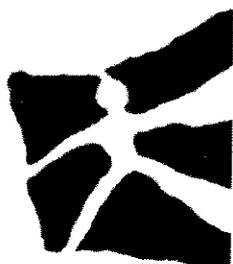


Forschungsinstitut für Arbeit  
und Arbeitsrecht



**Universität St.Gallen**

Rechtsgutachten zu Art. 6 Abs. 1 Bst. c Fernmeldege-  
setz

**Professor Dr. iur. Thomas Geiser**  
**Dr. iur. Kurt Pärli**

St. Gallen, 29. Juni 2004

**LITERATURVERZEICHNIS**

- SENTI Christoph, Der Schutz vor Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen im schweizerischen Arbeitsrecht – Eine ökonomische Analyse, Bern Stuttgart Wien, 1998 (Diss.).
- FISCHER Peter R., SIDLER Oliver, Fernmelderecht, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1 – Allgemeiner Überblick – Fernmelderecht, Presse- und Filmverwaltungsrecht, Basel, Genf, München, 2002.
- FISCHER Peter, Das Regime für Anbieterrinnen von Fernmeldediensten, in: Weber Rolf (Hrsg.), Neues Fernmelderecht – Erste Orientierung, Zürich 1998 (Regime).
- FISCHER Peter, Regulierung und Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation in der Schweiz, in: Gebert Martin, Ruhle Ernst-Olav, Schuster Fabian (Hrsg.), Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, EU, Deutschland, Österreich, Schweiz, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Baden-Baden, 2002 (Regulierung).
- GEISER Thomas, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn? in: Ehrenzeller/Mastronardi (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen - Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen, 1998, S. 809 ff.
- GYGI Fritz, RICHLI Paul, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Auflage, Bern 1997.
- PETER Dietrich, Der Schutz vor missbräuchlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Zürich 2002.
- UEBERSAX Peter, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, AJP 1/1998, S. 3 ff.

**INHALTVERZEICHNIS:**

<b>I</b>	<b>AUSGANGSLAGE</b> .....	<b>2</b>
1	GUTACHTEN PROF. DR. STÖCKLI .....	3
2	GUTACHTERAUFTRAG .....	4
a)	<i>Inhalt des Gutachtens</i> .....	4
b)	<i>Methodisches Vorgehen</i> .....	4
<b>II</b>	<b>AUSLEGUNG DES BEGRIFFS „GEWÄHRLEISTUNG DER ARBEITSBEDINGUNGEN DER BRANCHE“</b> .....	<b>5</b>
1	UMFANG DER „ARBEITSBEDINGUNGEN“ IM SINNE VON ART. 6 ABS. 1 BST. C FMG .....	5
a)	<i>Würdigung Gutachten Stöckli</i> .....	5
aa)	Ausführungen und Ergebnisse .....	5
bb)	Kritik .....	6
b)	<i>Eigene Stellungnahme zum Inhalt der Arbeitsbedingungen</i> .....	7
2	ZUM BEGRIFF „GEWÄHRLEISTUNG DER ARBEITSBEDINGUNGEN“ .....	8
a)	<i>Würdigung Gutachten Stöckli</i> .....	8
aa)	Ausführungen und Ergebnisse .....	8
bb)	Kritik .....	8
b)	<i>Eigene Stellungnahme</i> .....	9

