Aus dem Umkehrschluss ergibt sich, dass ein vertragsloser Zustand, ein ave oder ein nicht ave GAV am Betriebsort immer Vorrang hat, sofern am Einsatzort kein ave GAV anwendbar ist²⁹. Im Falle eines ave GAV am Einsatzort geht jener GAV der Regelung am Betriebsort aus Gründen des Minimalerwerbs vor. Damit lässt sich die Frage der Konkurrenz auf die, an sich simple Aussage reduzieren, dass bei Auseinanderfallen von Betriebs- und Einsatzort immer der ave GAV gilt und falls kein ave GAV vorliegt, die Regelung am Betriebsort zum Tragen kommt.

Zu klären bleiben damit nur noch die Fälle, in welchen sowohl am Betriebsort als auch am Einsatzort je ein unterschiedlicher ave GAV gilt. RONCORONI vertritt die Auf-

18 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbem. zu Art. 358 N 117.

19 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbem. zu Art. 358 N 117.

20 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbem. zu Art. 358 N 117.

21 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbem. zu Art. 358 N 117.

22 Vgl. Pra 91 (2002) Nr. 162, S. 871 E. 5 b aa) = BGE 128 II 20, E. 5 b aa).

23 Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (SR 823.20), vgl. dort, Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 EntsG.

24 Bundesgesetz über den Binnenmarkt (SR 943.02).

25 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1).

26 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.2215.311).

27 Pra 91 (2002) Nr. 162 = BGE 128 II 13 ff. (Regeste).

28 Vgl. oben, Ziff. 1.5.1, FN 20, S. 3.

29 vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbem. zu Art. 358 N 117.

fassung, dass dieser Konflikt mit der Anwendung des Günstigkeitsprinzips zu lösen ist³⁰. Beispielhaft erwähnt er den Fall einer Ferienregelung von 5 Wochen für sämtliche Arbeitnehmende nach den Vorschriften eines ave LGAV³¹, konkurrierend mit der Regelung eines kantonalen ave GAV, welcher einen Anspruch von 5 Wochen Ferien nur für Arbeitnehmende ab dem 50. Altersjahr vorsieht. Unter Berufung auf das Günstigkeitsprinzip erklärt RONCORONI in jedem Fall die für den betreffenden Arbeitnehmenden vorteilhaftere Regelung für anwendbar³². Ob solche Konflikte generell mit der Anwendung des Günstigkeitsprinzips zu lösen sind, ist meines Erachtens fraglich, mindestens aber unpräzise. Letzteres deshalb, weil, wie noch zu zeigen ist³³, ein lokal gültiger ave GAV analog nach den Vorschriften des Entsendegesetzes gilt³⁴: Nicht der gesamte, lokal verbindliche ave GAV ist verbindlich, sondern lediglich die Vorschriften über Arbeits- und Lohnbestimmungen nach Art. 2 Abs. 1 EntSG mit den dazugehörigen Verordnungsbestimmungen³⁵. Ausserdem hat die Anwendung des Günstigkeitsprinzips nicht mit Vergleich eines einzelnen Anspruches³⁶ zu erfolgen, sondern immer im Rahmen des Gruppenvergleiches³⁷. STÖCKLI weist darauf hin, dass bei einer Kollision von zwei ave GAV das Spezialitätsprinzip zur Anwendung kommen soll, was für den vorliegenden Fall jedoch nicht dienlich ist. Das Spezialitätsprinzip löst im Normalfall³⁸ nur Konflikte im sachlichen, nicht aber räumlichen Anwendungsbereich eines GAV. Die diesbezügliche Begründung, weshalb nicht zum Schutz des Arbeitnehmenden auf das Günstigkeitsprinzip abgestellt werden soll, gilt aber - sinngemäss - auch für die vorliegende Problematik: "Denn beide Verträge entsprechen den strengen Voraussetzungen, die an eine Allgemeinverbindlicherklärung gestellt werden (...). Somit ist es sachgerechter, nach dem Spezialitätsprinzip denjenigen Vertrag gelten zu lassen, welcher die Eigenart des Betriebes und die besonderen Bedürfnisse der Arbeitnehmer am besten berücksichtigt. (...)"³⁹. Dem Grundsatz folgend, dass bei lokal ave GAV der Schutz von minimalen Arbeitsbedingungen für ein beschränktes Gebiet im Vordergrund steht⁴⁰, wäre die logische und konsistente Konsequenz, dass nicht auf das Günstigkeitsprinzip abzustellen, sondern nur der lokal gültige ave GAV einzuhalten ist.

Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Thema (*Lohnbuchkontrolle*) kann diese

30 RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG N 287.

31 Landesgesamtarbeitsvertrag.

32 RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG N 287.

33 Vgl. unten, Ziff. 2.3.1, S. 11.

34 Vgl. dazu: Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft vom 11. November 2008 (SECO, Weisung), oder bspw. Art. 2 Abs. 4 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz, Zürich und Bezirk Baden des Kantons Aargau, vom 28. September 2005 (BRB Plattenlegergewerbe).

35 SECO, Weisung, Ziff. 2, oder Art. 2 Abs. 4 BRB Plattenlegergewerbe.

36 Bspw. Monatslohn.

37 BK-STÖCKLI, Art. 356 N 69 und Art. 357 N 39; BGE 134 III 403; .

38 Zu einer möglichen Ausnahme vgl. unten, FN 47, S. 6.

39 BK-STÖCKLI, Art. 356 N 70, m.V.a. OGer TG, Urteil vom 19. März 1987, in: JAR 1988, S. 176.

40 Vgl. oben, FN 20, S. 4.

Frage jedoch offen bleiben: Die Aufgabe und damit auch die Kompetenz⁴¹ der Kontrollorgane beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Minimalvorschriften des (am Einsatzort) zu prüfenden gültigen ave GAV eingehalten wurden⁴². Insofern haben sie nicht darüber zu befinden, ob weitergehende Minimalvorschriften am Betriebsort eingehalten wurden, was in der Praxis - insbesondere bei in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden - wohl auch nicht der Fall sein dürfte. Es ist also zwischen den individuellen Rechtsansprüchen der Arbeitnehmenden einerseits und der Aufgabe bzw. Kompetenz der Kontrollorgane andererseits zu unterscheiden.

Bei Auseinanderfallen von Betriebs- und Einsatzort ergibt sich zur Frage der anwendbaren Vorschriften somit folgende grafische Übersicht⁴³:

Betriebsort	Einsatzort
kein GAV	kein GAV oder nicht ave GAV
nicht ave GAV	kein GAV oder nicht ave GAV
ave GAV	kein GAV oder nicht ave GAV
kein GAV / nicht ave GAV	ave GAV
ave GAV ¹	ave GAV ¹

¹ Nur Kompetenz zur Prüfung der Minimalvorschriften des jeweils zu kontrollierenden GAV, unabhängig vom Inhalt anderer (ave) GAV.

Vertragskonkurrenz kann sich nicht nur aufgrund einer räumlichen Überschneidung, sondern auch aus anderen Gründen ergeben. Der nach STÖCKLI häufigste Grund für Konflikte sind Konkurrenzen im sachlichen Anwendungsbereich, nämlich bei Konkurrenz von Berufs- und Branchenverträgen⁴⁴. Die sachliche Zuordnung der Unternehmung zu einem bestimmten GAV erfolgt nach dem Grundsatz der Tarifeinheit⁴⁵. Dies hat zur Konsequenz, dass einzelne Arbeitnehmer oder auch ganze Abteilungen einer Unternehmung vom Geltungsbereich eines berufsfremden GAV erfasst werden können: "Sind die Maurerarbeiten, die ein Maler- und Gipserbetrieb ausführt, von untergeordneter Bedeutung, kommt für den ganzen Betrieb der Gesamtarbeitsvertrag für das Gipsergewerbe, nicht derjenige für das Bauhauptgewerbe zur Anwendung."⁴⁶ Diese sachliche Zuordnung der Arbeitnehmerschaft am Betriebsort ist auch im Zusammenhang mit dem räumlichen Anwendungsbereich zu beachten: Untersteht, analog zum erwähnten Fall⁴⁷, ein Maurer am Betriebsort dem GAV für das Gipser-

41 Vgl. bspw. Art. 7 Abs. 2 EntsG, gemäss welchem sich die Pflicht zur Herausgabe auf Unterlagen beschränkt, welche die Einhaltung der Bestimmungen des EntsG (und nicht der am Betriebsort gültigen Arbeitsbedingungen) betreffen.

42 Art. 35 lit. d Ziff. 1 LGAV Gastgewerbe; Art. 75 Abs. 4 lit. b LMV Bauhauptgewerbe; Art. 7 EntsG.

43 **Fettdruck** für die jeweils vorrangige bzw. zu prüfenden Regelung.

44 BK-STÖCKLI, Art. 356 N 67.

45 BK-STÖCKLI, Art. 356 N 54.

46 BK-STÖCKLI, Art. 356 N 54, m.V.a. einen Entscheid des BGer vom 27. Februar 1996, in: JAR 1997, S. 269.

47 Vgl. FN 46.

gewerbe, gilt diese Qualifikation meines Erachtens auch dann, wenn der betreffende Arbeitnehmer als einziger des Betriebes auf einer Baustelle ausserhalb des Betriebsortes arbeitet, und so - in Bezug auf diese einzelne Baustelle - dem GAV für das Bauhauptgewerbe unterstünde. Dies weil die Anwendbarkeit des sachlichen Geltungsbereiches meines Erachtens nicht davon abhängen kann, wo der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichtet, das Prinzip der Tarifeinheit gilt insofern unabhängig vom örtlichen Einsatzbereich.

