

Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N: Auswirkungen auf die flankierenden Massnahmen

Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag und Ausgangslage.....	2
II.	Analyse	5
	A. Grundzüge des EU-Entsenderechts	5
	(1) Einleitung und Kontext.....	5
	(2) Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).....	6
	(3) EU-Entsenderecht.....	8
	B. Vorgeschlagene Regelung im InstA und deren Auswirkungen auf die bestehenden FlaM	11
	(1) Derzeitige und künftige Stellung der Schweiz in Bezug auf den Binnenmarkt.....	11
	(2) Kernpunkte der FlaM und deren Parallelen im EU-Recht.....	14
	C. Autonomer Ausbau der FlaM nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist	27
III.	Beantwortung der Rechtsfragen	28
	A. Inwiefern können die flankierenden Lohnschutzmassnahmen vor und nach Ablauf der dreijährigen Frist zur Umsetzung der einschlägigen Richtlinien der EU in Schweizer Recht beibehalten werden?	28
	B. Inwiefern könnten sie allenfalls nach Ablauf der dreijährigen Frist souverän weiter ausgebaut werden, ohne dass es hierfür ein Einverständnis der EU braucht?.....	29

I. Auftrag und Ausgangslage

1. Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats ("*WAK-N*") möchte bezüglich des vorliegenden Entwurfs des Institutionellen Abkommens ("*InstA*")¹ wissen,
 - inwiefern die flankierenden Lohnschutzmassnahmen ("*FlaM*") vor und nach Ablauf der im Protokoll I vorgesehenen dreijährigen Frist zur Umsetzung der einschlägigen Richtlinien der EU im Schweizer Recht beibehalten werden können; und
 - inwiefern die bestehenden FlaM nach Ablauf dieser Frist durch die Schweiz souverän weiter ausgebaut werden können, ohne dass hierfür ein Einverständnis der EU erforderlich ist.
2. Am 1. Juni 2002 trat das Freizügigkeitsabkommen ("*FZA*")² schrittweise in Kraft. Das FZA räumt Dienstleistungserbringern aus der Europäischen Union ("*EU*") (natürlichen und juristischen Personen) gemäss Anhang I das Recht ein, Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet; gemäss Art. 17 Anhang I FZA sind Beschränkungen derartiger grenzüberschreitender Dienstleistungen in der Schweiz untersagt³. Dienstleistungserbringer sind zum einen Selbständige und zum andern Unternehmen, welche zum Zweck der Erbringung der Dienstleistung Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden.
3. Da die Schweiz im Verhältnis zur EU als Hochlohnland gilt und Lohn- und Sozialdumping befürchtet wurde, beschloss das Parlament, in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmern auf den 1. Juni 2004 ein Paket flankierender Massnahmen einzuführen. Diese FlaM umfassten im Wesentlichen die folgenden Regeln:
 - Das Entsendegesetz vom 8. Oktober 1999 ("*EntsG*")⁴, welches ausländische Arbeitgeber bei der Entsendung von Arbeitnehmern in die Schweiz zur Einhaltung minimaler Arbeits- und Lohnbedingungen, verpflichtet und am 1. Juni 2004 in Kraft trat⁵;

¹ Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt.

² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit; SR 0.142.112.681.

³ Dies gilt selbstverständlich auch mit Bezug auf Dienstleistungserbringer aus der Schweiz, welche Dienstleistungen in der EU erbringen.

⁴ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG), SR 823.20.

⁵ Einzelne Teile traten bereits auf den 1. Juni 2003 in Kraft.

- Die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen ("GAV");
 - Den erleichterten Erlass von Normalarbeitsverträgen i.S.v. Art. 360a OR ("NAV").
4. Die FlaM finden ihre völkerrechtliche Grundlage im geltenden FZA. Dieses sieht in Art. 22 Abs. 2 des Anhangs I vor, dass die Schweiz auf entsandte Arbeitnehmer ihre eigenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen anwenden kann. Allerdings schränkt das FZA in Art. 16 die Regelungskompetenz der Schweiz insofern ein, als die FlaM nach Art. 22 Abs. 2 des Anhangs I mit der Richtlinie ("RL") 96/71⁶ im Einklang stehen müssen⁷. In der Lehre wird allerdings teilweise vertreten, dass die FlaM nicht in jeder Hinsicht kompatibel mit dem aktuellen FZA sind⁸.
 5. Seit der Osterweiterung der EU ab dem Jahr 2004 und der damit verbundenen Ausdehnung des FZA auf die neuen Mitgliedstaaten, wurden die FlaM sukzessive an diese neuen Bedingungen angepasst bzw. verschärft⁹, so bspw. mit einer Kautionspflicht.
 6. Mit dem geplanten InstA stehen die FlaM vor einer Zäsur, indem die Schweiz die wesentlichen Rechtsakte der EU in diesem Bereich übernehmen soll. Gemäss Protokoll 1 zum geplanten InstA wollen die Parteien nämlich übereinkommen, dass:
 - sie ein verhältnismässiges und angemessenes Schutzniveau sicherstellen dürfen, um die Dienstleistungsfreiheit durch Vorbeugung von Missbrauch und Umgehungen zu gewährleisten;

⁶ Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1 ("*Entsenderichtlinie*").

⁷ Art. 16 Abs. 1 FZA lautet wie folgt: "Zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden." Art. 16 Abs. 2 FZA lautet wie folgt: "Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest."

⁸ Vgl. etwa ASTRID EPINEY, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Forum Europarecht, Band 19, Zürich 2011, S. 81 ff.

⁹ BBl 2004, S. 6565 ff.; BBl 2011 3397 ff.; BBl 2015 5845 ff.

- die Schweiz die Richtlinie ("**RL**") 96/71¹⁰ in der durch die RL 2018/957¹¹ revidierten Fassung sowie die RL 2014/67¹² spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten des InstA übernehmen wird¹³;
 - die Schweiz spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten dieses Abkommens in das Binnenmarkt-Informationssystem eingebunden wird.
7. Zur Umsetzung dieser Übereinkunft und des FZA und entgegen den derzeit geltenden Regeln im EntsG wollen die Parteien vereinbaren, dass die Schweiz
- für selbstständige Dienstleistungserbringer oder entsandte Arbeitnehmer auf ihrem Hoheitsgebiet eine Voranmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen anwenden, um in bestimmten Branchen auf der Basis einer objektiven Risikoanalyse, die periodisch überprüft und angepasst wird, die nötigen Sachverhaltsabklärungen am Arbeitsplatz durchzuführen;
 - in Bezug auf bestimmte risikobehaftete Branchen eine Kautionspflicht vorsehen darf für Dienstleistungserbringer, welche ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind;
 - von den selbstständigen Dienstleistungserbringern im Rahmen nachträglicher Kontrollen die Vorlage bestimmter Dokumente verlangen darf.
8. Nachstehend werden zunächst die Grundzüge des EU-Entsenderechts erläutert (Abschnitt II.A). Danach werden die derzeit in Kraft stehenden FlaM dem geltenden EU-Recht gegenübergestellt und mögliche Problemfelder aufgezeigt (Abschnitt II.B). Gestützt auf diese Gegenüberstellung wird schliesslich auf die Frage eingegangen, ob und inwiefern die Schweiz die bestehenden FlaM souverän weiter ausbauen könnte (II.C). Abschliessend wird ein allgemeines Fazit gezogen bzw. die in Rz. 1 genannten Fragen beantwortet (Abschnitt III).
9. Der guten Ordnung sei an dieser Stelle festzuhalten, dass es sich bei der nachstehenden Analyse um eine rein rechtliche Einschätzung handelt. Es werden keinerlei Aussagen politischer oder strategischer Natur gemacht. Insbesondere wird keine politische Würdigung des InstA vorgenommen.

¹⁰ Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1 ("**Entsenderichtlinie**").

¹¹ Richtlinie 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018 L 173, 16.

¹² Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2014 L 159, 11 ("**Durchsetzungsrichtlinie**").

¹³ Im Rahmen dieser Analyse nicht eingegangen wird auf das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI).

II. Analyse

A. Grundzüge des EU-Entsenderechts

(1) Einleitung und Kontext

10. Das EU-Entsenderecht stützt sich auf die in Art. 56 ff. des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ("*AEUV*") niedergeschriebene Dienstleistungsfreiheit und die in diesem Zusammenhang ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ("*EuGH*"). Bereits vor Inkrafttreten der Entsenderichtlinie hatte sich der EuGH verschiedentlich mit Massnahmen zum Schutz des nationalen Arbeitsmarktes zu beschäftigen¹⁴ und führte die entsprechende Prüfung nach den Regeln der Dienstleistungsfreiheit durch.
11. Die vorstehend in Rz. 10 zitierten Entscheide des EuGH führten im Ergebnis zum Erlass der Entsenderichtlinie. Dies vor dem Hintergrund der Überlegung, dass das teilweise erhebliche Lohngefälle zwischen den EU-Mitgliedstaaten Unternehmen aus Niedriglohnländer insbesondere in lohnintensiven Branchen wie dem Baugewerbe einen Wettbewerbsvorteil verschafft, weil entsandte Arbeitnehmer grundsätzlich nach dem auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Rechtsregeln, d.h. den Regeln des Herkunftslandes, entlohnt werden.
12. Die 1996 in Kraft getretene Entsenderichtlinie greift insofern in das Vertragsstatut des jeweiligen Einzelarbeitsvertrags ein, als sie die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern betreffend bestimmter Aspekte diejenigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zugebilligt werden, die im Empfangsstaat gelten¹⁵. Die Richtlinie 96/71 harmonisiert jedoch nicht den materiell-rechtlichen Inhalt dieser zwingender Bestimmungen über ein Mindestmass an Schutz, sondern dieser Inhalt kann von den Mitgliedstaaten unter Beachtung des Vertrags und der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts frei bestimmt werden¹⁶. Die verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen, die die Überwachung der Einhaltung dieser Arbeits- und Arbeitsbedingungen erlauben sollen, werden durch die Entsenderichtlinie nicht geregelt¹⁷. Der EuGH prüfte daher die Massnahmen, welche die Mitgliedstaaten zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie ergriffen, anhand der Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit im AEUV¹⁸.

¹⁴ So etwa EuGH, Rs. C-279/80 (Webb); EuGH, verb. Rs, 62 u. 63/81 (SECO); EuGH, Rs. 113/89 (Rush Portuguesa); EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst).

