



Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit

Erläuternder Bericht

Übersicht

In der gegenwärtigen Gesetzgebung zu den flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit sollen Lücken geschlossen werden. Mit der Einführung von Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringenden und -erbringer, der Schaffung von Sanktionsmöglichkeiten für Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen und gegen zwingende Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen verstossen sowie der Schaffung von Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge wird eine noch effizientere Umsetzung der flankierenden Massnahmen möglich.

Die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit sind am 1. Juni 2004 in Kraft getreten. In der Zwischenzeit wurden sie verstärkt und der Vollzug durch verschiedene Massnahmen mehrfach optimiert. Im Rahmen der flankierenden Massnahmen werden der Arbeitsmarkt beobachtet und die Arbeitsbedingungen kontrolliert, um bei allfälligen Missbräuchen Massnahmen ergreifen zu können.

Sieben Jahre Erfahrung im Vollzug der flankierenden Massnahmen haben gezeigt, dass diese einen wirksamen Schutz der in- und ausländischen Arbeitnehmenden vor Lohnunterbietungen und Verstössen gegen die Arbeitsbedingungen gewährleisten. Sie sorgen ausserdem für gleiche Wettbewerbsbedingungen für in- und ausländische Dienstleistungserbringenden und Dienstleistungserbringer sowie für die Akzeptanz des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Freizügigkeit in der Bevölkerung.

Es hat sich aber auch herausgestellt, dass in der gegenwärtigen Gesetzgebung Lücken bestehen.

Auf Gesetzesebene sollen die folgenden Massnahmen umgesetzt werden:

- Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringenden und Dienstleistungserbringer;
- Sanktionsmöglichkeiten für Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen und gegen zwingende Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen im Sinn von Artikel 360a des Obligationenrechts verstossen;

- Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen im Sinn von Artikel 1a des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | Grundzüge der Vorlage | 4 |
| 1.1 | Ausgangslage | 4 |
| 1.1.1 | Das Abkommen über die Freizügigkeit im Personenverkehr | 4 |
| 1.1.2 | Die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit | 4 |
| 1.1.3 | Jüngste Entwicklungen im Bereich der flankierenden Massnahmen..... | 6 |
| 1.1.3.1 | Problematik der Scheinselbstständigkeit | 6 |
| 1.1.3.2 | Fehlende Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen | 7 |
| 1.1.3.3 | Fehlende Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge | 8 |
| 1.2 | Die beantragte Neuregelung | 8 |
| 1.2.1 | Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit | 9 |
| 1.2.2 | Sanktionierung von Verstössen gegen Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen | 10 |
| 1.2.3 | Sanktionierung von Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge | 11 |
| 1.3 | Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung | 12 |
| 1.3.1 | Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit | 12 |
| 1.3.2 | Sanktionierung von Verstössen gegen zwingende Mindestlöhne mit Normalarbeitsverträgen | 13 |
| 1.3.3 | Sanktionierung von Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge | 14 |
| 1.4 | Umsetzung | 14 |
| 1.5 | Erledigung parlamentarischer Vorstösse..... | 14 |
| 2 | Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen | 15 |
| 2.1 | Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer | 15 |
| 2.2 | Änderung im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen | 18 |
| 3 | Auswirkungen | 19 |
| 3.1 | Auswirkungen auf den Bund | 19 |
| 3.2 | Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden | 19 |
| 3.3 | Auswirkungen auf die Volkswirtschaft | 19 |
| 3.4 | Finanzielle und personelle Auswirkungen | 20 |
| 4 | Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung | 20 |
| 5 | Rechtliche Aspekte | 20 |
| 5.1 | Verfassungs- und Gesetzmässigkeit..... | 20 |
| 5.2 | Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz | 20 |
| 5.3 | Form des Erlasses | 20 |

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

Am 21. Juni 1999 wurden von der Schweiz und der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedstaaten sieben sektorielle Abkommen unterzeichnet, darunter auch das Abkommen¹ zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA). Das FZA wurde im Jahr 2000 vom Volk genehmigt und ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. 2005 wurde die Ausdehnung des Abkommens auf die zehn im Jahr 2004 der EU beigetretenen Staaten² vom Volk genehmigt und am 1. April 2006 in Kraft gesetzt. Die Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien, die 2007 der EU beigetreten sind, wurde 2009 vom Volk genehmigt und ist am 1. Juni 2009 in Kraft getreten.

1.1.1 Das Abkommen über die Freizügigkeit im Personenverkehr

Mit dem FZA wurden die Grundregeln der Personenfreizügigkeit, wie sie innerhalb der EU zur Anwendung kommen, schrittweise zwischen der Schweiz und der EU eingeführt. Staatsangehörige der Schweiz und der EU-Staaten haben das Recht, Arbeitsplatz bzw. Aufenthaltsort innerhalb des Staatsgebiets der Vertragsparteien frei zu wählen. Voraussetzung ist, dass sie über einen gültigen Arbeitsvertrag verfügen, selbstständigerwerbend sind oder – bei Nichterwerbstätigen – ausreichende finanzielle Mittel nachweisen können und krankenversichert sind. Ergänzt wird die Personenfreizügigkeit durch die gegenseitige Anerkennung der Berufsdiplome sowie durch die Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme.

Das FZA sieht auch eine beschränkte Liberalisierung der personenbezogenen, grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung vor. Arbeitnehmerinnen und -nehmer sowie selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer sind berechtigt, sich in einen Vertragsstaat zu begeben und dort für bis zu 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr Dienstleistungen zu erbringen.