# I Ausgangslage

## 1 Gutachten Prof. Dr. Stöckli

- 1.1 Gemäss Fernmeldegesetz (FMG) Art. 6 Abs. 1 Bst. c bildet die Einhaltung von arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche eine Voraussetzung für die Konzessionserteilung. Als Aufsichtsbehörde hat das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit zu prüfen, ob die Telekommunikationsanbietenden diese Konzessionsbedingungen einhalten und bei Nichteinhaltung hat das BAKOM zu Handen der Konzessionsbehörde, der Eidgenössischen Kommunikationskommission (Com-Com) entsprechende Massnahmen zu beantragen.
- 1.2 Die praktische Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. c führt zu Auslegungsfragen. Das BAKOM hat deshalb zwei Gutachten zur Erarbeitung der entsprechenden Grundlagen in Auftrag gegeben. Die Ergebnisse der Gutachten liegen seit Dezember 2003 vor. Im vorliegend relevanten arbeitsrechtlichen Gutachten von prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli, Universität Basel, wurden die folgenden Fragen behandelt:
- a. *Wie und nach welchen Parametern lassen sich die branchenüblichen Bedingungen gemäss Art. 6 Abs. 1 C FMG definieren?*
  - b. *Was ist unter den „branchenüblichen Arbeitsbedingungen“ konkret zu verstehen?*
  - c. *Kann aus der in den Fragen (a) und (b) hergeleiteten Definitionen etwas abgeleitet werden, das 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 Mindeststandart oder ein „Range“ abgeleitet werden? Wenn ja, nach welchen Kriterien?*
- 1.3 In seinem Gutachten kommt Prof. Dr. Stöckli im Wesentlichen zu den folgenden Schlussfolgerungen:
- *Der Zweck der Bestimmung in Art. 6 Abs. 1 c FMG liegt in der Vermeidung von eigentlichem Sozialdumping. Nur wenn sich die Arbeitsbedingungen wesentlich von denjenigen der Branche unterscheiden, sind die Konzessionserteilungsbedingungen nicht erfüllt.*
  - *Unter den Arbeitsbedingungen sind lediglich die Essentialia der Arbeitsbedingungen, also Lohn, Arbeitszeit und Ferienregelungen zu verstehen, nicht aber Lohnfortzahlungen im Rahmen von Sozialplänen.*
  - *Unter dem Begriff „Branche“ fallen nur die Anbietenden von Fernmeldediensten, nicht aber Zulieferbetriebe, da diese nicht im Wettbewerb mit den Konzessionären stehen.*

- *Zur Rolle der Gewerkschaften als Verhandlungspartner kommt Prof. Stöckli zum Schluss, die Arbeitnehmerverbände wie auch die Arbeitgeberverbände können durch den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen transparente Mindestbestimmungen schaffen. Auch sollen sie durch Einsitznahme in tripartiten Kommissionen bei der Feststellung der tatsächlichen Arbeitsbedingungen mitwirken können.*

- 1.4 Für die Gewerkschaft Kommunikation lässt das Gutachten von Prof. Stöckli viele Fragen offen bzw. die Ergebnisse sind nicht voll überzeugend. Besonders kritisch erscheinen die Schlussfolgerungen Prof. Stöcklis zum Normzweck „Vermeidung Sozialdumping“ und zum Inhalt der Arbeitsbedingungen. Aus diesem Grund hat die Gewerkschaft Kommunikation ein Gegengutachten in Auftrag gegeben.

## 2 Gutachterauftrag

### a) Inhalt des Gutachtens

- 1.5 Inhalt des Gegengutachtens zum Gutachten von Prof. Stöckli ist nicht die Stellungnahme zu sämtlichen Gutachterfragen a-f (vgl. Randziffer 1.2). Nicht eingegangen wird auf die Ausführungen und Schlussfolgerungen zur Analyse des Branchenbegriffs. Auch die Vorschläge Stöcklis über die Rolle der Gewerkschaften und die Vorschläge zur Schaffung von tripartiten Kommissionen werden nicht erörtert. Hingegen wird im Gegengutachten behandelt, ob unter „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen“ tatsächlich nur die Vermeidung von Sozialdumping zu verstehen ist und ob sich der „Inhalt der Arbeitsbedingungen“ nur auf „Arbeitszeit, Lohn und Ferien“ beschränkt.