1.6 Dauerhafte oder vorübergehende Gültigkeit?

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Thematik drängt sich eine grundlegende Unterscheidung auf, welche auch in rechtlicher Hinsicht von Bedeutung ist: Handelt es sich um einen, für die betreffende Arbeitgeberin dauerhaft anwendbaren GAV, oder sind diese Verträge nur vorübergehend gültig, nämlich für die Dauer eines effektiven Einsatzes vor Ort und die dort eingesetzten Arbeitnehmenden?

In den oben erwähnten Fällen 1 und 2 ist der ave GAV für die Arbeitgeberin im Grundsatz⁴⁸ generell gültig. Demgegenüber betreffen die Fälle 3 und 4 einen Sachverhalt, bei welchem die Minimalvorschriften nur vorübergehend, d.h. für die Dauer des effektiven Einsatzes einzuhalten sind. In letzterem Fall stellen sich diverse Fragen im Zusammenhang mit der zeitlichen Abgrenzung einzuhaltender Minimallohnvorschriften, welche nicht immer einfach zu beantworten sind⁴⁹. Im bereits erwähnten Urteil, äusserte sich das Bundesgericht zur Frage der Anwendbarkeit von zwei GAV wie folgt:

"Der Beschwerdeführer ist nämlich nicht zwei Gesamtarbeitsverträgen gleichzeitig unterstellt. Für die Arbeiten, die er im Kanton Waadt ausführt, ist er – wie alle Waadtländer Unternehmen – lediglich dem Waadtländer GAV unterstellt. Bei jenen Arbeiten, die er in anderen Kantonen – mit Ausnahme der Kantone Genf und Wallis – ausführt, ist er, wie alle anderen ausserkantonalen, waadtländischen, genferischen oder Walliser Unternehmen, die dort tätig sind, gewissen Bestimmungen des nationalen GAV unterstellt, die einen Mindestschutz gewährleisten. Für die gleichen Arbeiten ist folglich nur ein einziger Gesamtarbeitsvertrag anwendbar. Der Betroffene wird somit durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht benachteiligt."⁵⁰

Implizit ergibt sich aus diesen Ausführungen, dass ein Arbeitgeber, dessen Betriebssort ausserhalb des Geltungsbereiches eines lokal gültigen ave GAV liegt, jene Minimalvorschriften nur für die Dauer des effektiven Einsatzes einzuhalten hat⁵¹. Minimalbedingungen eines ave GAV sind also nur für die Dauer des effektiven Einsatzes

48 Ausgenommen wäre bspw. der Fall, wenn eine Unternehmung ausserhalb des örtlichen oder sachlichen Anwendungsbereiches eines ave GAV Arbeiten ausführt, und mit den betreffenden Mitarbeitenden für diesen Fall spezielle Arbeitsverträge abschliesst.

49 Vgl. unten, Ziff. 5, S. 19.

50 Pra 91 (2002) Nr. 162, S. 871 E. 5 b aa) = BGE 128 II 20, E. 5 b aa).

51 Stillschweigend wird dabei natürlich unterstellt, dass die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen, welche für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses gelten, unter diesen Minimalbedingungen liegen.

relevant, sofern der Betriebsort nicht im Geltungsbereich dieses ave GAV liegt. Ein lokal gültiger ave GAV ist für Unternehmen mit Betriebsort ausserhalb dieses Geltungsbereiches also nur vorübergehend, nämlich für die Dauer des effektiven Einsatzes seiner Arbeitnehmer verbindlich. Diese Erkenntnis ist insofern interessant, als damit für die Zeit nach dem Einsatz keine stillschweigende oder konkludente Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers vorliegt, auch wenn dieser vorübergehend oder womöglich sogar längere Zeit von besseren Arbeitsbedingungen profitierte.

2 Lohnbuchkontrollen: Zuständigkeit und Kompetenzen

2.1 Allgemeine Grundlagen (Art. 357b OR)

Art. 357b Abs. 1 OR ermächtigt die vertragsschliessenden Parteien, im GAV einen gemeinsamen Anspruch auf Einhaltung des Vertrages bezüglich nachfolgender Aspekte vorzusehen:

- a) Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wobei diesbezüglich nur ein Anspruch auf Feststellung besteht;
- b) Beiträge an Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen, Vertretung der Arbeitnehmer in den Betrieben und Wahrung des Arbeitsfriedens;
- c) Kontrolle, Kautionen und Konventionalstrafen in Bezug auf lit. a und b vorangehend.

Art. 357b Abs. 1 lit. a OR erwähnt Bestimmungen eines GAV betreffend Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, mithin also die normativen Vorschriften⁵². Bemerkenswert dabei ist, dass den vertragsschliessenden Parteien des GAV kein Anspruch auf eine Leistungsklage zusteht, bspw. indem ein fehlbarer Arbeitgeber auf Zahlung der im GAV vorgeschriebenen Minimallöhne an die Angestellten eingeklagt wird⁵³. Eine Leistungsklage der Paritätischen Kommission gegen einen fehlbaren Arbeitgeber für Forderungen aus normativen Bestimmungen des GAV ist möglich, wenn sich die Klägerin die Ansprüche der Angestellten abtreten lässt⁵⁴. Nach Ansicht diverser Autoren ist dies jedoch nur im konkreten Einzelfall, nicht aber generell beispielsweise in Form einer allgemeinen Vertragsklausel möglich, da dies

52 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 15; OR- PORTMANN, Art. 357b N 2; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 9.

53 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 15; OR- PORTMANN, Art. 357b N 2; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 9.

54 STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 5; VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 16; OR-PORTMANN, Art. 357b N 2; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 9.

als eine Umgehung von Art. 357b Abs. 1 lit. a OR zu qualifizieren wäre⁵⁵. Für die Durchsetzung der normativen Bestimmungen eines GAV⁵⁶ besitzen die Vollzugsorgane also lediglich einen Feststellungsanspruch, nicht aber einen Anspruch auf Leistungsklage. Zur Leistungsklage berechtigt sind die Vollzugsorgane hingegen in Bezug auf die Einforderung von Beiträgen an die Ausgleichskassen und Konventionalstrafen⁵⁷.

2.2 Kontrolle von ave GAV und besondere Kontrollorgane (Art. 6 AVEG)

Die Kontrolle von ave GAV erfolgt in der Regel durch die paritätische Kommission, welche nach Art. 357b OR als dafür zuständiges Organ vorgesehen ist. Somit sind Aussenseiter der Kontrolle durch die vertragsschliessenden Parteien eines GAV, bzw. der durch letztere bestellten paritätischen Kommissionen ausgesetzt⁵⁸. "Um die damit verbundene Ausdehnung der Verbandsmacht gegenüber den Aussenseitern auf das erforderliche Mass zu beschränken, gibt das Gesetz den Aussenseitern die Möglichkeit, die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorganes zu verlangen (...)"⁵⁹. Art. 6 AVEG räumt den nicht organisierten Arbeitgebern die Befugnis ein, bei der zuständigen Behörde die Einsetzung eines besonderen Kontrollorganes zu verlangen.

Dem Arbeitgeber steht jedoch auch die Möglichkeit offen, eine Lohnbuchkontrolle zu verweigern, womit es den Vertragsparteien obliegt, bei der zuständigen Behörde um die Einsetzung eines besonderen Kontrollorgans bemüht zu sein. Der Begriff der "Vertragsparteien" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 AVEG ist dahingehend zu verstehen, als die am ave GAV beteiligten Vertragsparteien⁶⁰ den Anspruch gemeinsam geltend machen müssen⁶¹. Vor Einleitung eines solchen Verfahrens ist zu klären, ob der Bestand des Kontrollanspruches an sich bestritten wird. Nach Auffassung des Bundesgerichts⁶² ist die zuständige Behörde im Sinne von Art. 6 Abs. 1 AVEG nämlich nur für die Einsetzung des Kontrollorgans zuständig. Ist zwischen den Parteien streitig, ob die betreffende Paritätische Kommission überhaupt zur Kontrolle befugt ist, wird die rechtliche Grundlage des Kontrollanspruches bestritten, worüber die Kontrollbehörde nicht entscheiden darf. VISCHER/ALBRECHT empfehlen daher für solche Fälle vorweg die Erwirkung eines Feststellungsurteils beim zuständigen Zivilgericht, in welchem die Kontrollkompetenz bestätigt wird⁶³. "Anschliessend muss die nach AVEG Art. 6 Abs. 1 zuständige kantonale Behörde ein unabhängiges Kontrollorgan einset-

55 STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 5; VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 16; OR-PORTMANN, Art. 357b N 2; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 9.

56 Namentlich also Bestimmungen betreffend Ferien- oder Feiertagsansprüche, Mindestlöhne etc.

57 Art. 357b Abs. 1 lit. b i. V. m. lit. c OR; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 7; VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 17; OR-PORTMANN, Art. 357b N 3; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 10 f.

58 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 165.

59 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 165.

60 Also Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände.

61 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 165.