1.1.2 Die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit

Im Zuge der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs mit der EU ist die vorgängige Kontrolle der Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen als Voraussetzung für die Erteilung einer Bewilligung per 1. Juni 2004 weggefallen. Da die Schweiz im Vergleich zur EU als ein Hochlohnland gilt, besteht die Gefahr, dass die Löhne infolge des freien Personenverkehrs unter Druck geraten. Als Ausgleich zur vorgängigen und systematischen arbeitsmarktlichen Kontrolle wird mit den flankierenden Massnahmen der missbräuchlichen Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz entgegengewirkt. Werden Unterbietungen der Löhne festgestellt, greifen auf individueller Ebene Massnahmen wie Sanktionen gegen fehlbare ausländische Arbeitgebende und auf genereller Ebene Mittel wie die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen oder der Erlass von Normalarbeitsverträgen mit zwingenden Mindestlöhnen.

Die flankierenden Massnahmen sind parallel zur zweiten Phase der Personenfreizügigkeit am 1. Juni 2004 in Kraft getreten.

Sie umfassen im Wesentlichen die folgenden Regelungen:

- Das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999³ über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsG) verpflichtet einen ausländischen

¹ SR 0.142.112.681

² Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn und Zypern

³ SR 823.20

Arbeitgebenden, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung in die Schweiz entsendet, zur Einhaltung von minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, die in Bundesgesetzen, in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und in Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a des Obligationenrechts (OR)⁴ vorgeschrieben sind.

- Bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung können Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages, die Mindestlöhne, Arbeitszeiten und paritätischen Vollzug betreffen, im Sinne von Artikel 1a des Bundesgesetzes vom 28. September 1956⁵ über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden. Diese Massnahme gilt sowohl für inländische Betriebe als auch für Entsendebetriebe.
- In Branchen, in denen es keinen Gesamtarbeitsvertrag gibt, können bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung Normalarbeitsverträge im Sinn von Artikel 360a OR mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen werden. Diese Massnahme gilt für alle Betriebe der jeweiligen Branche.

Mit der Ausdehnung des FZA auf die zehn im Jahr 2004 der EU beigetretenen Staaten wurden Wirksamkeit und Vollzug der flankierenden Massnahmen per 1. April 2006 verstärkt. Per 1. Januar 2010 wurde der Vollzug der flankierenden Massnahmen als Folge der Ausdehnung des FZA auf Rumänien und Bulgarien weiter optimiert. Die Verstärkung und Optimierung der flankierenden Massnahmen beinhaltete insbesondere die Verpflichtung der Kantone zur Einsetzung einer ausreichenden Anzahl Arbeitsmarktspektorinnen und -inspektoren, verschärfte Sanktionen, die Verpflichtung selbstständiger Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer, ihre Selbstständigkeit nachzuweisen, die Anwendbarkeit von Bestimmungen in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen auf ausländische Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer (insbesondere die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions, zur Entrichtung von Vollzugskostenbeiträgen) und die Festsetzung einer verbindlichen Anzahl jährlich durchzuführender Kontrollen (27 000) auf Verordnungsstufe.

Mit der Umsetzung der flankierenden Massnahmen wurden verschiedene Akteure betraut. Es herrscht ein Vollzugsdualismus zwischen Branchen, die durch einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag geregelt sind und Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag.

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 Arbeitgebenden (sogenanntes Schlichtungs- oder Verständigungsverfahren, Artikel 360b Absatz 3 OR). Die Beurteilung, ob eine missbräuchliche und wiederholte Lohnunterbietung vorliegt, obliegt den tripartiten Kommissionen. 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 Arbeitgebenden. Sie sind jedoch gehalten, festgestellte Gesetzesverstösse den zuständigen kantonalen Behörden zur Sanktionierung zu melden.

In Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen obliegt die Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags den mit der Durchsetzung des Vertrags betrauten paritätischen Kommissionen. Das EntsG überträgt ihnen zusätzlich die Kontrolle der Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags durch Entsendebetriebe. Stellen diese Kontrollorgane Verstösse gegen den allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag

⁴ SR 220

⁵ SR 221.215.311

fest, so sind sie gemäss EntsG zur Meldung an die für die Sanktionierung zuständigen kantonalen Behörden verpflichtet.

1.1.3 Jüngste Entwicklungen im Bereich der flankierenden Massnahmen

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) als zuständige Bundesbehörde publiziert jährlich einen Bericht über die Umsetzung der Instrumente der flankierenden Massnahmen und steht in regem Austausch mit den Sozialpartnern, die im Vollzug der flankierenden Massnahmen eine wichtige Rolle einnehmen.

Die Ergebnisse des jüngsten SECO-Berichts vom 3. Mai 2011⁶ geben einen detaillierten Überblick über den Umfang der Kontrolltätigkeit der Vollzugsorgane, die dabei vermuteten Verstösse und Lohnunterbietungen sowie die daraus resultierenden Sanktionen für das Berichterstattungsjahr 2010. Die Ergebnisse des Berichts zeigen, dass die Kontrolltätigkeit bei meldepflichtigen Entsandten und Selbstständigerwerbenden sowie bei Angestellten bei Schweizer Unternehmen intensiviert wurde. Die Vorgabe, 50% aller Entsandten zu kontrollieren, wurde von den Kontrollorganen sogar übertroffen. Die aufgedeckten Verstösse und festgestellten Lohnunterbietungen haben gezeigt, dass die Notwendigkeit von Kontrollen auch in Zukunft gegeben ist. Die kantonalen tripartiten Kommissionen meldeten Lohnunterbietungen bei 12% der kontrollierten Entsendebetriebe und bei 6% der kontrollierten Schweizer Unternehmen. Die paritätischen Kommissionen, welche die Einhaltung der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge kontrollieren, meldeten bei rund einem Drittel der Kontrollen Verstösse gegen die verbindlichen Löhne.

