



Bern,

---

**« Das Dumping im Rahmen der Umsetzung  
der EU-Richtlinie über die Entsendung von  
Arbeitnehmern bekämpfen.  
Vorzeigeschülerin Schweiz? »**

Bericht des Bundesrates  
in Erfüllung des Postulates 17.3126 Buttet vom  
15. März 2017

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Auftrag und Kontext</b> .....	<b>4</b>
1.1	Auftrag .....	4
1.2	Das EU-Entsenderecht .....	4
1.3	Die flankierenden Massnahmen in der Schweiz .....	5
1.4	Konzeptioneller Aufbau des Berichts .....	6
<b>2</b>	<b>EU-Entsenderecht</b> .....	<b>6</b>
2.1	Regelung des Entsenderechts der EU.....	6
2.1.1	Einleitung .....	6
2.1.2	EU-Entsenderecht: Entstehung und Entwicklung .....	6
2.1.2.1	Erste Regelung der Entsendungen: die Entsenderichtlinie aus dem Jahre 1996.....	6
2.1.2.2	Erste Weiterentwicklung: Durchsetzungsrichtlinie 2014 .....	7
2.1.2.3	Zweite Weiterentwicklung: Revidierte Entsenderichtlinie zur Verankerung des Grundprinzips gleicher Lohn für gleiche Arbeit .....	9
2.1.3	Begleitende Massnahmen zur Umsetzung des EU-Dispositivs.....	10
2.1.3.1	Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) .....	10
2.1.3.2	Die europäische Arbeitsbehörde (ELA).....	11
2.2	Umsetzung des Entsenderechts in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU .....	13
2.2.1	Einleitung .....	13
2.2.2	Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen.....	14
2.2.2.1	Die Abgabe einer «einfachen Erklärung» .....	15
2.2.2.2	Anforderungen an die Dokumentation.....	16
2.2.2.3	Sprachliche Anforderungen .....	17
2.2.2.4	Sonstige Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen .....	17
2.2.2.5	Allgemeine Beurteilung .....	18
2.2.2.6	Sanktionen.....	18
2.2.3	Haftung für Unteraufträge (Art. 12 DurchsRL) .....	20
2.2.3.1	Umsetzung durch die Mitgliedstaaten .....	20
2.3	Zwischenfazit zur Umsetzung der Regelung des EU-Entsenderechts in den EU-Mitgliedstaaten .....	21
2.3.1	Grosse Bandbreite der Umsetzung .....	21
2.3.2	Beurteilung der EU-Kommission.....	22
2.3.3	Ausblick.....	23
<b>3</b>	<b>Schweizer Vollzugssystem und Umsetzung des Entsenderechts</b> .....	<b>23</b>
3.1	Regelung des Entsenderechts im Rahmen des FZA .....	23
3.2	Vollzugssystem der flankierenden Massnahmen zum FZA .....	25
3.2.1	Vollzugsdualismus .....	25
3.2.2	Meldung und Kontrolle .....	25
3.2.3	Sanktionen .....	26
3.2.4	Selbständige Dienstleistungserbringer .....	26
3.2.5	Subunternehmerhaftung .....	26
<b>4</b>	<b>Vergleich des Entsenderechts und dessen Umsetzung in der Schweiz und der EU</b> .....	<b>27</b>
4.1	Vorbemerkung.....	27
4.2	Gegenüberstellung DurchsRL und FlaM .....	28
4.2.1	Gemeinsamkeiten .....	28
4.2.2	Unterschiede in den Regelungen .....	30
4.2.2.1	Zusätzliche Instrumente des EU-Entsenderechts .....	30
4.2.2.2	Zusätzliche Instrumente des Schweizer Entsenderechts .....	31
4.2.3	Vergleich revEntsRL und FlaM .....	32

4.2.4 Fazit .....33

# 1 Auftrag und Kontext

## 1.1 Auftrag

Altnationalrat Yannick Buttet beauftragte in seinem Postulat 17.3126<sup>1</sup> vom 15. März 2017 den Bundesrat, «einen Bericht vorzulegen, in dem verglichen wird, wie die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung der EU-Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern gegen Sozial- und Lohndumping vorgehen und welche flankierenden Massnahmen die Schweiz im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens getroffen hat. Die Diskrepanzen zwischen den Vorgaben der EU-Richtlinien und den tatsächlich von den Mitgliedstaaten getroffenen Massnahmen müssen Gegenstand einer separaten Analyse sein.»

Altnationalrat Yannick Buttet begründete sein Postulat damit, dass «der Bundesrat vor unserem Parlament Positionen regelmässig mit dem Argument der Vereinbarkeit mit dem EU-Recht (begründet). Die Parlamentsabgeordneten haben oft den Eindruck, dass die Schweiz gewisse Grundsätze von in Brüssel entschiedenen Richtlinien manchmal als einziges Land streng umsetzt! Die Schweiz bleibt ihrer perfektionistischen Tradition treu und hält die Grundsätze der Richtlinien aus Brüssel, die teilweise in unser Personenfreizügigkeitsabkommen übernommen wurden, sorgfältig ein – manchmal vermutlich auch ein bisschen zu sehr. In der wichtigen Angelegenheit der Bekämpfung von Lohndumping darf sich die Schweiz berechtigterweise die Frage stellen, wie die EU-Mitgliedstaaten die EU-Richtlinien konkret umsetzen, wie wirksam die Richtlinien sind und inwiefern die eingegangenen Verpflichtungen mit den konkreten getroffenen Massnahmen übereinstimmen. Es geht nicht darum, andere Länder nach ihrer Politik zu beurteilen, sondern hauptsächlich darum, die EU bei den laufenden sowie bei künftigen Verhandlungen auf ihre eigenen Widersprüchlichkeiten hinweisen zu können.»

Der Vorstoss wurde am 26. Februar 2018 von Nationalrat Benjamin Roduit übernommen, am 21. März 2019 vom Nationalrat angenommen und damit dem Bundesrat zur Beantwortung überwiesen.

## 1.2 Das EU-Entsenderecht

Der Entsendung von Arbeitnehmern kommt im EU-Binnenmarkt eine wesentliche Rolle zu, insbesondere bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen. Das EU-Entsenderecht hat seinen Ursprung in der Richtlinie aus dem Jahr 1996 (Entsenderichtlinie 96/71/EG, EntsRL)<sup>2</sup>. Die EntsRL regelt drei Entsendungsarten: die direkte Dienstleistungserbringung durch ein Unternehmen im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags, die „unternehmensinterne Entsendung“ und diejenige im Rahmen des grenzüberschreitenden Personalverleihs. Die Zielsetzung der EntsRL bestand darin, einen Rahmen vorzugeben, der für ein Gleichgewicht zwischen Erleichterung der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung und dem Schutz entsandter Arbeitnehmer sorgen sollte. Die EntsRL sah dafür einen sog. „harten Kern“ von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaates vor, die für ausländische Dienstleistungserbringer verbindlich sind.

<sup>1</sup> Das Postulat wurde am 26. Februar 2018 durch Nationalrat Roduit übernommen und am 21. März 2019 vom Nationalrat angenommen.

<sup>2</sup> ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1–6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A31996L0071>

In der Praxis stellten sich hinsichtlich Umsetzung und Durchsetzung der EntsRL verschiedene Fragen, weshalb die EU ihr Entsenderecht seit 2014 zweimal weiterentwickelt hat: Mit der 2014 verabschiedeten Durchsetzungsrichtlinie (Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie 2014/67/EU, DurchsRL)<sup>3</sup> verfolgte die EU das Ziel, den Vollzug in den EU-Mitgliedsstaaten sicherzustellen und mit der revidierten Entsenderichtlinie (Richtlinie 2018/957/EU, revEntsRL)<sup>4</sup> wurde insbesondere das Prinzip «gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» etabliert.

### 1.3 Die flankierenden Massnahmen in der Schweiz

Die Schweiz und die EU haben am 21. Juni 1999 das Freizügigkeitsabkommen (FZA)<sup>5</sup> unterzeichnet. Das FZA regelt Einreise und Aufenthalt der Staatsangehörigen der Vertragsstaaten und schliesst auch die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung<sup>6</sup> ein. Letztere ist grundsätzlich auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränkt. Im FZA<sup>7</sup> wird im Kontext der Gleichwertigkeit von Rechten und Pflichten auf die EntsRL Bezug genommen<sup>8</sup>. Die Schweiz hat die EntsRL im Rahmen des Entsendegesetzes umgesetzt.

Mit der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs ging der Verzicht auf die vorgängigen Kontrollen der Einhaltung der üblichen Arbeits- und Lohnbedingungen als Voraussetzung zur Erteilung Aufenthaltserlaubnis EU/EFTA ab Mai 2004 (EU-8 und EU-15 sowie Malta und Zypern) bzw. Juni 2019 (EU-2)<sup>9</sup> einher, weshalb die Einführung des freien Personenverkehrs von flankierenden Massnahmen (FlaM) begleitet wurde.

Die FlaM umfassen im Wesentlichen das Entsendegesetz (EntsG)<sup>10</sup>, die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge (ave GAV)<sup>11</sup> und den Erlass von Normalarbeitsverträgen (NAV)<sup>12</sup>. Seit der Einführung der flankierenden Massnahmen im Jahr 2004 hat das System zahlreiche Weiterentwicklungen erfahren. Gesetzliche Anpassungen wurden vorgenommen und der Vollzug wurde den Bedürfnissen der Praxis angepasst. Die vergangenen gut fünfzehn Jahre waren dabei insbesondere von folgenden Entwicklungen geprägt: dem sukzessiven Ausbau der Kontroll- und Sanktionsinstrumente, dem schrittweisen Ausbau der Kontrollaktivität, der laufenden Verstärkung der Qualität der Kontrollaktivität sowie schliesslich der Einführung einer zielgerichteten risikobasierten Kontrolltätigkeit. So hat sich das System der FlaM den sich verändernden Gegebenheiten laufend angepasst (siehe Kap. 3).

<sup>3</sup> ABl. L 159 vom 28.5.2014, S. 11-31, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32014L0067>

<sup>4</sup> ABl. L 173 vom 9.7.2018, S. 16-24,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0957>

<sup>5</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit; SR 0.142.112.681.

<sup>6</sup> Art. 5 FZA.

<sup>7</sup> Art. 16 u. 22, Anhg. 2, FZA.

<sup>8</sup> «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. 1 Anhg. 2, FZA).

<sup>9</sup> Für gewisse Aufenthaltskategorien von kroatischen Staatsangehörigen gelten bei der Zulassung zur Erwerbstätigkeit spezifische Höchstzahlen und die arbeitsmarktlichen Vorschriften (Vorrang der inländischen Arbeitskräfte sowie Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen) vorerst bis 31. Dezember 2021.

<sup>10</sup> Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne; SR 823.20.

<sup>11</sup> Art. 1a Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG); SR 221.215.311.

<sup>12</sup> Art. 360a ff Obligationenrecht; SR 220.

## 1.4 Konzeptioneller Aufbau des Berichts

Die Regelung des EU-Entsenderechts sowie dessen Umsetzung werden in Kapitel 2 aufgezeigt. In Kapitel 3 werden Konzeption und Umsetzung des Entsenderechts in der Schweiz behandelt. In Kapitel 4 erfolgt eine Gegenüberstellung des EU- und des Schweizer Entsenderechts.

## 2 EU-Entsenderecht

### 2.1 Regelung des Entsenderechts der EU

#### 2.1.1 Einleitung

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit sind Grundprinzipien des Binnenmarktes der EU, die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankert sind.

Das EU-Entsenderecht stützt sich auf die in Art. 56 ff. des AEUV niedergeschriebene Dienstleistungsfreiheit und die in diesem Zusammenhang ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Bereits vor Inkrafttreten der EntsRL hatte sich der EuGH mit Massnahmen zum Schutz des nationalen Arbeitsmarktes zu beschäftigen und führte die entsprechende Prüfung nach den Regeln der Dienstleistungsfreiheit durch.

Durch die EntsRL wurden die drei genannten Grundprinzipien mit dem Ziel umgesetzt, gleiche Bedingungen für Unternehmen und die Achtung der Arbeitnehmerrechte zu gewährleisten.

#### 2.1.2 EU-Entsenderecht: Entstehung und Entwicklung

##### 2.1.2.1 Erste Regelung der Entsendungen: die Entsenderichtlinie aus dem Jahre 1996

Die Entstehung der EntsRL steht in einem engen Zusammenhang mit der im AEUV garantierten Dienstleistungsfreiheit. Zielsetzung der Richtlinie war die Herstellung eines rechtlichen Rahmens für den Europäischen Binnenmarkt im Bereich der Dienstleistungen. Die Richtlinie enthielt Vorschriften für die Anwendung von Bestimmungen im Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die von ihrem in einem EU-Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber zur Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden.

Dementsprechend sollte die EntsRL die Frage beantworten, welche nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften die EU-Mitgliedstaaten auf entsandte Arbeitnehmerinnen anwenden dürfen. Art. 3 EntsRL verpflichtete die Mitgliedstaaten dazu, den entsandten Arbeitnehmenden gewisse, in ihrem nationalen Recht vorgesehene, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren. Die Richtlinie definierte dabei den Begriff des Arbeitnehmers nicht selbst, sondern verwies dafür gemäss Art. 2 Abs. 2 auf das Recht des Mitgliedstaats, in den der Arbeitnehmende entsandt wurde. Die EntsRL regelte die Überwachung der Einhaltung dieser Arbeitsbedingungen jedoch nicht.

### 2.1.2.2 Erste Weiterentwicklung: Durchsetzungsrichtlinie 2014

In der Praxis führte die Durchsetzung der Bestimmungen der EntsRL zu verschiedenen offenen Fragen und Problemen. Die DurchsRL geht zurück auf Evaluationen der EU-Kommission zur Umsetzung und Anwendung der EntsRL und vermehrte Diskussionen von mehreren Stakeholdern, u.a. in Folge der Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Viking-Line*, *Laval*, *Rüffert* und *Kommission gegen Luxemburg*<sup>13</sup>. Die EU-Kommission hatte Mängel und Probleme bei der Umsetzung und/oder Anwendung der EntsRL in bestimmten Mitgliedstaaten festgestellt und erliess in der Folge Leitlinien und Empfehlungen<sup>14</sup>. Darin forderte die EU-Kommission die Mitgliedstaaten auf, Massnahmen zu ergreifen, um die Situation entsandter Arbeitnehmer durch stärkere Zusammenarbeit der nationalen Verwaltungen, wirksameren Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten, besseren Zugang zu Informationen und den Austausch bewährter Verfahren zu verbessern. Zudem klärte sie, in welchem Umfang bestimmte nationale Kontrollmassnahmen gerechtfertigt und im Lichte des geltenden EU-Rechts in der Auslegung verhältnismässig sein könnten. Im Jahr 2008 richtete die EU-Kommission einen Expertenausschuss aus Vertretern der Mitgliedstaaten und der Sozialpartner zur Entsendung von Arbeitnehmern<sup>15</sup> ein, um die Probleme bei Umsetzung und Anwendung der EntsRL zu diskutieren und zu klären.