62 Vgl. BGE 118 II 533 E. 5.3; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167.

63 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167.

zen und diesem einen konkreten, auf das Zivilgerichtsurteil gestützten Auftrag erteilen."⁶⁴

Die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans hat den Vorteil, dass die Lohnbuchkontrolle durch eine neutrale und nicht durch eine von der Paritätischen Kommission (wirtschaftlich) abhängige Person durchgeführt wird. Der Nachteil dieses Vorgehens liegt für den Aussenseiter darin, dass Art. 6 Abs. 3 AVEG die Kontrollkosten dem Aussenseiter auferlegt, und zwar im Grundsatz unabhängig vom Ergebnis der betrieblichen Kontrolle. Dies im Unterschied zu den Kontrollvorschriften in ave GAV, welche die Auferlegung der Kontrollkosten nur dann vorsehen, wenn eine Vertragsverletzung festgestellt wird⁶⁵. VISCHER/ALBRECHT kritisieren diese Lösung zu Recht als störend. Meines Erachtens ist nicht einzusehen, weshalb ein Aussenseiter, welcher auf die Durchführung der Lohnbuchkontrolle durch eine neutrale Stelle beharrt, auch bei vollständiger Einhaltung des GAV die Kontrollkosten zu übernehmen hat. Eine Lösung wäre der Vorschlag von VISCHER/ALBRECHT, dass die zuständige kantonale Behörde im Sinne von "besonderen Umständen"⁶⁶ die Kontrollkosten den Vertragsparteien des ave GAV auferlegt, falls keine Vertragsverletzung festgestellt wurde⁶⁷.

"Ungeachtet der privatrechtlichen Natur der Ansprüche aus einem allgemeinverbindlich erklärten GAV ist für die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans eine Verwaltungsbehörde zuständig; die Einsetzung ist somit als Verwaltungsakt (...) dem öffentlichen Recht zuzuordnen."⁶⁸ Im Kanton St. Gallen ist für die Einsetzung eines besonderen Kontrollorgans das Volkswirtschaftsdepartement zuständig⁶⁹.

Der Entscheid über die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans und die damit einhergehende Konkretisierung des Kontrollgegenstandes stellt keine Zivilrechtsstreitigkeit dar und kann deshalb nicht mit Berufung an das Bundesgericht gerügt werden⁷⁰. Ist demgegenüber streitig, ob gegenüber dem Aussenseiter überhaupt eine Kompetenz zur Anordnung einer Kontrolle besteht, unterliegt ein solcher Entscheid der Berufung an das Bundesgericht⁷¹. Letzteres ist systematisch insofern richtig, als auch über Streitigkeiten betreffend Geltungsbereich eines GAV der Zivilrichter zu entscheiden hat⁷², was zweifellos auch die Frage der Zuständigkeit eines Kontrollorgans impliziert.

64 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167.

65 Vgl. Art. 47 Abs. 5 GAV Holzbaugewerbe; Art. 13.10 LGAV Metallgewerbe; Art. 21 Abs. 2 GAV Schweizerische Betonwaren-Industrie.

66 Vgl. Art. 6 Abs. 3 AVEG.

67 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 168.

68 RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG, N 210, m.V.a. ARV 1995, S. 1 ff. Nr. 1 E. 1 (VerwGer BE, 2. Mai 1994).

69 Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 Vollzugsverordnung zum BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV, vom 15. Januar 1957 (sGS 514.1).

70 BGE 124 III 480.

71 BGE 118 II 528 ff.; BGE 124 III 479 E. 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 356b N 11.

72 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 140.

2.3 Lohnbuchkontrollen nach den Bestimmungen des Entsendegesetzes (EntsG)

2.3.1 Geltungsbereich und Bedeutung des EntsG

Ausländische Unternehmen, welche ihre Arbeitnehmenden in die Schweiz entsenden, müssen letzteren mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, ave GAV oder ave NAV im Sinne von Art. 360a OR garantiert werden⁷³. Zu diesen Bedingungen gehören die Bestimmungen folgender Bereiche: minimale Entlöhnung, Arbeits- und Ruhezeit, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann⁷⁴. Die dazugehörige Verordnung konkretisiert weiter, welche Leistungen unter den Begriff der "minimalen Entlöhnung"⁷⁵ bzw. der "Arbeits- und Ruhezeit"⁷⁶ fallen.

Die Vorschriften des EntsG sind allerdings - wie zu erwarten wäre - nicht nur für ausländische Unternehmen von Bedeutung: Im Zusammenhang mit lokal gültigen ave GAV stellt sich auch innerhalb der Schweiz regelmässig das Problem, wie und in welchem Umfange ein Unternehmen zu behandeln ist, dessen Betriebsort ausserhalb des räumlichen Geltungsbereiches liegt, welches jedoch Arbeitnehmende an einem Einsatzort mit einem lokal gültigen ave GAV beschäftigt⁷⁷. Aus Sicht der Kontrollorgane des lokal gültigen ave GAV liegt ein Entsendungstatbestand vor, weshalb sich in den Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesrates zu nicht schweizweit gültigen ave GAV häufig folgende Bestimmung findet:

"Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV über die Arbeits- und Lohnbedingungen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Artikel 1 und 2 der dazugehörigen Verordnung gelten auch für Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz, aber ausserhalb des räumlichen Geltungsbereichs nach Absatz 1, sowie ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sofern sie in diesem Geltungsbereich Arbeiten ausführen. Bezüglich der Kontrolle über die Einhaltung dieser GAV-Bestimmungen sind die paritätischen Kommissionen des GAV zuständig."⁷⁸

⁷³ Art. 2 Abs. 1 EntsG.

⁷⁴ Art. 2 Abs. 1 EntsG.

⁷⁵ Art. 1 EntsV: Mindestlohn, anteiliger Ferienlohn, 13. Monatslohn, bezahlte Feier- und Ruhetage, Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit etc.

⁷⁶ Art. 2 EntsV: ordentliche Dauer der Arbeit und deren Verteilung, Überstunden- Schicht-, Nacht-, Sonntags-, Feiertagsarbeit, Ruhezeiten und Pausen sowie Reise- und Wartezeiten.

⁷⁷ Vgl. oben, Fall Nr. 4, S. 2.

⁷⁸ Art. 2 Abs. 4 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz, Zürich und Bezirk Baden des Kantons Aargau, vom 28. September 2005; Vgl. auch: Art. 2 Abs. 3 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages des Ausbaugewerbes der Westschweiz, vom 28. Februar 2008 oder Art. 2 Abs. 5 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Holzbaugewerbe, vom 1. Oktober 2007.

In seiner Mitteilung vom 11. November 2008 erklärte das SECO in Form einer für die Kontrollorgane verbindlichen Weisung⁷⁹, wie Kontrollen durchzuführen sind, wenn die Einhaltung der Vorschriften des EntsG zu prüfen ist. Es liegt auf der Hand, dass die in dieser Weisung festgelegten Grundsätze und Verfahrensvorschriften nicht nur für ausländische Unternehmen gelten, sondern auch für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz im Falle einer Entsendung ihrer Arbeitnehmer in den Geltungsbereich eines lokal gültigen ave GAV.

2.3.2 Kontrollen und Sanktionen nach EntsG

Nach Wortlaut und Aufbau des Entsendegesetzes ist zwischen der Zuständigkeit für Kontrollen einerseits und der Kompetenz zur Sanktionierung andererseits zu unterscheiden.

2.3.2.1 Zuständigkeit für Kontrollen

Die Kontrolle über die Einhaltung der Vorschriften des Entsendegesetzes erfolgt im Anwendungsbereich eines ave GAV durch die mit der Durchsetzung jener Verträge betrauten paritätischen Organe⁸⁰. Vorschriften eines ave NAV im Sinne von Art. 360a OR sind durch die kantonalen oder vom Bund eingesetzten tripartiten Kommissionen zu prüfen⁸¹. Zu den weiteren Zuständigkeiten sei auf Art. 7 Abs. 1 EntsG verwiesen.

2.3.2.2 Zuständigkeit zur Sanktionierung fehlbarer Unternehmen

Die Sanktionierung fehlbarer Unternehmen richtet sich nach Art. 9 EntsG, welcher diese Aufgabe den zuständigen kantonalen Behörden zuweist⁸². Die entsprechende Meldung erfolgt durch die Kontrollorgane, falls diese einen Verstoss feststellen⁸³. Die zuständige kantonale Behörde kann anschliessend je nach Schwere des Verstosses eine Busse auferlegen oder ein Verbot zur Tätigkeit in der Schweiz von bis zu fünf Jahren aussprechen⁸⁴. Im Grundsatz ist also nicht die (kontrollierende) Paritätische Kommission, sondern die zuständige kantonale Behörde für die Sanktionierung von Gesetzesverstössen zuständig⁸⁵.

Die Paritätische Kommission als Kontrollorgan hat im Zusammenhang mit Kontrolle und Vollzug des Entsendegesetzes lediglich - aber immerhin - in drei Fällen mehr als nur eine Kontrollbefugnis:

⁷⁹ vgl. SECO, Weisung, Ziff. 1.1.1, S. 2, m. V. a. Art. 14 EntsG.

⁸⁰ Art. 7 Abs. 1 lit. a EntsG.

⁸¹ Art. 7 Abs. 1 lit. b EntsG.

⁸² Botschaft flankierende Massnahmen, S. 6590.

⁸³ Art. 9 Abs. 1 EntsG.

⁸⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 2 EntsG.

⁸⁵ Art. 9 EntsG.

- a) Wird eine Rechtsverletzung festgestellt, kann die Paritätische Kommission dem fehlbaren Arbeitgeber die Kontrollkosten auferlegen⁸⁶ (nicht aber diese einziehen⁸⁷);
- b) Falls ein ave GAV die Ausfällung einer Konventionalstrafe durch eine Paritätische Kommission vorsieht, gelten diese Bestimmungen des GAV auch für Arbeitgeber und -nehmer nach den Vorschriften des EntsG⁸⁸;
- c) Das Entsendegesetz verleiht den Organisationen, die nach ihren Statuten die sozialen und wirtschaftlichen Interessen von Arbeitnehmenden oder Arbeitgebern vertreten, ein selbständiges Klagerecht auf Feststellung einer Rechtsverletzung des Entsendegesetzes⁸⁹. Diese Klagelegitimation ist das Pendant zu Art. 357b Abs. 1 lit. a OR, welcher ebenfalls die Möglichkeit einer Feststellungsklage statuiert.

