

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
Direktion für Arbeit
Ressort PACO
Frau Ursula Scherrer
Effingerstrasse 31
3003 Bern

Zürich, 10. Mai 2010 Da/sb

**Anhörung zum Entwurf für eine Verordnung über den Normalarbeitsvertrag
für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft**

Sehr geehrter Herr Gaillard

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 16. März 2010 und danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Entwurf für eine Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) Stellung nehmen zu können.

1. Zusammenfassung der Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbands

Unsere Stellungnahme basiert auf einer internen Anhörung unserer Mitgliedverbände aus den Regionen und Branchen und lässt sich in den wesentlichen Punkten wie folgt zusammenfassen:

- Der Schweizerische Arbeitgeberverband setzt sich ein für eine konsequente Umsetzung der FLAM entsprechend den gesetzlichen Rahmenbedingungen und Zielsetzungen.
- Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines NAV Hauswirtschaft mit Mindestlohnvorschriften gemäss Art. 360a OR sind nicht erfüllt.
- Der Erlass eines bundesweit geltenden NAV Hauswirtschaft mit Mindestlohnvorschriften verletzt das auch in Art. 360a OR postulierte Prinzip der Subsidiarität im Verhältnis zwischen Bundes und kantonalen Regelungen.
- Die vorgesehenen Mindestlöhne sind überhöht, tragen den regionalen Lohn-Differenzen nicht Rechnung und verletzen die in Art. 360a OR ausdrücklich vorbehaltenen Interessen anderer Branchen und der gesamten Volkswirtschaft.
- Der Entwurf widerspricht in weiteren Detailbestimmungen den in Art. 360a OR vorbehaltenen Interessen anderer Branchen und der gesamten Volkswirtschaft.
- **Auf den Erlass eines bundesweiten NAV-Hauswirtschaft ist demzufolge zu verzichten; eventuell sind Anpassungen im Sinne der nachfolgenden Erwägungen vorzunehmen.**

2. Grundsätzliche Unterstützung der Flankierenden Massnahmen

Der Schweizerische Arbeitgeberverband unterstützt die konsequente Umsetzung der Flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU. Dabei orientiert er sich am Zweck der FLAM, welche verhindern sollen, dass die Öffnung des schweizerischen Arbeitsmarkts zu Lohn- und Sozialdumping und zur Störung des sozialen Friedens führt.

Zur konsequenten Umsetzung der FLAM gehört eine strikte Beachtung der gesetzlichen Rahmenbedingungen und Zielsetzungen. Dies gilt vor allem dann, wenn es um einen starken Eingriff in die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmenden geht, wie er mit einem NAV gemäss Art. 360a OR vollzogen wird.

3. Mangelnder Nachweis des Lohndumpings

Voraussetzung für den Erlass eines NAV mit verbindlichen Mindestlöhnen ist gemäss Art. 360a OR Abs. 1 die Feststellung, dass «innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden». Aus der Entstehungsgeschichte und der Zielsetzung von Art. 360a OR als Teil der Flankierenden Massnahmen geht zudem hervor, dass die Lohnunterbietung nur dann als missbräuchlich qualifiziert werden kann, wenn sie im Zusammenhang mit der Arbeitsmarkttöffnung steht, d.h. die Möglichkeiten des freien Personenverkehrs für Lohndumping genutzt werden (vgl. dazu ausführlich SECO, Kommentar Flankierende Massnahmen, Bern 2008, S. 64ff.).

Diese gesetzlichen Voraussetzungen sind für den Erlass eines NAV-Hauswirtschaft nicht nachgewiesen:

3.1 Bestimmung des üblichen Lohns

Weil sich die «üblichen» Löhne für Hausangestellte mit Hilfe der Lohnstrukturhebung (LSE) nicht direkt analysieren lassen, und da Kontrollen im privaten Umfeld deutlich schwieriger sind als Betriebskontrollen, stützt sich der Antrag für einen NAV Hauswirtschaft auf eine Studie Prof. Flückiger. Darin werden aufgrund von LSE-Daten aus anderen Branchen und anhand von Analogien zwischen den Anstellungsprofilen in diesen Branchen und in der Hauswirtschaft die «üblichen Löhne» in der Hauswirtschaft geschätzt. Diese Vorgehensweise unterstellt eine branchenübergreifende Homogenität der Lohnstrukturen in Funktion von Beruf, Qualifikation, Erfahrung und anderen lohnrelevanten Merkmalen, obwohl die LSE für vergleichbare Anstellungsprofile, z.B. in der Industrie und in der Finanzbranche, markante Unterschiede ausweist. Weil diese branchenspezifischen Differenzen – entgegen Art. 360a OR, der die «branchenüblichen» Löhne ausdrücklich erwähnt – in der Studie Flückiger ausgeblendet werden, kann deren Bestimmung des üblichen Lohns nicht massgebend sein. Das Ungenügen der angewandten Methode zur Bestimmung des üblichen Lohns für die Hausangestellten zeigt sich überdies in der mangelnden Differenzierung nach Regionen. Die Annahme eines Einheitslohns für die gesamte Schweiz widerspricht nicht nur den direkten Einzel-Beobachtungen in der Hauswirtschaft, sondern setzt diese Branche auch in Gegensatz zu allen anderen Branchen, bei denen gemäss LSE erhebliche Lohnunterschiede zwischen einzelnen Regionen festzustellen sind.

3.2 Wiederholte missbräuchliche Lohnunterbietung

Solange keine genügende Bestimmung des üblichen Lohns vorliegt, fehlt selbstverständlich auch der Referenzwert für den Nachweis einer wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung.

Selbst wenn man die Bestimmung des üblichen Lohns in der Studie Flückiger als Beurteilungs-Grundlage anerkennen würde, ist mit ihr die «wiederholte, missbräuchliche» Unterbietung des üblichen

Lohns nicht nachgewiesen. Die Studie kann lediglich feststellen, dass von 200 SAKE-Meldungen, welche die Hauswirtschaft betreffen, 46 vermutlich die mit dem üblichen Lohn definierten Schwellenwerte unterschreiten. Lässt sich auf dieser äusserst dünnen Datenbasis schon die «wiederholte» Unterbietung der üblichen Löhne kaum belegen, so fehlt jede Begründung der Missbräulichkeit, wie sie auch im erwähnten Kommentar des SECO (S. 67ff) verlangt wird. Es wurde nicht abgeklärt, ob sich die Lohnunterschreitungen auch mit persönlichen Eigenschaften der betroffenen Arbeitnehmenden begründen lassen. Es liegen – mangels Angaben zur Lohnentwicklung seit Einführung der Personenfreizügigkeit – keine Anhaltspunkte für eine systematische, eigennützige Ausnützung der Arbeitsmarkttöffnung durch die Arbeitgeber für Lohn-/Sozialdumping vor. Es wird nicht geprüft, ob die Lohnunterbietungen, z.B. wegen ihres Ausmasses oder ihrer Verbreitung, eine Kettenreaktion auslösen und das bisherige Lohngefüge in der Hauswirtschaft nach unten drücken kann.

Die Hinweise auf «neuere gesellschaftliche Tendenzen» und «Beobachtungen von Kantonen», wonach vermehrt Hilfspersonen aus Tieflohnländern zur Unterstützung der Altenpflege im familiären Rahmen zu niedrigen Löhnen und mit langen Arbeitszeiten beschäftigt werden, reicht für die Anwendung von Art. 360a OR nicht aus, weil dieser bestehende und nicht erwartete Missbräuche als Voraussetzung für den Erlass eines NAV mit Mindestlöhnen voraussetzt (keine Präventivwirkung!).

4. Verletztes Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen Bundes- und kantonalen NAV

Aus Art. 360a Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 360b OR sowie aus der gesamten Konzeption des Vollzugs der Flankierenden Massnahmen (vgl. Art. 7 und 7a EntsG und Art. 11ff EntsV) geht hervor, dass der Gesetzgeber die Umsetzung der Flankierenden Massnahmen möglichst nahe an der Arbeitsmarkt-Praxis ansiedeln und damit auch eine angemessene Differenzierung nach Kantonen und Regionen erreichen wollte.

Diese föderale Ordnung und der Vorrang der Kantone wird im Bereich der Hauswirtschaft dadurch verstärkt, dass gemäss Art. 359 Abs. 2 OR die Kantone für Arbeitnehmende im Hausdienst Normalarbeitsverträge zu erlassen haben, die namentlich die Arbeits- und Ruhezeiten ordnen und die Arbeitsbedingungen der weiblichen und jugendlichen Arbeitnehmende regeln. Acht Kantone haben zudem Mindestlöhne in ihre NAV aufgenommen – der Kanton Genf als zwingende Mindestlöhne im Sinne von Art. 360a OR.