Mit der 2014 vom europäischen Parlament und dem Ministerrat verabschiedeten DurchsRL wurde ein gemeinsamer Rahmen für eine bessere und einheitlichere Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der EntsRL festgelegt. Die EU-Mitgliedstaaten mussten diese bis spätestens am 18. Juni 2016 in nationales Recht umsetzen. Die Richtlinie dient einerseits der Bekämpfung von Umgehungen und Missbrauch und soll andererseits den Schutz der Rechte entsandter Arbeitnehmenden und faire Ausgangsbedingungen für die Dienstleistungserbringer gewährleisten.

Zur verbesserten Durchsetzung der EntsRL enthält die DurchsRL folgende Instrumente:

Zur Feststellung einer tatsächlichen Entsendung und zur Verhinderung von Missbrauch und Umgehung enthält die DurchsRL (Art. 4) Anhaltspunkte, die der Gesamtbeurteilung dienen sollen bezüglich der Tätigkeit, die das Unternehmen tatsächlich im Einsatzland ausübt. Es werden Kriterien mit dem Ziel einer einheitlichen Auslegung des Begriffs der Entsendung gemäss der Entsenderichtlinie definiert (Art. 4 Abs. 1 spricht von «Umständen, die den zuständigen Behörden bei der Überprüfung und Kontrolle behilflich sein sollen»). Dadurch sollen die Kontrollorgane namentlich Scheinselbständigkeit oder Briefkastenfirmen als Umgehung der EntsRL besser identifizieren können. Einerseits handelt es sich um Angaben zum Entsendeunternehmen. So ist insbesondere anzugeben, ob am Sitz Büroräumlichkeiten vorhanden sind und diese genutzt werden. Weiter ist der Handelsregistereintrag einzureichen, zu bestätigen, ob Steuern und Sozialabgaben entrichtet werden und ob das Unternehmen über die notwendigen gewerblichen Zulassungen verfügt. Andererseits werden Informationen zu

<sup>13</sup> Viking C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-438/05>; Laval C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-341/05>; Rüffert C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-346/06>; Kommission gegen Luxemburg C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-319/06>

<sup>14</sup> Vgl. u.a. Mitteilung der Kommission – Leitlinien für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, KOM(2006) 159 endgültig; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – 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; Empfehlung der Kommission vom 3. April 2008 zur Verbesserung der Verwaltungszusammenarbeit in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. C vom 4.4.2008, S. 1.

<sup>15</sup> Beschluss 2009/17/EG der Kommission vom 19. Dezember 2008 zur Einsetzung des Expertenausschusses für die Entsendung von Arbeitnehmern, ABl. L 8 vom 13.1.2009, S. 26.

den entsandten Arbeitnehmern, dem Entsendezeitraum sowie ein Tätigkeitsbeschrieb verlangt. All diese Elemente sollen ein Gesamtbild vermitteln und eine Bewertung erlauben, auch wenn gewisse dieser Anhaltspunkte fehlen bzw. nicht beigebracht werden.

Zudem soll für Entsendebetriebe der Zugang zu Informationen über die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen im Entsendestaat erleichtert werden (Art. 5). So sollen die Mitgliedstaaten eine nationale, mehrsprachige Webseite einrichten, welche den Dienstleistungserbringern die relevanten Informationen mittels einer einzigen, jeweils auf aktuellem Stand geführten Quelle verfügbar macht.

Ein Schwerpunktthema ist die Verwaltungszusammenarbeit zwischen den EU-Staaten (Artikel 6 – 8): Diese umfasst vorab die Zustellung von Schriftstücken, die Amtshilfe und die Beantwortung von Auskunftersuchen. Es geht darum, den reibungslosen, fristgerechten Informationsaustausch zwischen den EU-Mitgliedstaaten sicherzustellen, im Streitfall unter Einbindung der EU-Kommission, die angemessene Massnahmen ergreifen kann. Eckstein der gegenseitigen Amtshilfe zum Informationsaustausch ist das Binnenmarkt-Informationssystem (siehe Kap. 2.1.3.1), welches den standardisierten Informationsaustausch unter den Behörden ermöglichen soll.

Des Weiteren definiert die DurchsRL, welche Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen zur Anwendung gebracht werden. So dürften gemäss Artikel 9 der DurchsRL die EU-Staaten nur solche Massnahmen treffen, die notwendig sind, um eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Pflichten der DurchsRL sicherzustellen – diese müssen zudem gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Zu den Anforderungen an Dienstleistungserbringer gehört vor Dienstleistungsantritt der Nachweis der Identität, der Art und Dauer des Einsatzes sowie der Anschrift des Einsatzortes<sup>16</sup>. Die EU-Staaten können weitere Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorschreiben, falls die bestehenden nicht ausreichend oder effizient genug sind. Diese zusätzlichen Anforderungen und Massnahmen müssen gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

Artikel 10 regelt die Kontrollen. Diese sind nichtdiskriminierend und verhältnismässig auszugestalten und durchzuführen. Auch die Sozialpartner können in die Kontrollen miteinbezogen werden (Art. 10 Abs. 4). Den zuständigen Behörden wird auch die Möglichkeit eingeräumt, Zufallskontrollen anzuordnen. Diese haben auf einer Risikobewertung zu basieren.

Die rechtliche Durchsetzung von Ansprüchen der entsandten Arbeitnehmer durch diese selbst und durch Gewerkschaften im Entsendestaat wird in Artikel 11 geregelt und verstärkt durch die Haftung des Erstunternehmers bei Unteraufträgen (Art. 12). Schon vor der Verabschiedung der DurchsRL durch die EU-Gremien kannten einzelne EU-Mitgliedstaaten Haftungsregelungen im Zusammenhang mit der Weitervergabe von Aufträgen, insbesondere im Bausektor; diese weichen jedoch teilweise weit voneinander ab. Die DurchsRL räumt den Mitgliedstaaten diese Möglichkeit nun explizit ein und legt die Rahmenbedingungen fest. Zur Bekämpfung von Betrug und Missbrauch können die Mitgliedstaaten Massnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass in Unterauftragsketten der Auftragnehmer neben oder anstelle des Arbeitgebers (als dessen direkter Unterauftragsnehmer) vom entsandten Arbeitnehmer haftbar gemacht werden kann. Die Haftung des Erstunternehmers bezweckt die Durchsetzung der Mindestlohnansprüche sowie der Beiträge an gemeinsame Fonds oder Einrichtungen der Sozialpartner im Sinne von Artikel 3 der EntsRL. Sie beschränkt sich auf die im Anhang zur EntsRL aufgeführten Branchen des Baugewerbes.

<sup>16</sup> Diese Angaben sind in Papier- oder elektronischer Form bereitzuhalten, gewisse Dokumente übersetzt in eine der Amtssprachen des Mitgliedstaates. Vgl. Ziff. 2.2.2.1 dieses Berichts.



Artikel 13 regelt die grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen und die Anerkennung, Zustellung und Vollstreckung von Entscheiden.

### **2.1.2.3 Zweite Weiterentwicklung: Revidierte Entsenderichtlinie zur Verankerung des Grundprinzips gleicher Lohn für gleiche Arbeit**

Mit der revEntsRL, die das EU-Parlament Ende Juni 2018 verabschiedet hat, soll der von der EU anerkannte politische Grundsatz der „gleichen Entlohnung für gleiche Arbeit“ umgesetzt werden. Demnach sollen für entsandte Arbeitnehmer grundsätzlich die gleichen Vorschriften für Entlohnung und Arbeitsbedingen anwendbar sein wie für Arbeitskräfte am Entsendeort. Im Zuge der Osterweiterung der EU sind die Entsendungen von Arbeitnehmern zwischen 2010 und 2016 stark gestiegen. Die Revision der EntsRL musste binnen zwei Jahren ins nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten (bis 30. Juni 2020) umgesetzt werden.

Nachfolgend werden die zentralen Neuerungen der revEntsRL dargestellt.

Neu gilt eine Befristung der maximalen Dauer von Entsendungen auf 12 Monate, mit einer Verlängerungsmöglichkeit auf 18 Monate. Dies bedeutet, dass nach Fristablauf als Entsendestaat der Staat gilt, in welchem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Daraus folgt, dass sämtliche Aspekte des Arbeitsrechts zu beachten sind. Hierbei bleibt der Grundsatz der Unterstellung unter die Sozialversicherungsvorschriften im Herkunftsland während der Entsendung in Bezug auf das Arbeitsrecht jedoch unberührt.

Zudem wird der Begriff des „Mindestlohns“ auf „Entlohnung“ erweitert, was im Ergebnis bewirkt, dass grundsätzlich alle lohnrelevanten Ansprüche Lohnbestandteil werden. Dies bedeutet, dass die entsandten Arbeitnehmer Anspruch auf den Mindestlohn (Tariflohn) aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen haben – für regionale Tarifverträge gilt, dass die Mitgliedstaaten diese als verbindlich erklären können, ansonsten sind sie ausgenommen<sup>17</sup>. Zudem stehen ihnen Überstundenzuschläge und Schlechtwetterentschädigungen, Weihnachts- und Urlaubsgeld und Gefahrenzulagen zu. Bezahlen Arbeitgeber ihren Beschäftigten eine Zulage für Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, dürfen sie nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Kostenübernahme im Zusammenhang mit der Entsendung richtet sich nach den Vorschriften auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Rechtsvorschriften.

Der Geltungsbereich der Bestimmungen der revEntsRL wird zum Schutz der Arbeitnehmer auf Personalverleihverhältnisse ausgeweitet. Ebenso wird die Anwendbarkeit von ave GAV auf alle Sektoren ausgeweitet<sup>18</sup> und ist nicht mehr wie bis anhin auf den Bausektor beschränkt.

Schliesslich soll die Verwendung der Europäischen Plattform zur verbesserten Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit im Hinblick auf das Aufdecken von Missbrauchsfällen bei Entsendungen Verbesserungen bringen.

Im Nachgang zur Verabschiedung der beiden Rechtsentwicklungen in den Jahren 2014 und 2018 hat die EU-Kommission im September 2019 einen Leitfaden<sup>19</sup> vorgelegt, um den betroffenen Akteuren eine gute Übersicht über das neu geltende Entsenderecht zu bieten. Dieser soll insbesondere den Arbeitnehmern, Arbeitgebern und nationalen Behörden helfen,

<sup>17</sup> revEntsRL Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2

<sup>18</sup> revEntsRL Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1

<sup>19</sup> <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ac7320a-170f-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>

die Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmern gemäss ihrer Überarbeitung durch die Verabschiedung der DurchsRL und der revEntsRL zu verstehen<sup>20</sup>.

## 2.1.3 Begleitende Massnahmen zur Umsetzung des EU-Dispositivs

### 2.1.3.1 Binnenmarkt-Informationssystem (IMI)

#### a. Zweck und Funktion von IMI

Innerhalb der EU erfolgt die Verwaltungszusammenarbeit in diversen Bereichen mit Hilfe des IMI-Systems («Internal Market Information»), geregelt durch die Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 vom 25. Oktober 2012 (IMI-Verordnung)<sup>21</sup>. Diese regelt die Zuständigkeiten auf Ebene EU und der Mitgliedstaaten, die Rechte und Pflichten der Nutzer und der betroffenen Personen, Datenschutzfragen sowie den Informationsaustausch mit Drittländern.

Bei IMI handelt es sich um eine Online-Anwendung, die es den zuständigen Behörden ermöglichen soll, schnell und einfach mit Verwaltungsbehörden im Ausland zu kommunizieren. Die Kommunikation über das IMI erfolgt nach einem festgelegten Verfahren und ist in allen innerhalb der EU verwendeten Sprachen zugänglich. Dazu gehören auch die Bearbeitung und der Austausch persönlicher Daten von EU-Bürgern. Über IMI können die Behörden anhand standardisierter Fragen und Antworten Informationen austauschen und um Massnahmen ersuchen. Zudem kann auf öffentliche Register zugegriffen werden. Das System wird den Mitgliedstaaten kostenlos zur Verfügung gestellt, diese müssen die technische Infrastruktur und die personellen Ressourcen aufwenden.

IMI wird in verschiedenen Bereichen eingesetzt. Seit 2008 wurden 34 Module für Verfahren von grenzüberschreitender Zusammenarbeit eingerichtet. Erfasst sind elf Bereiche wie die Anerkennung von Berufsqualifikationen (2005/36/EG)<sup>22</sup>, die Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG)<sup>23</sup>, Patientenrechte, E-Commerce, Kulturgüter, öffentliches Beschaffungswesen usw. Innerhalb der EU sind nahezu 8000 Behörden für den IMI-Zugriff registriert. Seit der Einführung der DurchsRL gehört auch die Verwaltungszusammenarbeit wie Auskunftersuchen oder Mitteilungen von Entscheidungen im Rahmen einer Arbeitnehmer-Entsendung dazu (siehe Bst. b unten).

Die IMI-Verordnung ermöglicht nicht nur den Informationsaustausch unter den EU-Staaten, sondern auch mit Drittländern. Gemäss IMI-Verordnung können mit Drittstaaten unter gewissen Voraussetzungen Informationen, einschliesslich personenbezogener Daten, ausgetauscht werden. Insbesondere muss das betreffende Drittland einen angemessenen

<sup>20</sup> Der Leitfaden enthält einen kurzen Überblick über die EU-Vorschriften und Verpflichtungen in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmern. Diese Kurzanleitung enthält alle wichtigen Informationen zum Entsendevorgang, von den Formalitäten vor und während der Entsendung bis zu den Dokumenten, die nach der Entsendung übergeben werden müssen. Ausserdem werden die wichtigsten Punkte der Richtlinie in Bezug auf praktische Aspekte wie Dauer, Reisekosten und Vergütungen zusammengefasst. Das Dokument versteht sich als praktischer Entsendeleitfaden. Es stellt keine juristische Auslegung der Bestimmungen der DurchsRL und der revEntsRL dar.

<sup>21</sup> Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 vom 25.10.2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems; ABl. L 316 vom 14.11.2012, S. 1–11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1024>

<sup>22</sup> ABl. L 255 vom 30.9.2005, S. 22–142, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX:32005L0036>

<sup>23</sup> ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36–68,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32006L0123>

Schutz personenbezogener Daten im Einklang mit der Verordnung (EU) 2016/679<sup>24</sup> gewährleisten.<sup>25</sup> Bislang hat kein Drittland Zugriff auf IMI<sup>26</sup>.

## **b. Verwendung von IMI bei der Umsetzung der DurchsRL**

Das Funktionieren der DurchsRL basiert in vielen Belangen auf der gegenseitigen Zusammenarbeit und Amtshilfe zwischen den Mitgliedstaaten – IMI nimmt deshalb einen wichtigen Stellenwert in der Umsetzung der DurchsRL ein. IMI-Anwendungen im Bereich der DurchsRL sind: Auskunftsanfragen, Anfragen um Durchführung von Kontrollen, Zustellung von Schriftstücken (Art. 6 DurchsRL), Mitteilung einer Entscheidung einer Verwaltungssanktion und Vollstreckungersuchen im Rahmen der grenzüberschreitenden Durchsetzung von finanziellen Verwaltungssanktionen (Art. 15 und 16) sowie Mitteilungen von möglichen Unregelmäßigkeiten (Art. 7 Abs. 4). Da IMI mit einem Übersetzungstool ausgestattet ist, lässt es auch eine nicht-standardisierte Kommunikation zu.