### b) Methodisches Vorgehen

- 1.6 Im vorliegenden Gutachten erfolgt einerseits eine Kritik am Gutachten von Professor Stöckli und darauf aufbauend wird zu den zwei in Randziffer 1.5 genannten Fragen eine eigene Position erarbeitet.
- 1.7 Sinnvollerweise wird zuerst der Problembereich „Inhalt der Arbeitsbedingungen der Branche“ behandelt. Stehen diese fest, kann darauf bezugnehmend die Frage bearbeitet werden, was unter der „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“ zu verstehen ist.
- 1.8 Die Bearbeitung der beiden Themen (Was heisst „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“ und „Was ist unter „Arbeitsbedingungen“ zu verstehen) erfolgt entlang der folgenden Gutachterfragen.

#### 1. Inhalt der Arbeitsbedingungen

- a) *Wie sind die Erwägungen und Schlussfolgerungen im Gutachten Stöcklis zu würdigen (Kritik am Gutachten) ?*

b) *Welche Leistungen des Arbeitgebers bzw. Verpflichtungen des Arbeitnehmers gehören zu den „Arbeitsbedingungen“ im Sinne der auszulegenden Norm (Eigene Stellungnahme zu den BAKOM-Fragen b und d)?*

2. *Gewährleistung der Arbeitsbedingungen*

a) *Wie sind die Erwägungen und Schlussfolgerungen im Gutachten Stöcklis zu würdigen (Kritik am Gutachten) ?*

b) *Was ist unter „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen zu verstehen, Unzulässigkeit keiner Abweichungen, leichter Abweichungen oder wesentlicher Abweichungen (Eigene Stellungnahme zu den BAKOM-Fragen a und f).*

## **II Auslegung des Begriffs „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“**

### ***1 Umfang der „Arbeitsbedingungen“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. c FMG***

#### **a) Würdigung Gutachten Stöckli**

##### **aa) Ausführungen und Ergebnisse**

Der Autor stellt fest, dass im FMG keine Konkretisierung des Begriffs Arbeitsbedingungen enthalten ist. Ausgehend vom Gesetzeszweck von Art. 6 Abs. 1 Bst. c FMG, dem Schutz der Arbeitnehmenden vor nachteiligen Arbeitsbedingungen, prüft er anschliessend Analogien von rechtlichen Regelungen, die den gleichen Zweck verfolgen. In Einzelnen werden Analogien in den neuen Art. 360a ff. Obligationenrecht (OR) zum Normalarbeitsvertrag und im Entsendegesetz gesucht.

Stöckli geht auf den seines Erachtens gleichen Normzweck der Bestimmungen von Art. 360a OR zum Normalarbeitsvertrag und dem FMG aus, dem Schutz vor *missbräuchlichen* Arbeitsbedingungen. Wie weit die FMG – Bestimmung in Art. 6 Abs. 1 Bst. C FMG tatsächlich „nur“ vor missbräuchlichen Arbeitsbedingungen schützen will, bildet Gegenstand der Ausführungen unter 0 ff.. In der Bestimmung in Art. 360a OR wird als Vergleichsbasis auf die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne abgestellt.

Im Entsendegesetz sind in Art. 2 Abs. 1 insgesamt sechs Parameter aufgeführt, die den Terminus „minimale Arbeits- und Lohnbedingungen konkretisieren:

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

Von diesen sechs Aspekten sind nach Stöckli nur drei auf den Leistungsaustausch ausgerichtet (Entlohnung, Arbeits- und Ruhezeit, Ferien).

Im Ergebnis will der Autor lediglich das Einbeziehen von Elementen regelmässigen Leistungsaustausches wie Lohn, Arbeits- und Ruhezeit sowie den Ferienanspruch als Kriterien für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen der Branche gelten lassen.

#### bb) Kritik

Der Feststellung Stöcklis, das FMG selber enthalte keine Angaben zur Bestimmung des Begriffes „Arbeitsbedingungen der Branche“ ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar. Der Begriff ist vorerst aus dem Zweck des FMG selber zu erschliessen. Nach der Zweckbestimmung in Art. 1 Bst. c soll das Gesetz „einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen“. Zwar hat die Zweckbestimmung keine **unmittelbare** normative Bedeutung, sie bildet aber einen wichtigen Orientierungsrahmen für die Auslegung der materiellen Bestimmungen des Gesetzes<sup>1</sup>.