¹⁵ Erwägungsgründe 6 und 13 f. und Art. 3 der RL 96/71.

¹⁶ EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), Rz. 60.

¹⁷ EuGH, Rs. C-515/08 (dos Santos Palhota), Rz. 26.

¹⁸ EuGH, Rs. C-515/08 (dos Santos Palhota), Rz. 29 ff.

13. Nach dem Erlass der Entsenderichtlinie ergingen verschiedene Urteile, welche teilweise kontrovers aufgenommen wurden¹⁹. In einer Mitteilung stellte die EU-Kommission ausserdem fest, dass die Mitgliedstaaten sich zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie auf ihr eigenes innerstaatliches Instrumentarium stützen und dieses in einer Weise anwenden, die weder der Dienstleistungsfreiheit noch der Entsenderichtlinie in jeder Hinsicht entspricht²⁰. All dies führte im Ergebnis zum Erlass der Durchsetzungsrichtlinie, mit der ein gemeinsamer Rahmen für die Durchführung der Entsenderichtlinie geschaffen werden sollte.

(2) *Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)*²¹

14. Art. 56 AEUV enthält ein allgemeines Verbot staatlicher Massnahmen, die den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der EU beschränken. Mithin geht es also um Massnahmen, die ein Mitgliedstaat ergreift und welche geeignet sind, die Tätigkeiten von Dienstleistenden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und dort rechtmässig ähnliche Dienstleistungen erbringen, in seinem Hoheitsgebiet zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen²². Die Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit setzt voraus, dass diese, abgesehen vom Bestehen eines *legitimen Ziels*, das *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* entspricht, *geeignet* ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und dass sie nicht über dasjenige hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels *erforderlich* ist²³.

- 14.1 Als *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* gelten nach der Rechtsprechung des EuGH u.a. die folgenden Gründe: Schutz der Arbeitnehmer, die Verhinderung eines unlauteren Wettbewerbs durch Unternehmen, die ihren entsandten Arbeitnehmern einen Lohn zahlen, der unterhalb des Mindestlohns im Empfangsstaat liegt, soweit dieses Ziel auch dem Schutz der Arbeitnehmer durch Bekämpfung von Sozialdumping dient, die Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und die Verhinderung von Missbräuchen, namentlich die Bekämpfung der Schwarzarbeit, sofern dieses Ziel insbesondere mit dem Ziel, das finanzielle Gleichgewicht der Systeme der sozialen Sicherheit zu wahren, zusammenhängen kann²⁴.

¹⁹ Vgl. KOM(2012) 131 endgültig, S. 5, 7, mit Verweis auf die Urteile in den Rs. C-438/05 (Viking), C-341/05 (Laval), C-346/06 (Rueffert) und C-319/06 (Kommission/Luxemburg).

²⁰ KOM(2007) 304 endgültig, S. 12.

²¹ Vormalig Art. 49 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

²² Vgl. etwa EuGH, Rs. C-369/96 (Arblade), Rz. 33.

²³ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-150/04 (Kommission/Dänemark), Rz. 46; Rs. C-222/07 (UTECA), Rz. 25.

²⁴ EuGH, Rs. C-315/13 (De Clercq), Rz. 65, m. Hw.

- 14.2 *Geeignet* ist eine Massnahme nur dann, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen²⁵, d.h. wenn die Massnahme in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem zu verwirklichenden Ziel steht.
- 14.3 *Diskriminierende Massnahmen* können nur unter sehr engen Restriktionen gerechtfertigt werden, nämlich aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit²⁶. Dabei ist der Begriff der öffentlichen Ordnung eng auszulegen, wie der EuGH wiederholt festhielt.

*Deshalb ist, wie der Gerichtshof bereits klargestellt hat, der Begriff der öffentlichen Ordnung, auch wenn die Mitgliedstaaten die Erfordernisse der öffentlichen Ordnung im Wesentlichen weiterhin frei nach ihren innerstaatlichen Bedürfnissen bestimmen können, doch im Gemeinschaftsrecht und insbesondere, wenn er eine Ausnahme von dem fundamentalen Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen soll, eng zu verstehen, so dass seine Tragweite nicht von den einzelnen Mitgliedstaaten einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Europäischen Gemeinschaft bestimmt werden darf.*²⁷

15. Art. 56 AEUV steht somit nationalen Regelungen, welche den inländischen Arbeitsmarkt schützen, nicht a priori entgegen²⁸ und die Mitgliedstaaten sind befugt, die entsprechenden Kontrollmassnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, die Beachtung dieser entsprechenden Bestimmungen sicherzustellen²⁹.

²⁵ EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Rz. 55.

²⁶ Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV. Eine Diskriminierung ist namentlich dann möglich, wenn diese durch objektive Unterschiede erklärt werden kann, vgl. dazu etwa EuGH, Rs. C-49/98 (Finalarte). Siehe auch schon EuGH, C-29/95 (Pastoors), wonach eine nur auf im Ausland ansässige Personen angewandte Regelung zur Hinterlegung einer Kautions gerechtfertigt werden kann, sofern die unterschiedliche Behandlung von Inländern und Ausländern auf objektiven Gründen beruht und die Massnahme im Ergebnis verhältnismässig ist.

²⁷ EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Rz. 50.

²⁸ EuGH, Rs. C-341/05 (Laval); vgl. ebenfalls EuGH, Rs. C-279/80 (Webb), Rz. 18 f. Zwar erging dieses Urteil im Zusammenhang mit der Überlassung von Arbeitnehmern, doch lässt sich daraus herauslesen, dass Massnahmen ergriffen werden dürfen, wenn diese Umständen entgegenwirken sollen, die "gedeihliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen" können (Rz. 19). Betont in eben dieser Rz. wurden "Unterschiede, die zwischen den Arbeitsmarktverhältnissen der verschiedenen Mitgliedstaaten bestehen können".

²⁹ EuGH, Rs. C-315/13 (De Clercq), Rz. 66, m. Hw.

(3) *EU-Entsenderecht*

16. Das *materielle Entsenderecht* der EU ist im Wesentlichen in der Entsenderichtlinie, revidiert durch die RL 2018/957, niedergeschrieben. Diese legen abschliessend fest, in welchen Bereichen die Mitgliedstaaten ihre eigenen Normen auf entsandte Arbeitnehmer anwenden dürfen³⁰. Kern dieser Regelung³¹ sind folgende Vorschriften:
- 16.1 Regelungsadressaten sind Unternehmen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, die zwecks grenzüberschreitender Erbringung einer Dienstleistung für einen begrenzten Zeitraum Arbeitnehmer in einen anderen EU-Mitgliedstaat entsenden³². Regelungsbegünstigte sind entsandte Arbeitnehmer, d.h. Arbeitnehmer, die für einen begrenzten Zeitraum ihre Arbeitsleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbringen³³. Dieser Zeitraum ist grundsätzlich auf 12 Monate begrenzt, kann jedoch verlängert werden auf 18 Monate³⁴.
- 16.2 Entsandte Arbeitnehmer sollen, unabhängig vom Recht, dem das Arbeitsverhältnis untersteht, in den Genuss mindestens derjenigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen kommen, welche kraft Rechtsvorschriften oder allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen in dem Mitgliedstaat gelten, in den sie entsandt werden³⁵, soweit diese durch die Entsenderichtlinie erfasst werden. Unter den Begriff der "Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen" fallen neben der Entlohnung eine Vielzahl von Bestimmungen³⁶, wobei die in der Entsenderichtlinie genannten Aspekte, wie

³⁰ Dies folgt aus der Rechtsprechung des EuGH, bspw. Rs. 319/06 (Kommission/Luxemburg). Eine Ausnahme sieht immerhin Art. 3 Abs. 10 der RL 96/71 in beschränktem Mass sowie in der durch die RL 2018/957 revidierten Fassung in erweitertem Mass vor, wonach die Mitgliedstaaten nach den Regeln von Art. 56 AEUV auch weitergehende Regelungen treffen können; vgl. EuGH, Rs. 319/06 (Kommission/Luxemburg), Rz. 49 ff.

³¹ Gemeint ist die revidierte Entsenderichtlinie, wie sie bis am 30. Juli 2020 in den EU-Mitgliedstaaten umgesetzt sein muss.

³² Art. 1 Abs. 1 RL 96/71.

³³ Art. 2 Abs. 1 RL 96/71.

³⁴ Erwägungsgründe 9 und 10 der RL 2018/957 sowie deren Art. 1 Abs. 2 Bst. b. Im Rahmen des FZA ist dieser Zeitraum auf 90 Tage im Jahr begrenzt.

³⁵ Art. 1 Abs. 2 Bst. a RL 2018/957.

³⁶ Art. 1 Abs. 2 Bst. a RL 2018/957. Es sind dies Vorschriften betreffend Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten; bezahlter Mindestjahresurlaub; Entlohnung, einschliesslich der Überstundensätze, jedoch nicht die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme; Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen; Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz; Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen; Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen; Bedingungen für die Unterkünfte von Arbeitnehmern, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer, die von ihrem regelmässigen Arbeitsplatz entfernt sind, zur Verfügung gestellt werden; Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen nicht zu Hause wohnen.

bereits erwähnt, abschliessend sind³⁷, deren Inhalt jedoch von den Mitgliedstaaten unter Beachtung des AEUV und der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts frei bestimmt werden kann³⁸. Mithin soll der Grundsatz gelten "gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort"³⁹. Oder nochmals anders ausgedrückt:

*In einem wirklich integrierten und wettbewerbsorientierten Binnenmarkt konkurrieren Unternehmen auf der Grundlage von Faktoren wie Produktivität, Effizienz und dem Bildungs- und Qualifikationsniveau der Arbeitskräfte sowie der Qualität ihrer Güter und Dienstleistungen und durch den Grad an Innovation miteinander.*⁴⁰

- 16.3 Generell lässt sich feststellen, dass die revidierte Entsenderichtlinie den Schutz der entsandten Arbeitnehmer präzisiert. So muss nach der RL 2018/957 nicht mehr nur derselbe minimale Tariflohn wie im Empfangsstaat bezahlt werden, sondern es müssen auch dieselben Lohnzuschläge ausgerichtet werden. Auch die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ist nicht mehr nur auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt, wie dies nach Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie noch der Fall war. Schliesslich sind Reisekosten zwingend vom Arbeitgeber zu tragen.
- 16.4 Anzumerken ist aber, dass selbst Massnahmen, welche nach der geltenden Entsenderichtlinie eigentlich vorgesehen sind, nicht in jedem Fall zulässig sein müssen. So hielt der EuGH im Urteil Mazzoleni unter dem Titel Verhältnismässigkeit fest:

Die Artikel 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) und 60 EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 EG) verwehren es einem Mitgliedstaat nicht, einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, das Dienstleistungen im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats erbringt, die Verpflichtung aufzuerlegen, seinen Arbeitnehmern die in den nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen. Die Anwendung solcher Vorschriften kann sich jedoch als unverhältnismässig erweisen, wenn es sich um Beschäftigte eines Unternehmens mit Sitz in einer grenznahen Region handelt, die einen Teil ihrer Arbeit in Teilzeit und für kurze Zeiträume im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten als diejenigen erbringen müssen, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat. Die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats müssen daher feststellen, ob und, wenn ja, inwieweit, die Anwendung einer nationalen Regelung, die einen Mindestlohn vorschreibt, auf

³⁷ Siehe Rz. 16.