Bei dieser Ausgangslage ist zu erwarten, dass die Kantone – die für den Vollzug der Flankierenden Massnahmen ja einen besonderen Kontrollapparat aufbauen mussten – am besten in der Lage sind, Lohndumping im Bereich der Hauswirtschaft zu erkennen und nötigenfalls mit einem NAV gemäss Art. 360a OR zu bekämpfen. In diesem Sinne hat der Kanton Genf gehandelt. Darüber hinaus enthält der Erläuternde Bericht keine spezifischen Hinweise auf kantonale Missbrauchs-Feststellungen. Dagegen liegt uns zum Beispiel aus dem Kanton Zürich die Information vor, dass hier bisher keine gesetzlich relevanten wiederholten Missbräuche in der Hauswirtschaft festgestellt wurden und die Hauswirtschaft auch nicht als «Risikobranche» bezeichnet ist.

Wenn nun anhand von lediglich 46 vermuteten Tieflöhnen in der ganzen Schweiz (das sind nicht einmal zwei pro Kanton) eine bundesweite Lösung angestrebt wird, so widerspricht dies dem Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis zwischen Bundes- und kantonalen NAV. Damit wird nicht nur auf ungenügender Grundlage die sachverhaltsnähere Beurteilung der Kantone übersteuert, sondern als negative Folge auch noch auf die nötige regionale Differenzierung der Löhne in der Hauswirtschaft verzichtet.

5. Überhöhte Mindestlöhne – Beeinträchtigung der Interessen anderer Branchen

Die im NAV-Entwurf vorgesehenen Mindestlöhne sind nach einhelliger Auffassung der Branchen- und Regionalverbände klar überhöht und verletzen die Vorgabe von Art. 360a Abs. 2 OR, wonach die im

NAV festgelegten Mindestlöhne die berechtigten Interessen anderer Branchen oder Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen dürfen.

Das zeigt sich am deutlichsten im Vergleich mit den Mindestlöhnen in gastgewerblichen Kleinbetrieben, deren Angestellte sehr ähnliche Arbeiten wie Angestellte in der Hauswirtschaft verrichten. Der L-GAV des Gastgewerbes legt für diese Betriebe bei einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 45 Stunden folgende Mindestlöhne fest:

- Ungelernte Mitarbeiter: CHF 3'383/Monat, entsprechend CHF 17.35/Stunde.
- Mitarbeitende mit EFZ: CHF 3'823/Monat, entsprechend CHF 19.60/Stunde.

Nach dem NAV-Entwurf wären in Privathaushalten Mindestlöhne zu bezahlen, die für Ungelernte mit CHF 18.90/Stunde um CHF 1.55 und für Gelernte mit EFZ mit CHF 22.90 um CHF 3.30 höher liegen! Diese Differenz lässt sich nicht rechtfertigen, denn es gibt keinen Grund, weshalb die Tätigkeit in einem Privathaushalt besser entlohnt werden müsste, als eine ähnliche Tätigkeit im anforderungsreichen und stressbeladenen Umfeld eines Gastbetriebes. Die vorgesehenen Mindestlöhne beeinträchtigen deshalb in untragbarer Weise die Interessen des Gastgewerbes, dessen Lohngefüge nachhaltig gestört würde. Richtigerweise und ihrer Funktion als Missbrauchsschranke entsprechend müssten auf Art. 360a OR gestützte NAV-Mindestlöhne einen gebührenden Abstand zu den Mindestlöhnen für ähnliche Tätigkeiten in anderen Branchen einhalten; dieses Abstandsgebot verletzen die Mindestlöhne im NAV-Entwurf auch gegenüber den übrigen Mindestlöhnen im Gastgewerbe (vgl. detaillierte Darlegungen von GastroSuisse im Anhang) und noch klarer gegenüber den Mindestlöhnen im Reinigungsgewerbe.

Dass die Mindestlöhne gemäss NAV-Entwurf übersetzt sind, zeigt auch ein Blick auf die Ansätze in den Kantonen, deren eigene Einschätzungen durch den bundesweiten NAV obsolet gemacht werden!