Der SECO-Bericht vom 3. Mai 2011 sowie die bisherigen Erfahrungen in der Umsetzung der Instrumente der flankierenden Massnahmen haben gezeigt, dass diese eine wirksame Überprüfung des Arbeitsmarktes gewährleisten. Es hat sich aber auch herausgestellt, dass in der gegenwärtigen Gesetzgebung Lücken bestehen. Namentlich der Gewerbeverband, die Gewerkschaften und einzelne Kantone sowie zahlreiche parlamentarische Vorstösse haben auf diese Lücken hingewiesen.

Der Bundesrat hat nach einer Aussprache am 6. Juli 2011 das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) beauftragt, gesetzliche Bestimmungen auszuarbeiten, um die Lücken in der Gesetzgebung der flankierenden Massnahmen zu schliessen.

Anlässlich eines runden Tisches zwischen dem Vorsteher des EVD sowie den Sozialpartnern wurde am 5. Juli 2011 vereinbart, dass das SECO zusätzlich Massnahmen zur Verbesserung des Informationsaustausches und der Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Vollzugsakteuren (Sozialpartner, Kantone, Bund) im Bereich der flankierenden Massnahmen prüft. Dazu wurde eine Arbeitsgruppe aus Vertreterinnen und Vertretern der Sozialpartner, der Kantone und des Bundes eingesetzt, die bis im Herbst 2011 eine erste Analyse für die Problembereiche der Lohnunterbietungen bei Neueinstellungen, der konsequenteren Nachbearbeitung von Lohnunterbietungen sowie der Durchsetzung von Sanktionen bei ausländischen Entsendebetrieben vornehmen wird.

1.1.3.1 Problematik der Scheinselbstständigkeit

Für selbstständig 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. Das EntsG sieht jedoch vor, dass selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer ihre Selbstständigkeit gegenüber den Kontrollorganen des EntsG nachweisen müssen (Artikel 1 Absatz 2 EntsG). Können sie den Nachweis ihrer Selbstständigkeit nicht erbringen, gelten sie als sogenannt Scheinselbstständige.

⁶ www.seco.admin.ch > Themen > Arbeit > Freier Personenverkehr Schweiz-EU und flankierende Massnahmen > Flankierende Massnahmen

Durch scheinselfständiges Auftreten will vermieden werden, dass die betreffenden Personen den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutznormen unterliegen. Zudem führt Scheinselfständigkeit zu Wettbewerbsverzerrungen, da für Arbeitgebende, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, höhere Kosten anfallen.

Bereits heute kontrollieren die tripartiten Kommissionen in Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge und die paritätischen Kommissionen in Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen gestützt auf das EntsG, ob eine selbstständige Dienstleistungserbringerin oder ein selbstständiger Dienstleistungserbringer tatsächlich selbstständig ist. Aufgrund des durch die Vollzugsorgane vermehrt festgestellten Auftretens von Scheinselfständigkeit hat das SECO per 1. Januar 2011 eine Weisung⁷ an die Vollzugsorgane zum Vorgehen bei der Überprüfung der selbstständigen Erwerbstätigkeit in Kraft gesetzt. Die Weisung erleichtert den Vollzugsorganen die Ermittlung von Scheinselfständigkeit. Die Überprüfung der Selbstständigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern stellt für die Vollzugsorgane dennoch eine grosse Herausforderung dar. Die Überprüfung wird insbesondere dadurch erschwert, dass diese Personen oftmals keine Unterlagen mitführen, welche ihre Selbstständigkeit belegen können.

Die Mitwirkung der selbstständigen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer bei einer Kontrolle bzw. die Erteilung von Auskünften bilden das Fundament, um Kontrollen durchzuführen und allfällige Verstösse gegen geltende Bestimmungen feststellen zu können. Gestützt auf die bestehende Gesetzgebung sind selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer weder verpflichtet, Unterlagen zum Nachweis der Selbstständigkeit auf sich zu tragen, noch können sie bei einer Auskunftspflichtverletzung wirksam sanktioniert werden. Auch bei der Erarbeitung der Weisung des SECO hat sich gezeigt, dass die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Scheinselfständigen unvollständig sind und die bestehende gesetzliche Bestimmung im EntsG (Artikel 1 Absatz 2) zu wenig klar ist.

Seitens des Schweizerischen Gewerbeverbandes, der Gewerkschaften und im Rahmen verschiedener parlamentarischer Vorstösse wurden zusätzlich zur Weisung des SECO Massnahmen gefordert, die eine effiziente Bekämpfung der Scheinselfständigkeit erlauben. Die Direktion für Arbeit des SECO hat deshalb im Dezember 2010 eine Arbeitsgruppe (nachfolgend "Arbeitsgruppe Scheinselfständigkeit") aus Vertreterinnen und Vertretern der Sozialpartner und der Kantone eingesetzt, die das Ausmass der Problematik der Scheinselfständigkeit analysiert und geprüft hat, wie die Umsetzung der geforderten Sanktionsmöglichkeiten und Massnahmen gegenüber Scheinselfständigen erfolgen kann und ob dafür neue gesetzliche Grundlagen auf Verordnungs- oder Gesetzesstufe geschaffen werden müssen.

1.1.3.2 Fehlende Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen

Werden in einer Branche oder einem Beruf die üblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten und liegt kein Gesamtarbeitsvertrag mit Bestimmungen über Mindestlöhne vor, der allgemeinverbindlich erklärt werden kann, kann die zuständige Behörde einen Normalarbeitsvertrag im Sinne von Artikel 360a OR erlassen, der zwingende Mindestlöhne vorsieht.