IMI hat somit zum Ziel, die in der DurchsRL vorgesehene enge Zusammenarbeit und Verwaltungshilfe unter den Mitgliedstaaten zu erleichtern und die Vorort-Kontrollen im Entsendeland zu ergänzen. Die DurchsRL fusst auf dem Gedanken, dass das Entsendeland subsidiär um Verwaltungshilfe im Herkunftsland ersuchen und Kontrollen in erster Linie selbst durchführen soll.

Laut dem Bericht der EU-Kommission zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie<sup>27</sup> (nachfolgend: KOM-Bericht) wird die Verwaltungszusammenarbeit via IMI insbesondere zum Zwecke von Auskunftsersuchen (2785 im Jahre 2018) und Ersuchen zur Übermittlung von Schriftstücken genutzt (1089). Demgegenüber wird es für die grenzüberschreitende Durchsetzung von finanziellen Verwaltungssanktionen bislang weniger breit eingesetzt. Im Jahr 2018 wurden 568 Ersuchen um Mitteilung einer Entscheidung einer Verwaltungssanktion sowie 201 Ersuchen um Beitreibung einer solchen via IMI versendet. Die Vermutung liegt nahe, dass die Mitgliedstaaten nur dann auf die Verwaltungszusammenarbeit zurückgreifen, wenn die Geldsanktionen nicht anderweitig durchgesetzt werden können, da der im Rahmen der DurchsRL eingetriebene Geldbetrag beim ersuchten Staat verbleibt und nicht an den ersuchenden Staat weitergeleitet wird (Art. 19 DurchsRL).

## **2.1.3.2 Die europäische Arbeitsbehörde (ELA)**

### **a. Entstehung**

Ausgangspunkt zur Schaffung der ELA waren die „politischen Leitlinien 2014“<sup>28</sup> der EU-Kommission. Darin kam die Kommission zum Schluss, dass die wirksame Durchsetzung der einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften (Durchsetzungs- und Entsende-Richtlinie) in den

<sup>24</sup> Die Richtlinie 95/46/EG wurde durch die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1) aufgehoben. Gemäss Artikel 94 Absatz 2 der genannten Verordnung gelten Bezugnahmen auf die Richtlinie 95/46/EG (hier Art. 25 Abs. 2) als Bezugnahmen auf die Verordnung.

<sup>25</sup> In einem internationalen Abkommen muss zudem vereinbart werden, dass sich die Anwendung auf die im Anhang zur IMI-Verordnung aufgeführten Bestimmungen eines EU-Rechtsaktes bezieht (siehe Art. 23 IMI-Verordnung), im Rahmen der DurchsRL auf die Artikel 6, 7, 10 und 14 bis 18 DurchsRL. Sh. dazu die Richtlinie zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems.

<sup>26</sup> Das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) trifft Vorbereitungen zur Nutzung von IMI in der Zusammenarbeit bei der Anerkennung von Berufsdiplomen.

<sup>27</sup> Bericht zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie (COM (2019) 426 final):

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0426&from=EN>

<sup>28</sup> [https://ec.europa.eu/commission/publications/president-junckers-political-guidelines\\_de](https://ec.europa.eu/commission/publications/president-junckers-political-guidelines_de)

einzelnen EU-Mitgliedstaaten eine verstärkte strukturierte Zusammenarbeit und einen geregelten Austausch zwischen den zuständigen nationalen Behörden sowie die Bereitstellung von Ressourcen erfordert.

Die ELA soll den EU-Mitgliedstaaten und der Kommission operative und technische Unterstützung geben und die bestehenden europäischen Strukturen und Instrumente unterstützen und ergänzen. Die Behörde hat ihre operative Tätigkeit im Oktober 2019 zuerst in Brüssel und anschliessend an ihrem Sitz in Bratislava aufgenommen.

#### **b. Der Aufgabenbereich der ELA**

Die ELA<sup>29</sup> hat zur Aufgabe, die Mitgliedstaaten und die Kommission im Hinblick auf grenzüberschreitende Arbeitskräftemobilität und Koordinierung der sozialen Sicherheit in der EU zu unterstützen und soll die bestehenden europäischen Instrumente ergänzen. Insbesondere sind es folgende Aufgaben:

1. Information: Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung von Informationen und Diensten für Bürger und Unternehmen über Arbeits-, Ausbildungs-, Mobilitäts-, Einstellungs- und Weiterbildungsmöglichkeiten sowie Bereitstellung von Leitlinien über die entsprechenden Rechte und Pflichten.
2. Koordination: Förderung der Zusammenarbeit und des Informationsaustausches zwischen den nationalen Behörden bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und Unterstützung derselben bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit durch konzertierte und gemeinsame Kontrollen<sup>30</sup> zur Bekämpfung von Missbrauch, Betrug und nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit. Wesentlich ist, dass die ELA solche Aktionen nur anregen kann. Die rechtliche Kompetenz zur Einleitung und zur Durchführung soll auf nationaler Ebene verbleiben.
3. Vermittlung bei Streitigkeiten über die Anwendung des einschlägigen EU-Rechts zwischen Mitgliedstaaten und Hinwirkung auf entsprechende Lösungen. Die ELA kann diese Vermittlerrolle aber nur auf Verlangen der Parteien übernehmen<sup>31</sup>. Zudem könnte die ELA bei grenzüberschreitenden Marktstörungen (z. B. bei grossen Unternehmensrestrukturierungen) die Zusammenarbeit der Beteiligten erleichtern helfen, auch dies jedoch nur auf Verlangen der beteiligten Parteien.

Die ELA soll das bereits bestehende Netz von Einrichtungen bzw. Agenturen ergänzen. Dies betrifft:

- die Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Eurofound),
- das Europäische Zentrum für die Förderung der Berufsbildung (Cedefop),
- die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz (EU-OSHA) und
- die Europäischen Stiftung für Berufsbildung (ETF).

<sup>29</sup> Europäische Kommission – Factsheet: Fragen und Antworten zur Europäischen Arbeitsbehörde; [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-18-1622\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-1622_de.htm)

<sup>30</sup> Beinhaltet gemäss Erwägung 8 der Verordnung « ...Briefkastenfirmen und Scheinselbständigkeit [, die] das ordnungsgemässe Funktionieren des Binnenmarkts gefährden, wobei jedoch die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, über nationale Massnahmen zu beschliessen, unberührt bleiben sollte.» ABI. L 186 vom 11.7.2019, S. 21–56, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32019R1149>

<sup>31</sup> Die Behörde kann ihre Mediationsdienste ausschliesslich bei Streitigkeiten zwischen nationalen Behörden anbieten, und zwar auf Antrag der betroffenen nationalen Behörden. Sie dient nicht als Forum für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Einzelpersonen oder Arbeitgebern und den einzelnen Verwaltungen der Mitgliedstaaten.

In die ELA integriert werden zwei Portale/Plattformen, die sich bereits bisher mit der grenzüberschreitenden Mobilität respektive mit der sozialen Absicherung der Arbeitnehmenden beschäftigt haben:

- die Koordination des Europäischen Portals zur beruflichen Mobilität bzw. des Europäischen Netzwerks für Arbeitsvermittlung (EURES)<sup>32</sup> und
- die Europäische Plattform zur Stärkung der Zusammenarbeit bei der Bekämpfung nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit (EPAUW).

Generell kommt es nicht zur Schaffung neuer Vollzugskompetenzen der EU. Die Mitgliedstaaten bleiben nach wie vor in vollem Umfang für die Durchsetzung der Arbeits- und Sozialversicherungsvorschriften zuständig. Der Mehrwert der ELA besteht vor allem darin, dass sie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern, bestehende Strukturen straffen und operative Unterstützung leisten wird, sodass die Vorschriften effektiver durchgesetzt werden können.

## 2.2 Umsetzung des Entsenderechts in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU

### 2.2.1 Einleitung

Die DurchsRL (Art. 24) verpflichtet die EU-Kommission zur Überprüfung der Anwendung und Umsetzung dieser Richtlinie und zur Berichterstattung sowie gegebenenfalls Vorschläge für notwendige Änderungen vorzulegen. Gemäss Artikel 23 Absatz 1 hatten die Mitgliedstaaten die Durchsetzungsrichtlinie bis zum 18. Juni 2016 umzusetzen.

Am 25. September 2019 publizierte die EU-Kommission ihren ersten Bericht über die Anwendung und Umsetzung der DurchsRL<sup>33</sup> (KOM-Bericht). Er ist das Prüfergebnis, wie die EU-Richtlinie in die Gesetzgebung der einzelnen EU-Mitgliedstaaten übernommen wurde und ob diese Umsetzung als EU-rechtskompatibel bewertet wird. Dieser Bericht bietet einen summarischen Überblick auf genereller Ebene, ohne die einzelnen Instrumente der EU-Mitgliedstaaten im Einzelnen darzustellen<sup>34</sup>. Ebenfalls sehr generell wird die Rolle der Sozialpartner aufgezeigt.

Ein Ziel des Berichtes war zu prüfen, ob die Mitgliedstaaten die Möglichkeit wahrgenommen haben, Kriterien aus der DurchsRL (Art. 4) in nationales Recht zu übernehmen, die für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften erfüllt, herangezogen werden können. Der Bericht zeigte, dass die meisten Mitgliedstaaten

<sup>32</sup> Verordnung (EU) 2016/589 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. April 2016 über ein Europäisches Netz der Arbeitsvermittlungen (EURES), den Zugang von Arbeitnehmern zu mobilitätsfördernden Diensten und die weitere Integration der Arbeitsmärkte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 492/2011 und (EU) Nr. 1296/2013 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1 ; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32016R0589>).

<sup>33</sup> Dieser Bericht der EU-Kommission ist die einzige offizielle Evaluation der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie in das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten. Es bestehen ebenfalls Publikationen zum Thema Entsendung in der EU von Handelskammern in EU-Mitgliedstaaten und Unternehmensberatungsfirmen. Diese decken jedoch nur einzelne Aspekte ab, enthalten teils unterschiedliche Informationen und basieren nicht durchwegs auf den neuesten Daten. Zudem hat die EU-Agentur Eurofound im Januar 2020 einen Ad-hoc Bericht zur Verbesserung des Monitorings im Entsendebereich publiziert. Dieser Bericht stellt keine Evaluation dar, zeigt aber punktuell Lücken und Grenzen der derzeit verfügbaren Daten auf («Working conditions: Improving the monitoring of posted workers in the EU»).

[https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef19054en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19054en.pdf)

<sup>34</sup> Wie bspw. Einfordern von Geldern für Urlaubskassen, die hohen Bussgelder, die Anordnung von Sperrern, Sanktionierung mit Freiheitsstrafen.

dies getan haben<sup>35</sup>. Des Weiteren sind die grenzüberschreitende Durchsetzung von finanziellen Verwaltungssanktionen und/oder Geldbussen sowie die Angemessenheit verfügbarer Daten und die Nutzung bilateraler Vereinbarungen oder Regelungen in Zusammenhang mit dem Binnenmarkt-Informationssystem dargestellt. Ebenso werden in dem Bericht die von Mitgliedstaaten eingeleiteten Massnahmen erörtert, insofern die verfügbaren Informationen dies zulassen. Ausserdem soll untersucht werden, ob Änderungen der Richtlinie erforderlich sind.

Der am 25. September 2019 publizierte Bericht skizziert die Umsetzung der DurchsRL und fokussiert auf drei Bereiche:

- **Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen (Art. 9 DurchsRL)**  
Die Mitgliedstaaten sind berechtigt, Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorzuschreiben, um eine wirksame Überwachung der Einhaltung der DurchsRL und der EntsRL zu gewährleisten, sofern diese im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismässig sind.
- **Haftung bei Unteraufträgen (Art. 12 DurchsRL)**  
Zur Betrugs- und Missbrauchsbekämpfung dürfen die Mitgliedstaaten durch Massnahmen sicherstellen, dass – in Unterauftragsketten – der Auftragnehmer, dessen direkter Unterauftragnehmer der Arbeitgeber ist, neben dem oder anstelle des Arbeitgebers vom entsandten Arbeitnehmer haftbar gemacht werden kann. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, eine solche Haftung bei Unteraufträgen im Bausektor einzuführen. Die Mitgliedstaaten können andere angemessene Massnahmen ergreifen. Diese müssen aber ohne Diskriminierung erfolgen und verhältnismässig sein.
- **Die Verwaltungszusammenarbeit (Art. 6) im Rahmen des Binnenmarkt-Informationssystems (Art. 21 DurchsRL).**

Diesen drei Bereichen ist jeweils ein umfangreicher Anhang gewidmet, der die entsprechenden nationalen Umsetzungsbestimmungen wiedergibt bzw. zusammenfasst, ohne eine Bewertung vorzunehmen bzw. zur praktischen Wirksamkeit Stellung zu nehmen. Den Aspekt der Wirksamkeitsüberprüfung sieht die EU-Kommission implizit als künftigen Auftrag, da sie sich die weitere Begleitung als Daueraufgabe gibt, um sicherzustellen, dass die Rechte entsandter Arbeitnehmer gewährleistet sind.

Zurzeit besteht keine abschliessende Übersicht über die Umsetzung des neuen EU-Rechts, zumal der Umsetzungsprozess der revEntsRL in verschiedenen EU-Staaten noch im parlamentarischen Genehmigungsverfahren steht. Ein Evaluationsbericht der EU steht daher noch aus<sup>36</sup>.

## 2.2.2 Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen

In sämtlichen EU-Mitgliedstaaten kontrollieren staatliche Stellen. In der Regel gibt es sowohl Kontrollen vor Ort als auch schriftliche Kontrollen. Teilweise werden Kontrollen von Entsandten im Rahmen von Kontrollen des Gesundheitsschutzes oder der Arbeitssicherheit durchgeführt. Die Sozialpartner sind bei der Kontrolle der Arbeits- und Lohnbedingungen formal nicht eingebunden. Dennoch üben die Sozialpartner in einigen EU-Mitgliedstaaten eine wesentliche Funktion im Vollzug aus. Dies wird implizit unterstrichen beim Erfordernis einer zweiten, d.h. zusätzlichen Verbindungsperson, die als rechtsverbindlich auftretender Ansprechpartner für die Gewerkschaften fungiert<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Nicht ausdrücklich umgesetzt haben diesen Artikel: Deutschland, Österreich, Niederlande.

<sup>36</sup> Die Umsetzungsfrist ist im Juli 2020 abgelaufen.

<sup>37</sup> So in Italien und Schweden.

Die DurchsRL berechtigt die Mitgliedstaaten, Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorzuschreiben, um eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Richtlinie und der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern zu gewährleisten, sofern diese im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismässig sind. Die in Artikel 9 vorgelegte Liste möglicher Massnahmen ist nicht abschliessend. Im Folgenden werden die Hauptergebnisse des EU-Berichts zu den einzelnen in Art. 9 vorgesehenen Kontrollmassnahmen dargestellt.

### 2.2.2.1 Die Abgabe einer «einfachen Erklärung»<sup>38</sup>

Vorab ist festzuhalten, dass in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten eine Anmeldepflicht für ausländische Dienstleistungserbringer besteht. In den meisten Fällen genügt es, die Anmeldung am ersten Tag des Auftrages vorgenommen zu haben. Bei einer Minderheit<sup>39</sup> ist die Meldung am Vortag zu erstatten. Die Meldung hat gemäss DurchsRL spätestens vor Arbeitsbeginn zu erfolgen. Die EU-Kommission hat demzufolge jeglichen Fristenlauf, auch am Vortag, stets grundsätzlich ablehnend beurteilt.<sup>40</sup> Zu berücksichtigen gilt auch, dass Österreich und Belgien früher eine mehrtägige Voranmeldefrist kannten, die sie aufgrund von Interventionen der EU-Kommission aufgeben mussten.