Von dieser Kompetenz zu unterscheiden sind die Befugnisse der Kontrollorgane bei Lohnbuchkontrollen von Entsendungen innerhalb der Schweiz bei lokal gültigen ave GAV. Der Wortlaut des Bundesratsbeschlusses solcher GAV⁹⁰ sieht regelmässig vor, dass lediglich die Vorschriften nach Art. 2 Abs. 1 EntsG einzuhalten sind. Die weiteren Vorschriften des EntsG betreffend die Pflicht zur

- Sicherstellung von Lohnansprüchen⁹¹
- Zahlung obligatorischer Weiterbildungskosten⁹²
- Hinterlegung einer Kautions durch den Arbeitgeber⁹³
- Zahlung einer Konventionalstrafe⁹⁴

finden sich nicht in Art. 2 Absatz 1 EntsG, weshalb solche Verbindlichkeiten den Schweizer Unternehmen ausserhalb des lokal gültigen GAV nicht auferlegt werden dürfen.

3 Günstigkeitsprinzip und Gruppenvergleich

In den meisten Fällen wird die individuelle Vertragsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht exakt den Bestimmungen des zu prüfenden GAV entsprechen. Dies ist insofern zulässig, als zu Gunsten des Arbeitnehmers von einem ave GAV abgewichen werden darf⁹⁵. "Haben die Parteien eine vom GAV abwei-

86 Art. 7 Abs. 4^{bis} EntsG.

87 Botschaft flankierende Massnahmen, S. 6590.

88 Art. 2 Abs. 2^{quater} EntsG.

89 Art. 11 EntsG.

90 Vgl. oben, Ziff. 2.3.1, FN 78, S. 11.

91 Art. 2 Abs. 2 EntsG.

92 Art. 2 Abs. 2^{bis} EntsG.

93 Art. 2 Abs. 2^{ter} EntsG.

94 Art. 2 Abs. 2^{quater} EntsG.

95 Art. 357 Abs. 2 OR.

chende Regelung getroffen, ist (...) ein so genannter Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Es muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Regelung im GAV oder nicht."⁹⁶

Ob eine vertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist, beurteilt sich nicht anhand einer Analyse jeder einzelnen Leistung an den Arbeitnehmer im Vergleich zu der jeweils gesamtarbeitsvertraglichen Vorschrift (Einzelvergleich)⁹⁷. Vielmehr gilt das Prinzip des Gruppenvergleiches⁹⁸, wonach die nach ihrem rechtlichen und sachlichen Sinn zusammenhängenden Regelungen mit einzubeziehen sind. Damit steht dem Arbeitgeber in einem gewissen Umfang die Möglichkeit offen, zu tiefe Mindestleistungen mit anderen rechtlich und sachlich eng zusammenhängenden Mehrleistungen zu kompensieren⁹⁹. Nach Ansicht diverser Autoren und des Bundesgerichts dürfen dabei nur *eng* zusammenhängende Regelungen miteinander verglichen werden¹⁰⁰. Auch das SECO stützt sich in seiner Weisung vom 11. November 2008 auf den Gruppenvergleich ab. Indem es für den Lohnvergleich auf den Bruttostundenlohn abstellt¹⁰¹, vergleicht es das Lohnniveau immer unter Miteinbezug der dazu geschuldeten Arbeitszeit.

4 Gruppenvergleich bei dauerhaft anwendbaren ave GAV

Befinden sich sowohl Betriebs- als auch Einsatzort der Arbeitgeberin im räumlichen Geltungsbereich eines schweizweit¹⁰² oder lokal gültigen ave GAV¹⁰³, betreffen praktische Probleme häufig den Gruppenvergleich: Welche Leistungen dürfen miteinander verglichen bzw. kompensiert werden?

Auch wenn das Grundprinzip des Gruppenvergleiches durch das Bundesgericht bestätigt wird, stellen sich im Einzelfall diverse Abgrenzungsfragen. "Generell unzulässig ist es, untertarifliche Ansprüche auf einem Feld durch übertarifliche auf einem anderen Feld zu kompensieren. Die Kunst der Rechtsanwendung liegt offensichtlich darin, diese «Felder» sachgerecht abzugrenzen."¹⁰⁴

4.1 Allgemeine Grundsätze

Nachfolgend zwei allgemeine Grundsätze, welche durch Lehre und Rechtsprechung herausgearbeitet wurden:

⁹⁶ BGE 134 III 402, E. 3.2.4.3, m. V. a. BK-STÖCKLI, Art. 357 N 37.

⁹⁷ SCHMID, Handbuch, J Art. 357 N 27.

⁹⁸ BK-STÖCKLI, Art. 357 N 39; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 N 25; SCHMID, Handbuch, J Art. 357 N 28; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3, BGE 134 III 399.

⁹⁹ Bspw. die Kompensation einer zu tiefen Überstundenentschädigung mit einem höheren Mindestlohn (vgl. BGE 4C.67/2005, vom 4. Mai 2005, E. 4.1).

¹⁰⁰ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 N 24; SCHMID, Handbuch, J Art. 357 N 27; BK-STÖCKLI, Art. 357 N 39; BGE 134 III 403.

¹⁰¹ Vgl. SECO, Weisung, Ziff. 3.1.

¹⁰² Fall Nr. 1.

¹⁰³ Fall Nr. 2.

¹⁰⁴ BK-STÖCKLI, Art. 357 N 39.

- a) Der Vergleich hat nach einer *objektiven Beurteilung* zu erfolgen: Es geht nicht um die im konkreten Einzelfall für den Arbeitnehmer bessere Lösung, sondern die Bewertung hat anhand eines durchschnittlichen Arbeitnehmenden unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung zu erfolgen¹⁰⁵. Eine kürzere als die im GAV vorgesehene Kündigungsfrist kann im konkreten Einzelfall für den Angestellten zwar vorteilhaft sein, nach objektiver Betrachtung ist aber zu vermuten, dass diese ungünstiger und damit unzulässig ist¹⁰⁶.
- b) Bei der für den *Lohnvergleich* relevanten Periode ist auf eine Zeitspanne von *einem Monat* abzustellen¹⁰⁷. Ein Gruppenvergleich basierend auf einer Jahresgesamtlohnsumme erachtet das Bundesgericht als unbillig¹⁰⁸.

4.2 Konkrete Anwendungsfälle beim Gruppenvergleich

Die Frage, welche Leistungen, oder «Felder»¹⁰⁹ miteinander verglichen werden dürfen, lässt sich wohl nicht generell abstrakt beantworten. Dienlich ist jedoch nachfolgende Übersicht:

- a) "Zutreffend wurden im Rahmen des Gruppenvergleichs die Bestimmungen zu Arbeitszeit, Überzeit und Mindestlohn berücksichtigt."¹¹⁰ In diesem Urteil bestätigte das Bundesgericht eine vorinstanzliche Entscheidung, wonach die Mindestvorschriften eines ave GAV eingehalten wurden. Zwar lag die wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden über dem zulässigen Niveau von 41.5 Stunden gemäss GAV. Der im konkreten Einzelfall bezahlte monatliche Fixlohn¹¹¹ war jedoch höher als der Mindestlohn gemäss GAV bei einer Arbeitszeit von täglich 9 Stunden¹¹² inklusive Überstundenentschädigung¹¹³ sowie Fahrt- und Wartezeitentschädigung¹¹⁴. Diesem Urteil folgend bilden also *Mindestlohn, Arbeitszeit und Überzeitentschädigung sowie Fahrt- und Wartezeitentschädigung* eine Gruppe¹¹⁵.
- b) In BGE 116 II 153 ff. hatte das Bundesgericht darüber zu urteilen, ob der monatliche Mindestlohn gemäss ave GAV unterschritten werden darf, wenn diese Diffe-

¹⁰⁵ BGE 1134 III 402, E. 3.2.4.3; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 N 23; SCHMID, Handbuch, J Art. 357 N 30; BK-STÖCKLI, Art. 357 N 39.

¹⁰⁶ Vgl. SCHMID, Handbuch, J Art. 357 N 30; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 N 26.

¹⁰⁷ BGE 116 II 156 E. 2a bb; BGE 134 III 403; BK-STÖCKLI, Art. 357 N 40; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 N 25; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3.

¹⁰⁸ BGE 116 II 156 E. 2a bb; BGE 134 III 403.

¹⁰⁹ BK-STÖCKLI, Art. 357 N 39.

¹¹⁰ BGE 4C.67/2005 E. 4.3.

¹¹¹ CHF 4'800.00.

¹¹² CHF 3'946.40.

¹¹³ CHF 76.73.

¹¹⁴ CHF 657.75.

¹¹⁵ Vgl. Kritisch dazu: SCHMID, Handbuch, J Art. 357 OR N 28.

renz mit dem variablen Lohnanteil (in casu Umsatzbeteiligung) wieder wettgemacht wird: "Es ist allgemein üblich, dass der Lohn als Gesamtlohn betrachtet und dieser in verschiedene Lohnbestandteile aufgegliedert wird. (...) Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (...) hat die Klägerin den jeweiligen gesamtarbeitsvertraglichen Minimallohn jederzeit erreicht, was sie auch nicht bestreitet."¹¹⁶. Die Zulässigkeit einer vom GAV abweichenden Vereinbarung hinsichtlich des Festlohnanteils ist also anhand einer Gegenüberstellung des *monatlichen Gesamtlohnes gemäss GAV* einerseits mit dem *monatlichen Gesamtlohn gemäss Einzelabrede* andererseits zu vergleichen¹¹⁷.

