

Auslegung des Begriffs „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“  
gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. c des Fernmeldegesetzes

Bericht an das Bundesamt für Kommunikation

erstellt von

Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli

## Inhalt

Einleitung .....	3
1. Abgrenzung des Begriffs „Branche“ .....	5
1.1 Arbeitsrechtlicher Branchenbegriff .....	5
1.2 Anwendung des arbeitsrechtlichen Branchenbegriffs auf das FMG .....	5
1.3 Konzessionierte und andere Fernmeldedienst-Erbringer .....	5
1.4 Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art .....	6
1.5 Auslegung des Begriffs „Branche“ aufgrund der Materialien .....	8
1.6 Neuere Interpretationen .....	8
1.7 Ergebnis .....	9
2. Begriff „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen“ .....	9
2.1 Wörtliche Auslegung (grammatisches Auslegungselement) .....	9
2.2 Grammatisch-systematisches Element .....	10
2.3 Teleologische Auslegung (Auslegung nach dem Normzweck) .....	10
a) Vermeidung von Sozialdumping .....	10
b) Kausalzusammenhang zwischen Absatzmarktpreisen und Arbeitskosten .....	12
2.4 Analogieschlüsse .....	12
a) Analogie zu den flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr .....	12
b) Analogie zum Ausländerrecht .....	13
c) Analogie zum Submissionsrecht .....	14
2.5 Ergebnis .....	15
3. Vergleichsmethode bezüglich der Gleichwertigkeit .....	15
3.1 Mindestbedingungen und Effektivbedingungen .....	15
3.2 Örtliche Abgrenzung .....	15
3.3 Zeitliches Element (Initial- oder Dauervergleich) .....	16
4. Komponenten des Vergleichs (Inhalt der Arbeitsbedingungen) .....	16
4.1 Fehlende gesetzliche Regelung .....	16
4.2 Normalarbeitsvertrag .....	16
4.3 Entsendegesetz .....	16
4.4 Mögliche Analogien .....	17
4.5 Ergebnis .....	18
5. Zulässige Abweichungen .....	18
5.1 Abweichungen vom Üblichen .....	18
5.2 Abweichungen vom Durchschnitt .....	19
a) Betriebsdurchschnitt .....	19
b) Branchendurchschnitt .....	19
5.3 Schlussfolgerungen .....	20
6. Beantwortung der gestellten Fragen .....	20

## Einleitung

### I. Aufgabenstellung

Es sind folgende Fragen zu beantworten:

- a) Wie und nach welchen Parametern lassen sich die branchenüblichen Arbeitsbedingungen gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. c. FMG definieren?
- b) Was ist unter den „branchenüblichen Arbeitsbedingungen“ konkret zu verstehen?
- c) Kann aus der in den Fragen (a) und (b) hergeleiteten Definition etwas abgeleitet werden, was die Rolle der Gewerkschaften als Verhandlungspartner betrifft?
- d) Fällt die Festlegung eines Sozialplanes oder allfälliger Lohnfortzahlungen unter den Begriff der „branchenüblichen Arbeitsbedingungen“?
- e) Auf welche Bereiche ist die „Branche“ zu begrenzen? Wie weit / eng ist der Begriff „Branche“ zu fassen?
- f) Kann aus der Pflicht der Gewährleistung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen sozusagen ein Mindeststandard oder ein „Range“ abgeleitet werden? Wenn ja, nach welchen Kriterien?

### II. Wortlaut der auszulegenden Norm

Auszulegen ist Art. 6 Abs. 1 lit. c des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 30. April 1997; SR 784.10:

#### Art. 6 **Konzessionsvoraussetzungen**

<sup>1</sup> Wer eine Konzession erwerben will, muss

...

- c. die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten.

### III. Gliederung

Im vorliegenden Bericht wird zuerst der Sinn der massgeblichen Begriffe ermittelt. Die Auslegung des Begriffs „Branche“ führt zur Vergleichsbasis der Arbeitsbedingungen hinsichtlich des relevanten Markts. Die Auslegung des Begriffs „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen“ beantwortet vorerst in grundsätzlicher Hinsicht die

Frage, wie strikt ein Konzessionsgesuchsteller die in der Branche festgestellten Arbeitsbedingungen einzuhalten hat.

Daraus werden die weiteren Modalitäten des Vergleichs der Arbeitsbedingungen abgeleitet. Der Vergleich ist insbesondere in örtlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht zu konkretisieren. Die inhaltliche Konkretisierung des Vergleichs beantwortet insbesondere die Frage, ob einzig auf die Löhne oder auch auf andere Arbeitsbedingungen abzustellen ist.

Schliesslich werden Mindestanforderungen an die statistischen Erhebungen formuliert. Dies bezieht sich insbesondere auf den Stellenwert der Streuung der Arbeitsbedingungen.

## IV Grundlagen

### a) Literatur

- |  |  |
|--|--|
| P. Fischer/O. Sidler                   | Angebot von Fernmeldediensten, in: R. H. Weber (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, Teil I (Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Koller/ Müller/ Rhinow/ Zimmerli), Basel 2003 |
| N. Michel/R. Zäch                      | Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998   |
| P. Galli/D. Lehmann/<br>P. Rechsteiner | Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996  |
| P. Galli/A. Moser/E. Lang              | Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003  |
| W. Portmann/J.F. Stöckli               | Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR)   |
| M. Rehbinder                           | Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A. Bern 2002   |
| L. Roussianos-Moayedi                  | Les concessions de services de télécommunication, Bern 2002  |
| F. Vischer                             | Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. V2c, Art. 356-360, Zürich 1983  |
| R. H. Weber                            | Neues Fernmelderecht, Zürich 1998  |

### b) Materialien

Botschaft des Bundesrates zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1405 ff

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (NR), Ständerat (SR) 1996, 1997

BIGA, Weisungen und Erläuterungen zur BVO, November 1990

Bundesamt für Statistik, NOGA (Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige), Erläuterungen, Bern 2002

Interpellation NR S. Sommaruga vom 23. 3. 2001 (01.3197)

Motion NR L. Maury Pasquier vom 30. 9. 1999 (99.3486)

## 1. Abgrenzung des Begriffs „Branche“

### 1.1 Arbeitsrechtlicher Branchenbegriff

Die Zuordnung eines Betriebs zu einer Branche wird im kollektiven Arbeitsrecht durch die gefestigte Rechtsprechung wie folgt vorgenommen: Zu einer Branche gehören diejenigen Betriebe, welche Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten und damit in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen (BIGA 2.4.1970 ARV 1971 21 f.; zum Industrieverbandsprinzip vgl. ZK-Vischer N 55 zu Art. 356 OR). Gemäss Bundesgericht kommt es dabei nicht primär auf die ausgeübten Berufe oder die verwendeten Materialien an, sondern auf die Konkurrenzierung auf dem Absatzmarkt. Somit wird ein Hersteller von Kunststoff-Fenstern dem Schreinergewerbe (als traditionelle Branche der Fensterherstellung) zugeordnet, obwohl im entsprechenden Betrieb kein einziger Schreiner tätig ist (BGer 11. 10. 1995 JAR 1997 272). Begründet wird dies vom Bundesgericht damit, dass sich als Folge des technischen Fortschritts innerhalb der einzelnen Branchen laufend Veränderungen ergeben.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Entscheidend ist die Ausrichtung auf die Absatzmarktleistung und auf die in diesem Absatzmarkt tätigen Wettbewerber; sie sind Anbieter von Erzeugnissen oder Dienstleistungen gleicher Art. Nicht massgebend sind die Art der Leistungserstellung, gleichartige Beschaffungsmärkte, gleichartige Ressourcen, gleiche berufliche Ausrichtung des Personals und gleichartige Betriebsmittel.

