

Vorschlag für eine Definition des Begriffs der wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung

im Sinne der Artikel 1a AVEG und 360a OR

Internet: http://www.geneve.ch/ogmt/sous_enchere/

Austauschtagung der Sekretärinnen und Sekretäre der tripartiten Kommissionen, Bern

Roman Graf

Universität Genf

24. Juni 2009

Ablauf der Präsentation

- Zentrale Begriffe
- Übliche Löhne versus Mindestlöhne
- Berechnung der üblichen Löhne
- Wiederholte und missbräuchliche Lohnunterbietung
- *Erfahrungsaustausch der Anwesenden*

Zentrale Begriffe

Werden innerhalb einer Branche oder einem Beruf die **orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne** **wiederholt** in **missbräuchlicher Weise unterboten** und liegt kein Gesamtarbeitsvertrag mit Bestimmungen über **Mindestlöhne** vor, der allgemein verbindlich erklärt werden kann, so kann die zuständige Behörde zur **Bekämpfung oder Verhinderung von Missbräuchen** auf Antrag der tripartiten Kommission nach Artikel 360b einen befristeten Normalarbeitsvertrag erlassen, der nach Regionen und gegebenenfalls Orten **differenzierte Mindestlöhne** vorsieht.

Art. 360a Abs. 1 OR

Zeitpunkt der Anwendung im Verfahren

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich vorwiegend auf Branchen **ohne Lohnbestimmungen**.

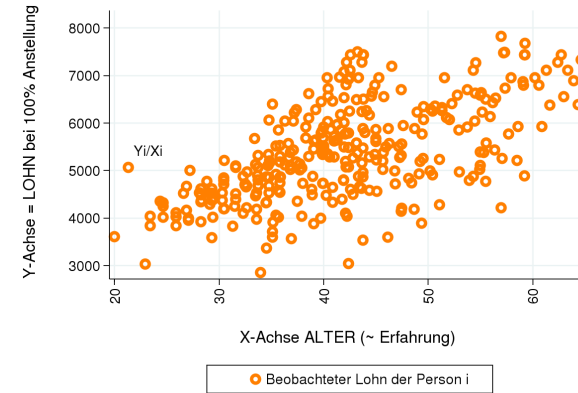
Orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne dienen als Referenzwerte für den Vergleich mit einer suspekten Lohnpraxis in Branchen ohne Lohnbestimmungen, (**Beginn des Verfahrens**).

Differenzierte Mindestlöhne werden bei Erfüllung der Anwendungsbedingungen von Art Artikel 360a OR zur Bekämpfung von Lohndumping festgesetzt, (**Ende des Verfahrens**).

Statistischer Wert versus anwendbare Norm

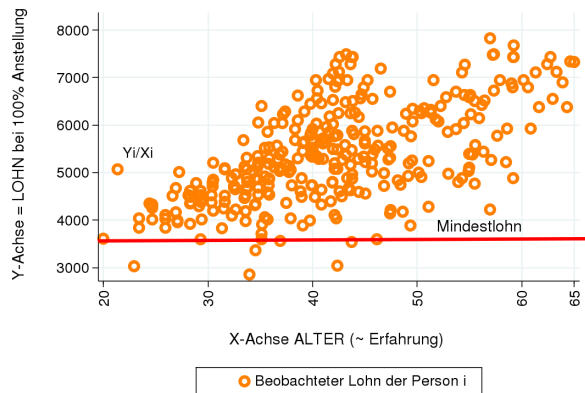
- Übliche Löhne können mit Hilfe von Lohnraten und der Lohngleichungsmethode für ein **individualisiertes Anstellungsprofil** einer Person geschätzt und mit deren effektiven Lohn verglichen werden.
- Mindestlöhne definieren ein Minimum für eine bestimmte Gruppe von Beschäftigten (z.B. gelernt/ungelernt)
- Mindestlöhne werden nicht immer aktualisiert und widerspiegeln somit nicht das effektive Lohnniveau.
- Wiederholende Lohnerhebungen erlauben eine Lohnentwicklung zu verfolgen.