- c) Nach Auffassung von SCHMID¹¹⁸ verschärfte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Gruppenvergleich im Urteil BGE 134 III 399 ff.: Darin rechtfertigte die Arbeitgeberin einen *zu tiefen Ferienzuschlag*¹¹⁹ mit einem *höheren Minimallohn*. Da der Ferienlohn als Zuschlag ausbezahlt wurde, stellte die Vorinstanz auf die Höhe des Gesamtlohnes ab. Das Bundesgericht erklärte, dass ein solcher Vergleich den Rahmen des Gruppenvergleichs sprengt¹²⁰.

Begründet wird diese Auffassung meines Erachtens jedoch nicht mit Berufung auf zwei nicht vergleichbare Leistungen¹²¹. Vielmehr geht es dem Bundesgericht um die Sicherstellung des Gesetzeszwecks, wonach sowohl der GAV als auch die gesetzliche Regelung¹²² beabsichtigen, dass dem Arbeitnehmer während der Ferienzeit derjenige Lohn zur Verfügung steht, "(...) den er gemäss Lohnabrechnung für diese Periode erhalten würde, wenn er arbeiten würde. Nach der vorliegenden einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung erhält er in dieser Zeit aber weniger ausbezahlt, als er (abzüglich des für die Ferien bestimmten Teils des Lohnes) erhalten würde, wenn er nicht in den Ferien wäre."¹²³

Weiter erklärte das Bundesgericht den für einen Vergleich zulässigen Maximalzeitraum von einem Monat als verletzt¹²⁴. Die Auszahlung des Ferienlohnes in Form eines Zuschlages (in der richtigen Höhe) ist mindestens bei sehr unregelmässiger Arbeitsleistung oder sehr kurzen Arbeitseinsätzen zulässig¹²⁵, und, soweit ersichtlich, wurde dies in BGE 134 III 399 durch das Bundesgericht auch nicht in Abrede gestellt, zumal der ave GAV selbst offenbar den Zuschlag zuliess¹²⁶. Wenn der Ferienlohn aber - grundsätzlich - als Zuschlag ausbezahlt werden darf, führt dies

¹¹⁶ BGE 116 II 157 E. 2 b.

¹¹⁷ BGE 116 II 153 (Regeste).

¹¹⁸ Vgl. SCHMID, Handbuch, J Art. 357 OR N 28.

¹¹⁹ Ferienzuschlag von 7.7 % gemäss Einzelarbeitsvertrag, gemäss ave GAV war ein solcher von 10.6 bzw. 13 % geschuldet (BGE 134 III 403 f.).

¹²⁰ BGE 134 III 404.

¹²¹ Also «Felder» im Sinne von STÖCKLI (vgl. BK-STÖCKLI, Art. 357 N 39).

¹²² Art. 329d OR.

¹²³ BGE 134 III 404.

¹²⁴ BGE 134 III 404.

¹²⁵ Vgl. STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 8, m. V. a. diverse Urteile.

¹²⁶ Andernfalls wäre der durch das Bundesgericht angestellte Vergleich (vgl. oben, FN 119, S. 16) per se nicht zu prüfen gewesen.

zwingend zu einer Verschiebung von Leistungen, die über die durch das Bundesgericht festgesetzte Betrachtungsperiode von einem Monat hinaus geht¹²⁷. Die Notwendigkeit eines mehrmonatigen Vergleiches ergibt sich also aus dem Zuschlag selbst und nicht dessen Höhe. Aus diesem Grund ist meines Erachtens der Hinweis in jenem Urteil, wonach der im Einzelarbeitsvertrag zu tiefe Ferienzuschlag auch dem vom Bundesgericht für den Vergleich von Lohnsystemen aufgestellten zeitlichen Rahmen von einem Monat widerspreche¹²⁸, unzutreffend.

- d) *Unzulässig* ist die Kompensation eines zu tiefen *GAV-Minimallohnes* mit einer *höheren Lohnfortzahlung bei Krankheit, Gratis-Skiferien, einem günstigen Wohnungsmietzins und eine grosszügige Arbeitszeitkontrolle*¹²⁹. Dieses Urteil ist meines Erachtens nur mit Einschränkungen korrekt: Unbestritten ist, dass bei der Prüfung des Minimallohnes auf die Gesamtlohnsumme abgestellt werden darf¹³⁰. Ein Lohn kann aber sowohl in Form von Geld als auch Naturallohn geleistet werden¹³¹. Meines Erachtens dürfen daher Naturalleistungen wie bspw. eine zur Verfügung gestellte Dienstwohnung als Lohn angerechnet werden, sofern nachgewiesen ist, dass diese Leistung *als Lohnbestandteil vereinbart* wurde¹³².
- e) *Unzulässig* ist nach Ansicht des Kantonsgerichts Freiburg die *Kompensation eines nicht gewährten wöchentlichen freien Halbtages* mit der *Bezahlung der Zimmermiete* durch den Arbeitgeber¹³³.
- f) *Unzulässig* ist nach Ansicht von VISCHER/ALBRECHT die *Kompensation von kürzeren Ferien mit einem höheren Lohn*¹³⁴, weil damit der Schutzzweck des GAV und der Ferienbestimmungen beeinträchtigt würde.
- g) *Unzulässig* ist nach deren Ansicht auch die *Kompensation einer ungünstigen Arbeitszeitregelung* mit einer *vorteilhaften Ferienregelung*¹³⁵.

¹²⁷ Wie dies bspw. auch bei der Kompensation von Überstundenarbeit regelmässig der Fall sein dürfte.

¹²⁸ BGE 134 III 404, m.V.a. BGE 116 II 156 f. E. 2 a bb.

¹²⁹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3, m.V.a. Schiedsgericht Bau- und Holzgewerbe BS in BJM 1997, S. 5.

¹³⁰ BGE 116 II 153 ff.

¹³¹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322 N 2; Vgl. auch Art. 324a Abs. 1 OR.

¹³² Dies bedingt, dass ein klagbarer Anspruch besteht, eine regelmässige Abrechnung erfolgt, die dafür geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet werden und die Vereinbarung nicht gegen das Truckverbot (Art. 323b Abs. 2 OR) verstösst.

¹³³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3, m.V.a. TC FR in JAR 1999, S. 365.

¹³⁴ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 N 24.

¹³⁵ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 N 24, m.V.a. Bezirksgericht Oberrheintal, Urteil vom 4. Dezember 1990, in: JAR 1991, S. 371 ff. E. 4b.

- h) Ebenso *unzulässig* ist umgekehrt die *Kompensation eines zu tiefen GAV-Lohnes und zu wenig Ferien mit einer, das GAV-Maximum unterschreitenden Arbeitszeit von 25 %*¹³⁶.
- i) Durch STÖCKLI kritisiert wird das Urteil des Schiedsgerichts Bau- und Holzgewerbe Basel-Stadt vom 14. September 1995, wonach ein zu tiefer Lohn nicht mit freiwillig durch den Arbeitgeber übernommenen Sozialabzügen (Nichtberufsunfall- und Krankentaggeldversicherung sowie Pensionskassenbeiträge) verglichen werden dürfe: "Damit wird der Gruppenvergleich dem Einzelvergleich m.E. allerdings sehr stark angenähert."¹³⁷
- j) Meines Erachtens erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Weisung des SECO vom 11. November 2008, auch welche nachfolgend näher eingegangen wird¹³⁸: Gemäss jenen verbindlichen Vorschriften ist bei entsandten Arbeitnehmenden die Einhaltung der Minimalvorschriften durch Vergleich des bezahlten und geschuldeten Bruttostundenlohnes vorzunehmen. Dabei werden jedoch sämtliche Ferien-, Feiertags-, Weg-, Schicht-, Nacht- und anderen Zulagen, 13. Monatslohn und anderen finanziellen Leistungen¹³⁹ auf den Stundenlohn heruntergebrochen und die Gesamtlohnsumme pro Stunde verglichen. Im Ergebnis stimmt dieses Vorgehen wohl mit der Auffassung in BGE 116 II 153 ff. (Gesamtlohnvergleich) und BGE 4C.67/2005 (Lohnvergleich im Verhältnis zu der zu leistenden Arbeitszeit) überein, widerspricht jedoch dem Urteil BGE 134 III 399 ff. (Verrechnung eines zu tiefen Ferienzuschlages mit einem höheren Grundlohn). Zu beachten ist allerdings, dass sich diese Berechnungsmethode weitgehend aus dem Wortlaut von Art. 1 EntsV ableiten lässt, wo ausdrücklich vom Mindestlohn ihm Verhältnis zur üblichen Arbeitszeit¹⁴⁰ bzw. dem anteilmässigen Ferienlohn¹⁴¹ die Rede ist.

Meines Erachtens zeigt sich aus den oben zitierten Urteilen und Meinungen die Tendenz, dass eine zu hohe (wöchentliche) Arbeitszeit zwar mit Hilfe eines höheren Monatslohnes aufgefangen werden kann¹⁴². Ausgeschlossen scheint jedoch die Möglichkeit, den minimalen Anspruch auf Ferien¹⁴³ oder freie Tage¹⁴⁴ mit höherem Lohn oder Naturalleistungen zu kompensieren.

¹³⁶ STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3, m.V.a. TA TI in JAR 1993, S. 126.

¹³⁷ Vgl. BK-STÖCKLI, Art. 357 N 39, m. w. V.

¹³⁸ Vgl. unten, Ziff. 5.2, S. 19.

¹³⁹ bspw. Weihnachtsgeld, Entsendezulage etc. (vgl. SECO, Weisung, Ziff. 3.3 ff.).

¹⁴⁰ Art. 1 lit. a EntsV.

¹⁴¹ Art. 1 lit. d EntsV.