### 1.2 Anwendung des arbeitsrechtlichen Branchenbegriffs auf das FMG

Vorerst stellt sich die Frage, ob die für das kollektive Arbeitsrecht entwickelte Zuordnung eines Betriebs zur Branche auch für den Branchenbegriff gemäss Fernmeldegesetz (Art. 6 FMG) verwendet werden kann. Im kollektiven Arbeitsrecht geht es darum, im Bereich der Arbeitskosten einer Branche den Wettbewerb zu begrenzen. Diese Wettbewerbsbegrenzung ist ausgerichtet auf Wettbewerber mit gleichartiger Kundschaft.

Das FMG hat den Zweck, einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 1 lit. c FMG). Im konzessionierten Bereich hat der Gesetzgeber auf der Kostenseite den Wettbewerb eingeschränkt (Art. 6 Abs. 1 lit. c), indem er den Konzessionsgesuchstellern zur Auflage macht, die Arbeitsbedingungen der Branche zu gewährleisten. Damit hat der Gesetzgeber im FMG den Wettbewerb in ähnlicher Art begrenzt, wie dies das kollektive Arbeitsrecht bezweckt. Daher ist es sachgerecht, den im Arbeitsrecht entwickelten Branchenbegriff auf Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG anzuwenden.

### 1.3 Konzessionierte und andere Fernmeldedienst-Erbringer

Die arbeitsrechtlich massgebende Branchenbestimmung ergibt sich insbesondere aus den im FMG festgelegten Abgrenzungen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 erfasst das

Gesetz Fernmeldedienste. Dieser Begriff wird in Art. 3 lit. b FMG erklärt als „fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte“, wobei negativ abgegrenzt wird von der Übertragung von Radio- und Fernsehprogrammen (Art. 2 FMG). Der Begriff „fernmeldetechnische Übertragung“ wiederum ist in Art. 3 lit. c FMG erklärt als „elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk“.

Ein weiterer Hinweis für die massgebende Branchenbestimmung ergibt sich aus Art. 4 FMG. Hier wird unterschieden zwischen anlagebetreibenden und anderen Fernmeldedienst-Erbringern. Die anlagebetreibenden Erbringer betreiben „erhebliche Teile der für die Übertragung benutzten Fernmeldeanlagen unabhängig“. Die Rechtsfolge dieser Unterscheidung ist die Konzessionspflicht für anlagebetreibende, nicht aber für andere Erbringer.

Da die Pflicht zur Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche nur die konzessionierten Betriebe betrifft (Art. 6 Abs. 1 FMG), fragt es sich vorerst, ob alle Erbringer oder nur die anlagebetreibenden (d.h. die konzessionspflichtigen) die massgebliche Branche bilden. Massgebend hierfür ist wie erwähnt das Kriterium, wer Anbieter von Erzeugnissen oder Dienstleistungen gleicher Art ist. Die Konzessionspflicht knüpft primär an das selbständige Betreiben von Anlagen an. Das ist ein betriebsmittel- und ressourcenbezogenes Kriterium, nicht aber ein maktleistungsbezogenes. Der nichtkonzessionierte Erbringer unterscheidet sich vom konzessionierten somit nicht durch die Art, die Breite oder die Qualität des Angebots, sondern durch die sog. Fertigungstiefe oder die vertikale Integration seiner Leistungserstellung. Der nichtkonzessionierte Erbringer stützt sich mehr als der konzessionierte auf Vorleistungen Dritter ab. Dieser Unterschied kann aber für die Branchenabgrenzung in arbeitsrechtlichem Sinn nicht massgebend sein. Denn hier ist die Art der Erzeugnisse oder Dienstleistungen massgebend.

Ergebnis: Sowohl die konzessionierten Fernmeldedienst-Erbringer (gemäss Art. 4 Abs. 1 FMG) wie auch die nichtkonzessionierten (Art. 4 Abs. 2 FMG) bilden zusammen die rechtserhebliche Branche gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG.

#### 1.4 Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art

Für die Bestimmung der „Arbeitsbedingungen der Branche“ (Art. 6 Abs. 1 lit. c. FMG) ist nun die Grenze zu ziehen zwischen Betrieben, die der Branche angehören und anderen Betrieben. Massgebend ist, ob sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten.

Die Branche ist definiert durch Betriebe, die das elektromagnetische Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk anbieten (Art. 4 lit. c in Verbindung mit Art. 4 lit. b FMG, wobei Radio- und Fernsehanbieter ausgeschlossen sind gemäss Art. 2 FMG). Die NOGA-Klassifikation (Allg. Systematik der Wirtschaftszweige, Bundesamt für Statistik) enthält die Klasse 64.20 „Fernmeldedienste“. Darin enthalten ist die Art 64.20A „Fernmeldedienste ohne Übertragung von Radio- und Fernsehprogrammen“. Damit wird die relevante Branche gemäss FMG sehr gut abgedeckt. Denn sie umfasst neben der eigentlichen Informationsübermittlung auch den „Unterhalt der Kommunikationsnetze“ (NOGA-Erläuterungen S. 134).

Aus der Definition der Branche (Betriebe, die das elektromagnetische Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk anbieten) folgt, dass insbesondere Zulieferbetriebe nicht dieser Branche angehören. Wer Telefonzentralen (Vermittlungseinrichtungen), Mobilfunkanlagen oder Datenübertragungseinrichtungen (Routers, Gateways) herstellt oder damit handelt, konkurrenziert die Fernmeldedienst-Erbringer nicht, sondern beliefert sie. Die Fernmeldedienst-Erbringer betreiben allenfalls solche Anlagen; mit deren Herstellung oder Vertrieb sind sie indessen nicht befasst. Nicht zur Branche der Fernmeldedienst-Erbringer gehören daher Unternehmen gemäss NOGA-Klassifikation 32, insbesondere 32.20A (Herstellung von nachrichtentechnischen Geräten und Einrichtungen).

Dasselbe gilt für die Hersteller oder Händler von metallischen Kabeln oder Glasfaserleitungen (NOGA 31.30A Herstellung von isolierten Elektrokabeln, -leitungen und -drähten, einschliesslich Herstellung von Lichtleitkabeln für die Datenübertragung, Telekommunikation usw.). An dieser Marktabgrenzung ändert der Umstand nichts, dass ein vertikal stark integrierter Fernmeldeerbringer auch branchenfremde Leistungen selbst erstellen kann. Er kann beispielsweise in seiner Fahrzeugunterhaltsabteilung Automechaniker beschäftigen. Deswegen gehört aber die Autobranche (mit ihren spezifischen Arbeitsbedingungen) nicht zur Fernmeldebranche gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG. Auch ein Fernmeldeerbringer, der Bauleistungen selbst erbringt, beispielsweise das Verlegen von Glasfaserkabeln, bewirkt nicht, dass das Installationsgewerbe zur Fernmeldebranche gehört. Denn diese Betriebe erbringen nicht Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art wie die Fernmeldedienst-Erbringer. Sondern sie sind gemäss NOGA in der Art 45.21D, Spezieller Tiefbau, eingeordnet.