Gemäss Artikel 2 EntsG müssen Arbeitgebende, welche Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, die in Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR vorgeschriebenen Mindestlöhne einhalten. Werden diese Mindestlöhne nicht respektiert, können sie gestützt auf das EntsG mit einer Busse von maximal 5000 Franken oder einer Dienstleistungssperre zwischen ein bis fünf Jahren sanktioniert werden. Im Fall einer Auskunftspflichtverletzung, d.h. bei der wissentlichen Erteilung von falschen Auskünften, der Verweigerung der Auskunft oder bei Widersetzen oder Verunmöglichen einer Kontrolle kann ein Arbeitgebender mit ei-

⁷ www.seco.admin.ch > Themen > Arbeit > Freier Personenverkehr Schweiz-EU und flankierende Massnahmen > Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in die Schweiz

ner Busse bis zu 40 000 Franken bestraft werden. Werden die in Artikel 2 EntsG genannten Mindestbedingungen systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht nicht garantiert, kann ein Arbeitgeber mit Busse bis zu 1 Million Franken bestraft werden.

Unter den Schweizer Arbeitgebenden können lediglich die Personalverleiher sanktioniert werden, da nach Artikel 360d Absatz 1 OR ein Normalarbeitsvertrag auch für verliehene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt. Hält ein Personalverleiher zwingende Bestimmungen eines Normalarbeitsvertrages nicht ein oder verstösst er dagegen, wird ihm die für die Ausübung seiner Tätigkeit notwendige Bewilligung nicht erteilt, weil er keine Gewähr für eine fachgerechte Verleihtätigkeit im Sinne von Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989⁸ über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) bietet. Oder es kann ihm im Sinn von Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe b AVG die Bewilligung entzogen werden, weil er gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes verstösst.

Für die übrigen Arbeitgebenden, welche Arbeitnehmende in der Schweiz in Branchen mit einem zwingenden Normalarbeitsvertrag beschäftigen und die gegen zwingende Mindestlöhne verstossen, existiert keine gesetzliche Grundlage zur Sanktionierung. Dies stellt die Wirksamkeit der Massnahme des Normalarbeitsvertrags mit zwingenden Mindestlöhnen in Frage. Der Gesetzgeber hatte in Artikel 360e OR lediglich einen Anspruch für Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände auf gerichtliche Feststellung verankert, ob Arbeitgebende den Normalarbeitsvertrag nach Artikel 360a OR einhalten.

1.1.3.3 Fehlende Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge

Das Bundesgesetz vom 28. September 1956⁹ über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) regelt die Zuständigkeit und das Verfahren, um den Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages auf Gesuch aller Vertragsparteien auf die nicht-organisierten Arbeitgebenden und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der betreffenden Branche auszudehnen. Für die Kontrolle und den Vollzug sind die im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen paritätischen Kommissionen zuständig.

Die tripartiten Kommissionen sind nebst anderen Behörden und Organen u.a. dafür zuständig, die Einhaltung des EntsG zu kontrollieren (Artikel 7 Absatz 1 und 2 EntsG; s. auch Artikel 360b OR). Stellen die tripartiten Kommissionen wiederholt missbräuchliche Unterbietungen der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten fest, können sie im Rahmen der flankierenden Massnahmen mit Zustimmung der Vertragsparteien einen Antrag zur erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags stellen. Inhalt der Allgemeinverbindlicherklärung können dabei nach geltendem Recht die vertraglichen Bestimmungen über die minimale Entlohnung und die ihr entsprechende Arbeitszeit sowie die paritätischen Kontrollen sein (Artikel 1a AVEG).

Im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehene Sanktionsmöglichkeiten wie Konventionalstrafen können nicht erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden. Somit fehlt den Sozialpartnern ein Teil der Durchsetzungsmöglichkeiten. Dies stellt die Wirksamkeit der Massnahme der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung in Frage.

1.2 Die beantragte Neuregelung

Die beantragte Neuregelung, die im Rahmen einer Revision und Ergänzung verschiedener Gesetzgebungen umzusetzen ist, betrifft die folgenden Bereiche:

- Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringenden und -erbringer;

⁸ SR 823.11

⁹ SR 221.215.311.

- Sanktionsmöglichkeiten für Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen und gegen zwingende Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen verstossen;
- Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.

1.2.1 Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit

Der Gesetzesentwurf bestätigt das geltende Recht, wonach sich der Begriff der Arbeitnehmenden nach schweizerischem Recht bestimmt¹⁰ und die selbstständige Erwerbstätigkeit den Kontrollorganen auf Verlangen nachzuweisen ist. Neu soll nun eine Dokumentationspflicht für selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer verankert werden, damit diese bei einer Kontrolle vor Ort Dokumente zum Nachweis ihrer Selbstständigkeit vorweisen müssen. Die Praxiserfahrung der Vollzugsorgane des EntsG hat gezeigt, dass die Überprüfung der Selbstständigkeit erschwert ist, wenn Unterlagen, die die Selbstständigkeit nachweisen, nicht direkt überprüft werden können. Indem auf Gesetzesstufe gewisse Dokumente bestimmt werden, die dem Nachweis der Selbstständigkeit dienen, wird nicht nur der Vollzug vereinfacht, sondern auch eine grössere Rechtssicherheit für selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer geschaffen. Bis anhin war für eine grosse Anzahl selbstständiger Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer nicht klar, wie der Nachweis der Selbstständigkeit zu erfolgen hat.