³⁸ EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Rz. 19.

³⁹ <http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20180524IPR04230/entsenderichtlinie-gleicher-lohn-fur-gleiche-arbeit-am-gleichen-ort> (besucht am 31. Januar 2019).

⁴⁰ Erwägungsgrund 16 der RL 2018/957. In diesem Sinne auch EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), wonach der Zweck von Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie bezwecke, zwischen inländischen Unternehmen und Unternehmen, die länderübergreifende Dienstleistungen erbringen, einen lautereren Wettbewerb sicherzustellen (Rz. 74) bzw. verhindern soll, dass die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen dadurch, dass sie auf ihre Arbeitnehmer hinsichtlich dieser Aspekte die im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen anwenden, gegenüber den Unternehmen des Aufnahmemitgliedstaats, wenn dessen soziales Schutzniveau höher ist, im Rahmen einer länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen unlauteren Wettbewerb betreiben (Rz. 75).

ein solches Unternehmen erforderlich und verhältnismässig ist, um den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer sicherzustellen.⁴¹ [Hervorhebung]

17. Die *Durchsetzungsvorschriften* finden sich in der Durchsetzungsrichtlinie⁴². Diese schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten nur Massnahmen erlassen dürfen, "die notwendig sind, um eine wirksame Überwachung [...] zu gewährleisten, vorausgesetzt sie sind im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismässig"⁴³. Mit dem Verweis auf das Unionsrecht ist Art. 56 AEUV gemeint⁴⁴. Die Durchsetzungsvorschriften enthalten insbesondere folgende Bestimmungen:

17.1 Art. 4 der Durchsetzungsrichtlinie befasst sich mit der Feststellung, ob eine Entsendung im Sinne der Entsenderichtlinie vorliegt. Damit ist insbesondere die Problematik der *Scheinselbständigkeit* angesprochen⁴⁵, die auch Gegenstand des Erwägungsgrundes 10 ist:

Die in dieser Richtlinie festgelegten Kriterien in Bezug auf die Umsetzung und Überwachung der Entsendung können den zuständigen Behörden auch in Bezug darauf dienlich sein, zu ermitteln, ob Arbeitnehmer fälschlicherweise als selbstständig gemeldet sind. Gemäß Richtlinie 96/71/EG wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, verwendet wird. Eine weitere Präzisierung und eine verbesserte Überwachung der Entsendung durch die einschlägigen zuständigen Behörden würde die Rechtssicherheit verbessern und ein zweckdienliches Instrument für die wirksame Bekämpfung der Scheinselbständigkeit und für die Gewährleistung, dass entsandte Arbeitnehmer nicht fälschlicherweise als selbstständig gemeldet werden, darstellen, womit dazu beigetragen würde, einer Umgehung der geltenden Bestimmungen vorzubeugen sowie diese zu verhindern und zu bekämpfen. [Hervorhebung]

17.2 Art. 9 Abs. 1 der Durchsetzungsrichtlinie enthält einen nicht abschliessenden⁴⁶ Katalog von Massnahmen, welche die Mitgliedstaaten zur Kontrolle der Einhaltung der Entsenderichtlinie vorsehen können. Die Massnahmen müssen, wie vorstehend erwähnt, notwendig und im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismässig sein;

⁴¹ EuGH, Rs. C-165/98.

⁴² Die Durchsetzungsrichtlinie gilt derzeit für die Schweiz nicht.

⁴³ Art. 9 Abs. 1 RL 2014/67. In diesem Sinne vgl. den Kommentar der Kommission in KOM(2007) 304 endgültig, S. 7 f.

⁴⁴ Vgl. KOM(2012) 131 endgültig, S. 17.

⁴⁵ Vgl. zu diesem Punkt auch Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema "Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen – Vorteile und Potenziale bestmöglich nutzen und dabei den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten" (KOM(2007) 304 endgültig, Abschnitt 5.1).

⁴⁶ Art. 9 Abs. 1 der RL 2014/67: "[...] Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten insbesondere folgende Massnahmen vorsehen [...]". Vgl. auch parl. Anfrage P-004192-16 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-8-2016-004192_DE.html (besucht am 31. Januar 2019).

- 17.3 Art. 10 Abs. 1 der Durchsetzungsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, "dass gemäss nationalem Recht und nationalen Gepflogenheiten geeignete und wirksame Kontroll- und Überwachungsmechanismen eingesetzt werden und die nach nationalem Recht benannten Behörden in ihrem Hoheitsgebiet wirksame und angemessene Prüfungen durchführen, um die Einhaltung der Bestimmungen und Vorschriften der Richtlinie 96/71/EG, unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen dieser Richtlinie, zu kontrollieren und zu überwachen, und so ihre ordnungsgemässe Anwendung und Durchsetzung zu gewährleisten". Die Überwachung der Einhaltung der minimalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen kann ausdrücklich durch die Sozialpartner erfolgen⁴⁷.
- 17.4 Art. 11 Abs. 6 der Durchsetzungsrichtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die notwendigen Mechanismen vorsehen, damit entsandte Arbeitnehmer die ihnen geschuldeten Nachzahlungen erhalten.
18. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Entsenderichtlinie und die Durchsetzungsrichtlinie den Mitgliedstaaten auf den ersten Blick zahlreiche Möglichkeiten verleihen, den nationalen Arbeitsmarkt bzw. die inländische Wirtschaft vor Verzerrungen, d.h. u.a. vor Lohndumping zu schützen. Dies aber immer vor dem Hintergrund von Art. 56 AEUV. Mithin werden die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, Massnahmen zu ergreifen, durch die Praxis des EuGH stark eingeschränkt.
- B. Vorgeschlagene Regelung im InstA und deren Auswirkungen auf die bestehenden FlaM**
- (1) Derzeitige und künftige Stellung der Schweiz in Bezug auf den Binnenmarkt*
19. Vorab ist auf die Rechtsprechung des EuGH zum FZA hinzuweisen. Der EuGH hielt fest, dass die Schweiz dem Binnenmarkt nicht beigetreten sei. Stattdessen sei zur Stärkung der Bindungen zwischen der Schweiz und der EU u.a. das FZA geschlossen worden. Die Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt könne daher nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist⁴⁸. Somit gelte der unionsrechtliche Besitzstand nur in denjenigen Bereichen, in denen ausdrücklich gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Union geschaffen werden, mithin also auf die Rechtsakte der Union Bezug genommen werde⁴⁹.

⁴⁷ Art. 10 Abs. 4 der RL 2014/67.

⁴⁸ EuGH, Rs. 351/08 (Grimme), Rz. 26-29.

⁴⁹ EuGH, Rs. 351/08 (Grimme), Rz. 37 f.; so auch BGer v. 22. Mai 2017, 2C_150/2016, E. 2.2; BGer v. 11. August 2014, BGE 140 II 447 = Pra 104 (2015) Nr. 43, E. 4.3.

20. Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung sollen heute gemäss aktuellem FZA dieselben Regeln gelten wie diese in der Entsenderichtlinie (nicht revidiert) niedergeschrieben sind bzw. durch die Rechtsprechung des EuGH bis am 21. Juni 1999 definiert wurden⁵⁰. Auch wenn nach dem Wortlaut des FZA die Rechtsprechung des EuGH, soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden, nur bis zum Zeitpunkt von dessen Unterzeichnung für die Schweiz verbindlich ist⁵¹, hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung entschieden, von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nur bei Vorliegen "triftiger" Gründe abzuweichen. Dies vor dem Hintergrund, dass es zum einen nach der Präambel zum FZA Ziel des FZA ist, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, und zum andern die EU und die Schweiz in Art. 16 Abs. 1 FZA übereingekommen sind, in den vom Abkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen eine möglichst parallele Rechtslage besteht⁵². Auf das Entsenderecht übertragen bedeutet dies, dass das Bundesgericht auch die neuere Rechtsprechung zur RL 96/71 berücksichtigt⁵³.
21. Mit der Unterzeichnung des InstA verpflichtet sich die Schweiz zum einen, die RL 96/71, 2018/957 und 2014/67 innert dreier Jahre seit Inkrafttreten des InstA in ihre nationale Gesetzgebung zu überführen, und zum andern, auch allfällige Weiterentwicklungen des EU-Entsenderechts⁵⁴ mitzutragen, d.h. allfällige weitere Änderungen der im Protokoll I zum InstA genannten RL 96/71, 2018/957 und 2014/67. Letzteres ergibt sich aus Art. 5 InstA, welcher wie folgt lautet:

Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität der Abkommen sorgen die Europäische Union und die Schweiz gemäss den Bestimmungen in Teil II, Kapitel 3 dieses Abkommens dafür, dass die Rechtsakte der Europäischen Union, die in den Bereichen der betroffenen Abkommen erlassen werden, nach deren Verabschiedung so rasch wie möglich in das entsprechende Abkommen integriert werden, und bestätigen –wenn das betroffene Abkommen dies vorsieht–die Gleichwertigkeit ihrer Gesetzgebungen, um das angestrebte Ergebnis der Rechtsakte der Europäischen Union, auf die Bezug genommen wird, sicherzustellen.