Auch die Anbieter von Endgeräten (Telefonapparate, Computer, Mobiltelefone, Fernkopierer u.a.m., NOGA 32.20A) erbringen nicht Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art wie die Fernmeldeerbringer gemäss Art. 4 FMG. Vielmehr bieten sie komplementäre Produkte an. Dies trifft auch auf Installationsbetriebe für Hausanschlüsse und Hauszentralen zu. Dies sind „Unternehmen, welche Leitungen für Telekommunikationssysteme in Gebäuden und anderen Bauwerken installieren“ (NOGA 45.31A Elektroinstallation). Bietet ein Fernmeldeerbringer zusätzlich zu seinen Kernleistungen solche komplementäre Leistungen an, kann dies an der Abgrenzung der Branche gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. c nichts ändern. Denn die Branche ist von Gesetzes wegen durch das elektromagnetische Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk gekennzeichnet.

Schliesslich sind auch die Anbieter von sog. „value added services“ nicht als Anbieter fernmeldetechnischer Übertragung von Informationen für Dritte zu betrachten. Hier geht es um Zugang zu Datenbanken (NOGA 72.40A in der Abteilung 72 Datenverarbeitung und Datenbanken), um Call-Centers (NOGA Art 74.86A), um den automatischen Weckdienst, u.a.m. (L. Roussianos-Moayedi, Les concessions de services de télécommunication, Bern 2002, S. 45). Solche Dienstleistungen sind wiederum nachgelagert und damit komplementär zur fernmeldetechnischen Übertragung.

Hingegen können neben Festnetzanbietern und Mobiltelefonanbietern auch Anbieter von TV-Kabel-Netzen (insbesondere für Internetverbindungen) zu den Fernmeldedienst-Erbringern gehören. Ebenso könnten Unternehmen mit Transport-

Infrastruktur (Eisenbahnschienennetzbetreiber) dazu gehören, soweit sie ihr eigenes Informationsübertragungsnetz einschliesslich Vermittlungsanlagen und anderer Einrichtungen auf dem Markt zur Mitbenutzung anbieten. Dies trifft jedoch nur so weit zu, als sich diese Unternehmen direkt an die gleichen Kunden wenden wie die Kern-Unternehmen der Branche der Fernmeldedienst-Anbieter. Stellen sie hingegen einzig ihr Leitungsnetz einem Fernmeldedienstunternehmen zu Verfügung, sind auch sie blosser Zulieferer.

### 1.5 Auslegung des Begriffs „Branche“ aufgrund der Materialien

In den Eidgenössischen Räten wurde anlässlich der Beratung des FMG verschiedentlich die Auffassung geäussert, mit „Branche“ solle nicht einfach der Marktführer (damals: Telecom PTT) gemeint sein (D. Bezzola NR 1996 2301; K. Schüle SR 1997 83, SR 97 331; Th. Onken SR 1997 83; J. Cavadini SR 1997 84; BR Leuenberger SR 1997 86, SR 1997 332).

Der Kommissionspräsident im Nationalrat, Fulvio Caccia, trat diesen Bedenken entgegen mit der Aussage, die Branche bestehe nicht nur aus der Telecom PTT. Vielmehr gehörten auch private Anbieter dazu wie Global One, British Telecom, AT&T, kleine Call-Back-Unternehmen, Multi-Media-Produzenten, Internet-Provider, die Telekommunikations-Industrie, welche die gleiche Art von Personal beschäftigen wie die Telecom PTT, Ingenieurbüros, welche Telekommunikations-Installationsprojekte bearbeiten oder TV-Kabelnetzbetreiber (F. Caccia NR 96 2302, 97 376).

Diese Betrachtung blieb in den Eidgenössischen Räten allerdings nicht unwidersprochen. Würde der Begriff „Branche“ so weit gefasst, bliebe die Norm eine Leerformel und wäre damit völlig unnötig; auch sei es sicher nicht die Absicht der Linken, die Bedeutung des Terminus „Branche“ so zu interpretieren (U. Fischer NR 97 374). Allerdings gab es kaum präzisierende Aussagen, wie denn der Begriff in der Praxis tatsächlich auszulegen sein würde.

### 1.6 Neuere Interpretationen

In seiner Antwort auf die Interpellation S. Sommaruga vom 23.3.2001 (01.3197) antwortete der Bundesrat am 3.7.2001 wie folgt: „Die für die genannten Arbeitsbedingungen (gemäss Art. 6 I c FMG) massgebliche Fernmeldebranche setzt sich aus der gesamten Fernmeldeindustrie, insbesondere aus Fernmeldedienstanbieterinnen, Produzenten von Anlagen, Installationsunternehmen und weiteren jungen Firmen aus verwandten Gebieten, zusammen“ (NR 5.10.2001). Diese Aussage des Bundesrates steht nun in offensichtlichem Widerspruch zur oben genannten arbeitsrechtlichen Praxis, die auf die Absatzmarktleistung und auf die in diesem Absatzmarkt tätigen Wettbewerber ausgerichtet ist, also auf Anbieter von Erzeugnissen oder Dienstleistungen gleicher Art. Vielmehr will der Bundesrat den Begriff „Branche“ sehr weit fassen. Er begründet diese Auffassung allerdings nicht näher.

Nicht erkennbar ist insbesondere, wie unter diesem Gesichtspunkt der Zweck des Gesetzes erreicht werden soll, einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von



Fernmeldediensten zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG). Dieser Zweck ist aus Sicht des Wettbewerbs nur erreichbar, wenn innerhalb desselben Absatzmarktes die Arbeitsbedingungen nicht verzerrt werden. Sie sollten sich in branchenweiten Gesamtarbeitsverträgen und ergänzend in Einzelarbeitsverträgen auf dem Verhandlungsweg bilden können. Dies erscheint nahezu als ausgeschlossen, wenn eine Konzessionserteilung so unterschiedliche Marktleistungen wie Ingenieursarbeiten, Produkte der Apparateindustrie und die Leistungen „weiterer junger Firmen aus verwandten Gebieten“ mit der Branche der Fernmeldedienstleister bezüglich der Arbeitsbedingungen gleichstellt.

## 1.7 Ergebnis

Sachgerecht ist die im Arbeitsrecht entwickelte Branchenabgrenzung, die auf die Absatzmarktleistung und auf die in diesem Absatzmarkt tätigen Wettbewerber ausgerichtet ist, somit auf Anbieter von Erzeugnissen oder Dienstleistungen gleicher Art. Zu begrenzen ist also auf Betriebe, die das elektromagnetische Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk anbieten. Die Einbeziehung der Ingenieurbranche, der Apparateindustrie oder weiterer Firmen aus verwandten Gebieten ist daher nicht überzeugend. Auch Datenbank-Betreiber oder Call-Centers bieten nicht elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen an, sondern Informationsdienste an sich.

Hingegen kann nicht auf konzessionspflichtige Betriebe eingeschränkt werden. Auch nichtkonzessionspflichtige Betriebe, welche Fernmeldedienstleistungen anbieten, sind unter den Begriff „Branche“ gemäss Art. 6 I c FMG zu fassen, da sie Anbieter von Erzeugnissen oder Dienstleistungen gleicher Art sind.

Neben den herkömmlichen Telekommunikationsanbietern liegt es nahe, auch Anbieter von TV-Kabelnetzverbindungen und Betreiber anderer Fernmeldenetze (z. B. Eisenbahnschienennetzbetreiber) in den Begriff der Branche gemäss Art. 6 I c einzubeziehen. Allerdings ist dies nur insofern gerechtfertigt, als sie in direkter Konkurrenz zu den herkömmlichen Fernmeldedienstleistern auf deren Markt auftreten.