Ein Mitgliedstaat kann von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer eine „einfache Erklärung“ verlangen, die eine Kontrolle am Arbeitsplatz erlaubt. Diese umfasst unter anderem:

- i) die Identität des Dienstleistungserbringers<sup>41</sup>
- ii) die voraussichtliche Zahl klar identifizierbarer entsandter Arbeitnehmer<sup>42</sup>
- iii) die Informationen zu Kontaktpersonen(en)<sup>43</sup>
- iv) die voraussichtliche Dauer sowie das geplante Datum des Beginns und des Endes der Entsendung sowie weitere Angaben
- v) die Anschrift(en) des Arbeitsplatzes
- vi) die Art der die Entsendung begründenden Dienstleistungen

Alle Mitgliedstaaten verlangen vom Dienstleistungserbringer eine solche Erklärung.

Zu Ziff. iii): Die Mitgliedstaaten können vom Dienstleistungserbringer verlangen, einen Ansprechpartner zu benennen, der die Kommunikation mit den Behörden im Aufnahmemitgliedstaat abwickelt<sup>44</sup>. Obwohl die EU-Staaten verlangen können, dass dieser im Staat der Dienstleistungserbringung anwesend ist, sind unverhältnismässige Anforderungen

<sup>38</sup> (Art. 9 Abs. 1 Bst a).

<sup>39</sup> Italien, Litauen, Rumänien.

<sup>40</sup> Auskunft der EU Kommission im Rahmen der Expertengruppe für entsandte Arbeitnehmende.

Sh. dazu auch den Bericht zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie (COM (2019) 426 final, explizit S.10):

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0426&from=EN>

<sup>41</sup> Alle Mitgliedstaaten verlangen mindestens Angaben zum Namen und zur Adresse des Dienstleistungserbringers sowie weitere Kontaktdaten wie Telefonnummer und/oder E-Mail-Adresse. Neben diesen Anforderungen werden eine MwSt-Nummer sowie die Handelsregisternummer verlangt (Tschechien, Dänemark, Estland, Griechenland, Spanien, Italien, Lettland, Ungarn, Österreich, Polen, Slowakei und Finnland).

<sup>42</sup> Alle Mitgliedstaaten verlangen zumindest Name, Anschrift.

15 Mitgliedstaaten verlangen zusätzlich das Geburtsdatum (Dänemark, Deutschland, Griechenland, Frankreich, Kroatien, Italien, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Polen, Slowenien, Slowakei, Tschechien und Finnland), dazu kommt die Staatsangehörigkeit (ausser Deutschland, Tschechien).

Darüberhinaus werden die Nummer des Reisepasses oder der ID verlangt, so in Italien. Österreich verlangt zudem die Sozialversicherungsnummer.

<sup>43</sup> Alle Mitgliedstaaten ausser Tschechien u. Litauen.

<sup>44</sup> Alle EU-Mitgliedstaaten verlangen dies, mit Ausnahme von Tschechien und Litauen. Darüber hinaus verlangen elf Mitgliedstaaten (Estland, Griechenland, Kroatien, Italien, Zypern, Luxemburg, Ungarn, Österreich, Slowenien, Finnland und Schweden) Angaben zu einem Ansprechpartner, der den Arbeitgeber generell vertreten darf. In den Niederlanden ist die für die Lohnzahlung zuständige Person anzugeben.

nicht erlaubt. Überdies können die Mitgliedstaaten vorschreiben, eine andere Kontaktperson als Vertreter zu benennen, durch den die Sozialpartner den Dienstleistungserbringer zur Aufnahme von Kollektivverhandlungen bewegen können<sup>45</sup>. Diese Kontaktperson muss lediglich bei angemessener und begründeter Anfrage verfügbar sein.

Zu Ziff. iv): Weitere Angaben zur zu verrichtenden Tätigkeit können Folgendes beinhalten:

- Angaben zum Aufbewahrungsort der Schriftstücke, die aufzubewahren und Behörden auf Anfrage zur Verfügung zu stellen sind<sup>46</sup>.
- Einige EU-Mitgliedstaaten verlangen Informationen zu Arbeitszeit und Entlohnung<sup>47</sup>.
- Ein EU-Mitgliedstaat verlangt die Abgabe von Garantien in Bereichen wie Gesundheit und Sicherheit<sup>48</sup>.

Darüber hinaus verlangen 15 Mitgliedstaaten<sup>49</sup> in dieser Erklärung ebenfalls Angaben zum Dienstleistungsempfänger (Name, Anschrift, Kontaktangaben). Zusätzlich verlangen einige Mitgliedstaaten die Mehrwertsteuernummer<sup>50</sup>.

### 2.2.2.2 Anforderungen an die Dokumentation

Über die meisten EU-Mitgliedstaaten vergleichbar ist die Dokumentationspflicht. Verlangt werden in der Regel Personalausweise, Sozialversicherungsnachweise, Kopien des Arbeitsvertrages, Lohnvereinbarungen sowie Dokumente, welche die Dauer des Einsatzes belegen.

Alle Mitgliedstaaten verlangen, dass die am Arbeitsplatz vorliegende Dokumentation in Papierform oder elektronisch mindestens Folgendes beinhaltet:

- den Arbeitsvertrag oder ein gleichwertiges Dokument,
- den Lohnzettel,
- die Arbeitszeitchronik mit Angabe des Beginns, des Endes und der Dauer der täglichen Arbeitszeit sowie
- die Belege über die Entgeltzahlung.

Zusätzlich fordern sechs Mitgliedstaaten<sup>51</sup> in Ergänzung zu den Unterlagen der «einfachen Erklärung», am Arbeitsplatz Kopien von Dokumenten zu Identität und/oder Status von Arbeitnehmern bereitzuhalten. Bei solchen Dokumenten handelt es sich in der Regel um den Reisepass oder den Personalausweis<sup>52</sup>, das „Portable Dokument A1“<sup>53</sup> sowie die Arbeits- und/oder Aufenthaltserlaubnis von Drittstaatsangehörigen<sup>54</sup>.

Ein Mitgliedstaat verlangt zudem Kopien ärztlicher Bescheinigungen über die Arbeitstauglichkeit sowie bei Teilzeitbeschäftigung oder befristeten Arbeitsverträgen eine von der zuständigen Kontrollbehörde ausgestellte Übereinstimmungsbescheinigung<sup>55</sup>.

<sup>45</sup> Bulgarien, Dänemark, Spanien, Italien, Zypern, Lettland, Ungarn, Malta, Portugal, Estland, Griechenland, Kroatien, Italien, Zypern, Luxemburg, Ungarn, Österreich, Slowenien, Finnland und Schweden.

<sup>46</sup> Deutschland, Kroatien, Litauen, Ungarn, Österreich, Polen und Slowenien.

<sup>47</sup> Bulgarien, Griechenland, Frankreich, Kroatien und Österreich, in Belgien ist zumindest ein Arbeitsplan vorzulegen.

<sup>48</sup> Litauen.

<sup>49</sup> Belgien, Dänemark, Estland, Griechenland, Spanien, Frankreich, Kroatien, Italien, Lettland, Litauen, Malta, Niederlande, Österreich, Slowenien, Finnland.

<sup>50</sup> Griechenland, Italien und Österreich.

<sup>51</sup> Kroatien, Lettland, Luxemburg, Österreich, Italien, Slowenien.

<sup>52</sup> Kroatien, Lettland, Luxemburg, Österreich.

<sup>53</sup> Italien, Luxemburg, Österreich, Slowenien.

<sup>54</sup> Spanien, Kroatien, Lettland, Luxemburg und Österreich.

<sup>55</sup> Luxemburg.



Von den Dienstleistungserbringern wird von einigen Mitgliedstaaten<sup>56</sup> zudem die Angabe einer zuständigen Person vor Ort beansprucht. Diese soll über die relevanten Unterlagen (bzgl. Entsandter Arbeitnehmer, Lohn- und Versicherungsunterlagen, Qualifikationen, Auftrag) verfügen, rechtsverbindlich behördliche Dokumente entgegennehmen und Unterlagen an die zuständigen Stellen weiterleiten können. Die Bandbreite des Anforderungsprofils an die Verbindungsperson der EU-Mitgliedstaaten ist erheblich.

In einem Mitgliedstaat sind alle Dokumente vor der Entsendung elektronisch zu übermitteln<sup>57</sup>.

#### Zur Dauer der Aufbewahrung:

Gemäss der DurchsRL kann verlangt werden, dass die Dokumente nach dem Entsendezeitraum auf Ersuchen der Behörden des Aufnahmemitgliedstaats innerhalb einer angemessenen Frist vorzulegen sind. Die Verpflichtung, Dokumente förmlich aufzubewahren, hört in neun Ländern mit dem Ende des Entsendezeitraums auf<sup>58</sup>. Die meisten Mitgliedstaaten verlangen, dass die Dokumente nach Ende des Entsendezeitraums innerhalb eines bestimmten Zeitraums verfügbar bleiben. Dieser Zeitraum ist unterschiedlich geregelt: Er beträgt je nach Mitgliedstaat ein Jahr<sup>59</sup>, zwei<sup>60</sup>, drei<sup>61</sup>, fünf<sup>62</sup> oder gar sieben Jahre<sup>63</sup>.

### **2.2.2.3 Sprachliche Anforderungen**

Die Mitgliedstaaten können die Sprache der Erklärung und der Dokumentation vorschreiben. Für beide kann eine Fassung in der Amtssprache des Aufnahmemitgliedstaats oder in (einer) vom Aufnahmemitgliedstaat akzeptierten Sprache(n) verlangt werden. Die meisten Mitgliedstaaten verlangen, dass die Erklärung in (einer) ihrer Amtssprache(n) eingereicht wird. In einigen Mitgliedstaaten kann die Erklärung in Englisch<sup>64</sup> verfasst werden.

### **2.2.2.4 Sonstige Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen**

Einige Mitgliedstaaten haben Massnahmen für die Identifikation der entsandten Arbeitnehmer eingeführt, wie die «Carte d'identification professionnelle du BTP» in Frankreich, den «ConstruBadge» in Belgien, den «badge social» in Luxemburg sowie die «ID06-Karte» in Schweden. Ohne Besitz dieser Karten dürfen entsandte Bauarbeiter ihre Tätigkeiten nicht aufnehmen.

In einzelnen EU-Mitgliedstaaten können die staatlichen Behörden zudem einen Arbeitsunterbruch erwirken<sup>65</sup>. In verschiedenen Ländern, so beispielsweise in Holland und Luxemburg kann einem Unternehmen zudem eine Dienstleistungssperre auferlegt werden, in Österreich bis fünf Jahre im Wiederholungsfall.

<sup>56</sup> Alle EU-Mitgliedstaaten verlangen dies, mit Ausnahme von Tschechien und Litauen. Darüber hinaus verlangen elf Mitgliedstaaten (Estland, Griechenland, Kroatien, Italien, Zypern, Luxemburg, Ungarn, Österreich, Slowenien, Finnland und Schweden) Angaben zu einem Ansprechpartner, der den Arbeitgeber generell vertreten darf. In den Niederlanden ist die für die Lohnzahlung zuständige Person anzugeben.

<sup>57</sup> Luxemburg.

<sup>58</sup> Tschechien, Dänemark, Zypern, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Slowakei und Finnland.

<sup>59</sup> Belgien, Bulgarien und Portugal.

<sup>60</sup> Deutschland, Griechenland, Frankreich, Italien, Lettland, Polen, Slowenien und Finnland.

<sup>61</sup> Irland, Ungarn und Rumänien.

<sup>62</sup> Kroatien.

<sup>63</sup> Estland.

<sup>64</sup> Dänemark, Estland, Kroatien, Ungarn, Österreich, Polen und Schweden.

<sup>65</sup> Belgien, Frankreich und Luxemburg. In Dänemark kommt diese Rolle den Sozialpartnern zu: sie können mit Baustellensperrungen drohen resp. diese vornehmen.

### 2.2.2.5 Allgemeine Beurteilung

Die unter Artikel 9 Absatz 1 DurchsRL aufgeführten Massnahmen sind in den meisten Mitgliedstaaten entweder in ihrer Gesamtheit oder zum grossen Teil vorgeschrieben. Dies könnte vermuten lassen, dass in allen Mitgliedstaaten ähnliche Pflichten für Dienstleistungserbringer gelten. Die in den Mitgliedstaaten erlassenen konkreten Anforderungen – insbesondere mit Blick auf das Verfahren für Mitteilung, Dokumentation und die übersetzungsbezogenen Anforderungen – sind jedoch recht unterschiedlich.

Zahlreiche Mitgliedstaaten haben Massnahmen getroffen, um den Verwaltungsaufwand, der durch die vorgenannten Massnahmen entstehen könnte, zu begrenzen: In der Regel betreffen diese «entlastenden» Massnahmen Entsendungen, die von kurzer Dauer sind oder bestimmte Sektoren oder Berufe betreffen. Verschiedene Mitgliedstaaten haben ein onlinegestütztes Tool<sup>66</sup> für die Entsendemeldung eingeführt.

«Entlastende» Massnahmen betreffen u.a.:

- dringende Reparatur- und Wartungsarbeiten an Maschinen oder Ausrüstungen, die von der Meldepflicht ausgenommen werden<sup>67</sup>.
- Beschränkung der Mitteilung auf den Bausektor und baubezogene Branchen, Gebäudereinigungsdiensten und bei Pflegeleistungen<sup>68</sup>.

Die Mitgliedstaaten dürfen weitere Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen beschliessen, sofern diese Massnahmen gerechtfertigt und verhältnismässig sind. Wesentlich ist hierbei, dass wirksame Überwachungs- und Kontrollmechanismen (Art. 10 DurchsRL) die Durchsetzung der beiden Richtlinien (DurchsRL, EntsRL) unterstützen. Nebst Zufallskontrollen haben diese Prüfungen in erster Linie auf einer Risikobewertung durch die zuständigen Behörden zu basieren<sup>69</sup> und sind nicht-diskriminierend sowie verhältnismässig auszugestalten. Sie müssen mit anderen Worten geeignet sein, um die verfolgten Ziele zu erreichen, ohne die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen mehr als notwendig zu begrenzen.

Alle EU-Mitgliedstaaten erachten die Dokumentation gemäss Art. 9 Abs. 1 DurchsRL, insbesondere die einfache Erklärung, als sehr hilfreich<sup>70</sup>.

### 2.2.2.6 Sanktionen

Gemäss Artikel 20 der DurchsRL haben die Mitgliedstaaten für Verstösse gegen die nationalen Umsetzungsbestimmungen Sanktionen festzulegen. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein.

Bei der Einführung des Meldesystems haben zahlreiche Mitgliedstaaten Sanktionen für Verstösse gegen diese Verwaltungsanforderung eingeführt. Die Geldstrafen sind bisweilen so hoch wie die Sanktionen für die Verletzung der Rechte von Arbeitnehmern. In einigen Fällen werden die Beträge nach Massgabe der Zahl entsandter Arbeitnehmer und unter Berücksichtigung früherer Verstösse berechnet, was zu hohen Geldstrafen führen kann.