Zudem sollen gemäss Art. 4 Abs. 1 InstA die betroffenen Abkommen und die Rechtsakte der EU, soweit darauf Bezug genommen wird, in denjenigen Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, einheitlich ausgelegt und angewandt werden.

⁵⁰ BGer v. 11. August 2014, BGE 140 II 447 = Pra 104 (2015) Nr. 43, E. 4.3, wo ausdrücklich auf die Parallelität der Rechtslage hingewiesen wird.

⁵¹ Vgl. Art. 16 Abs. 2 FZA.

⁵² Vgl. etwa BGer v. 26. November 2015, BGE 142 II 35, E. 3.1; BGer v. 11. August 2014, BGE 140 II 447 = Pra 104 (2015) Nr. 43, E. 4.3.

⁵³ Ausdrücklich in BGer v. 22. Mai 2017, 2C_150/2016, E. 2.2.

⁵⁴ Und generell die Weiterentwicklung des Rechts in den vom FZA erfassten Bereichen.

22. Die dreijährige Übergangsfrist zur Umsetzung der (revidierten) Entsende- und der Durchsetzungsrichtlinie heisst nicht, dass die Entsenderichtlinie bis zu ihrer Umsetzung in nationales Recht wirkungslos ist. Die EU könnte die Meinung vertreten, dass, abgesehen von der Geltung der ursprünglichen Entsenderichtlinie inkl. Rechtsprechung bis zur Unterzeichnung des FZA⁵⁵, beide Richtlinien samt der hierzu ergangenen Rechtsprechung aufgrund von Art. 4 und 5 InstA insofern Anwendung finden als die Auslegung von Grundsätzen zur Dienstleistungsfreiheit im Entsendebereich betroffen ist. Zu dieser Rechtsprechung, würden dabei nicht nur die Urteile, welche bis 1999 gefällt wurden, sondern auch jüngere Rechtsprechung, soweit sie sich im Entsendebereich beispielsweise mit der Auslegung von Artikel 56 AEUV und der traditionellen Prinzipien der Verhältnismässigkeit und Diskriminierung auseinandersetzen. Eine solche Haltung liesse sich nicht nur auf Art. 4 Abs. 1 InstA (Gebot der einheitlichen Auslegung), stützen, sondern auch auf die Praxis des Bundesgerichts⁵⁶.

Mit der Umsetzung der (revidierten) Entsende- und der Durchführungsrichtlinie in das nationale Recht ist nur die materielle Korrektur bzw. Ergänzung des schweizerischen Entsenderechts gemeint, wo letzteres nicht mit den betreffenden Richtlinien und insofern der entsprechenden Rechtsprechung übereinstimmt. Fraglich ist bei Annahme einer oben beschriebenen Haltung der EU, inwiefern solche materielle nationale Bestimmungen, die nicht nur mit der revidierten Entsenderichtlinie bzw. der Durchsetzungsrichtlinie, sondern bereits mit der zur Zeit des Abschlusses des FZA gültigen Fassung der Entsenderichtlinie und der gestützt auf diese ergangenen Rechtsprechung unvereinbar waren, nicht vom Gemischten Ausschuss bereits vor Umsetzung der beiden Richtlinien als inkompatibel qualifiziert werden könnte.

23. Nach Ablauf von drei Jahren seit Inkrafttreten des InstA sollen, soweit nicht durch das FZA sachlich und zeitlich beschränkt, im Bereich des Entsenderechts stets dieselben Regeln gelten, wie in der EU. Dabei macht die EU der Schweiz wenige Zugeständnisse im Bereich der Voranmeldefrist, der Kautionspflicht und der Dokumentationspflicht, wobei, wie nachstehend gezeigt wird, fraglich ist, ob alle diese Zugeständnisse wirkliche Zugeständnisse sind oder ob sie nicht bereits nach dem geltenden EU-Entsenderecht zu rechtfertigen wären. Sie sind aber immerhin von der Rechtsentwicklung ausgenommen⁵⁷.
24. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach dem Inkrafttreten des InstA
- die Schweiz die RL 96/71 in ihrer ursprünglichen Fassung gemäss der jüngsten Rechtsprechung des EuGH anzuwenden hat, was nach möglicher Interpretation von Art. 4 Abs. 1 InstA durch die EU insbesondere auch die jüngste Rechtsprechung

⁵⁵ Art. 16 Abs. 2 FZA.

⁵⁶ Vgl. Rz. 20 oben.

⁵⁷ Erl.BR S. 13.

des EuGH zu Art. 56 AEUV und den Prinzipien der Verhältnismässigkeit und der Diskriminierung miteinschliesst, soweit diese in Bezug auf die RL 96/71 ergangen ist⁵⁸; und

- innert dreier Jahre die Entsenderichtlinie in revidierter Fassung und die Durchsetzungsrichtlinie ins nationale Recht überführt sein müssen, wobei betreffend Voranmeldefrist, der Kautionspflicht und der Dokumentationspflicht für Selbständige spezifische Regeln gelten.
25. Im Rahmen der nachfolgenden Analyse wird somit auch auf Entscheide des EuGH nach Unterzeichnung des FZA abgestellt. Wie oben erwähnt, betrifft diese Rechtsprechung v.a. Fragen der Auslegung von Art. 56 AEUV im Entsendebereich und dabei vor allem die Auslegung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Diskriminierung, die trotz dreijähriger Übergangsfrist zur Umsetzung der revidierten Entsende- und der Durchsetzungsrichtlinie zu berücksichtigen sind. Im Übrigen weicht selbst das Bundesgericht, wie vorhin ebenfalls erwähnt⁵⁹, nur "aus triftigen Gründen" davon ab.
26. Ergibt sich demnach aus der Analyse der Schluss, dass eine Massnahme (allenfalls auch gestützt auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH) mit der ursprünglichen RL 96/71 bzw. dem FZA unvereinbar war bzw. ist, so führt dies nach Auffassung der Verfasser dazu, dass sie mit Inkrafttreten des InstA nicht weitergeführt werden dürfte. Es dürfte im Streitfall allerdings nicht ausgeschlossen sein, dass man sich – gerade aufgrund der unklaren Bedeutung von Art. 4 Abs. 1 InstA – mit der EU der Art einigt, dass diese Punkte im Laufe der dreijährigen Umsetzungsfrist (und nicht sofort) angepasst werden. Weiterführen im Rahmen der dreijährigen Frist nach Inkrafttreten des InstA kann die Schweiz nur solche Massnahmen, die gestützt auf die Rechtsprechung des EuGH mit der RL 96/71 bzw. dem FZA und auch mit dem InstA vereinbar sind. Nach Ablauf der dreijährigen Frist müssen die FlaM der Rechtslage der EU entsprechen, mit Ausnahme der erwähnten spezifisch zwischen den Parteien ausgehandelten Bestimmungen, welche, wie erwähnt, der Rechtsentwicklung entzogen sein werden.⁶⁰

(2) Kernpunkte der FlaM und deren Parallelen im EU-Recht

(a) Entsendegesetz

27. Das Entsendegesetz (EntsG) wurde aufgrund des Vorbehalts gemäss Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA erlassen und hat weitgehend die Richtlinie 96/71/EG übernommen; sein

⁵⁸ Das Bundesgericht berücksichtigt ebenfalls die neuere Rechtsprechung, s. Rz. 20 oben.

⁵⁹ Oben, Rz. 20.

⁶⁰ Die höchstens vier Arbeitstage dauernde Voranmeldefrist dürfte allerdings im konkreten Einzelfall gemäss der Praxis der EU auslegungsbedürftig sein.

Hauptzweck ist die Übernahme von Art. 2 FZA (Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit) und Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA (Gleichbehandlung) in das Landesrecht⁶¹.

28. Kernpunkte des EntsG sind die Regelungen gegen Scheinselbständigkeit (Art. 1a und 1b), die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen (Art. 2 EntsG), die solidarische Haftung des Erstunternehmers für die Einhaltung der Arbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG durch Subunternehmer (Art. 5), die Voranmeldefrist bzw. das Verbot, vor Ablauf der Voranmeldefrist die vereinbarte Dienstleistung zu erbringen (Art. 6), die Durchführung der Kontrollen (Art. 7) sowie die Sanktionen (Art. 9 und 12).

Regelungen gegen Scheinselbständigkeit

29. Gemäss Art. 1a EntsG haben ausländische Dienstleistungserbringer, die sich auf selbstständige Erwerbstätigkeit berufen, diese gegenüber den zuständigen Kontrollorganen nachzuweisen. Im Zweifelsfall kann die kantonale Behörde auf Meldung des zuständigen Kontrollorgans einen Arbeitsunterbruch anordnen (Art. 1b EntsG).
30. Wie bereits erwähnt (Rz. 17.1), darf ein Mitgliedstaat gemäss Durchsetzungsrichtlinie Massnahmen ergreifen gegen Scheinselbständigkeit. Diesen Grundsatz hat der EuGH im Übrigen aber schon lange vor dem Erlass der Entsenderichtlinie und der Durchsetzungsrichtlinie festgehalten. So habe jeder Mitgliedstaat das Recht zu prüfen, ob die Dienstleistungsfreiheit zu Recht in Anspruch genommen wird⁶². Stets hatten und haben solche Massnahmen aber mit Art. 56 AEUV im Einklang zu stehen⁶³.
31. Dass selbständigen Dienstleistungserbringern andere Verpflichtungen hinsichtlich des Nachweises ihres Status auferlegt werden, ist nach der Rechtsprechung des EuGH

⁶¹ BGer v. 11. August 2013, BGE 140 II 447, E. 4.6.

⁶² EuGH, Rs. 113/89 (Rush Portuguesa), Rz. 17; bestätigt u.a. in EuGH, Rs C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rz. 36.