## 2. Begriff „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen“

### 2.1 Wörtliche Auslegung (grammatisches Auslegungselement)

Die Formulierung in Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG wurde vom Parlament ins Gesetz eingefügt. Demgegenüber war in der Botschaft des Bundesrates eine Bestimmung dieser Art noch nicht enthalten (Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1405 ff., 1426). Eine erste Fassung (Kommissionsantrag NR) lautete: „die branchenüblichen Arbeitsbedingungen anbieten“ (NR 1996 2301). Statt „anbieten“ wurde dann der Begriff „berücksichtigen“ oder „mit berücksichtigen“ vorgeschlagen (H. Bisig SR 1997 331). Schliesslich kam es zum Begriff „gewährleisten“.

Im Ständerat wurde gesagt, diese Formulierung entspreche nicht der französischsprachigen. Denn diese lautet: „observer les conditions de travail usuelles de la branche“. Das sei „viel schwächer“ als die deutschsprachige Formulierung „garantieren“. Nur unter der Voraussetzung, dass die schwächere Formulierung massgebend sei, werde der Vorlage zugestimmt (H. Bisig SR 1997 331).

Selbst wenn mit „observer“ die strikte Einhaltung im Sinn von „garantieren“ verstanden werden könnte, bleibt eine Differenz im Verständnis der Begriffe durch einzelne Mitglieder der Eidg. Räte. Diese vermeintliche oder wirkliche Differenz der Formulierungen in den beiden Landessprachen kann für die Auslegung der Norm nur bedeuten, dass dem Wortlaut kein starkes Gewicht beizumessen ist.

## 2.2 Grammatisch-systematisches Element

In Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG wird unterschieden zwischen dem Einhalten arbeitsrechtlicher Vorschriften einerseits und der Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche andererseits. Im ersten Satzteil stimmen der französischsprachige und der deutschsprachige Gesetzestext überein: Diese Normen muss der Konzessionsgesuchsteller einhalten (frz.-spr. respecter).

Demgegenüber ist im zweiten Satzteil, betreffend die hier auszulegende Gesetzesbestimmung, eine andere Formulierung enthalten. Betreffend branchenüblicher Arbeitsbedingungen ist französischsprachig nicht von „respecter“, sondern von „observer“ die Rede. Aus der Systematik zwischen erstem und zweitem Satzteil könnte man schliessen, im zweiten Satzteil sei die Einhaltung weniger stark bindend gefordert.

Allerdings kann eine solche Schlussfolgerung nicht voll überzeugen. Denn der wesentliche Unterschied zwischen den beiden erwähnten Satzteilen liegt vor allem im Umstand, dass es im ersten Satzteil um Normen (Rechtssätze) geht. Sie sind im Gesetz oder in allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen festgelegt. Im zweiten Satzteil hingegen geht es um effektive Arbeitsbedingungen, also um den tatsächlichen Leistungsaustausch, wie er in der Branche üblich ist. Einen tatsächlichen Leistungsaustausch kann man aber gar nicht in gleichem Sinn einhalten, wie man eine Rechtsnorm einhält. Vielmehr geht es hier darum, an diesem tatsächlichen Leistungsaustausch Mass zu nehmen. Die vom Gesetzgeber in Erwägung gezogenen Begriffe „berücksichtigen“ und „mit berücksichtigen“ deuten klar darauf hin.

Als Ergebnis ist festzustellen, dass auch das systematische Auslegungselement zu keiner eindeutigen Sinnermittlung führt.

## 2.3 Teleologische Auslegung (Auslegung nach dem Normzweck)

### a) Vermeidung von Sozialdumping

Auffallend ist die in den Eidg. Räten gehäuft gewählte Formulierung, die Arbeitnehmer seien vor „Sozialdumping“ zu schützen. Gemeint ist damit offensichtlich

mehr als einfacher Lohndruck. Jedenfalls ist damit mehr gemeint als geringfügige Abweichungen vom Branchenüblichen (Schüle SR 97 83, Onken SR 97 33). Ziel des Gesetzgebers war es offensichtlich, Ängsten in der Arbeitnehmerschaft bezüglich einer unberechenbaren Liberalisierung des Marktes für Fernmeldedienstleistungen entgegenzutreten (Marti NR 96 2302, NR 97 375, Hämmerli NR 97 376, Columberg NR 96 230). Diese Zweckbestimmung ist den Voten aus verschiedenen politischen Lagern zu entnehmen und kann daher als gesicherte Auslegungsgrundlage betrachtet werden.

Hingegen war es nach klar vorherrschender Auffassung nicht die Absicht, den Gesamtarbeitsvertrag des Marktführers (PTT/ Telecom/ Swisscom) für alle Marktteilnehmer zur Pflicht zu machen. Verlangt ist also nicht strikte Äquivalenz (Gleichwertigkeit) der Arbeitsbedingungen, sondern ein Missbrauchsverbot, das dem sog. Sozialdumping entgegenwirken kann. Die entsprechenden Aussagen im Parlament sind unmissverständlich: „Wir können nicht die bisherige Regelung des Monopolbetriebes PTT zum Mass aller Dinge machen“ (K. Schüle SR 97 83). „Diese Bestimmung bedeutet aber keine Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages auf kaltem Weg, den die Telecom gemäss Gesetz abschliessen müsste. Es kann also nicht sein, dass die Konkurrenten und Konkurrentinnen durch diese Bestimmung gezwungen würden, den Gesamtarbeitsvertrag der Telecom zu übernehmen“ (BR Moritz Leuenberger, 20. März 1997, SR 97 332).

Dass in Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG nicht die Gleichwertigkeit bezüglich der Arbeitsbedingungen der Branche gemeint ist, ergibt sich am deutlichsten aus diesem entscheidenden Votum von Bundesrat Moritz Leuenberger, als er im Ständerat die Mehrheit von ihrer Ablehnung dieses sog. Schicksalsartikels abzubringen bemühte. Er sprach im Ständerat am 20. März 1997 nicht nur davon, dass keine Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages auf kaltem Weg bezweckt war. Er sprach auch und insbesondere vom Erfordernis „wesentlicher“ Unterschiede in den Arbeitsbedingungen:

„Es geht also darum, dass eine Konkurrentin ihre Dienste deswegen nicht günstiger anbieten kann, weil sich einzig und allein die Arbeitsbedingungen wesentlich von denjenigen der Branche unterscheiden, weil also eigentliche Dumpinglöhne angeboten werden und nur dank diesen eine konkurrenzfähige Leistung erbracht werden kann“ (SR 97 332).

Diese Äusserungen wurden ausdrücklich als „Erklärung des Bundesrates“ gekennzeichnet (ebd.). Nicht nur die Eindeutigkeit des Wortlautes, sondern auch der Zusammenhang, in dem diese Worte vorgebracht wurden, lassen nur den einen Schluss zu: Leichte und geringfügige Abweichungen vom Branchenüblichen sollen nicht gemeint sein. Unter dieser Voraussetzung stimmte auch das Plenum des Ständerats der Vorlage zu, nachdem derselbe Ständerat noch zwei Wochen zuvor mit 31 zu 5 Stimmen die Vorlage abgelehnt hatte (SR 97 86, 5. März 1997), weil damals eine entsprechende Zusicherung des Bundesrates nicht gegeben war.

An dieser klaren Rechtslage kann auch der Umstand nichts ändern, dass der Bundesrat am 6. Dezember 1999 in seiner Antwort auf die Motion Maury Pasquier Liliane (99.3486, Gesamtarbeitsverträge in öffentlichen Betrieben, Ausdehnung auf

private Auftragnehmer) feststellte, die GAV von Post, Swisscom und SBB würden bei der Beurteilung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen einen „wesentlichen Massstab darstellen“. Tatsächlich muss es darum gehen, wesentliche Abweichungen vom Üblichen zu verhindern. Als Massstab dienen unter anderem die erwähnten Firmen-Gesamtarbeitsverträge. Dies bedeutet aber keineswegs die Ausdehnung der GAV-Bestimmungen auf alle Konkurrenten.

