

Schweizerischer Verband der  
Immobilienwirtschaft SVIT  
Mitgliederorganisation Zürich  
Herr Pascal Stutz  
Siewerdstrasse 8  
8050 Zürich

5. Juli 2021  
B0548605.docx  
GM/GM

Dr.iur. Urs Erne  
lic.iur. Roger Meier  
lic.iur. Giuseppe Mongiovi<sup>1,2</sup>  
lic.iur. Stefan Kaufmann  
lic.iur. Carmen Kamm-Licini<sup>1</sup>  
Dr.iur. Lucie Mazenauer  
Dr.iur. Niklaus Wiget, Konsulent

Eingetragen im Anwaltsregister

Mitglieder des Schweizerischen  
Anwaltsverbandes

<sup>1</sup> Notar(-in) im Kanton Glarus

<sup>2</sup> Tätig unter der Firma MLEGAL AG

## Einhaltung der zürcherischen Lohn- und Arbeitsbedingungen

Sehr geehrter Herr Stutz

Zur Frage der Auswirkungen der Überprüfung hinsichtlich missbräuchlicher Unterbietungen der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne in der Immobilienbewirtschaftung kann ich folgende Ausführungen machen:

### 1. Gesetzliche Grundlagen

Im Zuge der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweiz und der EU auf Grundlage des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681) wurden per 1. Juni 2004 arbeitsmarktliche Massnahmen in Kraft gesetzt. Diese bezwecken den Schutz sowohl Schweizer Erwerbstätiger als auch vom Ausland in die Schweiz entstandener Arbeitnehmer vor der Unterschreitung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen. Im Rahmen dieses Pakets von flankierenden Massnahmen wurden das EntsG und als Anhang dazu die Bestimmungen zum befristeten NAV resp. NAV bei Missbräuchen gem. OR 360a–360f und zur erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von GAV in AVEG 1a und 2 Ziff. 3bis eingeführt (DECURTINS REMO, IN: KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ

Büro Zürich:  
Erne Meier Mongiovi  
Stadelhoferstrasse 33  
Postfach 1005  
CH-8024 Zürich

Büro Glarus:  
Erne Meier Mongiovi  
Villastrasse 24  
CH-8755 Ennenda (Glarus)

T: +41 44 268 47 47  
www.emmlegal.ch

MARC/FANKHAUSER ROLAND (HRSG.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 360a N 1).

Nachstehend sind die einschlägigen Gesetzesbestimmungen wiedergegeben:

#### **Art. 360a OR**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Die Mindestlöhne dürfen weder dem Gesamtinteresse zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen anderer Branchen oder Bevölkerungskreise beeinträchtigen. Sie müssen den auf regionalen oder betrieblichen Verschiedenheiten beruhenden Minderheitsinteressen der betroffenen Branchen oder Berufe angemessen Rechnung tragen.

<sup>3</sup> Wird wiederholt gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn in einem Normalarbeitsvertrag nach Absatz 1 verstossen oder liegen Hinweise vor, dass der Wegfall des Normalarbeitsvertrages zu erneuten Missbräuchen nach Absatz 1 führen kann, so kann die zuständige Behörde den Normalarbeitsvertrag auf Antrag der tripartiten Kommission befristet verlängern.

#### **Art. 360b OR**

<sup>1</sup> Der Bund und jeder Kanton setzen eine tripartite Kommission ein, die sich aus einer gleichen Zahl von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern sowie Vertretern des Staates zusammensetzt.

<sup>2</sup> Bezüglich der Wahl ihrer Vertreter nach Absatz 1 steht den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden ein Vorschlagsrecht zu.

<sup>3</sup> Die Kommissionen beobachten den Arbeitsmarkt. Stellen sie Missbräuche im Sinne von Artikel 360a Absatz 1 fest, so suchen sie in der Regel eine direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern. Gelingt dies innert zwei Monaten nicht, so beantragen sie der zuständigen Behörde den Erlass eines Normalarbeitsvertrages, der für die betroffenen Branchen oder Berufe Mindestlöhne vorsieht.