Darstellung der Löhne anhand des Alters



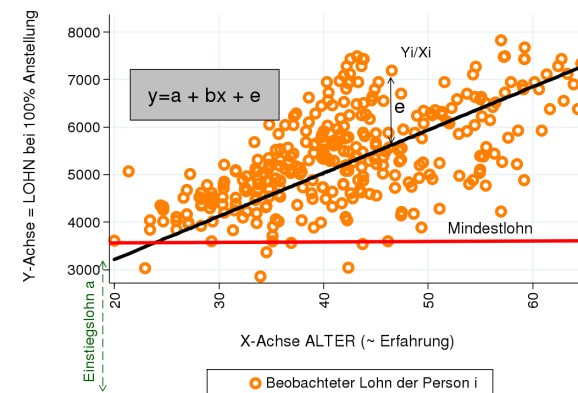
Die Abbildung stellt den Lohn (Y-Achse) anhand des Alters (X-Achse) dar. Jeder Kreis entspricht dem Vollzeit-Lohn Y_i der Person i mit Alter X_i

Mindestlohn



Das Einführen eines Mindestlohnes verhindert das Absinken von Löhnen im untersten Lohnsegment.

Üblicher Lohn nach Alter (Lohngleichung)



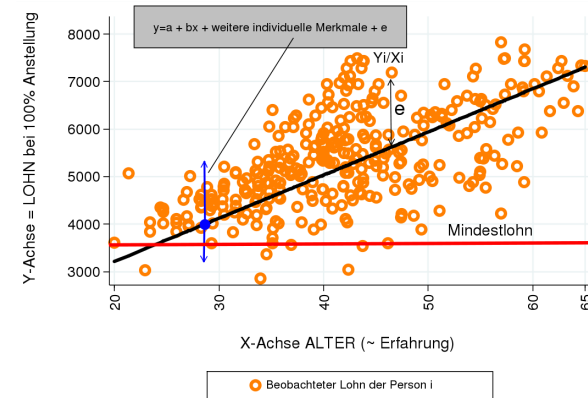
Eine Gerade wird so durch die Punktwolke gelegt, dass sie die Summe der Abstände e minimiert.

Die Einführung weiterer lohnbestimmender Merkmale (Faktoren) ...

... erlaubt die Anpassung der Geraden für eine **individualisiertes berufsübliches** Anstellungsprofil:

- Dienstalter
- 5 hierarchische Stellungen im Betrieb
- 9 Ausbildungsniveaus
- 4 Anforderungsniveaus des Arbeitsplatzes
- 24 Tätigkeitsgebiete
- nicht berücksichtigt werden: Geschlecht, Aufenthaltsstatus und Zivilstand.

Anpassung der Geraden anhand des gewählten Anstellungsprofils



Je nach gewählten Profilmertkmalen wird die Gerade nach oben respektive unten verschoben (Profilwahl in Lohnrechner)

Lohnbrandbreite anhand der Unternehmenseffekte



Da für ein identisches Anstellungsprofil je nach Unternehmung oder Region unterschiedliche Löhne bezahlt werden, sollte eine **branchenübliche Lohnspanne** anhand der **Unternehmenseffekte** berechnet werden.

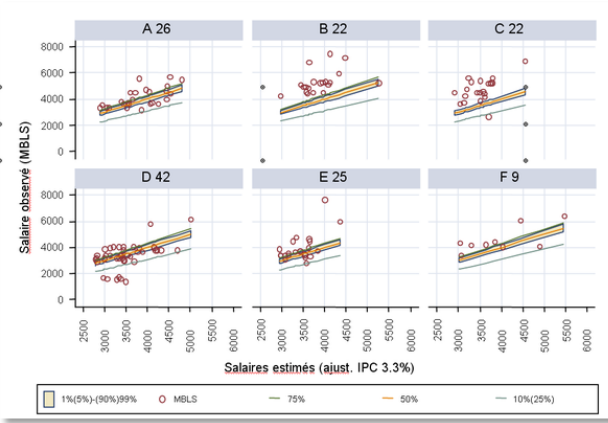
Warum eine individualisierte Lohnspanne

- Nicht alle beobachteten Löhne sind übliche Löhne.
- Die Lohnspanne widerspiegelt die Homogenität resp. Heterogenität der Lohnpraxis in einer Branche
- Eine individualisierte Lohnspanne erlaubt das Untersuchen einzelner Fälle sowie ganzer Unternehmungen.