Die Auffassung, nur in krassen Fällen dürfte es möglich sein, die Einhaltung dieser Konzessionsvoraussetzung genau zu überprüfen, wird auch in der Literatur vertreten (R. H. Weber, Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 97).

#### b) Kausalzusammenhang zwischen Absatzmarktpreisen und Arbeitskosten

Den Äusserungen von Bundesrat Leuenberger lässt sich eine weitere bedeutende Konkretisierung des Begriffs Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche entnehmen. Er stellt eine Kausalbeziehung zwischen den Absatzmarktpreisen und den Arbeitskosten eines Konzessionsgesuchstellers her. Nur so ist die Äusserung zu verstehen, eine Konkurrentin solle ihre Dienste nicht allein deshalb günstiger anbieten können, weil sich ihre Arbeitsbedingungen wesentlich von denjenigen der Branche unterscheiden (SR 97 332).

Dies kann nur folgendes bedeuten: Wenn im Einzelfall noch andere Ursachen für tiefere Absatzmarktpreise bestehen, beispielsweise eine effizientere Organisation oder leistungsfähigere Anlagen, wären die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung auch dann erfüllt, wenn die Arbeitsbedingungen vom Branchenüblichen abweichen. Dies besagt jedenfalls die Formulierung von Bundesrat Leuenberger: „...weil also eigentliche Dumpinglöhne angeboten werden und nur dank diesen eine konkurrenzfähige Leistung erbracht werden kann.“

Auch wenn sich diese Kausalbeziehung dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen lässt, ist sie doch in der entscheidenden Phase vom Gesetzgeber als Grundlage seiner Entscheidung mitberücksichtigt worden. Sie hat den Ständerat dazu gebracht, seine zuvor klar beschlossene Anlehnung der Norm ins Gegenteil zu drehen, und zwar innerhalb von 2 Wochen (SR 1997 86, s. oben).

## 2.4 Analogieschlüsse

#### a) Analogie zu den flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr

Bemerkenswert ist die Parallele zu den rund zwei Jahre später vom Parlament beschlossenen flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr. Hier hat das Parlament die Möglichkeit geschaffen, zwingende Mindestlohnbestimmungen zu erlassen (OR 360a, OR 360b, Normalarbeitsvertrag, in Kraft voraussichtlich ab 1. Juni 2004). Voraussetzung ist, dass eine dreigliedrige (sog. „tripartite“) Kommission eine mehrfache missbräuchliche Lohnunterbietung feststellt. Die Parallele zum im

FMG geregelten Sachverhalt wurde in den Eidg. Räten ausdrücklich betont (Ch. Brunner SR 97 85).

Die Regelung aus dem Jahre 1999 (OR 360a ff.) kann als die ausgereifere Bestimmung bezeichnet werden. Der beabsichtigte Schutz vor missbräuchlichen Arbeitsbedingungen ist dort auch im Wortlaut der Gesetzesbestimmungen gut zum Ausdruck gebracht worden.

Zur Umsetzung dieser Regelung wurde die Verordnung zum Entsendegesetz erlassen. Dort sind die dreigliedrigen („tripartiten“) Kommissionen geregelt (SR 823.201; Art. 10 ff.). Demnach haben diese Kommissionen insbesondere die Aufgabe, bei der Feststellung der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne mitzuwirken (Art. 11 lit. b). Sie haben den Arbeitsmarkt zu beobachten (Art. 11 lit. c). Sie sind zusammengesetzt aus Vertretern der Arbeitnehmerverbände, der Arbeitgeberverbände und der rechtsanwendenden Behörden.

Vieles spricht dafür, dass auch im Fernmeldebereich für die Verhinderung von Sozialdumping die von Bund und Kantonen einzurichtenden dreigliedrigen Kommissionen die Lohnunterbietung festzustellen geeignet sind. Die FMG-Konzessionsbehörde könnte sich auf deren Befunde stützen. Denn der Gesetzeszweck im FMG ist offensichtlich derselbe wie im Falle des freien Personenverkehrs.

#### b) Analogie zum Ausländerrecht

Die Analogie zum Ausländerrecht wurde in den Eidg. Räten postuliert (W. Marti, NR 96 2302). Allerdings herrschen in den ausländerorientierten Branchen Gesamtarbeitsverträge vor, vor allem Verbandsverträge (zweiseitig-korporative Verträge, OR 356 Abs. 1; insbesondere im Baugewerbe und im Gastgewerbe). Diese Gesamtarbeitsverträge können auf Antrag der vertragschliessenden Verbände allgemeinverbindlich erklärt werden.

Demgegenüber besteht in der Fernmeldebranche kein zweiseitig-korporativer GAV, also kein Vertrag bei dem sowohl auf Arbeitnehmerseite wie auf Arbeitgeberseite ein Verband Vertragspartner ist. In der Fernmeldedienstleistungsbranche bestehen allenfalls Firmenverträge (Verträge, die zwischen einem Arbeitnehmerverband und einem Arbeitgeber abgeschlossen sind). Solche Verträge sind aufgrund gesetzlicher Regelung einer Allgemeinverbindlicherklärung nicht zugänglich (Art. 1 Abs. 1 AVEG, Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311; M. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A. Bern 2002, S. 256). Daher besteht in den ausländerorientierten Branchen eine wesentlich stärker strukturierte Basis der branchenüblichen Arbeitsbedingungen als in der Branche der Fernmeldedienste.

Eine Parallele zwischen Ausländerrecht und FMG besteht insofern, als auch im Ausländerrecht nicht nur die gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen einzuhalten sind. Vielmehr hat der Arbeitgeber zusätzlich die ortsüblichen Arbeitsbedingungen zu „bieten“ (Art. 9 BVO, Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, SR 823.21). Die Verordnung verpflichtet die Behörden, die Ergebnisse der zweijährigen Lohnerhebungen des Bundesamtes für Statistik mitzubetrachten (Art. 9 Abs. 2 BVO, Fassung vom 25.10.1995).

Dabei hat sich in der Praxis gezeigt, dass beim Massnehmen an effektiven Arbeitsbedingungen ein beträchtlicher Spielraum ausgeschöpft wird. Keinesfalls ist als ortsüblicher Lohn der Durchschnittslohn zu verstehen. Das Bundesgericht akzeptierte die Lohnfestsetzung von CHF 2'150 für einen Ausländer in einer Branche, für die das BIGA einen Durchschnittslohn von CHF 2'780 eruiert hatte. Die Unterschreitung des Durchschnittslohns um immerhin 22% erschien dem Bundesgericht als akzeptabel (BGE 106 Ib 125, 135).

Auch die Weisungen des zuständigen Bundesamts lassen Abweichungen von den statistisch ermittelten Durchschnittslöhnen zu. Demnach sind die gesamtschweizerischen Durchschnittslöhne in städtischen Verhältnissen als Minimum zu betrachten, während sie in anderen Landesgegenden „gelegentlich auch geringfügig unterschritten werden dürfen“. Tiefere Löhne können auch für eine „verhältnismässig kurze Zeit der Anlernung“ toleriert werden (BIGA, Weisungen und Erläuterungen zur BVO, November 1990, S. 6).

Ergebnis: Soweit im Ausländerrecht die ortsüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten sind, gestattet die Praxis die Unterschreitung des statistisch erhobenen Durchschnitts um mehr als 20%. Zudem sind regionale Differenzierungen sowie solche für eine Anlernphase zulässig.