<sup>66</sup> Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Ungarn, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Slowenien, Slowakei, Finnland und Schweden.

<sup>67</sup> So in Belgien, sofern eine solche Tätigkeit fünf Tage pro Monat nicht übersteigt.

<sup>68</sup> Deutschland.

<sup>69</sup> Bei dieser Risikobewertung können die Tätigkeitsbereiche ermittelt werden, in denen sich die Beschäftigung von im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmern in ihrem Hoheitsgebiet konzentriert. Dabei können insbesondere die Ausführung grosser Infrastrukturprojekte, lange Unterauftragsketten, geografische Nähe, besondere Probleme und Bedürfnisse bestimmter Bereiche, Verstösse gegen die Vorschriften in der Vergangenheit sowie die Gefährdung bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern berücksichtigt werden.

<sup>70</sup> KOM-Bericht, S. 14.

### a. Sanktionen für die Verletzung administrativer Pflichten

Alle Mitgliedstaaten haben ein System mit Sanktionen umgesetzt, die bei administrativen Verstößen (unterlassene oder unvollständige Meldung, unterlassene Änderungsmeldung, nicht Bereithalten der Unterlagen) zur Anwendung kommen.

In einigen Mitgliedstaaten<sup>71</sup> wurde eine Maximalbusse pro Arbeitnehmer festgelegt, diese liegt zwischen 1'165 Euro<sup>72</sup> und 10'000 Euro<sup>73</sup>. Verschiedene Mitgliedstaaten haben einen Höchstbetrag<sup>74</sup> der Geldbussen definiert, der pro Arbeitgeber gilt – ungeachtet der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer – er reicht von 240 Euro<sup>75</sup> bis zu 48'000 Euro<sup>76</sup>.

In einigen Mitgliedstaaten zieht ein wiederholter Verstoss eine zusätzliche Sanktion<sup>77</sup> nach sich: die Geldbusse kann damit pro Arbeitnehmer bis auf 20'000 Euro<sup>78</sup> steigen. Die Obergrenze pro Arbeitnehmer kann auf 40'000 Euro erhöht werden, wenn mehr als drei Arbeitnehmer betreffende wiederholte Verstöße begangen werden<sup>79</sup>. Ebenfalls haben Mitgliedstaaten Sanktionen für die in die Verletzung involvierte Person (Führungskraft) vorgesehen<sup>80</sup>. Die Aktivitäten von Leiharbeitsfirmen können ebenfalls ausgesetzt werden<sup>81</sup>.

### b. Sanktionen für die Verletzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer

In den meisten Mitgliedstaaten sind Sanktionen vorgesehen, wenn ein Arbeitgeber die Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern nicht einhält. Einige Mitgliedstaaten berücksichtigen die Zahl der in diesem Fall betroffenen Arbeitnehmer<sup>82</sup>. Die höchsten Geldbussen reichen von 1'165 Euro<sup>83</sup> bis zu 50'000 Euro<sup>84</sup>.

Weitere Mitgliedstaaten besitzen eine Regelung, in deren Rahmen die gegenüber dem Arbeitgeber zu verhängende Sanktion nicht von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer abhängt<sup>85</sup>. Der Höchstbetrag der Geldbussen laut dieser Regelungen reicht von 300 Euro<sup>86</sup> bis zu 500'000 Euro<sup>87</sup>.

Wiederholte Verstöße und sonstige neue Umstände führen in verschiedenen Mitgliedstaaten zu höheren Sanktionen<sup>88</sup>. So kann eine Geldbusse pro Arbeitnehmer bis zu 40'000 Euro<sup>89</sup> betragen, während einem Unternehmen eine Gesamtbussse von bis zu 96'000 EUR<sup>90</sup> auferlegt werden kann. In schweren Fällen ist die Aussetzung der Aktivitäten<sup>91</sup> vorgesehen und sogar

<sup>71</sup> Belgien, Bulgarien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Malta, Österreich, Finnland.

<sup>72</sup> Malta.

<sup>73</sup> Österreich, Finnland.

<sup>74</sup> Belgien, Tschechien, Dänemark, Deutschland, Estland, Irland, Griechenland, Frankreich, Kroatien, Zypern, Lettland, Litauen, Luxemburg, Ungarn, die Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, Slowenien, Slowakei.

<sup>75</sup> Litauen.

<sup>76</sup> Belgien.

<sup>77</sup> Bulgarien, Dänemark, Spanien, Frankreich, Lettland, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Österreich.

<sup>78</sup> Österreich.

<sup>79</sup> Österreich.

<sup>80</sup> Bulgarien, Kroatien, Österreich.

<sup>81</sup> Spanien, Österreich.

<sup>82</sup> Belgien, Bulgarien, Griechenland, Spanien, Frankreich, Lettland, Luxemburg, Ungarn, Malta, Österreich.

<sup>83</sup> Malta.

<sup>84</sup> Luxemburg.

<sup>85</sup> Belgien, Tschechien, Estland, Irland, Griechenland, Kroatien, Zypern, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Portugal, Rumänien, Slowenien, Slowakei.

<sup>86</sup> Litauen.

<sup>87</sup> Deutschland.

<sup>88</sup> Belgien, Bulgarien, Griechenland, Frankreich, Zypern, Lettland, Litauen, Ungarn, Österreich, Slowakei.

<sup>89</sup> Österreich.

<sup>90</sup> Belgien.

<sup>91</sup> Belgien, Frankreich und Luxemburg. In Dänemark kommt diese Rolle den Sozialpartnern zu: sie können mit Baustellensperrungen drohen resp. diese vornehmen.

eine Inhaftierung ist möglich<sup>92</sup>. Auch am Verstoss beteiligte Personen (bspw. Führungskräfte) können mit Geldstrafen belegt werden<sup>93</sup>.

## 2.2.3 Haftung für Unteraufträge (Art. 12 DurchsRL)

### 2.2.3.1 Umsetzung durch die Mitgliedstaaten

Die EU-Kommission hat die Umsetzung der Haftungsklausel in ihrem Bericht ausführlich dargestellt.

Die Regelung ist in nichtdiskriminierender Weise und nach den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit ins nationale Recht umzusetzen (Art. 12 Abs. 1). Die Mitgliedstaaten müssen zudem Massnahmen vorsehen, mit denen die entsandten Arbeitnehmer den Auftragnehmer haftbar machen können (Art. 12 Abs. 2). Im Einklang mit dem Unionsrecht können schärfere Haftungsregelungen, etwa im Geltungsbereich und Umfang der Haftung, vorgesehen werden (Art. 12 Abs. 4). Die Regelung kann die Befreiung des haftenden Auftragnehmers ermöglichen, wenn er die Beachtung der im nationalen Recht vorgesehenen Sorgfaltspflichten nachweisen kann (Art. 12 Abs. 5). Anstelle der Haftungsregelung kann das nationale Recht auch wirksame und verhältnismässige Sanktionen gegen den Auftragnehmer vorsehen, insbesondere in Situationen, in denen Arbeitnehmer Schwierigkeiten haben, ihre Rechte durchzusetzen (Art. 12 Abs. 6).

Mit Ausnahme von zwei Mitgliedstaaten<sup>94</sup> haben alle eine Regelung für die Haftung von Unteraufträgen eingeführt. Der KOM-Bericht zur Umsetzung hält fest, dass die Haftungsregelungen in vielen Mitgliedstaaten mangels einschlägiger Fälle noch nicht häufig angewendet wurden (KOM-Bericht, S. 18). Nach Ansicht mehrerer Mitgliedstaaten und der Gewerkschaften war jedoch eine positive Wirkung auf den Schutz der Rechte von entsandten Arbeitnehmern in der Kette zu verzeichnen (KOM-Bericht, S. 19).

Ein Teil der Mitgliedstaaten begrenzt die Haftung auf den Bausektor, eine Mehrheit hat sie auf andere Sektoren ausgeweitet, und elf Mitgliedstaaten wenden diese auf alle Wirtschaftssektoren an. Im persönlichen Geltungsbereich beschränken etliche Mitgliedstaaten die Haftung auf den direkten Auftragnehmer, während in zehn Mitgliedstaaten (darunter in Deutschland, Italien und Österreich) die Möglichkeit besteht, ausstehende Lohnzahlungen auch von Parteien innerhalb der Auftragskette zu erlangen, die in keiner unmittelbaren vertraglichen Beziehung mit dem entsendenden Arbeitgeber stehen.

Der Umfang der Haftung umfasst in der Regel die gesamten vertraglich vereinbarten Löhne, teilweise inklusive die geleisteten Überstunden, und nicht nur die Mindestlöhne. Gleichzeitig begrenzen alle Länder mit Ausnahme Österreichs die Haftung des Auftragnehmers auf den im Vertrag mit dem Unterauftragnehmer festgeschriebenen Betrag.

Gemäss der DurchsRL ist eine Ausnahme von der Haftung möglich, wenn der haftende Auftragnehmer seinen Sorgfaltspflichten gegenüber seinem Unterauftragnehmer nachgekommen ist (Art. 12 Abs. 5 DurchsRL). In 16 Mitgliedstaaten besteht die Möglichkeit einer Einrede gegen die Sorgfaltspflicht des Auftragnehmers. Dies erfolgt zumeist in Form einer allgemeinen Bewertung der Sorgfalt des Auftragnehmers im jeweiligen Fall. In zwölf Mitgliedstaaten (darunter in Frankreich und Österreich) bestehen explizite Kriterien für die Verpflichtungen des Auftragnehmers, eine Kontrolle vorzunehmen und/oder die

<sup>92</sup> Griechenland und Zypern.

<sup>93</sup> Bulgarien, Kroatien, Österreich, Slowenien, Slowakei.

<sup>94</sup> Dänemark und Finnland.

Rechtskonformität des Unterauftragnehmers zu fördern, wobei die Detailliertheit von äusserst allgemeinen Angaben bis zu einer ausführlichen Auflistung der Kriterien reicht (KOM-Bericht, S. 19).

Dänemark und Finnland haben keine Regelungen für die Haftung bei Unteraufträgen eingeführt. In Dänemark beinhaltet die alternative Regelung für die Umsetzung von Artikel 12 Absatz 6 die Einrichtung eines Arbeitsmarktfonds für entsandte Arbeitnehmer. Haben entsandte Arbeitnehmer Schwierigkeiten, ihren von einem dänischen Gesamtarbeitsvertrag abgedeckten Lohn vom Arbeitgeber zu erhalten, können sie den ausstehenden Lohn von diesem Fonds beziehen. Hat in Finnland ein entsandter Arbeitnehmer nicht den Mindestlohn erhalten, kann er den Bauunternehmer oder Generalunternehmer hierüber unterrichten. Diese müssen das entsendende Unternehmen unverzüglich auffordern, einen Bericht über die dem entsandten Arbeitnehmer gezahlten Löhne vorzulegen. Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen kann zwar zu Sanktionen, nicht aber zur Haftung des Auftragnehmers für ausstehende Lohnforderungen führen (KOM-Bericht S. 20).

Die Mitgliedstaaten dürfen grundsätzlich kein System der Haftung für Unteraufträge einrichten, das nur für grenzüberschreitenden Dienstleister gilt, da diese so unmittelbar diskriminiert würden. Sechzehn Mitgliedstaaten (darunter Österreich) scheinen vergleichbare Bestimmungen betreffend die Haftung bei Unteraufträgen nur auf ausländische Dienstleister anzuwenden, andere dagegen wenden diese oder vergleichbare Bestimmungen auf inländische und ausländische Dienstleister gleichermaßen an (COM-Bericht, S. 20). Die EU-Kommission lässt offen, ob und inwiefern sie die Anforderungen an das Diskriminierungsverbot in den einzelnen Ländern als erfüllt erachtet oder nicht.

Überdies scheinen nationale Bestimmungen für die Haftungsregeln in einzelnen Ländern, darunter in Österreich, immer zur Anwendung zu kommen, wenn ein Arbeitgeber mit einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer einen Vertrag schliesst (und nicht nur bei der Auftragsuntervergabe).

Die oben dargestellten Eckwerte zeigen, dass trotz der Vorgaben durch die DurchsRL den einzelnen Mitgliedstaaten innerhalb der eigenen Ordnung ein erheblicher Spielraum zur Ausgestaltung der Haftung als Durchsetzungsinstrument bleibt.

## **2.3 Zwischenfazit zur Umsetzung der Regelung des EU-Entsenderechts in den EU-Mitgliedstaaten**

### **2.3.1 Grosse Bandbreite der Umsetzung**

Die Bandbreite der Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten ist gross, da die EU-Bestimmungen einen erheblichen Interpretationsspielraum bieten. Dies zeigt sich beispielsweise an der in der DurchsRL verankerten Möglichkeit, die Bezeichnung einer *Verbindungsperson* für die Dauer der Entsendung im Entsendestaat zu verlangen. So ist in Belgien, Dänemark, Luxemburg, Österreich die Bezeichnung einer Verbindungsperson ausreichend. Frankreich hingegen setzt eine treuhänderische Funktion der Verbindungsperson voraus. Auch in Finnland wird ein rechtsverbindliches Auftreten für den Entsendebetrieb verlangt. In Italien und Schweden sind sogar zwei Verbindungspersonen zu bezeichnen: eine gegenüber den staatlichen Kontrollstellen und eine weitere, die rechtsverbindlich gegenüber den Sozialpartnern auftreten kann.

Auch bei der *Dokumentationspflicht* bestehen nennenswerte Unterschiede: Frankreich, Belgien und Schweden kennen spezielle Ausweise für Arbeitnehmer auf Baustellen als Vorbedingung zur Erbringung einer Dienstleistungserbringung. Im Bereich der *Haftungsregelungen* wiederum kennen Deutschland sowie Österreich Bestimmungen, die weitergehen als in den anderen Mitgliedstaaten und auch in der Schweiz.

Erheblich ist ebenfalls die Bandbreite des *Sanktionsrahmens* in den EU-Mitgliedstaaten: Der Bussenrahmen pro Verstoß geht in Deutschland und Frankreich bis zu 500'000 Euro und kann aufgrund der möglichen Kumulation deutlich höher werden<sup>95</sup>. Auch Freiheitsstrafen bis 6 Monate sind in Holland und Belgien vorgesehen. In Belgien, Frankreich und Luxemburg kann ein Arbeitsunterbruch erfolgen. In Dänemark nehmen die Sozialpartner Baustellensperrungen vor. In Österreich, Holland und Luxemburg kann einem Unternehmen eine Dienstleistungssperre auferlegt werden (bis fünf Jahre).

Die *Kontrollorganisationen* in den EU-Mitgliedstaaten sind hingegen vergleichsweise homogen, da alle Staaten grundsätzlich eine staatliche Kontrollorganisation kennen. Dennoch üben die Sozialpartner in einigen EU-Mitgliedstaaten wie Italien, Schweden, Finnland und Dänemark eine wesentliche Funktion im Vollzug aus. Ein weiteres Zeichen der faktischen Vollzugsteilnahme der Sozialpartner zeigt sich in der Praxis der dänischen Gewerkschaften und in Finnland.