<sup>4</sup> Ändert sich die Arbeitsmarktsituation in den betroffenen Branchen, so beantragt die tripartite Kommission der zuständigen Behörde die Änderung oder die Aufhebung des Normalarbeitsvertrags.

<sup>5</sup> Um die ihnen übertragenen Aufgaben wahrzunehmen, haben die tripartiten Kommissionen in den Betrieben das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind. Im Streitfall entscheidet eine hierfür vom Bund beziehungsweise vom Kanton bezeichnete Behörde.

<sup>6</sup> Die tripartiten Kommissionen können beim Bundesamt für Statistik auf Gesuch die für ihre Abklärungen notwendigen Personendaten beziehen, die in Firmen-Gesamtarbeitsverträgen enthalten sind.

In Branchen mit allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen kontrollieren paritätische Kommissionen in- und ausländische Betriebe auf die Einhaltung der zwingenden Mindestlöhne aus den entsprechenden Gesamtarbeitsverträgen. Je nach Tätigkeit und Berufserfahrung gelten unterschiedliche Vorschriften zur Entlohnung ihrer Mitarbeitenden. In Branchen oder Berufen ohne zwingende Mindestlöhne aus GAV oder NAV sind grundsätzlich die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne zu respektieren.

Kantonale tripartite Kommissionen beobachten den Schweizer Arbeitsmarkt dahingehend und können in- und ausländische Betriebe kontrollieren. Stellen sie wiederholt missbräuchliche Unterbietungen der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne fest, können sie den befristeten Erlass von Mindestlöhnen vorschlagen.

## **2. Orts-, Berufs- und Branchenüblichkeit des Lohnes**

In Branchen ohne GAV und NAV wird der Lohn von den Parteien im Rahmen der Verhandlungen des Arbeitsvertrages bestimmt. Es ist davon auszugehen, dass in einem ausgeglichenen Markt die Parteien den orts-, berufs- oder branchenüblichen Lohn selber bestimmen und keine Missbräuche entstehen.

Bei der Festlegung des üblichen Lohnes werden üblicherweise Kriterien wie Ausbildung, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes, berufliche Stellung, Berufserfahrung bzw. Alter, Tätigkeitsfeld sowie Branche berücksichtigt.

Die abschliessende Feststellung der orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne obliegt immer der kantonalen tripartiten Kommission. Der vom Bund entwickelte Lohnrechner (<https://entsendung.admin.ch/Lohnrechner/home>) bietet interessierten Betrieben die Möglichkeit, für ein spezifisches individuelles Profil einen monatlichen Bruttolohn (Zentralwert bzw. Median) und die Streuung der Löhne (Interquartilbereich) zu berechnen. Der Lohnrechner liefert Anhaltspunkte, die nicht zwingend mit den Vorstellungen der tripartiten Kommissionen übereinstimmen müssen. Die Ergebnisse stellen keine Lohnempfehlungen dar. Bei spezifischen Fragen im Zusammenhang mit orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhnen können sich Betriebe an die Arbeitsmarktbehörden der Einsatzkantone wenden (im Kanton Zürich das Amt für Wirtschaft und Arbeit – Arbeitsbedingungen)

## **3. Kein GAV und kein NAV in der Immobilienbranche**

Soweit ersichtlich existiert in der Immobilienbranche weder ein Gesamtarbeitsvertrag (nachfolgend "GAV" genannt) noch ein Normalarbeitsvertrag (nachfolgend "NAV" genannt).