¹⁴² Vgl. oben, lit. a).

¹⁴³ Vgl. oben, lit. f).

¹⁴⁴ Vgl. oben lit. e).

5 Einzelfragen zu vorübergehend anwendbaren ave GAV oder NAV

5.1 Weitere Problembereiche

Weitere praktische und nicht weniger komplexe Probleme wirft der Gruppenvergleich auf, wenn der zu prüfende ave GAV nur vorübergehend anwendbar ist. Sei dies im Rahmen des Einsatzes einer ausländischen Unternehmung in der Schweiz¹⁴⁵ oder eines Betriebes in der Schweiz, welcher im räumlichen Geltungsbereich eines lokal anwendbaren ave GAV tätig wird¹⁴⁶. So stellt sich bspw. die Frage, wie geleistete Überstunden oder Ferienansprüche zu behandeln sind, welche nach Beendigung des Einsatzes durch den Arbeitnehmer, womöglich noch zum tieferen Lohn, kompensiert bzw. bezogen werden.

5.2 Weisung des SECO vom 11. November 2008

In diesem Fall ist, wie bereits erwähnt¹⁴⁷, auf die Weisung des SECO vom 11. November 2008 zurückzugreifen. Meines Erachtens beachtlich ist, dass dem Prüfungsverfahren jener Weisung der Gruppenvergleich immanent ist, und zwar im Sinne von BGE 4C.67/2005¹⁴⁸: Nach den Vorschriften der Weisung ist der Monatslohn auf der Basis des umgerechneten Bruttostundenlohnes zu vergleichen: Der individuell ausbezahlte Stundenlohn muss mindestens gleich hoch sein wie der Stundenlohn des betreffenden ave GAV¹⁴⁹. Ein solcher Vergleich ist aber nur möglich, wenn die zu leistende Arbeitszeit mitberücksichtigt wird, womit diese zusammen mit dem pro Stunde, pro Woche oder monatlich ausbezahlten Lohn zu derselben Gruppe gehört. Dasselbe gilt für die geschuldeten Zuschläge, sei dies für Ferien- oder Feiertage¹⁵⁰. Zudem ergibt sich aus dem in der Weisung vorgegebenen Verfahren der Zusammenrechnung sämtlicher Leistungen¹⁵¹, dass von einer Gesamtlohnbetrachtung ausgegangen wird, wie dies BGE 116 II 153 ff. bestätigt. Der Ansatz des Gruppenvergleiches ist also ein grundlegender Baustein der Weisung, welcher sich ausserdem aus dem Wortlaut der Formulierung in Art. 1 EntsV ergibt.

5.2.1 Beginn und Ende eines Einsatzes

In den Vorbemerkungen weist das SECO darauf hin, dass sich die Allgemeinverbindlichkeit eines GAV auf das Schweizer Territorium beschränkt, weshalb "(...) beim Lohnvergleich für den Beginn des Einsatzes frühestens auf den Zeitraum ab dem Schweizer Grenzort abzustellen ist."¹⁵² Für einen lokal gültigen ave GAV¹⁵³ bedeu-

¹⁴⁵ Vgl. Fall Nr. 3.

¹⁴⁶ Vgl. Fall Nr. 4.

¹⁴⁷ Vgl. oben, Ziff. 2.3.1, S. 11.

¹⁴⁸ Vgl. dort, E. 4.3 sowie oben, Ziff. 4.2, lit. a), S. 15.

¹⁴⁹ SECO, Weisung, Ziff. 3.1.

¹⁵⁰ SECO, Weisung, Ziff. 3.5 und 3.6.

¹⁵¹ Bruttostundenlohn plus Ferien-, Feiertags-, Weg-, Schicht-, Nacht- und anderen Zulagen, 13. Monatslohn und anderen finanziellen Leistungen wie Weihnachtsgeld, Entsendezulage etc. (vgl. SECO, Weisung, passim).

¹⁵² SECO, Weisung, Ziff. 1.2.

tet dies analog, dass jene Bestimmungen erst bei Eintritt des Arbeitnehmenden in das Gebiet gelten, auf welches sich der räumliche Geltungsbereich des lokalen ave GAV erstreckt.

5.2.2 Vorgehen beim Lohnvergleich: Lohnbestandteile

Nachfolgend eine kurze Darstellung der wesentlichen Eckpunkte dieser Weisung:

a) **Bruttostundenlohn und Lohnerhöhungen**

Auszugehen ist für den Lohnvergleich vom Bruttostundenlohn. Dazu ist der ausbezahlte, monatliche Grundlohn durch die vertraglich geschuldete Anzahl Arbeitsstunden pro Monat zu dividieren¹⁵⁴. Obligatorische Lohnerhöhungen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn diese Erhöhung während des Einsatzes in Kraft trat¹⁵⁵.

b) **Entsendezulagen**

In der Praxis ist zu beobachten, dass Arbeitgeber sog. Entsendeentschädigungen im Sinne eines Lohnzuschlages zum ordentlichen Gehalt auszahlen. Solche Entschädigungen sind zu berücksichtigen, soweit es sich nicht um Auslagenersatz für Reisekosten, Unterkunft oder andere berufsbedingte Auslagen handelt¹⁵⁶.

c) **Auslagenersatz (Spesen)**

Effektiv angefallene Auslagen sind dem Arbeitnehmenden zu ersetzen und bleiben bei der Berechnung des Bruttostundenlohnes ausser Betracht¹⁵⁷. Lässt sich die Höhe effektiver Auslagen nicht bestimmen, ist auf Spesenpauschalen abzustellen, deren Höhe entweder im ave GAV selbst oder - subsidiär und im Sinne einer Richtgrösse - in der Weisung des SECO festgelegt wird¹⁵⁸.

Übersteigen die Entsendeentschädigung¹⁵⁹ und/oder die ausbezahlte Spesenpauschale die effektiven Auslagen des Arbeitnehmers, sind diese Leistungen durch die betreffende Arbeitszeit zu dividieren und zum Bruttostundenlohn hinzuzuzählen. Dabei spielt es keine Rolle, ob auf den, die effektiven Auslagen überschüssenden Teil des Auslagenersatzes, Sozialversicherungsbeiträge abgeführt

¹⁵³ Fall Nr. 4, S. 2.

¹⁵⁴ SECO, Weisung, Ziff. 3.1. Beachte, dass eine wöchentliche Sollarbeitszeit mit dem Faktor 52 (also für 52 Wochen) hochgerechnet wird und nicht 48 Wochen. Dies in der meines Erachtens richtigen Überlegung, dass dem Arbeitnehmer während der Ferien die Soll-Arbeitszeit gutgeschrieben und er dafür bezahlt wird.

¹⁵⁵ SECO, Weisung, Ziff. 3.2.

¹⁵⁶ SECO, Weisung, Ziff. 3.3 und 3.3.2; Art. 2 Abs. 3 EntsG.

¹⁵⁷ In Art. 2 Abs. 1 EntsG und den dazugehörigen Art. 1 und 2 EntsV sind Spesen- oder Auslagenersatz nicht erwähnt, weshalb meines Erachtens diese Ansprüche durch die Kontrollbehörde weder zu kontrollieren sind noch eine allfällige Verletzung sanktioniert werden darf.

¹⁵⁸ SECO, Weisung, Ziff. 3.3.1.

¹⁵⁹ Art. 2 Abs. 3 EntsG.

werden. Relevant ist einzig ein positiver Saldo¹⁶⁰.

d) **Ferienlohn**

Der Anspruch auf Ferienlohn wird ebenfalls in Form eines Zuschlages berechnet. In der Weisung findet sich eine ausführliche Tabelle, für welche Anzahl Ferientage welcher prozentuale Lohnzuschlag hinzuzurechnen ist¹⁶¹.

Da der Arbeitnehmer während der Ferien Anspruch auf den "gesamten darauf entfallenden Lohn" hat¹⁶², berechnet sich der Ferienzuschlag nicht nur auf den Grundlohn pro Stunde, sondern auf die Summe aus Grundlohn, Entsendezulage und/oder Pauschalspesen mit Lohncharakter¹⁶³.

e) **Feiertagsentschädigung**

Mit Ausnahme des Nationalfeiertages¹⁶⁴ sind die von den Kantonen bezeichneten Feiertage nicht zwingend entschädigungspflichtig. Zwingend zu bezahlen sind Letztere also nur, wenn dies in einem ave GAV vorgesehen ist.

Der Vergleich zwischen effektiv bezahlten und gemäss ave GAV geschuldeten Feiertagen erfolgt analog zur Berechnung des Ferienzuschlages: Unabhängig von der Dauer des effektiven Einsatzes sieht die Weisung vor, dass die tatsächlich in einem Jahr gewährten Feiertage auf der Ist-Seite und die gemäss ave GAV geschuldeten jährlich zu bezahlenden Feiertage auf der Soll-Seite zu vergleichen sind. Wie der Ferienlohnzuschlag ist auch der Zuschlag für bezahlte Feiertage auf die Summe aus Grundlohn und die weiteren Zulagen und/oder Leistungen zu gewähren¹⁶⁵.

f) **13. / 14. Monatslohn**

Zusätzlich bezahlten 13. und ev. 14. Monatslöhne sind gemäss Weisung des SECO selbst dann in die Berechnung mit einzubeziehen, wenn keine verbindliche Grundlage nach schweizerischem Recht besteht. Nach Ansicht des SECO wäre es stossend, wenn eine Zahlung gestützt auf einen (klagbaren) Rechtsanspruch nach ausländischem Recht unberücksichtigt bliebe, weil nach Schweizer Recht kein solcher klagbarer Anspruch besteht¹⁶⁶.

g) **Obligatorische Zuschläge für Überstunden-, Akkord-, Schicht-, Nach-, Sonntags- und/oder Feiertagsarbeit**

Diese Zuschläge sind auf der Soll-Seite der Berechnung dazuzuzählen, sofern die

¹⁶⁰ SECO, Weisung, Ziff. 3.3.1.