⁶³ EuGH, Rs. 113/89 (Rush Portuguesa), Rz. 17; bestätigt u.a. in EuGH, Rs C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rz. 36. Vgl. EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien), Rz. 45: "Insoweit ist hinsichtlich der vom Königreich Belgien geltend gemachten Ziele festzustellen, dass diese als zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können, berücksichtigungsfähig sind. Hierzu genügt der Hinweis, dass sich das Ziel, Betrug – insbesondere Sozialbetrug – zu bekämpfen und Missbräuche zu verhindern – insbesondere Scheinselbständigkeit aufzudecken und gegen Schwarzarbeit vorzugehen –, unter das Ziel, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit zu bewahren, aber auch unter die Ziele, unlauteren Wettbewerb und Sozialdumping zu verhindern sowie die Erwerbstätigen, einschließlich der selbständigen Dienstleistungserbringer, zu schützen, einordnen lässt."

unproblematisch, solange diese verhältnismässig sind⁶⁴. Gemäss Ziff. 2 Abs. 3 des Protokolls I des InstA darf die Schweiz zur

Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit durch effiziente und risikobasierte Kontrollen [...] von den selbstständigen Dienstleistungserbringern im Rahmen nachträglicher Kontrollen die Vorlage von Dokumenten verlangen, die eine wirksame Kontrolle erlauben (höchstens: gegebenenfalls Bestätigung der Anmeldung, Nachweis der Anmeldung bei den Sozialversicherungen als Selbständigerwerbender im Wohnsitzstaat, Nachweis des Vertragsverhältnisses).

32. Im InstA ist völkerrechtlich verankert, welche Unterlagen die Schweiz *höchstens* verlangen darf. Daraus ergibt sich, dass eine Pflicht, weitere Unterlagen vorzuweisen, wohl unverhältnismässig bzw. nur schwer zu rechtfertigen wäre.
33. Hinzuweisen ist in diesem Kontext auf die Haltung des EuGH in Bezug auf die Vorlage von Dokumenten bei der Voranmeldung selbständiger Dienstleistungserbringer in Belgien, wo der EuGH entschied, dass die Pflicht, sehr detaillierte Informationen vorzulegen, unverhältnismässig sei⁶⁵. Im Rahmen von Art. 1a Abs. 1 EntsG werden wenige Unterlagen genannt, welche denjenigen in Ziff. 2 Abs. 3 des Protokolls I des InstA entsprechen⁶⁶; es handelt sich nicht um "detaillierte" Unterlagen⁶⁷. Art. 1a Abs. 1 EntsG dürfte demnach mit dem InstA vereinbar sein⁶⁸.
34. Problematisch erscheint aber vor dem Hintergrund des Vertragstexts des InstA Art. 1a Abs. 4 EntsG, wonach die Kontrollorgane weitere Unterlagen einfordern können, wenn sie mit den in Art. 1a Abs. 1 EntsG stipulierten Unterlagen die Frage der Selbständigkeit nicht abschliessend beantworten können. Diese Bestimmung steht insofern im Widerspruch zum InstA, als sie nicht mit der "EU-Offerte"⁶⁹ puncto Dokumentationspflicht für Selbständige im Einklang stehen dürfte. Hier stellt sich aber die Frage, ob das InstA hier

⁶⁴ EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien), Rz. 47 ff. In casu wurde die Massnahme dann aber als unverhältnismässig qualifiziert. Vgl. auch schon EuGH, Rs. C-49/98 (Finalarte), nach der die unterschiedliche Behandlung von ausländischen und inländischen Unternehmen durch objektive Unterschiede gerechtfertigt sein könne und nicht unbedingt eine gegen die Dienstleistungsfreiheit verstossende Diskriminierung darstelle.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien), Rz. 54 f.

⁶⁶ Unter dem Nachweis der Anmeldung bei den Sozialversicherungen als Selbständigerwerbender im Wohnsitzstaat wird die in Art. 19 Abs. 2 der VO 987/2009/EG vorgesehene Bestätigung verstanden.

⁶⁷ Analog etwa EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Rz. 66-72, wonach eine Bestimmung, nach der ausländische Arbeitgeber den Arbeitsvertrag, die Lohnabrechnungen sowie die Arbeitszeit- und Lohnzahlungsnachweise in deutscher Sprache am Entsendeort bereitzuhalten hatte, mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sei.

⁶⁸ Anders als im Bereich der Voranmeldung verlangt das InstA in diesem Fall gerade nicht eine periodische Überprüfung der Massnahme.

⁶⁹ Erl.BR S. 13.

nicht selbst im Widerspruch zum geltenden EU-Entsenderecht steht, wonach die Mitgliedstaaten geeignete und erforderliche Massnahmen ergreifen dürfen, um Scheinselbständigkeit zu bekämpfen. Dieser Punkt sollte geklärt werden.

35. **Fazit: Die derzeitige Regelung im EntsG dürfte mit dem InstA weitgehend und mit dem EU-Entsenderecht insgesamt kompatibel sein. Selbst wenn Art. 1a Abs. 4 EntsG dem InstA entgegenzustehen scheint, dürfte in der Praxis wenig Konfliktpotenzial entstehen, zumal in der EU durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannt ist, dass die Mitgliedstaaten Massnahmen gegen Scheinselbständigkeit ergreifen dürfen, soweit diese geeignet und verhältnismässig sind. Bei der Umsetzung der betreffenden Richtlinie ist aber dieser Punkt zu berücksichtigen bzw. abzuklären.**

Minimale Lohn- und Arbeitsbedingungen

36. Gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG müssen Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmern in gewissen Bereichen mindestens diejenigen Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten GAV und NAV vorgeschrieben sind. Art. 3 EntsG regelt die Frage der Unterkunft.
37. Insbesondere zum *Mindestlohn* ist darauf hinzuweisen, dass die Bestandteile, welche den Mindestlohn ausmachen, vorbehaltlich von Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie⁷⁰, nach dem zwingenden Recht bzw. der allgemeinverbindlichen Tarifverträgen des Empfangsstaates bestimmt werden, soweit dies nicht zu einer Behinderung des Dienstleistungsverkehrs führt⁷¹. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass die entsprechenden Vorschriften den Anforderungen an die Transparenz entsprechen, was insbesondere bedeutet, dass sie zugänglich und klar sein müssen⁷². Dies vorausgeschickt steht soweit ersichtlich weder die Rechtsprechung des EuGH noch das EU-Entsenderecht bzw. Art. 56 AEUV den genannten Bestimmungen des EntsG entgegen. Im Gegenteil, die Bestimmungen in Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 EntsG entsprechen soweit ersichtlich den revidierten Bestimmungen von Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie⁷³.
38. **Fazit: Die derzeitige Regelung im EntsG dürfte mit dem InstA und mit dem EU-Entsenderecht kompatibel sein.**

⁷⁰ In dieser Bestimmung geht es um Entsendungszulagen, welche als Entlohnung gelten, soweit sie nicht als Spesen einzustufen sind.

⁷¹ EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen), Rz. 34 ff. Vgl. dazu ebenfalls Rz. 14 oben.

⁷² EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen), Rz. 40.

⁷³ Vgl. KURT PÄRLI, SHK-Entsendegesetz, Bern 2018, Art. 2 N 77 und Art. 3 N 30.

Solidarische Haftung des Erstunternehmers

39. Gemäss Art. 5 EntsG haftet im Bauhaupt- und Baunebengewerbe der Erstunternehmer, definiert als Total-, General- oder Hauptunternehmer, zivilrechtlich für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeitsbedingungen der Subunternehmer.
40. Dies ist in Art. 12 der Durchsetzungsrichtlinie ausdrücklich vorgesehen. Bereits vor Inkrafttreten der Durchsetzungsrichtlinie stellte der EuGH fest, dass der Entsenderichtlinie eine derartige Haftungsregelung nicht entgegenstehe⁷⁴ (wohl aber eine solche, die sich auch auf Steuerschulden des Subunternehmers beziehe⁷⁵).
41. **Fazit: Die derzeitige Regelung im EntsG dürfte mit dem InstA und mit dem EU-Entsenderecht kompatibel sein.**

Voranmeldefrist

42. Gemäss Art. 6 Abs. 1 EntsG hat der entsendende Arbeitgeber der bezeichneten Behörde die Identität und den Lohn der in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer, die in der Schweiz ausgeübte Arbeit, sowie den Ort, an dem die Arbeit ausgeführt wird, zu melden. Dabei ist es dem Arbeitnehmer gemäss Art- 6 Abs. 3 EntsG untersagt, die Arbeit vor Ablauf einer Frist von acht Tagen seit der Meldung aufzunehmen. Es ist offenkundig, dass diese Bestimmung mit dem InstA nicht kompatibel ist. Gemäss Ziff. 2 Abs. 1 des Protokolls I des InstA darf die Schweiz lediglich

für selbstständige Dienstleistungserbringer oder entsandte Arbeitnehmer auf ihrem Hoheitsgebiet eine Voranmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen anwenden, um in bestimmten Branchen auf der Basis einer objektiven Risikoanalyse, die periodisch überprüft und angepasst wird, die nötigen Sachverhaltsabklärungen am Arbeitsplatz durchzuführen.

43. Selbst wenn die spezifische Regelung zwischen der Schweiz und der EU im InstA erst mit Umsetzung der betreffenden Richtlinie wirksam würde, dürfte aber die 8-Tage-Regelung dem FZA (bzw. der ursprünglichen Fassung der Entsenderichtlinie) nicht entsprechen.
44. Eine Voranmeldefrist ist mit dem Unionsrecht grundsätzlich zu vereinbaren⁷⁶. Zur Frage, wie weit im Voraus eine solche Anmeldung erfolgen darf, äusserte sich der EuGH soweit

⁷⁴ EuGH, Rs. C-60/03 (Wolff-Müller).

⁷⁵ EuGH, Rs. C-433/04 (Kommission/Belgien).