Der Gesetzesentwurf sieht neben der Dokumentationspflicht für selbstständig Erwerbstätige Massnahmen vor, die bei Missachtung dieser Pflicht ergriffen werden können. Insbesondere soll den Vollzugsorganen die Möglichkeit gegeben werden zu veranlassen, dass eine Person angewiesen werden kann, den Arbeitsplatz zu verlassen, wenn sie ihrer Dokumentationspflicht auch nach Ablauf einer angesetzten Nachfrist nicht nachkommt bzw. wenn sie nicht gleichwertige Unterlagen wie die im Gesetz genannten und die für den Nachweis der Selbstständigkeit tauglich sind, vorweisen kann. Diese Massnahme wird insbesondere in der Praxis als effizient und nützlich bewertet, um die Dokumentationspflicht durchzusetzen und schlussendlich die Überprüfung des Status einer Person zu gewährleisten. Gerade bei kurzen Einsätzen in der Schweiz kann so verhindert werden, dass eine Person nach Beendigung der Arbeiten in den Herkunftsstaat zurückkehrt, ohne den Nachweis der Selbstständigkeit erbracht zu haben. Die Erfahrungen der Vollzugsorgane haben gezeigt, dass selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer im Gegensatz zu Betrieben, die Arbeitnehmende entsenden, nur in wenigen Fällen auf die nachträgliche Aufforderung zur Einreichung von Dokumenten zum Nachweis der Selbstständigkeit reagieren.

Ein Arbeitsunterbruch soll ausserdem dann angeordnet werden können, wenn eine Scheinselbstständigkeit festgestellt wurde, aber der Arbeitgebende der scheinselbstständigen Person nicht bekannt ist. Mittels dieser Massnahme soll erreicht werden, dass sich der Arbeitgebende zu erkennen gibt, damit dieser bei einer allfälligen Unterbietung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen zur Rechenschaft gezogen werden kann.

Die Überprüfung der Selbstständigkeit stellt eine komplexe Aufgabe dar. Die Vielfalt der Sachverhalte, die im wirtschaftlichen Leben anzutreffen sind, zwingt dazu, den Status einer Person jeweils unter der Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Scheinselbstständigkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass gleichzeitig Merkmale der selbstständigen und der unselbstständigen Erwerbstätigkeit zutage treten. Der Entscheid, welchen Status eine Person hat, muss sich deshalb danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen. Es kann deshalb vorkommen, dass die Vollzugsorgane trotz Erfüllung der Dokumentationspflicht durch die betreffende Person sowie der vor Ort getroffenen Abklärungen noch nicht abschliessend beurteilen können, ob tatsächlich eine Selbstständig-

¹⁰ Vgl. dazu Ausführung in Ziffer 276.134 Buchstabe B der Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128.

keit vorliegt. Der Gesetzesentwurf berücksichtigt dies, indem die Voraussetzungen genannt werden, unter denen die Vollzugsorgane weitere Unterlagen verlangen können. Die Voraussetzungen, weitere Abklärungen treffen zu können, sind dann gegeben, wenn die Kontrollorgane gestützt auf die vorgelegten Unterlagen nach Absatz 2 oder gleichwertige Unterlagen sowie allfälligen Beobachtungen vor Ort Zweifel an der Selbstständigkeit einer Person haben. In diesem Fall sollen die Vollzugsorgane an die kontrollierte Person, aber auch an deren Auftraggeberin oder Auftraggeber beziehungsweise deren Bestellerin oder Besteller gelangen können, um weitere Informationen zu erhalten, die Hinweise zum Status der kontrollierten Person geben. Neu wird folglich explizit auch eine Auskunftspflicht für die Auftraggeberin oder den Auftraggeber beziehungsweise die Bestellerin oder den Besteller verankert. Es hat sich in der Praxis gezeigt, dass der Status einer Person in Zweifelsfällen oftmals nur durch ergänzende Auskünfte ihrer Vertragspartnerin oder ihres Vertragspartners geklärt werden kann. Bei den weiteren Unterlagen, die verlangt werden können, handelt es sich insbesondere um solche, die in der Weisung des SECO zum Vorgehen zur Überprüfung der selbstständigen Erwerbstätigkeit genannt werden. Bei der Einforderung weiterer Unterlagen haben die Vollzugsorgane zu beachten, dass diese von den kontrollierten Personen mit einem verhältnismässigen Aufwand eingereicht werden können.

Neben der Möglichkeit, einen Arbeitsunterbruch bei Verletzung der Dokumentationspflicht zu verfügen, schlägt der Gesetzesentwurf Sanktionierungsmöglichkeiten vor. Der Vorschlag orientiert sich dabei an den bestehenden verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten, die entsendende Arbeitgebende bei Verstössen gegen das EntsG treffen können. Die maximale Bussenhöhe bei Verletzung der Dokumentationspflicht wird allerdings aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf 1000 Franken begrenzt. Die Artikel 9 und 12 EntsG gelangen folglich auch im Rahmen der Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit zur Anwendung. Die darin enthaltenen Sanktionen haben sich im Vollzug des EntsG als sinnvoll und wirksam bewährt. Bei Vorliegen eines Tatbestandes nach Artikel 9 EntsG können ausserdem fehlbaren Personen oder Unternehmen Kontrollkosten auferlegt werden.

1.2.2 Sanktionierung von Verstössen gegen Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen

Das heutige EntsG beinhaltet die Verpflichtung ausländischer Arbeitgebender, die Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung der in Normalarbeitsverträgen im Sinn von Artikel 360a OR enthaltenen Mindestlöhne. Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen, sind durch das OR dazu verpflichtet, diese Mindestlöhne einzuhalten. Diese Verpflichtung soll neu im EntsG verankert werden, damit in diesem Gesetz eine entsprechende Sanktionsmöglichkeit geschaffen werden kann. Infolgedessen muss zusätzlich der Geltungsbereich des EntsG ausgedehnt werden.