¹⁶¹ SECO, Weisung, Ziff. 3.5.

¹⁶² Art. 329d Abs. 1 OR.

¹⁶³ SECO, Weisung, Ziff. 3.5; Zu den Details eines rechnerischen Vergleiches und der Behandlung von Urlaubsgeld oder Beiträgen an eine Ferienausgleichskasse sei auf die Ausführungen in der Weisung verwiesen.

¹⁶⁴ 1. August, vgl. Art. 110 Abs. 3 BV.

¹⁶⁵ Vgl. SECO, Weisung, Ziff.3.6.

¹⁶⁶ SECO, Weisung, Ziff. 3.7.

zuschlagsberechtigte Arbeit(zeit) geleistet wurde. Massgebend sind die obligatorischen Zuschläge nach den Vorschriften des ave GAV, bzw. des Obligationenrechts und/oder Arbeitsgesetzes¹⁶⁷. Erwähnenswert zu diesem Punkt ist der Hinweis des SECO, wonach auf die Erhebung des Zuschlages verzichtet werden kann, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass ausserhalb des Geltungsbereiches des ave GAV die Mehrarbeit kompensiert wird und eine solche Kompensation nach den Vorschriften des ave GAV bzw. Arbeitsgesetz zulässig ist¹⁶⁸.

h) **Weitere Hinweise**

Neben diesen Regelungen finden sich weitere Ausführungen zur Lohnberechnung, auf welche vorliegend nicht näher eingegangen wird. Diese betreffen:

- Vermögenswirksame Leistungen nach deutschem Vermögensbildungsgesetz¹⁶⁹;
- Urlaubsgeld/Weihnachtsgeld¹⁷⁰ nach ausländischem Recht;
- die Behandlung von Sozialversicherungsbeiträgen¹⁷¹;
- Ausführungen zum relevanten Wechselkurs¹⁷².

Nützlich ist neben den im Text gemachten Rechnungsbeispielen auch die Tabelle im Anhang der Weisung, welche als Excel-Datei im Internet heruntergeladen werden kann.

5.2.3 Würdigung des Vorgehens gemäss Weisung

Zugunsten des SECO ist sicherlich festzustellen, dass die in der Weisung vorgeschlagene Vergleichsmethode einen pragmatischen und meines Erachtens praktikablen Ansatz darstellt. Zwei verschiedene Entlohnungssysteme lassen sich nur dann sinnvoll vergleichen, wenn die an den Arbeitnehmer zu entrichtenden Leistungen basierend auf derselben Zeiteinheit einander gegenüber gestellt werden. Dies hat meines Erachtens zwangsläufig zur Folge, dass auf einen Gruppenvergleich abgestellt werden muss, welcher zum Einen die Leistungen an den Mitarbeiter und zum Anderen die dafür zu leistende oder geschuldete Arbeitszeit berücksichtigt. Die nachfolgend dargestellten Probleme sind daher weniger als Kritik an das SECO zu verstehen, als vielmehr im Sinne eines Hinweises auf Schwachpunkte dieses Verfahrens und deren genauere Betrachtung im konkreten Einzelfall.

5.3 Praktische Probleme bei zeitlich vorübergehend anwendbaren ave GAV

Der vorübergehende Einsatz im Geltungsbereich eines ave GAV wirft regelmässig Probleme in Bezug auf die zeitliche Abgrenzung der Leistungen auf. Zur Vereinfachung der Ausführungen nachfolgende Beispiele:

¹⁶⁷ SECO, Weisung, Ziff. 3.8.

¹⁶⁸ SECO, Weisung, Ziff. 3.8.

¹⁶⁹ SECO, Weisung, Ziff. 3.4.

¹⁷⁰ SECO, Weisung, Ziff. 3.9.

¹⁷¹ SECO, Weisung, Ziff. 3.10.

¹⁷² SECO, Weisung, Ziff. 3.11.

5.3.1 Beginn und Ende des Geltungsbereiches: Arbeitszeit?

Ein Arbeitnehmer reist täglich an den Einsatzort und kehrt Abends wieder nach Hause zurück. Die tägliche Reisezeit beträgt insgesamt 4 Stunden, wovon 3 Stunden ausserhalb des Geltungsbereiches des ave GAV liegen. Vor Ort arbeitet er 7 Stunden, der ave GAV schreibt eine tägliche Höchst Arbeitszeit von 8 Stunden vor.

Gemäss Weisung des SECO¹⁷³ beginnt Lohnvergleich frühestens ab dem Zeitraum, in welchem der Arbeitnehmer die Grenze des räumlichen Geltungsbereiches des ave GAV passiert. Hat der Arbeitnehmer in diesem Beispiel nun die tägliche Arbeitszeit überschritten? Nimmt man nur die Arbeitszeit nach dem räumlichen Geltungsbereich des ave GAV, beträgt die relevante Arbeitszeit 8 Stunden¹⁷⁴. Rechnet man jedoch die gesamte Reisezeit, beläuft sich das Total auf 11 Stunden.

Vorweg ist in einem ersten Schritt zu prüfen, welche Tätigkeit überhaupt als "Arbeitszeit" im Sinne des ave GAV gilt. Im Grundsatz gilt der Arbeitsweg nicht als Arbeitszeit¹⁷⁵. Wird der Arbeitnehmer allerdings an einem anderen, als dem vertraglich vereinbarten Arbeitsort eingesetzt, so ist die dadurch entstehende Verlängerung des Arbeitsweges Arbeitszeit¹⁷⁶. Damit wäre zu prüfen, wo der vertraglich vereinbarte Arbeitsort des Arbeitnehmers liegt und um wie viel länger dieser mit dem konkreten Einsatz wurde.

Steht fest, welcher Teil als Arbeitszeit gilt, ist darüber zu entscheiden, ob auch diejenige Zeit, während welcher der Arbeitnehmer ausserhalb des räumlichen Geltungsbereiches des ave GAV Arbeit leistet, anzurechnen ist. Diese Frage ist in zweierlei Hinsicht von fundamentaler Bedeutung: Erstens zur Bestimmung des Faktors, mit welchem der monatliche Bruttolohn zu teilen ist, um den für die Berechnung nötigen Bruttostundenlohn zu erhalten. Zweitens im Zusammenhang mit der Prüfung, ob die maximal zulässige Arbeitszeit eingehalten wurde und/oder Überstunden angefallen bzw. zu bezahlen sind. Streng nach dem Wortlaut der Weisung des SECO wäre die Fahrzeit bis zur Grenze des räumlichen Geltungsbereiches des ave GAV unbeachtlich. Und ob bspw. beim Fallbeispiel Nr. 3 (Schweizer Unternehmung mit Einsatz im lokal gültigen ave GAV) die Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes eingehalten wurden, welches sowohl am Betriebs- wie auch Einsatzort gilt, spielt meines Erachtens keine Rolle: Die Kontrollorgane haben die Einhaltung des ave GAV und nicht die Einhaltung des Arbeitsgesetzes zu kontrollieren.

5.3.2 Ferienbezug und Überstundenkompensation

Ein Arbeitnehmer arbeitet von 1. Januar bis 30. Juni im Geltungsbereich eines ave GAV und ist ab dem 1. Juli bis zum Ende des Jahres ausserhalb dieses GAV

¹⁷³ Vgl. dort, Ziff. 1.2.

¹⁷⁴ 7 Stunden Arbeit sowie 1 Stunde Fahrtzeit.

¹⁷⁵ STREIFF/VON KAENEL, Art. 321 N 9.

¹⁷⁶ STREIFF/VON KAENEL, Art. 321 N 9, m.V.a. Art. 13 Abs. 2 ArGV 1.

tätig. Der Arbeitnehmer arbeitet die vollen ersten 6 Monate (1.1. - 30.06) und bezieht ab dem 1. Juli den vollen Ferienanspruch von 5 Wochen (gemäss ave GAV) bei Bezahlung zum ursprünglichen Lohnniveau (unter demjenigen des ave GAV).

Der Arbeitnehmer baut in der ersten Hälfte des Jahres und innerhalb des Geltungsbereiches des ave GAV einen Ferienanspruch auf, welchen er aber erst in der zweiten Jahreshälfte, ausserhalb des ave GAV und zu einem tieferen Lohn bezieht. Stimmt in diesem Fall die in der Weisung des SECO vorgegebene Berechnungsmethode des Zuschlages?

Auf den ersten Blick liesse sich die Meinung vertreten, dass vorliegend überhaupt kein Lohnzuschlag für Ferien verglichen werden muss. Dies weil der Arbeitnehmer die Ferien in Natura bezogen hat und dafür den ordentlichen Monatslohn erhielt. Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass der Ferienanspruch des ersten Halbjahres zu einem höheren Lohn aufgebaut, als ihm während des Ferienbezuges bezahlt wurde. Mit der Berechnung des Lohnzuschlages nach den Weisungen des SECO¹⁷⁷ werden dem Arbeitnehmer für jede geleistete Stunde der zu bezahlende Ferienlohnanspruch gutgeschrieben. Dieser Betrag wird mit dem effektiv bezahlten Lohn und dem effektiv bezahlten Ferienzuschlag verglichen. Ist letzterer tiefer, resultiert der anteilige Ferienlohn für eine geleistete Arbeitsstunde, welcher nachzuzahlen ist.