Die Umsetzung der Kontroll- und Sanktionsinstrumente bietet viel Freiraum. Diese *«marge de manoeuvre»* spiegelt sich in der Vielfalt der Massnahmen.

### 2.3.2 Beurteilung der EU-Kommission

Alle Mitgliedstaaten haben die Richtlinie umgesetzt. Hierzu haben alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands, das seine Rechtsvorschriften als richtlinienkonform betrachtete, neue Gesetze oder Verwaltungsvorschriften erlassen oder bestehende Gesetze geändert.

Die EU-Kommission nimmt bei ihrer Beurteilung der rechtskonformen Umsetzung der DurchsRL in das jeweilige nationale Recht der Mitgliedstaaten eine summarische Gesamtsicht vor. Abgesehen von wenigen Punkten, die im Bericht nur cursorisch erwähnt werden – so hat die EU-Kommission ein besonderes Augenmerk auf allfällige Fristen bei der Voranmeldung gelegt – ist die EU-Kommission der Meinung, dass die DurchsRL rechtskonform umgesetzt worden ist.

Die Umsetzung der DurchsRL durch alle Mitgliedstaaten hat aus Sicht der EU-Kommission die Durchsetzung der EntsRL in den Mitgliedstaaten verbessert, und dies insbesondere durch die Verwaltungszusammenarbeit über das Binnenmarkt-Informationssystem. Durch die Einführung von Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen besitzen die Mitgliedstaaten eine verbesserte Ausgangslage, um die Einhaltung der Bestimmungen zu überprüfen und sicherzustellen, dass die Rechte entsandter Arbeitnehmer gewährleistet sind.

In Anbetracht der Prüfungsergebnisse und unter Berücksichtigung des begrenzten Zeitraums seit Inkrafttreten der Durchsetzungsrichtlinie und mangels weiterer gemeldeter Probleme, die Änderungen der Richtlinie erfordern würden, hält es die EU-Kommission derzeit nicht für erforderlich, Änderungen der Richtlinie vorzuschlagen.

<sup>95</sup> Österreich kennt keine Bussenobergrenze, muss aber eine solche einführen.

### 2.3.3 Ausblick

Die EU-Kommission hat im Bericht angekündigt, dass sie weiterhin gemeinsam mit den Mitgliedstaaten sicherstellen wird, dass die Durchsetzungsrichtlinie ordnungsgemäss umgesetzt und angewandt wird, insbesondere in Bezug auf die Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen sowie die Haftung bei Unteraufträgen.

Der durch die EU-Kommission mit den Mitgliedsländern und Sozialpartnern erarbeitete Leitfaden<sup>96</sup> für die Entsendung von Arbeitnehmern soll zu einer grösseren Kohärenz bei Auslegung und Anwendung der Entsendebestimmungen in der gesamten EU beitragen. Er soll Arbeitgebern, Arbeitnehmern und nationalen Behörden helfen, die Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmern zu verstehen. Der Leitfaden soll regelmässig aktualisiert werden, um neue Entwicklungen zu berücksichtigen.

Ebenso wird die EU-Kommission gemeinsam mit der ELA alle beteiligten Akteure weiter unterstützen. Dabei wird sie insbesondere die Zusammenarbeit zwischen den für die Verwaltungszusammenarbeit und Amtshilfe zuständigen Behörden fördern, um Synergien zwischen sämtlichen Informations- und Unterstützungsdiensten sicherzustellen, die Einhaltung von Verwaltungsanforderungen zu erleichtern und grenzüberschreitende Durchsetzungsverfahren in Zusammenhang mit Sanktionen und Geldbussen zu unterstützen.

## 3 Schweizer Vollzugssystem und Umsetzung des Entsenderechts

### 3.1 Regelung des Entsenderechts im Rahmen des FZA

Das FZA wurde am 21. Juni 1999 zwischen der EU und der Schweiz unterzeichnet. Das FZA regelt in Art. 5 die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung. Diese ist grundsätzlich auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränkt.

Kapitel IV im Anhang I zum FZA konkretisiert Art. 5 FZA. In Art. 22 Abs. 2 des Anhangs I zum FZA wird gemäss Art. 16 FZA auf die EntsRL Bezug genommen. Gemäss Art. 16 FZA «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». Die EntsRL stellt eine Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit dar. Sie regelt insbesondere, welche Massnahmen die EU-Mitgliedstaaten im Entsendebereich treffen können, die mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind.

Diese spezifische Bezugnahme auf die EntsRL der EU aus dem Jahre 1996 verpflichtet die Schweiz, diesen Rechtsakt im Verhältnis zur EU in innerstaatliches Recht umzusetzen bzw. anzuwenden. Die Schweiz hat die EntsRL 1996 im Rahmen des EntsG ins Schweizer Recht übernommen.

Als Nicht-EU-Mitglied sowie gestützt auf das FZA ist die Schweiz aktuell nicht verpflichtet, Weiterentwicklungen des EU-Entsenderechts zu übernehmen. Aus diesem Grund hat die Schweiz die DurchsRL sowie die revEntsRL nicht übernommen.<sup>97</sup>

Die Umsetzung der FlaM wurde dezentral ausgestaltet (vgl. Ziff. 1.3 dieses Berichts). So ermöglichen die FlaM eine umfassende Beobachtung des Arbeitsmarktes sowie gezielte

<sup>96</sup> [https://ec.europa.eu/germany/news/20190925-entsendung-von-arbeitnehmern\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/20190925-entsendung-von-arbeitnehmern_de)

<sup>97</sup> S. dazu Kapitel 2.1.

Kontrollen der Arbeits- und Lohnbedingungen bei Schweizer Arbeitgebern und bei Unternehmen, die Arbeitskräfte in die Schweiz entsenden, ebenso die Überprüfung selbständige Dienstleistungserbringer.

Mit der Ausdehnung des FZA auf die zehn im Jahr 2004 der EU beigetretenen Staaten wurden Wirksamkeit und Vollzug der FlaM per 1. April 2006 verstärkt.<sup>98</sup> Diese Verstärkung und Optimierung der FlaM beinhaltete insbesondere die Verpflichtung der Kantone, über eine ausreichende Anzahl Arbeitsmarktinspektoren zu verfügen. Ferner umfasste die Revision des EntsG eine Verschärfung der Sanktionen (Einführung von Dienstleistungssperren), die Pflicht für Selbständigerwerbende zum Nachweis ihres Erwerbsstatus, die Anwendung der Bestimmungen von ave GAV auf ausländische Dienstleistungserbringer (insbesondere die Kautionspflicht und das Entrichten von Beiträgen zu den Vollzugskosten sowie die Auferlegung von Kontrollkosten) sowie ein auf Stufe der EntsV festgelegtes jährliches Minimalziel der Anzahl Kontrollen (27'000).

In den Folgejahren gewann die Frage der Scheinselbständigkeit an Aktualität, was schliesslich 2013 in einer weiteren Gesetzesrevision des EntsG<sup>99</sup> resultierte. Abgesehen von der gesetzlichen Verankerung der Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringer wurde die Haftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch seine Subunternehmer im Baugewerbe verschärft. Zudem wurden neu Sanktionen vorgesehen für Schweizer Arbeitgeber, welche die NAV-Mindestlöhne missachteten. Ebenfalls zur Verstärkung der flankierenden Massnahme gehörten die Einführung der Möglichkeit von Sanktionen bei Verstössen gegen erleichterte ave GAV sowie die Pflicht für ausländische Arbeitgeber, die Löhne von entsandten Mitarbeitenden zu melden. Ferner konnten neu auch Bestimmungen über die Vollzugskostenbeiträge, die paritätischen Kontrollen und die Sanktionen (Konventionalstrafen, Kontrollkosten) ebenfalls im erleichterten Verfahren allgemeinverbindlich erklärt werden.

Des Weiteren verabschiedete der Bundesrat 2015<sup>100</sup> die Erhöhung der Höchstgrenze von Verwaltungsanktionen bei Lohnverstössen von CHF 5'000 auf CHF 30'000, die 2017 in Kraft getreten ist. Die Sanktionsmassnahmen wurden weiter verstärkt mit der Einführung einer Kumulierung der Bussen und dem Dienstleistungsverbot bei schweren Verstössen. Zuletzt wurde im Rahmen der Umsetzung des Aktionsplans<sup>101</sup> die EntsV per 1. Januar 2018 revidiert. Das jährliche Minimalziel der durchzuführenden Kontrollen wurde um 8'000 von 27'000 auf neu 35'000 Kontrollen erhöht.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Botschaft vom 1. Oktober 2004 betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (BBl 2004 6565).

<sup>99</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vom 2. März 2012 (BBl 2012 3397).

<sup>100</sup> Botschaft zur Änderung des Entsendegesetzes vom 1. Juli 2015 (BBl 2015 5845).

<sup>101</sup> Massnahmen zur Konkretisierung des Aktionsplans; Bericht der Arbeitsgruppe zum Verbesserungsbedarf von Vollzug und Missbrauchsbekämpfung der FlaM zuhanden des Bundesrats vom 21. Oktober 2016.

<sup>102</sup> FLAM Bericht 2018 - Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union.



## 3.2 Vollzugssystem der flankierenden Massnahmen zum FZA

### 3.2.1 Vollzugsdualismus

Es herrscht ein Vollzugsdualismus zwischen Branchen, die durch einen ave GAV geregelt sind, und Branchen ohne ave GAV. Die in den Kantonen und auf Bundesebene eingesetzten tripartiten Kommissionen beobachten die Entwicklung des Arbeitsmarkts im Allgemeinen, untersuchen verdächtige Fälle auf Lohnunterbietungen und schlagen der zuständigen kantonalen Behörde Massnahmen vor, wenn eine wiederholte und missbräuchliche Lohnunterbietung im Sinn von Artikel 360a Absatz 1 OR festgestellt wurde. Zuvor suchen sie in der Regel eine direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern (sogenanntes Verständigungsverfahren, Artikel 360b Absatz 3 OR). Zudem sind die tripartiten Kommissionen beauftragt, die Einhaltung der Bestimmungen eines Normalarbeitsvertrags über Mindestlöhne im Sinn von Artikel 360a OR zu kontrollieren. Die tripartiten Kommissionen haben bei Unterbietungen der orts- und branchenüblichen Löhne keine Sanktionskompetenz gegenüber fehlbaren ausländischen Arbeitgebern. Sie sind jedoch gehalten, festgestellte Gesetzesverstösse den zuständigen kantonalen Behörden zur Sanktionierung zu melden. Zudem können sie bei wiederholt missbräuchlichen Lohnunterschreitungen einen Antrag zum Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen oder für eine ave GAV stellen.

In Branchen mit ave GAV obliegt die Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAV den mit der Durchsetzung des Vertrags betrauten paritätischen Kommissionen (Art. 7 Abs. 1 EntsG). Das EntsG überträgt ihnen zusätzlich die Kontrolle der Einhaltung des GAV durch Entsendebetriebe. Stellen diese Kontrollorgane Verstösse gegen den ave GAV fest, so sind sie gemäss EntsG zur Meldung an die für die Sanktionierung zuständigen kantonalen Behörden verpflichtet (Art. 9 Abs. 1 EntsG).

Der Gesetzgeber hat das Vollzugssystem der FlaM bewusst dezentral aufgebaut. Dies ermöglicht einen Vollzug, welcher den spezifischen Ausgangslagen und wirtschaftlichen Realitäten der betroffenen Branchen und Kantonen Rechnung trägt, da sich das FZA nicht in allen Regionen gleich auswirkt. Der Vollzug der FlaM und insbesondere die Durchführung der Kontrollen vor Ort obliegt den kantonalen oder branchenspezifischen Vollzugsorganen.

### 3.2.2 Meldung und Kontrolle

Das Schweizer Entsenderecht sieht grundsätzlich heute eine 8-tägige Voranmeldefrist vor (vgl. Art. 6 EntsG)<sup>103</sup>. In ausgewählten Branchen gilt bereits eine Meldepflicht ab dem ersten Einsatztag (vgl. Art. 6 EntsV). In den übrigen Branchen ist die Meldung für alle Arbeiten obligatorisch, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern. Dabei sind verschiedene Angaben zum Einsatz anzugeben (vgl. Art. 6 Abs. 1 EntsG und Art. 6 Abs. 4 EntsG). Gestützt auf die Meldungen und eine risikobasierte Kontrollstrategie führen die Inspektoren in allen Regionen der Schweiz und in allen Branchen Kontrollen hinsichtlich der Einhaltung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen durch. Sie kontrollieren die Schweizer Unternehmen, die ausländischen Arbeitgeber, welche Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, sowie die meldepflichtigen selbständigen Dienstleistungserbringer. Die Kontrollen werden sowohl schriftlich als auch am Arbeitsort durchgeführt. Im EntsG sind verschiedene Pflichten der Kontrollierten festgelegt. Dies betrifft beispielsweise Mitwirkungspflichten bei den

<sup>103</sup> In Ausnahmefällen, so beispielsweise bei Reparaturen, Unfällen, Naturkatastrophen oder anderen nicht vorhersehbaren Ereignissen kann die Arbeit vor Ablauf der achttägigen Frist aufgenommen werden.

Kontrollen, als auch Dokumentationspflichten von selbständigen Dienstleistungserbringern. Aufgrund der festgestellten Verstösse können unterschiedliche Sanktionen ausgesprochen werden.

### 3.2.3 Sanktionen

Arbeitgeber, die gegen zwingende Vorschriften gemäss EntsG verstossen, können sanktioniert werden. Das Ziel der Sanktionierung ist die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen in der Schweiz. Zudem können auch selbständige Dienstleistungserbringer sanktioniert werden, die nicht über die notwendige Dokumentation zum Beweis der Selbständigkeit verfügen oder diese nicht einreichen. Die Bandbreite der Sanktionen reicht von Administrativbusse bis zur Dienstleistungssperre. Bei leichten Verstössen wie beispielsweise die Nichteinhaltung der 8-tägigen Voranmeldefrist, werden Arbeitgeber verwarnet oder mit einer Administrativbusse bis zu maximal CHF 5'000 sanktioniert.

Bei Verstössen gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen muss der Arbeitgeber mit Administrativbussen von bis zu maximal CHF 30'000 oder einer Dienstleistungssperre rechnen. Besonders schwerwiegende Verstösse können eine Administrativbusse und eine Dienstleistungssperre zur Folge haben. Massive Lohnunterbietungen oder die Nichtbezahlung rechtskräftiger Bussen werden von den sanktionierenden Behörden als schwere Verstösse taxiert. Eine Dienstleistungssperre kann sich im Wiederholungsfall auf bis zu 5 Jahre erstrecken. Überdies werden schwere Verstösse im Internet auf einer öffentlichen Liste publiziert.

Bei einem Verstoss gegen die Bestimmungen eines ave GAV können neben den verwaltungsrechtlichen Sanktionen auch zivilrechtliche Sanktionen aus dem ave GAV ausgesprochen werden, namentlich Konventionalstrafen (vgl. Art. 9 und 12 EntsG, Art. 2 Abs. 2quater EntsG).