Politische Definition der Missbrauchs-Schwelle

Ob die untersten 10%, 15% oder 25% etc. als missbräuchliche Löhne betrachtet werden, liegt im Ermessensspielraum der zuständigen Behörden.

Beispiel einer Untersuchung nach Unternehmungen



Es wird ersichtlich, dass vor allem die Firma D Löhne unterhalb der üblichen Lohnbrandbreite bezahlt

Die Wiederholung

Wiederholt setzt voraus, dass die Praxis mehr als einmal vorkommt.

diese Bedingung ist erfüllt, wenn die Lohnunterbietung von **mehreren Unternehmen** oder **von einem einzigen Unternehmen mit marktbeherrschender Position** gegenüber **mehreren Arbeitnehmern** praktiziert wird.

Missbrauch liegt vor

- a Bei einer signifikanten Abweichung vom üblichen Lohn. Statistisch gesehen sollte diese Differenz als prozentual zum unteren Wert der Lohnschere ausgedrückt werden. Diese kann nicht im Voraus festgelegt werden, da abhängig von der:
 - **Qualität der durchgeführten Schätzung**
 - **mehr oder weniger grossen Homogenität der Unternehmens-Lohnpraktiken in der jeweiligen Branche.**
- b Bei Schaffung einer illegalen Situation (Unterschreitung, wenn auch minim, eines zwingenden Mindestlohnes, z.B. GAV)

Bei nicht missbräuchlicher und nicht wiederholter Lohnunterbietung

liegt der Lohn **einer** beschäftigten Person unter dem üblichen Lohn, jedoch **nicht in signifikantem** Masse.

Hier ist keine staatliche Regulierung vorgesehen.

einzigste Lösung: Die betroffene Person muss versuchen, einen Arbeitgeber zu finden, der für ihr Anstellungsprofil den üblichen Lohn bezahlt.

Bei nicht wiederholter aber missbräuchlicher Lohnunterbietung

- liegt der Lohn einer Person **in signifikantem** Masse unter dem üblichen Lohn.
- Infolge des **isolierten Charakters** besteht keine Gefahr für den Arbeitsmarkt und somit sind die Anwendungsbedingungen von Art. 360a nicht erfüllt.
- Wird aber die Lohnunterbietung als **missbräuchlich eingeschätzt**, weil eine illegale Situation vorliegt (z.B. Verstoss gegen einen GAV, NAV, das Gleichstellungsgesetz, ist z.B. die Wiederherstellung einer rechtskonformen Situation auf dem Weg der individuellen Klage (Arbeitsgericht) oder bei schweren Fällen (Wucher) auf strafrechtlichem Wege möglich.

Bei wiederholter und missbräuchlicher Lohnunterbietung

- sind die Anwendungsbedingungen von Artikel 1a AVEG und 360a OR **"a priori"** erfüllt. Weitere nicht abschliessende Kriterien:
 - Ausweitungspotential:** Können **Anzahl** und **Höhe** der Lohnunterbietungen zu einem Lohneinbruch im relevanten Markt führen.
 - Wettbewerbsvorteil:** Ist dieser klar erkennbar, muss mit einem Nachahmungseffekt gerechnet werden.
 - Marktmacht:** Ein einziges Unternehmen kann mit seiner suspekten Lohnpraxis Druck auf einen ganzen Markt ausüben.

Schlussfolgerung

- Es gibt keine statistische Definition der missbräuchlichen Lohnunterbietung.
- Statistische Methoden mit prozentualen Lohnschwellen, definieren auch für **"gesunde"** Branchen einen Missbrauchsreich.
- Orts-, berufs- oder branchenüblichen Vergleichswerte, sollten individuelle lohnbestimmende Faktoren sowie die unterschiedliche Lohnpraxis der Unternehmen in der relevanten Branche berücksichtigen.
- Bei wiederholter und missbräuchlicher Lohnunterbietung können im Sinne des Gesetzes und gemäss der Verhältnismässigkeit nur zwingende Lohnregelungen erlassen werden, wenn das Risiko erwiesen ist, dass die missbräuchliche Lohnpraxis im relevanten Markt zur Ausweitung tendiert.