Zur Verankerung der Sanktionsmöglichkeit wird der bestehende Artikel 9 Absatz 2 EntsG durch einen neuen Buchstaben ergänzt, der es der zuständigen Behörde ermöglicht, einem fehlbaren Arbeitgebenden eine Busse bis 5000 Franken aufzuerlegen. Dadurch wird eine Gesetzeslücke geschlossen, infolge derer die kantonalen Behörden keine Sanktionen gegen Arbeitgebende aussprechen konnten, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen und gegen Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen verstossen haben. Mit Einführung dieser Massnahme wird eine Gleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Arbeitgebenden erreicht, da bis anhin gestützt auf das EntsG lediglich ausländische Arbeitgebende sanktioniert werden konnten, währenddem Schweizer Arbeitgebende keiner staatlichen Sanktionierung unterworfen waren. Artikel 12 EntsG erlaubt ausserdem bei Erfüllung der darin genannten Tatbestände die strafrechtliche Sanktionierung von fehlbaren Arbeitgebenden, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen.

1.2.3 Sanktionierung von Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge

Die Bestimmung über die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung soll ergänzt werden, indem die in den Gesamtarbeitsverträgen vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten neu ausdrücklich erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden sollen. Bei festgestellten Verstössen gegen einen erleichtert allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag werden die paritätischen Kommissionen Konventionalstrafen aussprechen können, und zwar gegenüber Betrieben mit Sitz in der Schweiz wie auch gegenüber ausländischen Betrieben, welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Nach Artikel 2 Absatz 2^{quater} EntsG gilt die in einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag vorgesehene Möglichkeit, Konventionalstrafen zu verhängen, auch gegenüber ausländischen Entsendebetrieben. Die Konventionalstrafen können auch gegenüber fehlbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ausgesprochen werden. Denkbar sind gestützt auf einen erleichtert allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag auch weitere Sanktionen wie ein Verweis, nicht aber die allfällige Schliessung einer Baustelle oder ein Arbeitsverbot. Solche Massnahmen sind auch in der "normalen" Allgemeinverbindlicherklärung nach Artikel 1 AVEG nicht zulässig.

Sieht der Gesamtarbeitsvertrag die Möglichkeit vor, gegenüber fehlbaren Betrieben Kontrollkosten in Rechnung zu stellen, so sollen solche Bestimmungen neu ebenfalls erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden können. Im Prinzip kann zwar davon ausgegangen werden, dass die Kontrollkosten implizit bereits in den Bestimmungen über die paritätischen Kontrollen mit enthalten waren, doch soll dies der besseren Klarheit und Rechtssicherheit wegen ausdrücklich festgehalten werden. Weil die unterstellten Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden Vollzugskostenbeiträge bezahlen, ist es grundsätzlich nicht möglich, Kontrollkosten aufzuerlegen, falls keine Verstösse gegen gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen festgestellt werden. Bei Vorliegen besonderer Umstände (z.B. bei Verweigern oder Behindern der Kontrollen) und sofern der Gesamtarbeitsvertrag dies ausdrücklich vorsieht, könnten die Kontrollkosten allenfalls auch dann auferlegt werden, wenn keine Vertragsverletzungen vorliegen oder nachgewiesen werden können. Nebst den Kontrollkosten können auch die Verfahrenskosten gegen fehlbare Arbeitgeber sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltend gemacht werden, wiederum unter der Voraussetzung, dass dies im Gesamtarbeitsvertrag so vorgesehen ist.

Die Kontrolle über die Einhaltung und Anwendung der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge bedeutet für die paritätischen Kontrollorgane einen bedeutenden Aufwand. Aus diesem Grund können die unterstellten Arbeitgebenden sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verpflichtet werden, Vollzugskostenbeiträge zu bezahlen, um die Kontrolltätigkeit mitzufinanzieren. Bei der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung fehlt diese Möglichkeit. Es gibt keinen triftigen Grund für diese unterschiedliche Behandlung zwischen der "normalen" und der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung. Die Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen bei den unterstellten Arbeitgebenden sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern soll deshalb neu auch bei der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung möglich und zulässig sein. Die Weiterbildungsbeiträge der Gesamtarbeitsverträge sind davon allerdings nicht betroffen. Solche Beiträge können weiterhin nicht erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden, weil kein Zusammenhang mit der Bekämpfung von Lohndumping besteht (vgl. Artikel 1a AVEG). Aus diesem Grund muss in den Gesamtarbeitsverträgen betragsmässig zwischen den Vollzugskosten- und den Weiterbildungsbeiträgen unterschieden werden können. Sollte ein Gesamtarbeitsvertrag diese Unterscheidung nicht ermöglichen, weil für Vollzug und Weiterbildung lediglich ein Gesamtbeitrag vorgesehen ist, so haben die Vertragsparteien den Gesamtarbeitsvertrag zu ändern, indem der Gesamtbeitrag aufgeteilt wird. Die Notwendigkeit, eine solche Aufteilung vorzunehmen, ergibt sich aus Artikel 2 EntsG, weil die Voraussetzungen zur Erhebung der Weiterbildungsbeiträge gegenüber Entsendebetrieben von denjenigen über die Erhebung der Vollzugskostenbeiträge abweichen. So sind Weiterbildungsbeiträge ab dem 91. Tag einer Entsendung geschuldet, während Vollzugskostenbeiträge bereits ab dem ersten Tag zu entrichten sind (Artikel 2 Absatz 2^{bis} und 2^{quater} EntsG).

Mit Einführung dieser Massnahme wird ausserdem eine Gleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Arbeitgebenden erreicht, da bis anhin lediglich ausländische Arbeitgebende, die gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge verstossen haben, gestützt auf das Entsg sanktioniert werden konnten, währenddem Schweizer Arbeitgebende keiner Sanktionierung unterworfen waren. Neu sollen nun auch Schweizer Arbeitgebende, die gegen einen erleichtert allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag verstossen, mit einer Konventionalstrafe belegt werden können.