Die von Stöckli vorgenommenen Analogieprüfungen zum Entsendegesetz und zum Normalarbeitsvertrag im Sinne von Art. 360a OR sind erst in zweiter Linie relevant. Vorgängig muss der Sinn einer einzelnen Gesetzesnorm aus dem fraglichen Gesetz selbst erschlossen werden.

Schutz und Förderung eines wirksamen Wettbewerb bilden einen wichtigen Aspekt der schweizerischen Wirtschaftsverfassung<sup>2</sup>. Die **Wirtschaftsverfassung** freiheitlicher Ausprägung wird aber durch **sozialverpflichtende** Elemente der Sozialverfassung **ergänzt**<sup>3</sup>. Die Verpflichtung zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen der Branche entspricht dem Sozialschutzgedanken der Sozialverfassung. Gleichzeitig ist diese Verpflichtung auch Teil eines Verständnisses darüber, was einen **fairen Wettbewerb** ausmacht. Fair ist der Wettbewerb nur dann, wenn die Sozialpflicht alle Wettbewerbsteilnehmer in vergleichbarem Ausmass trifft.

Überträgt man diese Überlegungen auf die Fernmeldebranche, kommt man zu folgendem Ergebnis: Anbieterrinnen von Fernmeldedienstleistungen sollen sich keinen Wettbewerbsvorteil dadurch erlangen, dass sie sich nicht an arbeitsrechtliche Vorschriften halten (Art. 6 Abs. 1 Bst. c FMG 1. Halbsatz) und an die in der Branche üblichen Arbeitsbedingungen halten.

Gestützt wird diese Auslegung auch durch die Gesetzesmaterialien. Gemäss Bundesrat Moritz Leuenberger soll „eine Konkurrentin ihre Dienste nicht deswegen günstiger anbieten (...), weil sich einzig und allein die Arbeitsbedingungen wesentlich von denjenigen der Branche unerschieden (...) und nur dank diesen, die konkurrenzfähige Leistung erbracht werden kann“<sup>4</sup>.

Dient das Kriterium der Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Branche dem Gesetzeszweck „Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs“, macht eine Beschränkung des Inhalts der Arbeitsbedingungen auf Elemente regelmässigen Leistungsaustausches nicht Sinn. Verpflichtet sich ein Unternehmen zur Rückstellung finanzieller Mittel für **Sozialpläne**, so wirkt sich dies auf die Wettbewerbsfähigkeit aus. Die im Sozialplan übernommenen Verpflichtungen stellen für das Unternehmen Kosten dar, die einen mit Entlassungen verbundenen Umstrukturierungsentscheid massgeblich beeinflussen können. Wer keine solche Kosten übernehmen muss, hat beim Umstrukturierungsentscheid einen Wettbewerbsvorteil. Dieser Vorteil ist nicht durch eigene Leistung erwirtschaftet<sup>5</sup>.

Richtig verstanden bedeutet die Vorschrift von Art. 6 Abs. 1 Bst. C FMG, dass sich ein Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen keinen Wettbewerbsvorteil auf Kosten der Arbeitnehmenden erkaufen können soll. Das **bedeutet nun nicht**, dass alle Anbieterrinnen die **inhaltlich gleichen Arbeitsbedingungen** vorweisen müssen. Eine solche durch die Konzessionsbehörde stipulierte Anforderung

<sup>1</sup> Fischer/Sidler, Rn 63, Botschaft FMG, BBl 1996 III 424. .

<sup>2</sup> Gygi/Richli, S. 6 ff., 41 ff.

<sup>3</sup> Uebersax, S.

