

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 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 verletzt 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