1.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

1.3.1 Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit

Gesamthaft hat sich die Anzahl der meldepflichtigen Selbstständigerwerbenden zwischen den Jahren 2005 und 2010 etwa verdoppelt. Meldepflichtig sind selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer aus den EU-17/EFTA-Staaten Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien, Zypern und Malta. Seit dem 1. Mai sind ausserdem selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer aus den EU-8-Staaten Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn auch in den Branchen Baugewerbe, industrielle Reinigung und Bewachungs- und Sicherheitsdienst meldepflichtig. Sie unterlagen bis zum 1. Mai 2011 noch der Bewilligungspflicht.

Wird die Anzahl Einsatztage der meldepflichtigen Selbstständigerwerbenden in der Schweiz betrachtet, zeigt sich ein ähnliches Bild. Meldepflichtige Selbstständigerwerbende verweilen nur kurz in der Schweiz. Sie verrichten ein Arbeitsvolumen von rund 2100 Jahresarbeitskräften, was einem Anteil von 0,06 % der vollzeitäquivalenten Beschäftigung entspricht. Die meisten meldepflichtigen Selbstständigerwerbenden konzentrieren sich auf das Baunebengewerbe. Der Beschäftigungsanteil liegt hier bei knapp 0,5 %.

Die Tätigkeit der Kontrollorgane der flankierenden Massnahmen hat Folgendes gezeigt: Im Jahr 2010 haben sich ca. 11 000 selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer für einen Einsatz in der Schweiz gemeldet. In diesen 11 000 Meldungen nicht enthalten sind gemeldete Personen im Bereich der persönlichen Dienstleistungen, da es sich dabei hauptsächlich um Dienstleistungen im Erotikgewerbe handelt. Einige Kantone verwenden das Meldeverfahren, um solche Personen zu erfassen. Die Personen in der Statistik der meldepflichtigen Selbstständigerwerbenden im Bereich der persönlichen Dienstleistungen stehen somit grösstenteils nicht direkt im Zusammenhang mit dem Ziel der flankierenden Massnahmen (Schutz von Arbeits- und Lohnbedingungen). In dieser Branche stellt sich aus Sicht der Arbeitsmarktbeobachtung die Problematik der Scheinselbstständigkeit nicht. Die betroffenen Personen werden nicht durch die Arbeitsmarktbehörden kontrolliert.

Die paritätischen Kommissionen haben 3524 meldepflichtige Selbstständige und die Kantone haben 3486 meldepflichtige Selbstständige kontrolliert. Der Anteil der vermuteten Fälle von Scheinselbstständigkeit lag im Jahr 2010 gemäss Angaben der paritätischen Kommissionen bei rund 23 % und gemäss Angaben der Kantone bei 15 %. Folglich wurde bei ca. 2500 der im Jahr 2010 gemeldeten Personen eine Scheinselbstständigkeit vermutet. In gewissen Regionen (z.B. Grenzgebieten) und Branchen (z.B. Baunebengewerbe) ist das Phänomen Scheinselbstständigkeit ausgeprägter und zunehmend feststellbar. Gemäss Angaben der Kontrollorgane der flankierenden Massnahmen sind insbesondere einzelne Branchen innerhalb des Baunebengewerbes (z.B. Plattenlegergewerbe, Maler- und Gipsergewerbe, Schreinergergewerbe) vermehrt von Scheinselbstständigkeit betroffen. Scheinselbstständige stehen oft am Ende von Subunternehmerketten.

Gemäss der Arbeitsgruppe Scheinselbstständigkeit kann gestützt auf das vorliegende Zahlenmaterial¹¹ keine verlässliche Aussage über das Ausmass der Scheinselbstständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer in der Schweiz und in einzelnen Branchen gemacht werden kann. Dies hat verschiedene Gründe:

- Das vorliegende Zahlenmaterial erlaubt es nicht, eine Aufschlüsselung der Anzahl meldepflichtiger Selbstständigerwerbender nach den einzelnen Branchen des Baunebengewerbes vorzunehmen.
- Bei Kontrollen vor Ort werden auch selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer angetroffen, die nicht gemeldet sind und folglich in der Statistik nicht auftauchen. Dies hat zur Folge, dass nicht gezielt kontrolliert werden kann.
- Die Vollzugsorgane waren in Bezug auf die Problematik der Scheinselbstständigkeit zum Teil noch nicht sensibilisiert. Zudem waren die Auffassungen bezüglich der Definition einer selbstständigen Tätigkeit unterschiedlich und den Kontrollorganen fehlten teilweise die Instrumente, um Scheinselbstständigkeit zu ermitteln. Die Weisung zum Vorgehen zur Überprüfung der selbstständigen Erwerbstätigkeit des SECO hat hier Klarheit geschaffen. Damit wird den Kontrollorganen ein einheitliches Vorgehen bei ihrer Kontrolltätigkeit ermöglicht. Die für das Jahr 2010 sowie die Vorjahre ausgewiesenen Fälle von vermuteter Scheinselbstständigkeit sind deshalb aus genannten Gründen mit Vorsicht zu interpretieren.

Die Arbeitsgruppe Scheinselbstständigkeit fügt ausserdem an, dass sich das Phänomen Scheinselbstständigkeit wohl in Branchen mit verbindlichen Mindestlöhnen stärker akzentuiert bzw. der Anreiz grösser ist, verbindliche Mindestlöhne durch Vorgeben einer Selbstständigkeit zu umgehen, als dies in Branchen ohne verbindliche Mindestlöhne der Fall ist, wo eine Unterbietung der üblichen Löhne keine Sanktionierung für den einzelnen Arbeitgebenden, sondern ein Einigungsverfahren auf Lohnnachzahlung zur Folge hat.¹² In den vom Phänomen Scheinselbstständigkeit stark betroffenen Branchen des Baunebengewerbes bestehen zahlreiche Gesamtarbeitsverträge mit verbindlichen Mindestlöhnen.