Ein Arbeitnehmer arbeitet von 1. Januar bis 30. Juni im Geltungsbereich eines ave GAV und ist ab dem 1. Juli bis zum Ende des Jahres ausserhalb dieses GAV tätig. Die vereinbarte Arbeitszeit am Betriebsort beträgt 45 Stunden, diejenige gemäss ave GAV am Einsatzort 40 Stunden. Der Arbeitnehmer leistet in den ersten 6 Monaten 150 Überstunden (nach Arbeitszeit am Einsatzort), welche er in der zweiten Jahreshälfte vollumfänglich kompensiert.

Das SECO lässt die Kompensation von Überstunden nach Abschluss des Einsatzes im räumlichen Geltungsbereich des ave GAV zu¹⁷⁸. Analog zum Beispiel mit dem Ferienbezug führt dies bei einem tieferen Lohn jedoch dazu, dass die zum höheren Mindestlohn gemäss ave GAV geleistete Stunde Mehrarbeit mit einer schlechter bezahlten Stunde Freizeit kompensiert wird. Ausserdem stellt sich das Problem der Beurteilung ex ante: Kann eine während des Einsatzes oder im Anschluss an den Einsatz kontrollierte Arbeitgeberin geltend machen, ein Überstundenzuschlag für die geleistete Mehrarbeit sei deshalb nicht geschuldet, weil der Arbeitnehmer in der zweiten Jahreshälfte diese Mehrarbeit kompensieren wird? Meines Erachtens muss dieses Argument zulässig sein, wenn das SECO die Kompensation von Überstundenarbeit auch nach dem Einsatz zulässt. Andernfalls führte dies zu einer unbegründeten Ungleichbehandlung einer Unternehmung, welche sofort kontrolliert wird und die Kompensation plant und anordnen wird, gegenüber einer anderen Unternehmung, welche später kontrolliert wird und die Überstundenkompensation bereits angeordnet hat.

Ausserdem stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer im obenstehenden Beispiel am Ende des Tages den räumlichen Geltungsbereich des ave GAV (mit 40 Wochen-

¹⁷⁷ Vgl. Ziff. 3.5.

¹⁷⁸ seco, Weisung, Ziff. 3.8 Abs. 2.

stunden) verlassen und im Geltungsbereich des ursprünglichen Vertrages (mit 45 Wochenstunden) umgehend mit der Überstundenkompensation beginnen kann.

5.3.3 Feiertage

Ein Arbeitnehmer arbeitet vom 1. bis 31. März im räumlichen Geltungsbereich eines ave GAV. Der Rest des Jahres ist er im Ausland tätig. Von den, gemäss lokal gültigem ave GAV zu bezahlenden Feiertagen, liegt kein einziger im Monat März. Ist der Feiertagszuschlag trotzdem zu bezahlen?

Gemäss Weisung ist die Feiertagsentschädigung mit Hilfe eines Zuschlages analog zum Ferienlohn abzurechnen¹⁷⁹. Dabei macht das SECO keine Differenzierung nach der Lage dieser Feiertage: Die Berechnung hat, soweit ersichtlich¹⁸⁰, gestützt auf die gesamten zu bezahlenden Feiertage gemäss ave GAV während des ganzen Jahres zu erfolgen.

Meines Erachtens ist fraglich, ob dieser Ansatz richtig ist. Im Ergebnis hat dies nämlich zur Folge, dass der Arbeitgeber in Form eines Zuschlages sämtliche Feiertage zu bezahlen hat und nicht nur diejenigen, welche während der Dauer des effektiven Einsatzes anfallen. Kann es sein, dass die Arbeitgeberin während eines einmonatigen Einsatzes prozentual für sämtliche bezahlten Feiertage eines ganzen Jahres aufkommen muss? Meines Erachtens setzt hier der zeitliche Anwendungsbereich des ave GAV insofern eine Grenze, als nur diejenigen bezahlten Feiertage in Form eines Zuschlages zu bezahlen sind, welche in der Periode des Einsatzes zu liegen kommen¹⁸¹.

6 Abschliessende Bemerkungen zu Verfahren und Sanktionen

Wie bei den Ausführungen zum Entsendegesetz bereits ausgeführt¹⁸², ist in Bezug auf die Sanktionen zu unterscheiden, ob es sich um

- a) die Kontrolle einer Schweizer Unternehmung gestützt auf einen landesweit gültigen ave GAV handelt¹⁸³;
- b) die Kontrolle einer ausländischen Unternehmung nach den Vorschriften des Entsendegesetzes¹⁸⁴ oder

¹⁷⁹ SECO, Weisung, Ziff. 3.6.

¹⁸⁰ Vgl. SECO, Weisung, Ziff. 3.6.

¹⁸¹ Dies insbesondere, wenn man bedenkt, dass auch das Bundesgericht die nur vorübergehende zeitliche Anwendbarkeit eines lokal ave GAV bestätigte (Pra 91 (2002) Nr. 162, S. 871 E. 5 b aa) = BGE 128 II 20, E. 5 b aa); vgl. oben, FN 50, S. 7.

¹⁸² Vgl. oben, Ziff. 2.3.2, S. 12.

¹⁸³ Fall Nr. 1 und 2.

¹⁸⁴ Fall Nr. 3.

c) die Kontrolle einer Schweizer Unternehmung mit Sitz ausserhalb des räumlichen Geltungsbereiches eines lokalen ave GAV¹⁸⁵ handelt.

In den Fällen nach lit. a ist das Kontrollorgan nach den Vorschriften des ave GAV befugt, einer fehlbaren Unternehmung die Kontrollkosten mitsamt einer Konventionalstrafe zu auferlegen. Die rechtliche Durchsetzung dieses Anspruches hat jedoch im Rahmen einer zivilrechtlichen Klage beim dafür zuständigen Gericht zu erfolgen¹⁸⁶. Paritätische Kommissionen haben keine hoheitliche Gewalt und als "schlitzohrig" bezeichnet HÄBERLI die gängige Praxis, die Mitteilung an den Arbeitgeber mit einer "Rechtsmittelfrist" und einem Hinweis auf eine Rekursmöglichkeit zu versehen¹⁸⁷. Die Einreichung eines solchen Rekurses werde dann als Einlassung auf ein Schiedsverfahren verstanden¹⁸⁸.

In der Praxis sind ausserdem verschiedene Tendenzen zu beobachten, wonach Paritätischen Kommissionen mehr Gewicht oder eine höhere Glaubwürdigkeit als einem 'normalen' zivilrechtlichen Kläger zugestanden wird: So vertritt das Kantonsgericht Graubünden die Auffassung, dass deren Berichte "erhöhter Beweiswert" zukomme¹⁸⁹. Oder ihre Beschränkung der Kompetenz auf Feststellungsklage¹⁹⁰ wird aufgeweicht, indem mit der Festlegung der Konventionalstrafe zugewartet wird und deren Höhe von der "freiwilligen" Wiedergutmachung (sprich Nachzahlung an die Arbeitnehmer) abhängig gemacht wird¹⁹¹.

Zur Kontrolle ausländischer Unternehmen, welche nach den Bestimmungen des Entsendegesetzes kontrolliert werden¹⁹², kann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden¹⁹³: Auch hier sind die Paritätischen Kommissionen zur Durchführung von Kontrollen befugt¹⁹⁴, die Sanktionierung hat - gemäss Wortlaut des EntsG - jedoch durch die kantonalen Behörden zu erfolgen¹⁹⁵.

Noch einmal anders verhält es sich bei Kontrollen nach lit. c): Da in der Allgemeinverbindlichkeitserklärung regelmässig nur auf Art. 2 Absatz 1 EntsG verwiesen wird, fehlt es den Kontrollorganen an der Kompetenz zur Ausfällung oder gar Einforderung einer Konventionalstrafe¹⁹⁶ und diverse weitere, in ave GAV übliche Pflichten, wie

185 Fall Nr. 4.

186 Vgl. Art. 357b Abs. 1 OR.

187 HÄBERLI, ArbR 2007, S. 51.

188 HÄBERLI, ArbR 2007, S. 51.

189 STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 5, m.V.a. JAR 1990, S. 443.

190 Vgl. Art. 357b Abs. 1 lit. a OR.

191 STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 7, m.V.a. Schiedsgericht Bau- und Holzgewerbe Basel Stadt in BJM 1997, S. 13.

192 Vgl. oben, lit. b).

193 Vgl. oben, Ziff. 2.3.2, S. 12 ff.

194 Art. 7 Abs. 1 lit. a EntsG.

195 Art. 9 EntsG.

196 Art. 2 Abs. 2quater EntsG.

bspw. zur Zahlung obligatorischer Weiterbildungskosten¹⁹⁷ oder zur Hinterlegung einer Kautions¹⁹⁸, sind nicht verbindlich¹⁹⁹.

7 Würdigung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass trotz der Häufigkeit von Lohnbuchkontrollen ganz grundlegende Fragen unbeantwortet und Probleme ungelöst sind. Unabhängig von einer politischen Betrachtungsweise dieser Thematik wäre meines Erachtens eine einheitliche Art der Prüfung und damit eine erhöhte Rechtssicherheit überaus wünschenswert. Dies führte wohl auch zu einer höheren Akzeptanz der Kontrollinstitutionen und würde den Arbeitgeber von der Notwendigkeit entlasten, seine Pflichten und Ansprüche sowie die Richtigkeit des Kontrollberichtes im Anschluss an eine Lohnbuchkontrolle durch eine unabhängige Fachperson erneut prüfen zu müssen.

¹⁹⁷ Art. 2 Abs. 2bis EntsG.

¹⁹⁸ Art. 2 Abs. 2ter EntsG.

¹⁹⁹ Vgl. oben, Ziff. 2.3.2.2, S. 12.