### 3.2.4 Selbständige Dienstleistungserbringer

Für selbständig Erwerbstätige aus dem Ausland, die in der Schweiz eine Dienstleistung erbringen, gelten die schweizerischen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen des EntsG nicht, da sie keine Arbeitnehmenden sind. Ausländische selbständig Erwerbende, welche in der Schweiz eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen, müssen deshalb den Nachweis ihrer Selbständigkeit (Art. 1a EntsG) erbringen. Die Kontrollorgane prüfen aufgrund der Meldung den Status der gemeldeten Person. Dazu werden einerseits die gesetzlich vorgesehenen Dokumente (Art. 1a Abs. 2 EntsG) einverlangt und Beobachtungen vor Ort festgehalten. Können die Dokumente nicht vorgelegt werden und werden diese innerhalb einer bestimmten Frist nicht nachgereicht, können die Kontrollorgane ein Arbeitsunterbuch anordnen. Ist der Status trotz Dokumentation und der Beobachtungen vor Ort nicht feststellbar, können weitere Unterlagen eingefordert werden. Wird die Selbständigkeit danach festgestellt, ist die Kontrolle beendet. Wird der Verdacht auf Scheinselbständigkeit erhärtet, müssen die Kontrollorgane den Arbeitgeber ausfindig machen und die Lohn- und Arbeitsbedingungen überprüfen. Bei Verstössen gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen kann gemäss Entsendegesetz sanktioniert werden (Art. 9 Abs. 2 EntsG).

### 3.2.5 Subunternehmerhaftung

Weitere Verpflichtungen aus dem EntsG bestehen für Erstunternehmer, die mit Subunternehmern zusammenarbeiten (Art. 5 EntsG). Werden die in einem ave GAV festgelegten minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen von einem Subunternehmer nicht

eingehalten, kann auch der Erstunternehmer zivilrechtlich für die Arbeitnehmerforderungen belangt werden. Er haftet für jeden einzelnen Subunternehmer innerhalb einer Vergabekette.

Der Erstunternehmer kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er bei jeder Weitervergabe der Arbeiten innerhalb der Auftragskette die nach den Umständen gebotene Sorgfaltspflicht bezüglich Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen angewendet hat. Diese ist insbesondere erfüllt, wenn er sich vom Subunternehmer glaubhaft darlegen lässt, dass dieser die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhält.

Der Erstunternehmer haftet subsidiär zum Subunternehmer. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer zuerst seinen eigenen Arbeitgeber belangen muss, bevor er seine Ansprüche vom Erstunternehmer einfordern kann.

## 4 Vergleich des Entsenderechts und dessen Umsetzung in der Schweiz und der EU

### 4.1 Vorbemerkung

Gemäss Auftrag des Postulats ist die Umsetzung der EU-Staaten sowie die Schweizer Regelung gegenüberzustellen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass keine abschliessende Übersicht über die Umsetzung des neuen EU-Rechts vorliegt, zumal in verschiedenen EU-Staaten der Umsetzungsprozess der revEntsRL noch im parlamentarischen Genehmigungsverfahren steht. Zudem sind die Rechtsdispositive in der Schweiz und der EU nur bedingt vergleichbar.

Im Zusammenhang mit der im FZA verankerten beschränkten Dienstleistungsfreiheit verweist das FZA auf die EU-EntsRL, welche die Schweiz im EntsG umgesetzt hat. Die Schweiz ist nicht verpflichtet, die Weiterentwicklungen des EU-Entsenderechts zu übernehmen und hat dies bisher auch nicht getan (dies betrifft die DurchsRL und die revEntsRL).

Die FlaM haben aufgrund verschiedener Besonderheiten ihre eigene Ausprägung. Ein direkter Vergleich der beiden Regelungen gestaltet sich deshalb als schwierig. Zu erwähnen ist erstens, dass die freie Dienstleistungserbringung gemäss FZA auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränkt ist. Die über 90-tägigen Dienstleistungen sind von der Dienstleistungsfreiheit gestützt auf das FZA nicht erfasst und daher gemäss den Vorgaben des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG)<sup>104</sup> bewilligungspflichtig. Diese Beschränkung führt zweitens dazu, dass die Aufenthaltsdauer von entsandten Arbeitnehmenden in der Schweiz durchschnittlich nur wenige Tage beträgt, während Entsendungen innerhalb der EU-Mitgliedstaaten eine wesentlich längere durchschnittliche Aufenthaltsdauer aufweisen. Drittens ist der grenzüberschreitende Personalverleih vom FZA nicht erfasst und gemäss dem schweizerischen Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)<sup>105</sup> verboten. Viertens ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz traditionell ein ausgeprägt sozialpartnerschaftliches Vollzugssystem von ave GAV, auch im Entsendebereich (siehe Kap.3.2), kennt, während der Vollzug in den EU-Mitgliedstaaten vorwiegend staatlich organisiert ist. Diese grundlegenden Unterschiede hinsichtlich Vollzugssysteme erfordern unterschiedliche Lösungen im nationalen Recht. Bei einer Gegenüberstellung der Rechtsordnungen ist den oben erwähnten Umständen Rechnung zu tragen.

<sup>104</sup> AIG (SR 142.20), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20020232/index.html>

<sup>105</sup> AVG (SR. 823.11), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19890206/index.html>

## 4.2 Gegenüberstellung DurchsRL und FlaM

Die DurchsRL bezweckt die bessere und einheitlichere Anwendung der EntsRL, d.h. die Sicherstellung des Schutzes für entsandte Arbeitnehmer. Das Instrumentarium entspricht aufgrund der gleichen Zielsetzung im Schweizer Dispositiv weitgehend den FlaM. Die nachfolgende Gegenüberstellung zeigt die Umsetzung dieser Durchsetzungsregelung in den EU-Mitgliedstaaten und stellt diese den Instrumenten des schweizerischen EntsG gegenüber. Ein direkter Vergleich kann aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslagen aber nicht gezogen werden (siehe Kap. 3.1, 4.1). Nachfolgend sind die wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den Umsetzungsregelungen dargestellt.

### 4.2.1 Gemeinsamkeiten

Trotz der unterschiedlichen Entstehungsgeschichten finden sich heute Gemeinsamkeiten in den beiden Systemen, insbesondere bei den folgenden Anforderungen und Massnahmen:

- i. Anforderungen an den Dienstleistungserbringer bzgl. Angaben im Zusammenhang mit der Meldepflicht (bspw. diejenigen zur Dienstleistung, dem Arbeitsverhältnis)
- ii. Kontrollmassnahmen
- iii. Verwaltungssanktionen
- iv. Haftung bei Unteraufträgen

Auf Basis eines Kernbestandes an Vollzugsmassnahmen (Meldepflicht, Kontrollen, Sanktionen, Haftung bei Unteraufträgen und gegenseitige Amts- und Verwaltungshilfe) gestaltet jeder EU-Mitgliedstaat seine nationale Regelung nach seinen Interessen und Bedürfnissen. Die vielfältige Interessenlage ergibt sich auch aufgrund der Tatsache, dass einige Staaten deutlich mehr Arbeitnehmer empfangen als entsenden, während umgekehrt andere Staaten viel mehr Arbeitnehmer entsenden als aufnehmen. Schliesslich misst sich das Interesse auch am Lohnniveau des jeweiligen Landes. In Ländern mit höherem Lohnniveau besteht grundsätzlich ein höheres Interesse an effektiven Massnahmen als in Ländern, welche wegen der vergleichsweise tiefen Löhne wenig Konkurrenz zu befürchten haben. Die folgende Gegenüberstellung zeigt die Schweizer Regelung und die Umsetzungsregelungen in einzelnen Mitgliedstaaten auf.

#### a. Meldepflicht:

Die Schweiz verlangt eine achttägige Voranmeldung der Dienstleistung im Voraus (siehe Kap. 3.2). Dies gilt sowohl für Selbständige als auch für entsandte Arbeitnehmende. Die Dienstleistungserbringer müssen Angaben zum Betrieb, zur Art der Dienstleistung und zum entsandten Arbeitnehmer liefern, damit eine Risikoeinschätzung und allenfalls eine Kontrolle durchgeführt werden kann. Alle EU-Mitgliedsstaaten kennen eine Meldepflicht in Form einer einfachen Erklärung (siehe Kap. 2.2.2.1)<sup>106</sup>, keiner jedoch eine der Schweiz vergleichbare Voranmeldepflicht. In den meisten Staaten muss die Meldung spätestens vor Aufnahme der Arbeiten im Aufnahmestaat erfolgen. Drei Staaten (Italien, Litauen, Rumänien) kennen eine Frist für die Anmeldung bis am Vortag<sup>107</sup>. Inhalt der Erklärung sind in den EU-Mitgliedstaaten

<sup>106</sup> Alle Mitgliedstaaten verlangen mindestens Angaben zum Namen und zur Adresse des Dienstleistungserbringers sowie weitere Kontaktdaten wie Telefonnummer und/oder E-Mail-Adresse. Neben diesen Anforderungen werden eine MwSt-Nummer sowie die Handelsregisternummer verlangt (Tschechien, Dänemark, Estland, Griechenland, Spanien, Italien, Lettland, Ungarn, Österreich, Polen, Slowakei und Finnland).

<sup>107</sup> Die EU-Kommission erachtet jegliche Fristigkeit im Kontext der Voranmeldung als nicht EU-rechtskonform.

etwa dieselben Angaben wie in der Schweiz<sup>108</sup>, mit Ausnahme der Details zum Dienstleistungsempfänger, welche in 15 Mitgliedstaaten<sup>109</sup> zusätzlich verlangt werden.

#### **b. Kontrollmassnahmen und Dokumentationspflicht:**

Die Schweiz führt Kontrollen der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowohl während des Einsatzes vor Ort als auch nachträglich auf schriftlichem Wege durch. Die Einhaltung der Minimallöhne, der Arbeitszeiten und der Entschädigung der Unkosten werden aufgrund von einzureichenden Belegen überprüft. Im Gegensatz zu den selbständigen Dienstleistungserbringern müssen entsandte Arbeitnehmer nicht zwingend Dokumente vor Ort vorweisen können, in der Praxis werden jedoch in der Regel die Meldebestätigung und eine ID vor Ort bereitgehalten.

Sämtliche EU-Mitgliedstaaten sehen Kontrollmassnahmen vor, welche sich auf die Angaben bei der Meldung<sup>110</sup> und auf die Bereithaltung oder Verfügbarmachung gewisser Dokumente am Arbeitsplatz stützen (siehe Kap. 2.2.2.1). Die Kontrollen erfolgen sowohl vor Ort am Arbeitsplatz als auch auf schriftlichem Weg. Das EU-Recht enthält – im Unterschied zum Dispositiv der Schweiz – keine spezifische Regelung bezüglich der Kontrolle der selbständigen Dienstleistungserbringer. Die Pflicht zur Verfügbarmachung im Aufnahmemitgliedstaat kann je nach Mitgliedstaat bis einige Jahre nach der Entsendung dauern<sup>111</sup>. Die Kontrolle ist in allen Mitgliedstaaten staatlich organisiert, die Zuständigkeiten unterscheiden sich jedoch im Einzelnen zwischen den verschiedenen Ländern. Es besteht ferner keine Übersicht über die Kontrolldichte in den EU-Mitgliedstaaten – im Unterschied zum System der Schweiz, in dem diese seitens des Bundesrates und der TPK festgelegt wird.

#### **c. Verwaltungssanktionen:**

Das Schweizer Sanktionssystem sieht Verwaltungssanktionen in Form von Geldbeträgen oder bei schwereren Verstössen in Form von Dienstleistungssperren vor. Bei besonders schweren Verstössen können die geldwerten Sanktionen mit Dienstleistungssperren kombiniert werden und so der Schwere angemessen Rechnung tragen.

Sämtliche EU-Mitgliedstaaten sehen Sanktionen vor. Mehrheitlich sind dies Verwaltungssanktionen, insbesondere geldwerte Sanktionen, deren Höhe je nach Staat in Abhängigkeit von der Anzahl eingesetzter Mitarbeiter oder vom Verstoss als solchen berechnet wird. Die Sätze und die Maximalhöhen weichen stark voneinander ab (siehe Kap. 2.2.2.6).

In einzelnen EU-Mitgliedstaaten können die staatlichen Behörden zudem einen Arbeitsunterbruch erwirken<sup>112</sup>. Dies ist in der Schweiz jedoch nur bei Verdacht auf Scheinselbständigkeit als provisorische Massnahme möglich, nicht aber bei Entsendung von unselbständigen Arbeitnehmenden. In einigen EU-Staaten kann einem Unternehmen zudem

<sup>108</sup> Alle Mitgliedstaaten verlangen zumindest Name, Anschrift des Dienstleistungserbringers.

15 Mitgliedstaaten verlangen zusätzlich das Geburtsdatum (Dänemark, Deutschland, Griechenland, Frankreich, Kroatien, Italien, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Polen, Slowenien, Slowakei, Tschechien und Finnland), dazu kommt die Staatsangehörigkeit (ausser Deutschland, Tschechien).

Darüberhinaus werden die Nummer des Reisepasses oder der ID verlangt, so in Italien. Österreich verlangt zudem die Sozialversicherungsnummer.

<sup>109</sup> Belgien, Dänemark, Estland, Griechenland, Spanien, Frankreich, Kroatien, Italien, Lettland, Litauen, Malta, Niederlande, Österreich, Slowenien, Finnland.

<sup>110</sup> Vgl. Fn 112.

<sup>111</sup> 1 Jahr: Belgien, Bulgarien, Portugal; 2 Jahre: Deutschland, Griechenland, Frankreich, Italien, Lettland, Polen, Slowenien und Finnland; 3 Jahre: Irland, Ungarn, Rumänien; 5 Jahre: Kroatien; 7 Jahre: Estland.

<sup>112</sup> Belgien, Frankreich und Luxemburg. In Dänemark kommt diese Rolle den Sozialpartnern zu: sie können mit Baustellensperrungen drohen resp. diese vornehmen.

eine Dienstleistungssperre<sup>113</sup> auferlegt werden, was in der Schweiz bei schweren Verstössen ebenfalls vorgesehen ist.

#### **d. Haftung für Unteraufträge:**

Die Schweiz führte im Jahre 2013 eine Haftung des Erstunternehmers im Bauwesen für sämtliche Subunternehmer in einer Auftragskette ein, welche die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht garantieren. Der Erstunternehmer kann sich durch den Sorgfaltsbeweis von dieser zivilrechtlichen Haftung befreien, indem er nachweist, dass er sich bei der Vergabe der Arbeiten vom Subunternehmer vergewissert hat, dass dieser sich an die Arbeitsbedingungen hält. Zudem wirkt die Haftung subsidiär, d.h., der anspruchsberechtigte Arbeitnehmer muss zuerst versuchen, seine Forderungen bei seinem Arbeitgeber (d.h. Subunternehmer) durchzusetzen. Wenn ihm dies nicht gelingt, so kann der den Erstunternehmer für seine Lohnforderungen beanspruchen.

Mit zwei Ausnahmen<sup>114</sup> haben alle EU-Mitgliedstaaten eine Haftung für Unteraufträge eingeführt (siehe Kap. 2.2.3). Die Haftung gilt teils nur für den Bausektor, teils aber für weitere oder alle Sektoren. Im Gegensatz zur Schweiz ist diese in etlichen Mitgliedstaaten auf den direkten Auftragnehmer beschränkt. In zehn Mitgliedstaaten können die Forderungen jedoch auch von Parteien (innerhalb der Auftragskette) erlangt werden, die in keiner direkten Beziehung zum entsendenden Arbeitgeber stehen, was in der Schweiz nicht möglich ist.