⁷⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-315/13 (De Clercq), Rz. 62 ff.; EuGH, Rs. C-515/08 (dos Santos Palhota), Rz. 51; EuGH Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Rz 75-82; EuGH Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rz 29-31: "Zwar gehört der Schutz der Arbeitnehmer zu den bereits vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses [...]. Eine Arbeiterlaubnis [...] kann jedoch nicht als geeignetes Mittel angesehen werden. Denn sie ist zwangsläufig mit Formalitäten und Verzögerungen verbunden, die geeignet

ersichtlich nicht. Eine Voranmeldefrist von "höchstens vier Arbeitstagen" ist im InstA nun völkerrechtlich verankert, doch steht die Frage der objektiven Risikoanalyse, d.h. letztlich die Frage der Eignung und der Erforderlichkeit der Voranmeldefrist, der Überprüfung durch den EuGH offen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Erwägungsgründen des Protokoll 1, wonach die Kontrollsysteme wirksam, geeignet und nichtdiskriminierend⁷⁷ sowie gerechtfertigt und verhältnismässig⁷⁸ sein müssen – mithin genau das, was der EuGH bei den mitgliedstaatlichen Massnahmen seit jeher überprüft⁷⁹. In Erwägung der Rechtsprechung des EuGH kann im konkreten Einzelfall sogar durchaus gefragt werden, ob eine Voranmeldefrist einzuhalten ist, oder ob es nicht ausreicht, wenn der bezeichneten Behörde angezeigt wird, wie lange die Arbeit dauern wird⁸⁰. Jedenfalls hielt der EuGH mit Bezug auf selbständige Dienstleistungserbringer fest, dass eine generalisierte Voranmeldefrist Art. 56 AEUV widerspricht⁸¹. Damit ergibt sich, dass nicht nur die die aktuelle 8-Tage Regel mit dem EU-Entsenderecht (und wohl bereits mit der ursprünglichen Entsenderichtlinie und damit dem FZA) inkompatibel ist, sondern dass auch das nun völkerrechtlich verbrieftete Recht der Schweiz, eine Voranmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen anzuwenden, keinesfalls dahingehend ausgelegt werden kann, dass die Schweiz das EntsG bloss dahingehend ändern kann, dass nach dem Inkrafttreten des InstA eine statische Voranmeldefrist von vier Arbeitstagen gilt.

45. **Fazit: Die derzeit geltende Frist von acht Tagen hält wohl bereits vor der ursprünglichen Entsenderichtlinie nicht stand und ist damit FZA-widrig. Allenfalls kann im Streitfall ein Kompromiss gefunden werden der Art, dass dieser Punkt im Rahmen der Umsetzung der Entsende- und Durchsetzungsrichtlinie geklärt wird. Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass die viertägige Maximal-Voranmeldefrist, welche im Protokoll 1 festgehalten ist, zwingend in jedem Fall gerechtfertigt ist.**

sind, von der Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit mit Hilfe entsandter Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats abzuschrecken. Würde ein Dienstleistungsunternehmen verpflichtet, den örtlichen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die der Entsendung zugrunde liegende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen, so wäre dies eine Maßnahme, die ebenso wirksam wäre wie die fragliche Bedingung und zugleich weniger einschneidend. Sie würde es den betreffenden Behörden ermöglichen, die Einhaltung der luxemburgischen Vorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren [...]" Entsandte Arbeitnehmer und selbständige Dienstleistungserbringer aus der EU benötigen innerhalb der Frist von 90 Tagen keine Arbeitsbewilligung für die Schweiz. Dies unterscheidet den zitierten Fall von der Schweiz, allerdings hat die Regelung im EntsG nach hier vertretener Meinung faktisch die Wirkung einer Arbeitsbewilligung.

⁷⁷ Dritter Erwägungsgrund.

⁷⁸ Fünfter Erwägungsgrund.

⁷⁹ Vgl. Abschnitt II oben.

⁸⁰ Vgl. etwa EuGH C-515/08 (dos Santos Pahlota), Rz. 49 ff.

⁸¹ EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien).

Durchführung der Kontrollen und deren Finanzierung

46. Die Durchführung der Kontrollen ist in Art. 7 EntsG geregelt. Im Fall von allgemeinverbindlich erklärten GAV obliegt die Kontrolle der mit der Durchsetzung des GAV betrauten paritätischen Organen⁸² und im Fall von NAV den durch die Kantone oder den Bund eingesetzten tripartiten Kommissionen⁸³. Der entsendende Arbeitgeber hat den genannten Organen auf Verlangen die nötigen Dokumente vorzulegen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer belegen⁸⁴.
47. Weder die Tatsache, dass die Kontrollen nicht durch ein staatliches Organ, sondern durch paritätische oder tripartite Kommissionen durchgeführt werden⁸⁵, noch die Tatsache, dass die für die Durchführung der Kontrollen notwendigen Unterlagen zur Verfügung gestellt werden müssen⁸⁶, erscheint unionsrechtlich problematisch.
48. Mit der Durchführung der Kontrollen eng verbunden ist deren Finanzierung. Gemäss Art. 8d EntsV⁸⁷ schulden ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, die Beiträge an die Kontroll- und Vollzugskosten, die ein allgemeinverbindlich erklärter GAV Arbeitgebern und Arbeitnehmern auferlegt, wobei sie gegenüber den durch den GAV eingesetzten paritätischen Organen für die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerbeiträge aufkommen müssen. Zusätzlich haben die mit den Kontrollmassnahmen betrauten Sozialpartner Anspruch auf Entschädigung (Art. 9 Abs. 1 EntsV).
49. Soweit ersichtlich hat sich der EuGH bisher nicht mit der gegenständlichen Frage auseinandergesetzt. Damit sind diese Bestimmungen nach den allgemeinen Regeln, welche der EuGH aufstellte, zu prüfen. Im Zentrum dürfte dabei die Frage stehen, ob eine solche Regelung den betroffenen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt⁸⁸. Es dürfte sich wohl argumentieren lassen, dass die Kontrollen durch die zuständigen Kontrollorgane deutlich zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer beitragen. Insofern dürfte es mit dem InstA bzw. dem geltenden EU-Entsenderecht bzw. Art. 56 AEUV vereinbar sein, dass ausländische Arbeitgeber eine

⁸² Art. 7 Abs. 1 Bst. a EntsG.

⁸³ Art. 7 Abs. 1 Bst. b EntsG.

⁸⁴ Art. 7 Abs. 2 EntsG.

⁸⁵ Oben, Rz. 17.3.

⁸⁶ Oben, Rz. 17.2. Gemäss Art. 9 Abs. 1 der Durchsetzungsrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorschreiben, die notwendig sind, um eine wirksame Überwachung zu gewährleisten, vorausgesetzt sie sind im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismässig. Vgl. auch etwa EuGH, C-369/96 (Arblade), Rz. 56 ff.

⁸⁷ Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Entsendeverordnung, "EntsV"), SR 823.201.

⁸⁸ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-49/98 (Finalarte), Rz. 31 ff., insb. Rz. 42.

Kostenbeteiligung leisten⁸⁹. Schwierig einzuschätzen ist, inwiefern die tatsächlich zu leistenden Beiträge den Grundsätzen des EU-Entsenderechts bzw. Art. 56 AEUV entsprechen. Entscheidend ist nach den bereits gemachten Ausführungen⁹⁰, dass die Kostenbeteiligung dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhält, mithin auch die Tatsache berücksichtigt wird, dass die Freizügigkeit lediglich für 90 Tage pro Kalenderjahr gilt.

50. **Fazit: An der bisherigen Durchführung der Kontrollen durch paritätische oder tripartite Kontrollorgane dürfte sich mit dem InstA nichts ändern (es sei denn, die entsprechenden Richtlinien des EU-Entsenderechts werden geändert). Solange die Kostenbeteiligung verhältnismässig ist und insbesondere berücksichtigt, dass die Freizügigkeit lediglich für 90 Tage pro Kalenderjahr gilt, erscheint sie unproblematisch.**

Allgemeine Kautionspflicht

51. Gemäss Art. 2 Abs. 2^{ter} EntsG gelten die Bestimmungen über die Hinterlegung einer Kautions in einem für allgemeinverbindlich erklärten GAV auch für ausländische Dienstleistungserbringer, die Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden.
52. Gemäss Ziff. 2 Abs. 2 des Protokolls I zum InstA darf die Schweiz von Dienstleistungserbringern, die bei einer früheren Erbringung von Dienstleistungen ihren finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Vollzugsbehörden nicht nachgekommen sind, die Hinterlegung einer verhältnismässigen Kautions verlangen, bevor diese erneut Dienstleistungen erbringen können (in Branchen, die auf der Basis einer objektiven Risikoanalyse bestimmt werden). Ein Vergleich der beiden Bestimmungen im EntsG und im InstA zeigt offenkundig, dass die allgemeine Kautionspflicht, so wie sie derzeit im EntsG ausgestaltet ist, im Widerspruch zur geplanten Regelung im InstA steht.
53. Entscheidend ist nach der Praxis des EuGH⁹¹ bzw. der bereits gemachten Ausführungen⁹², dass die verlangte Kautions zur Durchsetzung der einschlägigen Arbeits- und Lohnbedingungen geeignet ist und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhält. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Kautions zwar abgestuft ist nach Auftragswert und nur einmal geleistet werden muss. Sie kann in bar oder durch eine unwiderrufliche Garantie einer der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) unterstellten Bank oder einer der FINMA unterstellten Versicherung erbracht werden. Problematisch könnte indessen sein,

⁸⁹ Vgl. dazu auch Vgl. etwa ASTRID EPINEY, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Forum Europarecht, Band 19, Zürich 2011, S. 81 ff., 112 ff.

⁹⁰ Abschnitt II.A.

⁹¹ EuGH, C-29/95 (Pastoors).

⁹² Abschnitt II.A.

- dass die Kautionspflicht auch besteht, wenn keine Gefahr bezüglich der Vollstreckung von Forderungen besteht⁹³. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang zunächst darauf, dass nach der RL 96/71 die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass der entsandte Arbeitnehmer am Arbeitsort gegen seinen Arbeitgeber Klage wegen Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erheben kann⁹⁴. Dies gilt unbeschadet "der Zuständigkeit der Gerichte in den Mitgliedstaaten, wie sie sich insbesondere aus den einschlägigen Instrumenten des Unionsrechts und/oder den geltenden internationalen Übereinkommen ergibt"⁹⁵. Dies kann nur heissen, dass ein gestützt auf die Durchsetzungsrichtlinie ergangenes Zivilurteil im Entsendestaat zu anerkennen und zu vollstrecken ist. Die Schweiz hat diesen Aspekt autonom übernommen und in Art. 115 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht einen Gerichtsstand in der Schweiz für entsandte Arbeitnehmer erschaffen. Gemäss Ziff. 3 des Protokolls 3 zum neuen Lugano Übereinkommen ("*LugÜ*")⁹⁶ geniesst dieser Gerichtsstand Vorrang vor den Regeln des LugÜ⁹⁷. Dies war nach dem alten LugÜ, welches zur Zeit der Einführung der Kautionspflicht galt, noch nicht der Fall⁹⁸. Urteile gegen einen ausländischen Arbeitgeber von entsandten Arbeitnehmern sind vom Entsendestaat zu vollstrecken.
 - dass nach der Rechtsprechung des EuGH sogar ein genereller Betrugsverdacht eine Massnahme, die die Ziele des AEUV beeinträchtigt, bzw. dessen Art. 56 einschränkt, nicht rechtfertigen kann⁹⁹.
54. Vor diesem Hintergrund ist somit auch hier zumindest fraglich, ob eine allgemeine Kautionspflicht während der dreijährigen Übergangsfrist beibehalten werden könnte.
55. **Fazit: Die allgemeine Kautionspflicht, so wie sie derzeit im EntsG bzw. in den allgemeinverbindlich erklärten GAV ausgestaltet ist, widerspricht dem EU-Entsenderecht (bzw. wohl bereits der ursprünglichen Entsendrichtlinie und damit dem FZA) und müsste grundsätzlich nach Inkrafttreten des InstA abgeschafft werden. Die Kautionspflicht für Dienstleistungserbringer, die ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen sind, ist möglich, solange sie verhältnismässig ist.**

⁹³ Vgl. etwa ASTRID EPINEY, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Forum Europarecht, Band 19, Zürich 2011, S. 81 ff., 121.