#### c) Analogie zum Submissionsrecht

Die Analogie zwischen Submissionsrecht und Fernmelderecht wurde verbreitet postuliert (Bodenmann NR 96 2302, Columberg NR 97 374, Marti 97 375, Onken SR 97 83). Demgegenüber wurden aber auch Unterschiede hervorgehoben (BR Leuenberger NR 97 377, Bezzola NR 97 376). Die Verhältnisse auf dem Bau beispielsweise seien anders und kaum vergleichbar.

Ein erheblicher Unterschied zum Fernmelderecht besteht darin, dass das Submissionsrecht die Bestimmungen „am Ort der Leistung“ als massgeblich bezeichnet (Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB, Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.1). Diese Regelung ist klar auf das Baugewerbe ausgerichtet mit den dort gängigen Schutzmechanismen für das ortsansässige Gewerbe. Eine solche Regelung ist für den Bereich der Fernmeldedienste kaum nutzbar zu machen, liegen doch Ort der Arbeitstätigkeit und Ort der Dienstleistungsnutzung in dieser Branche häufig auseinander. Zudem wurde diese Bestimmung (Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB) unter Binnenmarkt-Gesichtspunkten kritisch gewürdigt. Das Prinzip des Leistungsortes wird insbesondere als mit Art. 3 BGBM nur schwer vereinbar betrachtet (N. Michel/R. Zäch, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, 76). Es gilt aber als europarechtskonform (P. Galli/D. Lehmann/P. Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, 225).

Wie im Ausländerrecht geht es im Bereich des Submissionsrechts häufig darum, in Branchen mit zweiseitig-korporativen Gesamtarbeitsverträgen die Arbeitsbedingungen zu überprüfen. Dabei zeigten sich die Vorteile des kollektiven Arbeitsrechts darin, dass paritätische Organe gemäss Art. 357b OR (gemeinsame Durchführung des GAV) die branchenüblichen Arbeitsbedingungen ermitteln. Solche Organe („Berufskommissionen“) bestätigen mittels Zertifikaten, dass die Anbieter die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen (P. Galli/A. Moser/E. Lang, Praxis des öffent-

lichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, 110). Im Fernmeldebereich hingegen kann mangels zweiseitig-korporativer Gesamtarbeitsverträge eine Rechtsdurchsetzung dieser Art nicht erwartet werden.

Aufgrund mehrerer signifikanter Besonderheiten des Submissionsrechts sind Analogien zum Fernmelderecht daher nicht naheliegend.

## 2.5. Ergebnis

Einzig das teleologische (normzweckbezogene) Auslegungselement führt zu überzeugender Sinnermittlung der auszulegenden Norm. Demnach ist vor wesentlichen Unterschreitungen der Arbeitsbedingungen der Branche zu schützen. Die Arbeitsbedingungen eines Konzessionsgesuchstellers dürfen sich nicht wesentlich von denjenigen der Branche unterscheiden.

Sicher nicht gemeint ist hingegen die Ausdehnung des Geltungsbereichs allfällig bestehender Firmen-Gesamtarbeitsverträge auf alle Unternehmen in der Branche („Allgemeinverbindlicherklärung auf kaltem Weg“).

Zweckmässig ist die Einbeziehung von dreigliedrigen („tripartiten“) Kommissionen.

## 3. Vergleichsmethode bezüglich der Gleichwertigkeit

### 3.1 Mindestbedingungen und Effektivbedingungen

Bei Bestehen eines Gesamtarbeitsvertrages können die entsprechenden Normen als Mindestbedingungen die Vergleichsgrundlage bilden. Fehlen solche, ist auf die Effektivbedingungen (tatsächlich bezahlte Löhne, tatsächlich geleistete Arbeitszeit) abzustellen. Dies wurde auch in den Materialien festgehalten (Th. Onken SR 97 83).

### 3.2 Örtliche Abgrenzung

Den Materialien ist zu entnehmen, dass ein Vergleich über die Landesgrenzen hinaus vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war. Beigezogen wurde das Beispiel indischer Softwareproduzenten (BR Leuenberger SR 97 86). Dieser Auffassung wurde in den Eidg. Räten nicht widersprochen.

Andererseits ist das im Submissionsrecht wirksame Leistungsortsprinzip (vgl. oben Abschnitt 2.4.c) im Bereich des FMG nicht sachgerecht.

Daher sind in der Regel die im Gebiet der (ganzen) Schweiz bestehenden Arbeitsbedingungen massgebend. Dies bedeutet aber nicht, dass gesamtschweizerisch

einheitliche Arbeitsbedingungen eingehalten werden müssten (betr. zulässiger Abweichungen vgl. unten Abschnitt 5).

### 3.3 Zeitliches Element (Initial- oder Dauervergleich)

In der Gesetzgebung wird der punktuelle Vergleich lediglich zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung postuliert (BR M. Leuenberger NR 97 377). Dies im Unterschied zum Submissionsrecht. Allerdings ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wie bei diesem Vorgehen ein Schutz vor Verschlechterung der Arbeitsbedingungen während der Laufzeit der Konzession verhindert werden könnte. Hinter die Einschränkung auf den Initialvergleich ist somit ein Fragezeichen zu setzen (zur Möglichkeit des Entzugs der Konzession vgl. P. Fischer/O. Sidler, Angebot von Fernmeldediensten, S. 121).

## 4. Komponenten des Vergleichs (Inhalt der Arbeitsbedingungen)

### 4.1 Fehlende gesetzliche Regelung

Das FMG enthält keine Konkretisierung des Begriffs der Arbeitsbedingungen, ebensowenig wie die Verordnung zum FMG. Da aber mehrere Gesetze den Schutz der Arbeitnehmer vor nachteiligen Arbeitsbedingungen bezwecken, ist deren analoge Anwendung zu prüfen.

### 4.2 Normalarbeitsvertrag

Im Obligationenrecht ist mit den flankierenden Massnahmen zu den bilateralen Verträgen mit den Ländern der EU die Möglichkeit geschaffen worden, zwingende Mindestarbeitsbedingungen einzuführen (OR 360a ff.; in Kraft voraussichtlich ab 1.6.2004). Hier wird gemäss Wortlaut des Gesetzes einzig auf die Löhne abgestellt („... die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne“). Wird bei diesem Lohnvergleich indessen auf den Stundenlohn abgestellt bzw. ein allfälliger Monatslohn in den Stundenlohn umgerechnet, findet indirekt auch die Arbeitszeit Berücksichtigung. Wird die gesamte Jahresarbeitszeit ins Verhältnis zur gesamten Jahresentlohnung gesetzt, finden auch Elemente wie Ferien, Feiertage, Bildungsurlaub u.a.m. Berücksichtigung.

### 4.3 Entsendegesetz

Das Entsendegesetz (Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen, EntsG, vom 8.10.1999; Inkrafttreten voraussichtlich 1.6.2004; BBl. 1999 8744) enthält die Parameter, welche den Begriff „minimale Arbeits- und Lohnbedingungen“ konkretisieren. Es sind folgende Elemente (EntsG Art. 2 Abs. 1):



- a) die minimale Entlöhnung
- b) Arbeits- und Ruhezeit
- c) Mindestdauer der Ferien
- d) Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz
- e) Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen
- f) Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann

Primär auf den Leistungsaustausch ausgerichtet sind somit drei Positionen, nämlich erstens Entlöhnung, zweitens Arbeits- und Ruhezeit und drittens Ferien. Zwei weitere Positionen sind auf Arbeitsschutz ausgerichtet. Die sechste Position betrifft die Gleichbehandlung. Nicht erwähnt sind insbesondere die Beendigungsnormen, also Kündigungsfristen, Abgangsentschädigung, Lohnnachgenuss, Konkurrenzverbot u.a.m.; ebensowenig die Bestimmungen über die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb, Bestimmungen über das Arbeitsergebnis (Urheberrechte, Design, Erfindungen) sowie Bestimmungen über die Fürsorgepflicht, einschliesslich Persönlichkeitsschutz, Datenschutz u.a.m.