<sup>4</sup> Amtl. Bull. SR vom 20.03.1997, S. 332.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen Senti, insbes. S. 254 ff.

rung würde dem Wettbewerbsprinzip auf dem Arbeitsmarkt widersprechen und wäre vom Gesetzeszweck des FMG nicht gedeckt. Wesentlich ist aber, dass die **Arbeitsbedingungen gesamthaft** betrachtet vergleichbar sind. Das Fehlen eines Sozialplanes kann z.B. mit höheren Löhnen oder besseren Sozialversicherungsleistungen kompensiert werden. Nur mit einer Berücksichtigung sämtlicher kostenrelevanten Bedingungen kann fair geprüft werden, ob die Arbeitsbedingungen des einen Unternehmens von den Arbeitsbedingungen der Branche abweichen.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Für die Bestimmung des Umgangs der Arbeitsbedingungen der Branche ist die Beschränkung auf Lohn, Arbeits- und Ruhezeit sowie Ferienanspruch nicht sachgerecht.

## **b) Eigene Stellungnahme zum Inhalt der Arbeitsbedingungen**

In Art. 6 Abs. 1 Bst. c FMG ist nicht nur die Gewährleistung der Arbeitsbedingungen verlangt, sondern auch die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften. Der Aspekt der Einhaltung der Arbeitsbedingungen ist für die Bestimmung des Inhalts der Arbeitsbedingungen relevant. Zu den arbeitsrechtlichen Vorschriften gehören die Bestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts (Arbeitsgesetz, Sozialversicherungsrechtliche Normen, Datenschutzgesetz Gleichstellungsgesetz usw.). Weiter sind die absolut und relativ zwingenden Bestimmungen des obligationenrechtlichen Arbeitsvertragsrechts dazu zu zählen (Art. 361 und 362 OR).

Die Konzessionsanforderung, die zwingenden Bestimmungen des Gesetzesrechts einzuhalten, ist an sich eine Selbstverständlichkeit<sup>6</sup>. Der Gesetzgeber wollte aber mit der ausdrücklichen Nennung ausdrücken, dass eine konzessionierte Unternehmung ein erhöhtes Vertrauen geniessen können muss<sup>7</sup>.

Als Inhalt der Arbeitsbedingungen kommen folglich all diejenigen Arbeitsbedingungen in Frage, die nicht durch das zwingende Gesetzesrecht (öffentliches Arbeitsrecht und die absolut- und relativzwingenden Bestimmungen der Art. 319 ff. OR) bestimmt sind. Wird an den allgemeinen Gesetzeszweck „wirksamer Wettbewerb“ und „Arbeitnehmerschutz“ angeknüpft, so gehören zum Inhalt der Arbeitsbedingungen alle geldwerten Leistungen des Arbeitgebers, die das Beschäftigungsverhältnis inkl. die Folgen dessen Beendigung betreffen. Dazu gehören insbesondere:

- *AHV-rechtlicher Bruttolohn*
- *Jährliche Arbeitszeit inkl. Überstunden*
- *Jährlicher Ferienanspruch*
- *Vertragliche Lohnfortzahlung bei Krankheit durch den Arbeitgeber*
- *Sozialversicherungen, namentlich*
  - o *Taggeldversicherung mit den Kriterien Dauer des Taggeldbezuges, Verteilung der Prämienlasten, Freizügigkeitsrechte. Alle diese Kriterien haben für das Unternehmen Kostenfolgen und sind somit wettbewerbsrelevant.*
  - o *Lösungen in der beruflichen Vorsorge (Alter + Risikoversicherung)*
  - o *Nichtbetriebsunfallversicherungsprämien (übernimmt diese der Arbeitgeber oder nicht)*

<sup>6</sup> Fischer (Regime), S. 96.

<sup>7</sup> Fischer, (Regulierung), Rn 1248.