⁹⁴ Art. 6 Abs. 1 der Entsenderichtlinie.

⁹⁵ Art. 11 Abs. 2 der Durchsetzungsrichtlinie.

⁹⁶ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007 (SR 0.2.75.12).

⁹⁷ Erforderlich ist hier allerdings, dass der Entsendestaat Art. 6 der Entsenderichtlinie in sein nationales Recht überführt hat.

⁹⁸ Vgl. zum Ganzen DOMENICO ACOCELLA in Anton K. Schnyder (Hrsg): Lugano Übereinkommen zum Internationalen Zivilverfahrensrecht, 2011, Art. 17 N 32 f. u. N 35.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien), Rz. 53.

Sanktionen

56. Das EntsG sieht sowohl Verwaltungssanktionen (Art. 9) als auch Strafsanktionen (Art. 12) vor; bei bestimmten Verstössen sind auch Dienstleistungssperren vorgesehen. Diese Doppelsanktionierung würde gemäss den Erläuterungen zum InstA¹⁰⁰ von der EU unter dem Titel der Verhältnismässigkeit hinterfragt.
57. Gemäss Art. 5 der Entsenderichtlinie erlassen die Mitgliedstaaten Vorschriften über Sanktionen, die bei Verstössen gegen die gemäss dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften zu verhängen sind, und treffen alle für die Anwendung der Sanktionen erforderlichen Massnahmen. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein¹⁰¹.
58. Gemäss Rechtsprechung des EuGH kann die Verhängung von Sanktionen einschliesslich solcher strafrechtlicher Art als erforderlich angesehen werden, um die wirksame Einhaltung einer nationalen Regelung zu gewährleisten, allerdings unter der Voraussetzung, dass Art und Höhe der verhängten Sanktion gemessen an der Schwere der mit ihr geahndeten Zuwiderhandlung in jedem Einzelfall verhältnismässig sind¹⁰². Mithin besteht – selbst für eine Doppelsanktionierung – eine Grundlage im EU-Entsenderecht.
59. Soweit ersichtlich äusserte sich der EuGH bisher nicht zur Frage, ob eine Dienstleistungssperre¹⁰³ verhältnismässig ist. Das Bundesgericht äusserte sich dahingehend, dass eine Busse allein deswegen nicht über dieselbe abschreckende Wirkung verfüge wie eine Dienstleistungssperre, weil diese grundsätzlich einfach in das für den Arbeitseinsatz geleistete Entgelt eingerechnet und (als preiserhöhendes Element) hingenommen werden könnte. Vor diesem Hintergrund sieht das Bundesgericht in Fällen, wo der Verstoss gegen die Vorschriften von Art. 2 EntsG von den Beteiligten in Kauf genommen wurde, eine Dienstleistungssperre als eine zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignete und den Umständen angepasste, verhältnismässige (Abhilfe-)Massnahme¹⁰⁴.
60. Das Bundesgericht hielt unter Bezugnahme auf den EuGH weiter fest, dass bei objektiven Unterschieden zwischen Dienstleistungsanbietern, die im Staat, auf dessen Hoheitsgebiet die Leistung erbracht wird, ansässig sind, und solchen, die in einem anderen Staat ansässig sind und Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet des erstgenannten entsenden, um dort eine Dienstleistung zu erbringen, es zulässig sei, dass sie nicht absolut gleichwertigen Vorschriften unterliegen, sofern die Vorschriften verhältnismässig sind, das heisst geeignet sind, das Erreichen des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über

¹⁰⁰ Erl.BR, S. 22.

¹⁰¹ Vgl. auch schon KOM(2006) 159 endgültig, S. 12.

¹⁰² EuGH, Rs. C-315/13 (De Clercq), Rz. 73.

¹⁰³ Art. 9 Abs. 2. Bst. b und d jeweils Ziff. 2 und Bst. e EntsG.

¹⁰⁴ BGer v. 22. Mai 2017, 2C_150/2016, E. 4.2.2.

das hinausgehen, was dazu erforderlich ist¹⁰⁵. Insbesondere erwähnte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auch, dass es schwierig wäre, gestützt auf das EntsG verhängte Sanktionen im Ausland durchzusetzen.

61. Nun ist es aber so, dass die Durchsetzungsrichtlinie, welche für die Schweiz allerdings derzeit noch nicht anwendbar ist, vorschreibt, dass die zuständige Behörde in demjenigen Mitgliedstaat, in dem der fehlbare Dienstleistungserbringer ansässig ist, "die Beitreibung einer Verwaltungsanktion und/oder Geldbusse" vornimmt¹⁰⁶, wobei sie dies nur verweigern kann, wenn das Gesuch um Durchsetzung der Massnahme unvollständig ist oder offenkundig nicht mit dem ihm zugrundeliegenden Entscheid übereinstimmt¹⁰⁷. Dieser Aspekt wurde deshalb in die Durchsetzungsrichtlinie aufgenommen, weil die grenzüberschreitende Durchsetzung der Massnahmen mangels eines gemeinsamen Instruments für die gegenseitige Anerkennung und Durchsetzung zu Problemen führte¹⁰⁸.
62. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die Ungleichbehandlung bezüglich der Dienstleistungssperre (sie kann nur gegen ausländische Dienstleistungserbringer verhängt werden) mit den geltenden Prinzipien des EU-Entsenderechts bzw. Art. 56 AEUV bzw. der Rechtsprechung des EuGH vereinbar wäre.
63. **Fazit: Die im EntsG vorgesehene Massnahme einer Dienstleistungssperre kann wohl nach Inkrafttreten des InstA vorerst weitergeführt werden. Nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist dürfte Art. 9 Abs. 2 Bst. b und d Ziff. 2 EntsG aber unzulässig sein. Mit Bezug auf die beiden anderen im EntsG vorgesehenen Dienstleistungssperren ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten.**

Kombination von Sanktionen nach EntsG mit Konventionalstrafen nach GAV

64. Sieht ein allgemeinverbindlicherklärter GAV die Möglichkeit der Verhängung einer Konventionalstrafe durch die mit der Durchsetzung des Vertrages betrauten paritätischen Organe vor, so gelten nach Art. 2 Abs. 2^{quater} EntsG die entsprechenden Bestimmungen bei Verstössen gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen in Art. 2 EntsG auch für Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden.
65. Wie bereits erwähnt¹⁰⁹, erlassen die Mitgliedstaaten Vorschriften über Sanktionen, die bei Verstössen gegen die gemäss der RL 96/71 erlassenen nationalen Vorschriften zu verhängen sind, und treffen alle für die Anwendung der Sanktionen erforderlichen Massnahmen.

¹⁰⁵ BGer v. 11. August 2013, BGE 140 II 447, E. 5.4 mit Bezug auf EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien), Rz 47-49.

¹⁰⁶ Art. 15 Abs. 1 lit. a Durchsetzungsrichtlinie.

¹⁰⁷ Art. 17 Durchsetzungsrichtlinie.

¹⁰⁸ KOM(2012) 131 endgültig, S. 23.

¹⁰⁹ Oben, Rz. 57.

Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein¹¹⁰. Soweit ersichtlich schliesst dies die parallele Anwendung von verwaltungs- oder strafrechtlichen und zivilen Massnahmen nicht aus. In der Praxis erweist sich die Durchsetzung einer derartigen Konventionalstrafe in Ausland allerdings schwierig¹¹¹.

66. Problematisch könnte indessen die Kombination des Sanktionsdispositivs nach EntsG mit der Konventionalstrafe gemäss GAV sein, soweit gegen inländische Dienstleistungserbringer bei Verstössen gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen nicht auch verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen verhängt werden können. Mit andern Worten, damit eine Kombination des Sanktionsdispositivs nach EntsG mit der Konventionalstrafe gemäss GAV nach FZA bzw. InstA und damit dem einschlägigen EU-Entsenderecht vereinbar ist, müsste ein gleichwertiges Sanktionssystem auch für inländische Dienstleistungserbringer vorgesehen sein.
67. **Fazit: Soweit eine Kombination von verwaltungs- und/oder strafrechtlichen Sanktionen mit zivilrechtlichen Sanktionen, d.h. Konventionalstrafen, sowohl gegen inländische als auch gegen ausländische Dienstleistungserbringer verhängt werden kann, dürfte dies mit dem FZA, mit dem InstA und mit dem EU-Entsenderecht grundsätzlich kompatibel sein, soweit die gesamthaft verhängte Sanktion verhältnismässig ist.**

(b) Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von GAV

68. Stellt die tripartite Kommission fest, dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden, so beantragt sie mit Zustimmung der Vertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung des für die Branche geltenden GAV (Art. 1a und Art. 2 Ziff. 3^{bis} AVEG¹¹²).
69. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ist in der Entsenderichtlinie ausdrücklich vorgesehen. Soweit ersichtlich hat der EuGH bisher kein Urteil dahingehend gefällt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags im Widerspruch zum EU-Recht steht. Das Unionsrecht verwehrt es den Mitgliedstaaten gerade nicht, die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge auf alle Personen zu erstrecken, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Tätigkeit ausüben, und zwar unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist¹¹³. Insofern besteht kein Anlass dafür, das System der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV unter EU-rechtlicher Optik in Frage zu stellen.