#### 4.4 Mögliche Analogien

Zu prüfen ist nun, ob die Regelung im FMG funktionell und inhaltlich relevante Ähnlichkeiten mit einem der beiden anderen Gesetze aufweist.

Wie die Regelung im OR über Normalarbeitsverträge zielt die Regelung im FMG auf die Missbrauchsbekämpfung ab. Die Formulierungen in OR 360a bzw. in den Materialien zum FMG (insbesondere der Ständeratsbeschluss gestützt auf das Votum BR M. Leuenberger) zielen auf wesentliche Abweichungen zum Branchenüblichen. Aus diesen Gründen ist eine Analogie sehr nahe liegend.

Die Regelung im EntsG weist grössere Unterschiede zum FMG auf. Beim Entsendegesetz geht es um die Einhaltung von Normen, die teilweise im Gesetz, teilweise aber auch in Gesamtarbeitsverträgen und in Normalarbeitsverträgen festgelegt sind. Dabei ist eine Äquivalenzprüfung vorzunehmen: Die individuelle Regelung muss mindestens der gesetzlichen und der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung entsprechen. Im Verhältnis zwischen Einzelarbeitsverhältnis und GAV ist nach bewährter Praxis der sog. Gruppenvergleich vorzunehmen, nicht aber der punktuelle Vergleich oder der Gesamtvergleich (BGE 116 II 153, ZK-Vischer Art. 357 OR N 24; Rehbinder Arbeitsrecht S. 251). Somit sind die Bestimmungen einer Gruppe von Bestimmungen zusammengefasst zu vergleichen. Also alle Bestimmungen über das Arbeitsentgelt, einschliesslich Lohnzulagen und materielle Zusatzleistungen aller Art, bilden eine Gruppe, innerhalb derer Gleichwertigkeit erforderlich ist. Dasselbe gilt für die Gruppe der Arbeitsleistungspflicht (wöchentliche Arbeitszeit, Ferien, Feiertage u.a.m.). Somit kann eine kürzere Arbeitszeit durch längere Ferien aufgewogen werden. Hingegen kann eine längere Arbeitszeit grundsätzlich nicht durch höheres Entgelt aufgewogen werden (jedenfalls nicht ohne Lohnzuschläge).

Gemäss FMG geht es dagegen nur teilweise um die Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften. Daneben verlangt dieses Gesetz die Gewährleistung der Arbeitsbedingungen. Das bedeutet, dass hier teilweise nicht an gesetzliche Normen, son-

dern an Einzelvereinbarungen, an nicht allgemein verbindliche Gesamtarbeitsverträge oder an tatsächlich erbrachte Leistungen angeknüpft wird. Dies betrifft vor allem die Entlohnung und die Arbeitszeit. Das entspricht den Positionen eins und zwei des EntsG. Hinzu kommt die dritte Position, soweit die effektiven Arbeitsbedingungen (gewährte Ferien) über das gesetzliche Minimum (4 Wochen; Art. 329a OR) hinaus gehen.

Demzufolge ist der Schluss zu ziehen, dass die Regelung im FMG näher bei der Regelung im OR liegt als bei der Regelung im EntsG. Dies würde zum Schluss führen, es wäre grundsätzlich auf den Lohn, allenfalls im Verhältnis zur Arbeitszeit (Stundenlohn) abzustellen. In jedem Fall gibt es keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber eine breiter abgestützte Vergleichsbasis gewollt hat als in den beiden anderen genannten Gesetzen.

Die Einschränkung auf den regelmässigen Leistungsaustausch ist daher als Regel anzunehmen. Demgegenüber fehlen Anhaltspunkte dafür, dass Regelungen im Bereich der betriebliche Mitwirkung, Regelungen über das Arbeitsergebnis (Urheberrechte, Design, Erfindungen) sowie Bestimmungen über die Fürsorgepflicht, einschliesslich Persönlichkeitsschutz und Datenschutz, einzubeziehen wären. Auch für den Einbezug von Beendigungsregelungen gibt es keine Anhaltspunkte. Dies betrifft Kündigungsfristen, Abgangsentschädigungen, Lohnnachgenuss bei Tod des Arbeitnehmers, Konkurrenzverbot (allenfalls mit Karenzentschädigung) u.a.m. Dies lässt sich damit erklären, dass Beendigungsregelungen betriebswirtschaftlich nicht zu den regelmässigen Arbeitskosten gehören, sondern zu den Mutations- und Umstrukturierungskosten.

## 4.5 Ergebnis

Naheliegender ist das Einbeziehen der Elemente des regelmässigen Leistungsaustausches. Dazu gehören Lohn, Arbeits- und Ruhezeit sowie Ferienanspruch. Andere Elemente sind in der Gesetzgebung mit ähnlicher Zielsetzung nicht einbezogen worden. Daher gibt es keine Gründe, im Fernmelderecht solche weiteren Elemente in den Vergleich einzubeziehen.

## 5. Zulässige Abweichungen

### 5.1 Abweichungen vom Üblichen

Aus der Absicht des Gesetzgebers ergibt sich, dass Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG die Konzessionserteilung nur dann ausschliesst, wenn sich die Arbeitsbedingungen wesentlich von denjenigen der Branche unterscheiden, weil also eigentliche Dumpinglöhne angeboten werden (vgl. oben Abschnitt 2.3 a). Dabei fehlen Anhaltspunkte dafür, wie weit sich ein Konzessionsgesuchsteller vom Branchenüblichen entfernen darf.

Nicht ausgeschlossen ist dabei, diese zulässige Abweichung davon abhängig zu machen, wie stark die Arbeitsbedingungen innerhalb der Branche variieren, also vom Durchschnitt sich entfernen. Bei homogenen Lohnstrukturen wären für Konzessionsgesuchsteller geringere Abweichungen zulässig, bei heterogenen und stark variierenden Strukturen müssten grössere Abweichungen zugelassen werden.

## 5.2 Abweichungen vom Durchschnitt

### a) Betriebsdurchschnitt

Gesamtarbeitsverträge enthalten mitunter Regelungen, die vom Arbeitgeber die Einhaltung eines Betriebsdurchschnittslohnes verlangen. Dabei kann eine übermässige Abweichung gegen unten missbräuchlich sein. Die Praxis hat entschieden, dass dabei Abweichungen von 10 bis 15% nicht missbräuchlich sind (Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 15.6.1987, JAR 1988 389).

Dabei ist allerdings zu beachten, dass es hierbei um Abweichungen einzelner Arbeitsverhältnisse vom Durchschnitt des Betriebes geht. Demgegenüber verlangt das FMG die Einhaltung von branchenüblichen Bedingungen durch den ganzen Betrieb.

Dennoch ist diese in der Praxis auftretende Streuung für die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG von Bedeutung. Sie macht deutlich, dass weder der branchenübliche Lohn einer bestimmten Funktion (typisierter Arbeitsplatz) eindeutig definiert ist noch der übliche Lohn für diese Funktion innerhalb eines Betriebes. Vielmehr gibt es in beiden Fällen eine mitunter bedeutende Streuung. Dies erschwert die Vergleichbarkeit der Arbeitsbedingungen, wie sie von 6 Abs. 1 lit. c FMG gefordert wird.