- *Sozialpläne (Welche Kosten entstehen für den Arbeitgeber, welchen Nutzen haben die Arbeitnehmer im Falle der Kündigung)*
- *Abgangsentschädigungen*
- *Weiterbildungsregelungen (Wie ist der Anspruch auf persönliche Weiterbildung geregelt, welche Rückzahlungsverpflichtungen bestehen)*

## 2 Zum Begriff „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen“

### a) Würdigung Gutachten Stöckli

#### aa) Ausführungen und Ergebnisse

Der Wortlaut der Bestimmung „Gewährleisten der Arbeitsbedingungen der Branche“ führt nach Stöckli zu keinem eindeutigen Sinn der Norm. Die teleologische Auslegung dagegen führte zum Normzweck „Vermeidung von Sozialdumping“.

Ausgehend vom Gesetzeszweck „Vermeidung von Sozialdumping“ untersucht Stöckli anschliessend, wieweit sich durch Analogieschlüsse aus dem Ausländerrecht, den flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr und aus dem Submissionsrecht Kriterien bilden lassen, welche Abweichungen von Arbeitsbedingungen der Branche als „Sozialdumping“ zu bezeichnen sind. Stöckli kommt dazu zum Schluss, Sozialdumping liege nur vor, wenn sich die Arbeitsbedingungen **wesentlich** von denjenigen der Branche unterscheiden. Nur qualifizierte Abweichungen würden eine einer Konzessionserteilung im Wege stehen.

#### bb) Kritik

Bei der Prüfung des grammatikalischen Auslegungselementes stellt Stöckli vorerst fest, dass sich die deutschsprachige und französische Version des Gesetzestextes nicht ohne Weiteres decken. Er kommt dann zum Schluss, die vermeintliche oder wirkliche Differenz der Formulierungen in den beiden Landessprachen könne für die Auslegung nur bedeuten, dass dem Wortlaut kein starkes Gewicht beizumessen sei (Gutachten Stöckli, S. 10).

Diese **Analyse** ist **falsch**. Für die Auslegung sind alle drei (!) Landessprachen gleichwertig zu berücksichtigen. In der deutschen Fassung steht:

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

Die französische Fassung lautet:

- *respecter les dispositions du droit du travail et **observer** les conditions de travail usuelles dans la branche.*

In italienischer Sprache findet sich der Gesetzestext wie folgt:

- *osservare le prescrizioni attinenti al diritto del lavoro e **garantire** le condizioni di lavoro*

Berücksichtigt man alle drei Landessprachen gleichwertig, deuten die drei Begriffe „garantire“, „observer“, „gewährleisten“ und „zu berücksichtigen“ daraufhin, als Konzessionsbedingung sei eine weitgehende Annäherung an die in der Branche üblichen Bedingungen gemeint.

Stöckli äussert sich weiter zum Kausalzusammenhang zwischen Absatzmarktpreisen und Arbeitskosten. Bezugnehmend auf ein Votum von Bundesrat Leuenberger<sup>8</sup> kommt er zum Schluss, selbst qualifizierte Abweichungen von den branchenüblichen Arbeitsbedingungen wären dann kein Konzessionshindernis, wenn andere Ursachen als die Arbeitskosten für tiefere Absatzmarktpreise verantwortlich wären, beispielsweise eine effizientere Organisation oder leistungsfähigere Anlagen (Gutachten Stöckli, S. 12 und S. 20).

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der wirksame Wettbewerb gerade durch eine effiziente Organisation, leistungsfähige Anlagen und hohe Produktivität durch qualifiziertes Personal erfolgen. Der Wettbewerb soll gerade nicht die Aushöhlung von Arbeitsbedingungen der Branche zur Folge haben können.

Mit Verweis auf die Materialien kommt Stöckli weiter zum Schluss, die Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche habe nicht zur Folge, dass die bestehenden GAV-Bestimmungen des Marktführers Swisscom für alle Marktteilnehmer zur Pflicht würden. Gegen diese Auslegung ist nichts einzuwenden. Hingegen überzeugt die Schlussfolgerung nicht, nur eine wesentliche Abweichung von den Arbeitsbedingungen der Branche im Sinne eines eigentlichen Sozialdumpings würde einer Konzessionserteilung im Wege stehen (Gutachten Stöckli, S. 22). Zwar taucht der Begriff „Sozialdumping“ in den Materialien immer wieder auf. Es existieren aber keine einheitliche Vorstellungen darüber, wann von einem Sozialdumping gesprochen werden kann, der Begriff ist wertungsabhängig.