## **4. Überprüfung der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne bei der X. AG**

### **4.1. Sachverhalt**

Die kantonale Kontrollstelle Arbeitsmarkt hat im Auftrag der tripartiten Kommission des Kantons Zürich bei der X. AG mit Sitz in Zürich überprüft, ob die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne von drei Mitarbeitern missbräuchlich unterboten werden. Bei zwei von drei Mitarbeitern stellte die Kontrollstelle keine Abweichung vom orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn fest. Bei einem Mitarbeiter stellte die Kontrollstelle fest, dass der von der X. AG diesem Mitarbeiter entrichtete Lohn nicht als orts-, berufs- und branchenüblich bezeichnet werden kann, da nach ihren Berechnungen ein zu niedriger Grundlohn, Ferienentschädigung, Feiertagsentschädigung und 13. Monatslohn bezahlt wurde (insgesamt ein Bruttostundenlohn von CHF 28.11 anstatt wie von der tripartiten Kommission berechnet CHF 32.73). Für die Tätigkeit des Mitarbeiters wäre nach Auffassung der Kontrollstelle eine angemessene Lohnzulage angezeigt, die zu einem Gehalt führe, das dem zürcherischen Lohnniveau entspräche. Die von der X. AG unter anderem geltend gemachte Tatsache, dass der Mitarbeiter ohne Berufserfahrung die Arbeitsstelle angetreten habe und daher noch als in Ausbildung zu qualifizieren sei, wollte die Kontrollstelle nicht gelten lassen. Die Kontrollstelle forderte deshalb die X. AG auf, die festgestellte (angebliche) Lohndifferenz für den kontrollierten Monat von CHF 840.84 an den Mitarbeiter zu bezahlen und der Kontrollstelle den Zahlungsbeleg zu senden. Die X. AG nahm zur Kontrolle der Kontrollstelle schriftlich Stellung und bestritt die Feststellungen und zahlte den geforderten Betrag nicht. In der Folge teilte die Kontrollstelle der X. AG mit, dass sie das Verständigungsverfahren als gescheitert betrachtet und die tripartite Kommission des Kantons Zürichs über das Ergebnis informieren wird.

### **4.2. Beurteilung**

Die Kontrollstelle hat im vorliegenden Fall nach Angaben der X. AG verschiedene Angaben zu Lohn und den Stunden nicht richtig wiedergegeben. Die angestellte Berechnung des Lohnes des Mitarbeiters ist daher schon aus diesem Grund möglicherweise nicht korrekt.

Die Kontrollstelle verwechselt soweit ersichtlich, dass die von der X. AG ins Feld geführte Ausbildung für den branchenunerfahrenen Mitarbeiter nicht mit einer Weiterbildung gleichgesetzt werden kann. Mit anderen Worten wollte die X. AG mit diesem Argument zum Ausdruck bringen, dass bei der Festsetzung des Lohnes auch der Stand der Ausbildung berücksichtigt worden sei.

Entgegen der Auffassung der Kontrollstelle werden bei der Festlegung des üblichen Lohnes Kriterien wie Ausbildung, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes, berufliche Stellung, Berufserfahrung bzw. Alter, Tätigkeitsfeld sowie Branche beigezogen. Es ist nicht ersichtlich,

weshalb im Rahmen der Überprüfung einer möglichen missbräuchlichen Unterbietung des orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnes diese Kriterien nicht gelten sollen.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Einschätzung der Kontrollstelle nicht korrekt ist und eine Missbräuchlichkeit im Sinne des Gesetzes weder vorliegt noch ohne Weiteres angenommen werden darf.

#### **4.3. Fazit**

Sollte die tripartite Kommission dennoch, wegen des erwähnten Falles oder wegen mehrere Fälle in der Immobilienbranche, Missbräuche i.S.v. Art. 360a Abs. 1 OR feststellen, muss sie nach den gescheiterten Verständigungsverfahren spätestens nach einer Frist von zwei Monaten bei der zuständigen Behörde den Erlass eines NAV beantragen, der für die betroffenen Branchen oder Berufe Mindestlöhne vorsieht.

Wird ein solcher NAV erlassen, sind die unter den entsprechenden Geltungsbereich fallenden Betriebe an die im NAV aufgestellten Mindestlöhne gebunden. Hält in diesem Fall ein Arbeitgeber die Mindestlöhne nicht ein, entsteht für die betroffenen Mitarbeiter ein einklagbarer Anspruch. Solange kein NAV mit Mindestlohnbestimmungen erlassen und in Kraft gesetzt wird, entstehen auf dieser Grundlage keine einklagbaren Ansprüche.

Freundliche Grüsse



RA Giuseppe Mongiovi