6. Mangelnde Regionalisierung und Beeinträchtigung des Gesamtinteresses

Nachdem schon Art. 360a Abs. 1 OR nach Regionen differenzierte Mindestlöhne vorsieht, verlangt Absatz 2 desselben Artikels ausdrücklich, dass die Mindestlöhne den auf regionalen oder betrieblichen Verschiedenheiten beruhenden Minderheitsinteressen der betroffenen Branchen oder Berufe angemessen Rechnung tragen. Sie dürfen zudem das Gesamtinteresse nicht beeinträchtigen.

Mit dem aufgrund des «top-down»-Ansatzes (Übersteuerung der Kantone) und der gewählten statistischen Methode vorgespurten Verzicht auf die Regionalisierung der Mindestlohnansätze, verletzt der NAV-Entwurf eine weitere gesetzliche Vorgabe mit der Folge, dass entgegen jeder lohnpolitischen Plausibilität im Tessin oder im Jura dieselben Ansätze gelten sollen, wie in Zürich oder Basel.

Zu hohe und nicht regional differenzierte Mindestlöhne setzen falsche Anreize und beeinträchtigen so in mehrfacher Hinsicht das Gesamtinteresse. Erstens werden für manche Erwerbssuchende die Schranken für den (Wieder-)Eintritt in den Arbeitsmarkt künstlich erhöht («lock-out-Effekt»). Zweitens wird der Einsatz von Hausangestellten für manche potentielle Nachfrager zu teuer, sodass sie die Hausarbeit selbst verrichten, anstatt ihre qualifizierte Arbeitskraft mit höherer Wertschöpfung anderswo einzusetzen. Drittens besteht ein hohes Risiko, dass unrealistische Mindestlöhne mit Schwarzarbeit umgangen werden. Und Viertens können zu hohe zwingende Mindestlöhne in einem Arbeitsmarktsegment langfristig zu Verzerrungen der gesamtwirtschaftlichen Lohnstrukturen führen.

7. Kritik einzelner Bestimmungen des NAV-Entwurfs

Sollte es entgegen unseren Ausführungen doch zum Erlass eines bundesweiten NAV-Hauswirtschaft kommen, so halten wir im Sinne einer Eventual-Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen des NAV-Entwurfs folgendes fest:

7.1 Ad Art. 2 Abs. 2 lit. c

Die Beschränkung der Ausnahmen für verwandtschaftliche Leistungen auf Verwandte in gerader Linie ist zu eng. Wenn z.B. Leistungen zwischen Neffen/Nichten und Tanten/Onkeln dem NAV unterstellt werden, so bedeutet das einen unverhältnismässigen Eingriff in die innerfamiliäre Freiwilligenarbeit, welche in der Alten-Betreuung einen erheblichen Stellenwert hat und den staatlichen Institutionen eine willkommene Entlastung bringt.

Antrag: Ausweitung der Ausnahmen zur Erhaltung/Förderung der innerfamiliären Freiwilligenarbeit.

7.2 Ad Art. 4 Abs. 1 lit. b und Art. 4 Abs. 2

Im Gastgewerbe, wo ähnliche Tätigkeiten wie in den Privathaushalten anfallen, gibt es keine Lohnstufe für Ungelernte mit mehreren Jahren Berufserfahrung. Aufgrund der weitergehenden Bestimmung in Art. 4 Abs. 1 NAV-Entwurf erhöht sich die Lohndifferenz zwischen dem Gastgewerbe und den Privathaushalten, was nicht mit den Brancheninteressen des Gastgewerbes vereinbar ist.

Antrag: Streichung

7.3 Ad Art. 5 Abs. 1

Wie unter Ziff. 4 und 5 ausgeführt, sind die Mindestlöhne im NAV-Entwurf überhöht angesetzt und fehlt eine Regionalisierung. Dementsprechend sind tiefere und regional differenzierte Mindestlöhne festzulegen, welche dem erwähnten Abstandsgebot (oben Ziff. 5) Rechnung tragen. Zudem ist entsprechend dem Antrag unter Ziff. 6.2 die Kategorie «ungelernt mit mind. 4 Jahren Berufserfahrung» zu streichen.

*Antrag: Deutliche Reduktion der Ansätze in lit. a und c
Regionalisierung der Ansätze in lit. a und c
Streichung von lit. b.*

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und verbleiben

mit freundlichen Grüssen
SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Thomas Daum
Direktor

Ruth Derrer Balladore
Ressortleiterin Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt

Beilage erwähnt