Die Analogien von Stöckli zum Ausländerrecht (S. 13 Gutachten Stöckli) und zu den flankierenden Massnahmen (S. 12) überzeugen nicht. Die flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen bezwecken den Schutz vor **missbräuchlichen** Lohn – und Arbeitsbedingungen<sup>9</sup>. Die Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Branche im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. c FMG bezweckt mehr als den Schutz vor Missbrauch von Arbeits- und Lohnbedingungen. Eigentlicher Missbrauch im Sinne von Rechtsmissbrauch ist bereits durch den ersten Halbsatz von Art. 6 Abs. 1 Bst. c FMG gedeckt. Hier wird die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften gefordert. Krass missbräuchliche Löhne verstossen ohnehin bereits gegen Art. 19/20 Obligationenrecht<sup>10</sup>.

Die Analogien zum Ausländerrecht und zu den flankierenden Massnahmen überzeugen auch deshalb nicht, weil der **Gesetzeszweck des Fernmeldegesetzes**, die Ermöglichung **wirksamen Wettbewerbs ohne Wettbewerbsverzerrung durch abweichende Arbeitsbedingungen**, nicht vergleichbar ist.

## b) Eigene Stellungnahme

Die Auslegung des Terminus „gewährleisten der Arbeitsbedingungen der Branche“ bedeutet nicht, dass die Arbeitsbedingungen des Marktführers Swisscom einzuhalten ist. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass der Verweis auf die Arbeitsbedingungen des Marktführers Swisscom von zeitlich relativer Bedeutung ist. Als Vergleichsmassstab sind die Arbeitsbedingungen der Branche massgebend, dabei spielen diejenigen des Marktführers eine wichtige Rolle. Nicht massgebend ist jedoch, ob es sich beim Marktführer um die Swisscom oder einen anderen Anbieter handelt.

Auch kann „gewährleisten“ nicht heissen, dass die genau gleichen Arbeitsbedingungen (gesamthaft betrachtet), angeboten werden müssen. **Falsch** ist hingegen die Annahme, **nur missbräuchliche Abweichungen** würden die Konzessionserteilung behindern.

Richtig ist vielmehr, dass „Gewährleisten der Arbeitsbedingungen“ („garantire“ in italienischer Sprache, „observer“ in französischer Sprache“) zusammen mit dem ersten Halbsatz von Art. 6 Abs. 1 Bst. C FMG, „Einhalten der arbeitsrechtlichen Vorschriften“, gelesen werden muss. **Einhalten der arbeitsrechtlichen Vorschriften** bedeutet **Missbrauchsschutz i.e. Sinn**. Gewährleisten bedeutet zwar

<sup>8</sup> Amtl. Bull. SR vom 20.03.1997, S. 332.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Peter.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Geiser, S. 809 ff.

---

nicht 1:1 Übernehmen der Branchenbestimmungen, jedoch höchstens die **Zulässigkeit von leichten Abweichungen**.

Da sich aus dargelegten Gründen (Vgl. Rz 0) eine Analogie zum Ausländerrecht nicht aufzwingt, wird eine fernmelderechtliche Deutung des Begriffs „Gewährleisten der Arbeitsbedingungen“ vorgeschlagen. Diese sieht vor, dass mittlere Abweichungen, starke Abweichungen und missbräuchliche Abweichungen von den in der Branche üblichen Bedingungen unzulässig sind. Zulässig wären nur leichte Abweichungen. Leichte Abweichungen liegen dann vor, wenn sie als noch nicht wettbewerbsverzerrend qualifiziert werden können.

\*\*\*\*\*

\*\*\*

\*

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser

Dr. iur. Kurt Pärli