Die Haftungssumme in den EU-Mitgliedstaaten umfasst die vertraglich vereinbarten Löhne und nicht nur die Mindestlöhne, während das Schweizer EntsG die Haftung auf die Höhe der Mindestlöhne beschränkt. Allerdings begrenzen fast alle Mitgliedstaaten die Haftungssumme auf die Höhe des Auftragswertes mit dem Subunternehmer, was in der Schweiz nicht der Fall ist. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten kennt die Haftungsbefreiung mittels Sorgfaltsnachweis durch den haftenden Unternehmer. Diese besteht in zwölf Staaten in einer Kontrolle des Subunternehmers durch den Unternehmer, wobei die Details der Kontrollen sehr unterschiedlich ausfallen. In der Schweiz besteht das Ausmass der Sorgfaltspflicht in der glaubhaften Darlegung der Einhaltung der Vorgaben. Die EntsV nennt exemplarisch Möglichkeiten, äussert sich aber nicht abschliessend dazu. Diese richtet sich jeweils nach den Umständen im Einzelfall.

Die Schweiz wendet die Haftungsregelung diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Unternehmer an. Die EU-Mitgliedstaaten sind auch an den Grundsatz der Nichtdiskriminierung gebunden, aber der Bericht stellt fest, dass einige nationale Gesetze diskriminierend wirken, indem beispielsweise Bestimmungen nur auf ausländische Dienstleister Anwendung zu finden «scheinen»<sup>115</sup>.

Die breit gefächerte Ausgestaltung der Haftung in den einzelnen Mitgliedstaaten zeigt den grossen Spielraum bei der Umsetzung auf.

## **4.2.2 Unterschiede in den Regelungen**

### **4.2.2.1 Zusätzliche Instrumente des EU-Entsenderechts**

Gewisse Instrumente des EU-Entsenderechts, die den EU-Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen, kennt die Schweizer Regulierung nicht. So präzisiert die DurchsRL namentlich die

<sup>113</sup> Niederlande, Luxemburg, Österreich.

<sup>114</sup> Dänemark, Finnland.

<sup>115</sup> Der KOM-Bericht S. 20 nennt Bulgarien, Tschechien, Estland, Irland, Kroatien, Lettland, Litauen, Ungarn, Malta, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Slowenien, Slowakei.

Verwaltungszusammenarbeit unter den Mitgliedstaaten. Diese sind zu gegenseitiger Amtshilfe und zum Informationsaustausch zwecks Durchführung von Kontrollen verpflichtet. Dieser standardisierte Informationsaustausch erfolgt über das IMI-System (siehe Kap. 2.1.3.1). Die Schweiz kann die EU-Mitgliedstaaten auf Basis der bestehenden EntsRL um Informationen ersuchen, es besteht aber kein standardisiertes Verfahren und hängt von der Bereitschaft zur Zusammenarbeit des ersuchten Staates ab.

Auch schafft die DurchsRL die Grundlagen für die grenzüberschreitende Durchsetzung von Verwaltungsanktionen, das heisst die Anerkennung, Zustellung und Vollstreckung von Entscheiden des ersuchenden Mitgliedstaates durch den ersuchten Mitgliedstaat. Diese Amtshilfe wird ebenfalls über das IMI-System abgewickelt. Die Schweiz kann wie erwähnt von der gegenseitigen Amtshilfeleistung nicht profitieren. Insbesondere die Zustellung von amtlichen Dokumenten im Vollzug des EntsG ist teilweise mit verschiedenen Schwierigkeiten verbunden, weil kein mit dem der DurchsRL vergleichbarer Mechanismus zwischen der Schweiz und der EU existiert.

Darüber hinaus verlangen gestützt auf Art. 9 Abs. 1 Bst. b DurchsRL sämtliche Mitgliedstaaten für die Durchführung von Kontrollen die Bereithaltung oder Verfügbarmachung gewisser Dokumente am Arbeitsplatz, sei es auf Papier oder in elektronischer Form. Es handelt sich um den Arbeitsvertrag, Lohnzettel, Arbeitszeitchweise, Belege über die Entgeltzahlung sowie teilweise das A1-Formular. Staaten wie Frankreich, Belgien und Schweden verlangen zudem einen speziellen Ausweis für Arbeitnehmer, die im Bausektor arbeiten (siehe Kap. 2.2.2.4). Die Pflicht zum Verfügbarmachen von Dokumenten am Arbeitsplatz geht somit über die Pflichten des Entsendebetriebs in Art. 7 EntsG hinaus, wonach die Dokumente auf Verlangen der Kontrollorgane eingereicht werden müssen.

Weit verbreitet unter den EU-Mitgliedstaaten ist gestützt auf Art. 9 Abs. 1 Bst. e DurchsRL ferner das Erfordernis zur Bezeichnung einer Ansprechperson (siehe Kap. 2.2.2.1), welche als Kontaktperson den Behörden des Aufnahmemitgliedstaates bei der Durchführung von Kontrollverfahren zur Verfügung stehen muss oder gar den Arbeitgeber rechtlich vertreten kann. Das EntsG kennt zwar die Angabe einer Kontaktperson beschränkt auf die Dauer der Entsendung, diese hat jedoch weit weniger weitreichende Pflichten und Funktionen und kann daher nicht als Gegenstück zur Ansprechperson in den EU-Mitgliedstaaten betrachtet werden.

#### **4.2.2.2 Zusätzliche Instrumente des Schweizer Entsenderechts**

Auf der anderen Seite gibt es im Schweizer Recht verankerte Massnahmen, welche den EU-Mitgliedstaaten nicht zur Verfügung stehen.

Die oben unter den Gemeinsamkeiten erwähnte Voranmeldepflicht ist in der Schweiz mit einer achttägigen Voranmeldefrist verknüpft. Die Ansetzung einer solchen Fristigkeit steht den EU-Mitgliedstaaten aufgrund der DurchsRL grundsätzlich nicht zu. Die Meldung im Aufnahmemitgliedstaat kann in der EU bis spätestens zu Beginn der Arbeiten erfolgen.

Des Weiteren kommt den Sozialpartnern in Branchen mit einem GAV ein Sanktionsrecht<sup>116</sup> zu. Zur Sicherstellung von Forderungen der paritätischen Vollzugsorgane – wie Vollzugskostenbeiträge und Konventionalstrafen – können sie von den Entsendebetrieben Kauttionen verlangen (siehe dazu Kap. 3.2), sofern diese Pflicht gemäss dem GAV auch für

<sup>116</sup> Bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV können neben den verwaltungsrechtlichen Sanktionen auch zivilrechtliche Sanktionen aus dem allgemeinverbindlich erklärten GAV erhoben werden, namentlich Konventionalstrafen (vgl. Art. 9 und 12 EntsG).

inländische Betriebe gilt. Etliche Branchen im Baugewerbe mit ave GAV haben für in- und ausländische Betriebe eine solche vorgesehen<sup>117</sup>.

Selbständige Dienstleistungserbringer müssen gewisse Dokumente vor Ort vorweisen können, welche bei einer Kontrolle eine erste Einschätzung über ihren Status als Selbständige ermöglicht. Im EU-Recht besteht keine spezifische Regelung zur Kontrolle und zur Eruiierung von Scheinselbständigen<sup>118</sup>.

### 4.2.3 Vergleich revEntsRL und FlaM

Die revEntsRL wurde am 9. Juli 2018 publiziert, die Umsetzung in nationales Recht der EU-Mitgliedstaaten musste bis im Sommer 2020 erfolgen. Zurzeit besteht keine abschliessende Übersicht über die Umsetzung des neuen EU-Rechts, zumal der Umsetzungsprozess der revEntsRL in etlichen EU-Staaten noch im parlamentarischen Genehmigungsverfahren steht, d.h. noch nicht abgeschlossen ist. Ein Evaluationsbericht der EU steht daher auch noch aus.

Die revEntsRL orientiert sich am Grundsatz «gleicher Lohn bei gleicher Arbeit». Die Schweiz hat diesen Grundsatz bereits von Beginn weg im Jahre 2004 in ihrer Regulierung implementiert. Dies und die Rahmensetzung des FZA bewirken, dass die Eckwerte der revEntsRL (siehe Kap. 2.1.2) und deren Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten entweder keine Unterschiede zum Schweizer Dispositiv aufweisen oder nicht ins Gewicht fallen.

So beträgt die maximale Entsendedauer gemäss revEntsRL 18 Monate. Nach deren Ablauf muss der Arbeitgeber dem entsandten Arbeitnehmer sämtliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmestaates garantieren. Da die Dienstleistungserbringung in der Schweiz gemäss FZA auf 90 Tage beschränkt ist, schafft die Befristung der Entsendedauer mit den genannten Folgen keine Differenzen zum EntsG. Auch die Regelungen der revEntsRL zum verbesserten Schutz der Personalverleihverhältnisse sind aus Sicht EntsG nicht von Belang, da der Personalverleih vom FZA ausgenommen ist. Zu erwähnen ist weiter, dass in der revEntsRL neu vom Begriff der «Entlohnung» anstelle des früheren «Mindestlohnsatzes» gesprochen wird. Somit ergibt sich in diesem Punkt eine Annäherung ans EntsG, das bereits seit Anbeginn auf den erweiterten Begriff der «Entlohnung» abstellt. Was die Ausdehnung der verbindlichen Anwendung von ave GAV bei Entsendungen auf die Branchen ausserhalb des Baugewerbes anbelangt, so besteht auch hier keine Differenz zum EntsG, weil sich dieses auf alle Dienstleistungen in sämtlichen Branchen mit zwingenden Mindestlöhnen bezieht.

Es besteht noch keine umfassende Übersicht über die Umsetzung der revEntsRL in das Landesrecht der Mitgliedstaaten. Es bleibt aus Sicht EntsG offen, wie diese in Zukunft die Spesentragungspflicht regeln. Während sich die Kostenübernahme resp. Entschädigung der Kosten für Reise, Unterkunft und Verpflegung gemäss der revEntsRL nach den Vorschriften des Herkunftslandes resp. nach den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Vorschriften richtet, verlangt das EntsG, unabhängig von der Regelung des Entsendestaates, explizit die Entschädigung durch den entsendenden Arbeitgeber und regelt, dass auf die hiesigen Kostenverhältnisse abgestellt wird. Gemeinsamkeiten zwischen dem EntsG und der revEntsRL bestehen insofern, als die Entschädigung für die Auslagen keinen Lohnbestandteil

<sup>117</sup> Erwägung 31 DurchsRL lautet: «Im Interesse eines flexiblen Umgangs mit der Verschiedenartigkeit der Arbeitsmärkte und der Systeme im Bereich der Arbeitsbeziehungen können ausnahmsweise auch die Sozialpartner und/oder andere Akteure und/oder Stellen die Einhaltung bestimmter Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer überwachen, sofern sie den betroffenen Personen ein gleichwertiges Schutzniveau gewähren und ihre Überwachungstätigkeit in nichtdiskriminierender und objektiver Weise ausüben.»

<sup>118</sup> Der KOM-Bericht bemerkt zwar auf S. 3, ohne aber weiter auszuführen: «Im Rahmen der niederländischen und slowenischen Regelungen werden diese Rechtsvorschriften ebenfalls teilweise auf selbstständige grenzüberschreitende Dienstleistungserbringer angewandt.»



darstellt. Die revEntsRL enthält zudem eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Entschädigung, wenn im Zweifelsfall der Zweck einer Zahlung nicht klar geregelt ist. Über die effektive Tragweite dieser Differenz besteht zum heutigen Zeitpunkt noch keine abschliessende Erkenntnis. Diese wird entscheidend von der Umsetzung durch die EU-Mitgliedstaaten abhängen.

#### 4.2.4 Fazit

Trotz systemisch anderer Aufsetzung des EU-Entsenderechts, lässt sich der zur Verfügung stehende Kernbestand der Entsenderegeln der einzelnen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz, aufgrund der gleichen übergeordneten Zielsetzung in der EU-Gesetzgebung (Grundsatz «gleicher Lohn bei gleicher Arbeit»), in weiten Teilen vergleichen. Unterschiede bestehen insbesondere in Bezug auf einzelne Instrumente und im Vollzug (so beispielsweise die Voranmeldefrist).

Die Schweiz befindet sich im Vergleich mit den EU-Mitgliedstaaten aber in einer anderen Ausgangslage. So ist erstens die freie Dienstleistungserbringung gemäss FZA auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränkt. Die über 90-tägigen Dienstleistungen sind von der Dienstleistungsfreiheit gestützt auf das FZA nicht erfasst und daher gemäss den Vorgaben des Ausländer- und Integrationsgesetzes bewilligungspflichtig. Zweitens sind verschiedene Bereiche vom FZA ausgenommen, so bspw. der grenzüberschreitende Personalverleih, der gemäss dem schweizerischen Arbeitsvermittlungsgesetz verboten ist. Drittens kennt die Schweiz traditionell ein ausgeprägt sozialpartnerschaftliches Vollzugssystem von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen, auch im Entsendebereich, während der Vollzug in den EU-Mitgliedstaaten vorwiegend staatlich organisiert ist. Ferner besteht viertens für die Schweiz keine Verpflichtung, die Weiterentwicklung des EU-Entsenderechts zu übernehmen.

Es bestehen einerseits Gemeinsamkeiten, vorab in den Meldepflichten, den Kontrollmassnahmen, den Verwaltungssanktionen und der Haftung bei Unteraufträgen.

Eine Gegenüberstellung zeigt auch, dass trotz der gleichen übergeordneten Zielsetzung und teilweise vergleichbarer Instrumente verschiedene Unterschiede bestehen. Ein Hauptunterschied besteht darin, dass das EU-Entsenderecht zwar den Einbezug der Sozialpartner in den Vollzug ermöglicht, dass hingegen kein EU-Staat ein mit der Schweiz vergleichbares Vollzugssystem kennt. Konkret beruht die EntsRL und damit die Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten weitgehend auf einem Konzept der staatlichen Durchsetzung des Entsenderechts. Dieser unterschiedlichen Akteure führen in der Konsequenz zu unterschiedlichen Lösungen im nationalen Recht.

Unterschiede bezüglich der Durchsetzungsinstrumente sind in zwei Richtungen festzustellen: Einerseits kennt die EU teilweise Regelungen, die in der Schweiz nicht gelten. Dabei handelt es sich insbesondere um Instrumente in den Bereichen der Verwaltungszusammenarbeit und der grenzüberschreitenden Durchsetzung von Verwaltungssanktionen sowie die breitere Dokumentationspflicht des Entsendebetriebs und das Erfordernis der Bezeichnung einer Ansprechperson. Diese Instrumente tragen massgeblich zur Stärkung des EU-Entsendedispositivs bei.

Andererseits kennt auch die Schweiz Massnahmen, welche den EU-Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung der EntsRL nicht zur Verfügung stehen, wie beispielsweise die Voranmeldefrist, die Kautionspflicht oder die Dokumentationspflicht selbständiger Dienstleistungserbringer.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die unterschiedlichen Entsenderechts-Systeme hinsichtlich Zielsetzung in den Grundzügen vergleichen lassen. Wesentliche Unterschiede bestehen vor allem in der Kontrollorganisation, den Kontrollinstrumenten und der Verwaltungszusammenarbeit.