¹¹⁰ Vgl. auch schon KOM(2006) 159 endgültig, S. 12.

¹¹¹ Vgl. KURT PÄRLI, SHK-Entsendegesetz, Bern 2018, Art. 2 N 42 ff.

¹¹² Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen ("AVEG"; SR 221.215.311).

¹¹³ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rz. 29.

70. **Fazit: Die im AVEG vorgesehene erleichterte Allgemeinverbindlichkeit von GAV dürfte mit dem InstA und mit dem EU-Entsenderecht kompatibel sein.**

(c) Erleichterter Erlass von NAV

71. In Branchen, in denen es keinen GAV gibt, können bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung der orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne NAV mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen werden¹¹⁴. Im Gegensatz zum herkömmlichen NAV nach Art. 359 OR, sind die Vorschriften des NAV nach Art. 360a OR, welcher Teil der FlaM ist, zwingend¹¹⁵. Es handelt sich hierbei nicht um einen sozialpartnerschaftlich ausgearbeiteten Tarifvertrag, sondern um einen behördlichen Erlass, d.h. um eine Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie. Entsprechend kann auf die Ausführungen in Rz. 69f. verwiesen werden.

(d) Exkurs: Personalverleih

72. Die Arbeitsvermittlung und der Personalverleih wurden gemäss Art. 22 Abs. 3 des Anhangs I zum FZA explizit aus dem FZA ausgeschlossen. Somit können sich Vermittlungs- und Verleihbetriebe aus den EU-Mitgliedstaaten in der Schweiz wie bisher grundsätzlich nicht frei betätigen. Der Personalverleih aus den EU-Mitgliedstaaten ist damit gemäss Art. 12 Abs. 2 AVG¹¹⁶ unzulässig.

73. Die Entsenderichtlinie erfasst nach Art. 1 Abs. 3 Bst. c auch Leiharbeitsunternehmen. Allerdings bleibt dies für die Schweiz ohne Belang, da der grenzüberschreitende Personalverleih vom FZA ausdrücklich ausgenommen wurde. Die dynamische Rechtsübernahme nach Art. 5 InstA kann sich nach hier vertretener Auffassung auf den Personalverleih somit nicht auswirken, da es sich dabei nur um Rechtsakte handelt, die "in den Bereichen der betroffenen Abkommen erlassen werden".

74. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass mit "Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und-verleihunternehmen" gemäss Art. 22 Abs. 3 Bst. i) FZA nur der aktive Personalverleih in die Schweiz FZA-konform verstanden werden kann. Sollte Art. 12 Abs. 2 AVG jedoch dahingehend verstanden werden, dass diese Bestimmung auch Arbeitnehmer erfasst, welche von einem in der EU ansässigen Dienstleistungserbringer von einem in der EU ansässigen Personalverleihunternehmen ausgeliehen wurden, und zum Zweck der Erbringung in die Schweiz entsandt werden, dürfte dies mit dem FZA und dem InstA nicht vereinbar sein¹¹⁷.

¹¹⁴ Art. 360a OR.

¹¹⁵ Vgl. CHK-EMMEL OR 359 N 1.

¹¹⁶ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih ("AVG"; SR 823.11).

¹¹⁷ Vgl. etwa ASTRID EPINEY, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Forum Europarecht, Band 19, Zürich 2011, S. 81 ff., S. 122 ff.

C. Autonomer Ausbau der FlaM nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist

75. Gemäss Ziff. 1 Abs. 2 des Protokolls I zum InstA übernimmt die Schweiz spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten des InstA die Entsenderichtlinie in ihrer revidierten Fassung und die Durchsetzungsrichtlinie, d.h. muss diese bis zu diesem Zeitpunkt ins nationale Recht überführt haben.
76. Gemäss Art. 5 InstA sorgen die Vertragsparteien dafür, dass die Rechtsakte der EU, die in den Bereichen der betroffenen Abkommen erlassen werden, nach deren Verabschiedung so rasch wie möglich in das entsprechende Abkommen integriert werden.
77. Gemäss Art. 5 FZA haben Dienstleistungserbringer aus den Mitgliedstaaten der EU gemäss den Regeln des Anhangs I das Recht, Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Art. 17 Abs. 1 Bst. a des Anhangs I zum FZA verbietet jegliche Beschränkungen diesbezüglich, jedoch kann die Schweiz gemäss Art. 22 Abs. 2 des Anhangs I zum FZA Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäss der Entsenderichtlinie erlassen. Rechtsakte der EU, welche die Entsendung von Arbeitnehmern betreffen, werden demnach "in den Bereichen der betroffenen Abkommen erlassen".
78. Für das Entsenderecht bedeutet dies, dass auch allfällige Weiterentwicklungen im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, d.h. über die aktuellen RL 96/71 bzw. 2018/957 und 2014/67 hinausgehende Regelungen, in das FZA übernommen werden müssen. Das Konzept der dynamischen Rechtsentwicklung zeigt der Bundesrat in Anhang C.1 seiner Erläuterungen auf¹¹⁸. Daraus wird klar ersichtlich, dass Meinungsverschiedenheiten über die Frage der Übernahme neuer Bestimmungen des EU-Entsenderechts Gegenstand eines schiedsgerichtlichen Verfahrens werden können. Mit andern Worten, die Schweiz ist im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, soweit nicht das FZA oder das InstA abweichende Bestimmungen enthalten, an die geltenden Rechtsakte der EU gebunden.
79. Ein autonomer Ausbau der FlaM nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist ist demnach nur soweit möglich, als die von der Schweiz erlassenen Regeln im Einklang mit dem einschlägigen EU-Entsenderecht und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH stehen. Der Schweiz wird es allerdings verwehrt sein, darüber hinaus eigene Regeln zu erlassen.

¹¹⁸ Erl.BR S. 17.

III. Beantwortung der Rechtsfragen

A. Inwiefern können die flankierenden Lohnschutzmassnahmen vor und nach Ablauf der dreijährigen Frist zur Umsetzung der einschlägigen Richtlinien der EU in Schweizer Recht beibehalten werden?

80. **Diese Frage ist wie folgt zu beantworten:** Soweit eine Massnahme gestützt auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH mit der RL 96/71 bzw. dem FZA unvereinbar ist, so kann sie grundsätzlich mit Inkrafttreten des InstA nicht weitergeführt werden kann. Dies betrifft die Rechtsprechung zu RL 96/71 vor Abschluss des FZA sowie diejenige nach Abschluss des FZA, sofern sie die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) im Entsendebereich betrifft. Weiterführen im Rahmen der dreijährigen Frist nach Inkrafttreten des InstA kann die Schweiz nur solche Massnahmen, die gestützt auf die Rechtsprechung des EuGH mit der RL 96/71 bzw. dem FZA und auch mit dem InstA vereinbar sind. Nach Ablauf der dreijährigen Frist müssen die FlaM der Rechtslage der EU entsprechen, soweit das FZA und das InstA hier keine Ausnahmen zulässt.
81. Als Problempunkte identifiziert wurden
- die Voranmeldefrist von acht Tagen bzw. die im InstA vorgesehene Voranmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen;
 - die allgemeine Kautionspflicht; und
 - die Verhängung von Dienstleistungssperren.
82. Nach Inkrafttreten des InstA grundsätzlich nicht weitergeführt werden, können die Voranmeldefrist von acht Tagen und die allgemeine Kautionspflicht. Ob sie auch bei Nicht-Abschluss des InstA im Streitfall vom Gemischten Ausschuss als inkompatibel beurteilt würde, wurde hier nicht vertieft analysiert. Ebenso wenig die Frage, ob nach Abschluss des InstA im Streitfall ein Kompromiss der Art gefunden werden könnte, dass diese Punkte im Rahmen der Umsetzung der Richtlinien geklärt werden und auf eine sofortige Aufgabe dieser Massnahmen verzichtet werden könnte. Aufzupassen ist, dass die Voranmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen gemäss InstA nicht als statische Regel ausgestaltet wird, sondern stets risikobasiert anzuwenden und periodisch zu überprüfen ist. Mit hin bedeutet die Regel im InstA gerade nicht, dass die Schweiz telquel eine Voranmeldefrist von vier Arbeitstagen anwenden kann.
83. Nach Ablauf der dreijährigen Frist ist die Verhängung einer Dienstleistungssperre nach Art. 9 Abs. 2 Bst. b und d Ziff. 2 EntsG nicht mehr zulässig. Die übrigen in Art. 9 und 12 EntsG vorgesehenen Sanktionen müssten in jedem Fall verhältnismässig sein.

84. Die übrigen Massnahmen können weitergeführt, soweit sie in der Praxis verhältnismässig ausgestaltet werden und bspw. berücksichtigen, dass die Freizügigkeit für die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen in der Schweiz auf 90 Tage pro Kalenderjahr beschränkt ist. Unproblematisch ist, dass die Kontrollen von den Sozialpartnern durchgeführt werden.
85. Sämtliche FlaM stehen unter dem Vorbehalt der Weiterentwicklung des EU-Entsenderechts und sind somit gegebenenfalls auch nach Übernahme der RL 96/71, der RL 2018/957 und der RL 2014/67 ins nationale Recht zu überführen. Die "EU-Offerte" in Protokoll 1 Ziff. 2 InstA ist hingegen von der Rechtsentwicklung ausgenommen¹¹⁹.
- B. Inwiefern könnten sie allenfalls nach Ablauf der dreijährigen Frist souverän weiter ausgebaut werden, ohne dass es hierfür ein Einverständnis der EU braucht?**
86. **Diese Frage ist wie folgt zu beantworten:** Ein autonomer Ausbau der FlaM nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist ist demnach nur soweit möglich, als die von der Schweiz erlassenen Regeln im Einklang mit dem einschlägigen EU-Entsenderecht und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH stehen. Der Schweiz wird es allerdings verwehrt sein, darüber hinaus eigene Regeln zu erlassen.
87. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein gemäss InstA eingesetztes Schiedsgericht den EuGH anzurufen hat, wenn der Streitfall eine Frage betreffend die Auslegung oder Anwendung einer Rechtsakte der EU betrifft.

* * * * *
Bern, 24.2.2019



Prof. Dr. Philipp Zurkinden



Bernhard C. Lauterburg

¹¹⁹ Erl.BR S. 13.