### b) Branchendurchschnitt

Soweit im Ausländerrecht die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten sind, gestattet die Praxis die Unterschreitung des statistisch erhobenen Durchschnitts um mehr als 20%. Zudem sind regionale Differenzierungen sowie solche für eine Anlernphase zulässig (vgl. oben Abschnitt 2.6 b).

Wiederum ist aber zu beachten, dass es hierbei nicht um den gemäss FMG erforderlichen Vergleich zwischen dem Branchenüblichen und allen Arbeitsverhältnissen eines Betriebes geht, sondern um die Abweichung zwischen dem Branchenüblichen und einem individuellen Arbeitsverhältnis, nämlich demjenigen der bewilligungspflichtigen ausländischen Arbeitskraft.

Auch diese Abweichungen machen indessen deutlich, dass die Vergleichbarkeit der Arbeitsbedingungen, wie sie von Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG gefordert wird, durch individuelle Besonderheiten der einzelnen Arbeitsverhältnisse erschwert wird.

### 5.3 Schlussfolgerungen

a) Abweichungen der betrieblichen von den branchenüblichen Arbeitsbedingungen wollte der Gesetzgeber mit Art. 6 Abs. 1 lit. c FMG in gewissem Mass zulassen: Nur wesentliche Abweichungen sollen die Konzessionserteilung hindern. Bezüglich dieses Masses ist eine Wertung vorzunehmen.

b) Zu diesem Zweck sind auch die Abweichungen vom Durchschnitt oder vom Median der effektiven Arbeitsbedingungen (branchenweit und innerbetrieblich) in die Betrachtung einzubeziehen. In der Praxis werden solche Abweichungen in beachtlichem Ausmass rechtlich toleriert. Damit die Konzessionsbehörde das zulässige Mass finden kann für maximal zulässige Abweichungen der betrieblichen von den branchenüblichen Arbeitsbedingungen (oben lit. a), ist zu empfehlen, dass die Heterogenität der Arbeitsbedingungen in der Branche mitberücksichtigt wird. Mittels statistischer Methoden sind daher nicht nur die Branchendurchschnitte (Arbeitsbedingungen einzelner Funktionen) zu erfassen, sondern auch die in der Branche bestehende Streuung (z. B. Abweichung vom Durchschnitt oder vom Median). Aufgrund solcher Messgrössen kann die Konzessionsbehörde beurteilen, ob ein Gesuchsteller insgesamt die Anforderungen erfüllt. Bei sehr heterogener Struktur der Gesamtbranche, d.h. bei grosser Streuung, wird die Konzessionsbehörde auch grössere Abweichungen vom Branchendurchschnitt zulassen können. Bei eher homogenen Strukturen sollten geringere Abweichungen der Arbeitsbedingungen eines Gesuchstellers zugelassen werden. Am homogensten wären die Strukturen einer Branche, in welcher ein allgemeinverbindlicher GAV besteht und die Effektivlöhne sich kaum von den GAV-Mindestlöhnen unterscheiden.

### 6. Beantwortung der gestellten Fragen

*a) Wie und nach welchen Parametern lassen sich die branchenüblichen Arbeitsbedingungen gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. c. FMG definieren?*

Normzweck ist die Vermeidung von sog. Sozialdumping, das heisst von Arbeitsbedingungen, die sich wesentlich von denjenigen der Branche unterscheiden. Unwesentliche Abweichungen hindern eine Konzessionserteilung dagegen nicht (vgl. Abschnitt 2.3 a).

Wenn im Einzelfall zusätzlich zu den Arbeitskosten noch andere Ursachen für tiefere Absatzmarktpreise bestehen, beispielsweise effizientere Organisation oder leistungsfähigere Anlagen, wären die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung auch dann erfüllt, wenn die Arbeitsbedingungen vom Branchenüblichen abweichen (vgl. Abschnitt 2.3 b).

*b) Was ist unter den „branchenüblichen Arbeitsbedingungen“ konkret zu verstehen?*

Gemeint ist der regelmässige Leistungsaustausch, somit Lohn und Arbeitszeit, einschliesslich Ferienanspruch. Für weitergehende Elemente fehlen Anhaltspunkte in

der weiteren Gesetzgebung, welche das gleiche Ziel anstrebt (vgl. Abschnitte 4.4 und 4.5).

*c) Kann aus der in den Fragen (a) und (b) hergeleiteten Definition etwas abgeleitet werden, was die Rolle der Gewerkschaften als Verhandlungspartner betrifft?*

Die Arbeitnehmerverbände (wie auch Arbeitgeberverbände) können durch den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen transparente Mindestbestimmungen schaffen. Sie können im weiteren durch Einsitznahme in dreigliedrige („tripartiten“) Kommissionen bei der Feststellung der tatsächlichen Arbeitsbedingungen mitwirken (vgl. Abschnitt 2.4 a).

*d) Fällt die Festlegung eines Sozialplanes oder allfälliger Lohnfortzahlungen unter den Begriff der „branchenüblichen Arbeitsbedingungen“?*

Diese Elemente fallen nur insofern unter diesen Begriff, als sie in den regelmässigen Leistungsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einbezogen sind (vgl. auch Antwort auf Frage b). Dieser kann erfasst werden mit der effektiven Entlohnung im Verhältnis zur effektiven jährlichen Arbeitsleistung. Dazu gehören in der Regel Lohnfortzahlungen bei Krankheit, nicht aber Lohnfortzahlungen innerhalb eines Sozialplanes. Denn Regelungen über Abgangsentschädigungen und ähnliche Leistungen gehören zu den Beendigungsregelungen, nicht zum regelmässigen Leistungsaustausch (vgl. Abschnitte 4.4 und 4.5).

*e) Auf welche Bereiche ist die „Branche“ zu begrenzen? Wie weit / eng ist der Begriff „Branche“ zu fassen?*

Sachgerecht ist die Begrenzung auf Anbieter von Erzeugnissen oder Dienstleistungen gleicher Art, wie sie von den konzessionierten Betrieben angeboten werden. Zu begrenzen ist also auf Betriebe, die das elektromagnetische Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk anbieten. Nicht einzubeziehen sind insbesondere Zulieferbetriebe und Betriebe, die in der Wertschöpfungskette nachgelagert sind. Sie stehen nicht im Wettbewerb mit den Konzessionsgesuchstellern (vgl. Abschnitte 1.4 und 1.7).

*f) Kann aus der Pflicht der Gewährleistung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen sozusagen ein Mindeststandard oder ein „Range“ abgeleitet werden? Wenn ja, nach welchen Kriterien?*

Konzessionshindernd sind Arbeitsbedingungen, die sich wesentlich von denjenigen der Branche unterscheiden. Unwesentliche Abweichungen hindern eine Konzessionserteilung nicht (vgl. Frage a). Somit sind Abweichungen innerhalb einer gewissen Bandbreite zuzulassen. Die Gesetzesmaterialien lassen darauf schliessen, dass nur

qualifizierte Abweichungen im Sinne eines eigentlichen Sozialdumping eine Konzessionserteilung hindern. Bezüglich des Umfangs der zulässigen Abweichungen sollte die Heterogenität der Lohnstruktur innerhalb der Branche mitberücksichtigt werden. In einem homogenen Arbeitsmarkt sollten geringere Abweichungen zugelassen werden als in einem heterogenen Markt. Somit ist neben Branchendurchschnittswerten auch die Streuung zu erfassen und bezüglich des Umfangs der zulässigen Abweichungen zu berücksichtigen

31. Oktober 2003

Prof. Dr. J.F. Stöckli