Zwar ist das Phänomen Scheinselbstständigkeit gemessen am Beschäftigungsanteil meldepflichtiger selbstständiger Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer nicht bedeutend. Aber Scheinselbstständige haben in einigen Branchen des Baunebengewerbes und einigen Regionen der Schweiz die flankierenden Massnahmen unterlaufen und die Einhaltung der Löhne gefährdet.

Die vorgeschlagenen Massnahmen werden von der Arbeitsgruppe Scheinselbstständigkeit mehrheitlich unterstützt.

1.3.2 Sanktionierung von Verstössen gegen zwingende Mindestlöhne mit Normalarbeitsverträgen

Bis anhin wurden auf kantonaler Ebene fünf Normalarbeitsverträge und auf nationaler Ebene ein Normalarbeitsvertrag im Sinn von Artikel 360a OR erlassen: Im Kanton Genf für den Kosmetikbereich und die Hauswirtschaft, im Kanton Tessin für Schönheitssalons und Call-Center und im Kanton Wallis für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung. Auf Bundesebene wurde ein Normalarbeitsvertrag für die Hauswirtschaft erlassen. In einigen der Branchen, in denen kantonale Normalarbeitsverträge

¹¹ Dazu Bericht des SECO vom 3. Mai 2011 über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz-EU.

¹² Bei einem üblichen Lohn handelt es sich nicht um einen einzelnen Lohnwert, sondern in aller Regel um eine Lohnspanne, in der sich die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmenden einer Branche, in einem Berufsfeld und einer bestimmten Region befinden. Eine Unterbietung des üblichen Lohnes liegt vor, wenn eine Person weniger verdient als der definierte übliche Lohn bzw. die Lohnspanne, die durch eine überwiegende Mehrheit von Unternehmen einer Branche und Region für entsprechende Arbeitskräfte bezahlt wird.

in Kraft sind, wurden Verstösse durch Schweizer Arbeitgebende gegen die Mindestlöhne festgestellt. In einigen dieser Branchen waren die Verstossquoten sehr hoch.

Das Verbandsklagerecht, das der Gesetzgeber in Artikel 360e OR eingeführt hat, stärkt zwar den Schutz der Arbeitnehmenden im zivilrechtlichen Verfahren, weil die Arbeitnehmenden dazu ermutigt werden, ihre individuellen Ansprüche vor Gericht geltend zu machen, wenn die Feststellung erfolgt ist, dass ein Verstoß gegen einen Normalarbeitsvertrag vorliegt. Dadurch wird garantiert, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ihre oder seine Ansprüche vor dem Zivilgericht durchsetzen kann. Allerdings dürften zahlreiche Arbeitnehmende aus Angst vor der Kündigung darauf verzichten, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen. Wenn eine solche Kündigung als missbräuchlich beurteilt wird, würde eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer eine Entschädigung über maximal sechs Monatslöhne erhalten.

Der Schutz im Rahmen des zivilrechtlichen Verfahrens ist deshalb ungenügend, weil dadurch einzig die zivilrechtlichen Ansprüche abgedeckt werden, die einer betroffenen Person zustehen. Auch wenn die betroffene Person ihre Rechte geltend machen kann und auch wenn eine Lohnnachzahlung effektiv erfolgt, stellt die Einhaltung der Mindestlöhne ein öffentliches Interesse dar. Aus diesem Grund soll eine gesetzliche Grundlage zur Sanktionierung von fehlbaren Arbeitgebenden, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen, geschaffen werden. Dabei geht es auch um die Glaubwürdigkeit der Massnahme des Normalarbeitsvertrags mit zwingenden Mindestlöhnen sowie um die Gleichbehandlung in- und ausländischer Arbeitgebender. Diese Sanktionsmöglichkeit soll ausserdem die Einhaltung der Mindestlöhne sowie die Leistung der geschuldeten Lohnnachzahlung bezwecken.

1.3.3 Sanktionierung von Verstössen gegen erleichtert allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge

Indem die Bestimmung über die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung ergänzt wird, so dass die in den Gesamtarbeitsverträgen vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten wie Konventionalstrafen und Bestimmungen über Kontrollkosten neu ausdrücklich allgemeinverbindlich erklärt werden können sollen, wird die Wirksamkeit der Massnahme zur erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gestärkt.

1.4 Umsetzung

Die Umsetzung der neuen Bestimmungen hat keine Neuerungen betreffend der Zuständigkeiten der Vollzugsorgane zur Folge. Diese sind ausserdem bereits heute mit der Überprüfung der Selbständigkeit sowie der Kontrolle der Einhaltung der Normalarbeitsverträge im Sinne von Artikel 360a OR beauftragt.

1.5 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf wird die Motion Pedrina (11.3363) erledigt, indem Sanktionsmöglichkeiten für Schweizer Arbeitgebende, die gegen zwingende Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen verstossen, eingeführt werden sollen. Die Motion Carobbio Guscelli (11.3364), die Motion Fraktion BDP (11.3525), die Motion Estermann (11.3604), die Motion Lustenberger (11.3703) und die Motion Hiltbold (11.3704), die die Schliessung von Lücken im Vollzug der FlaM und insbesondere Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit fordern, werden erledigt, indem eine Dokumentationspflicht für selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer, Sanktionsmöglichkeiten sowie die Möglichkeit zur Anordnung eines Arbeitsunterbruchs eingeführt werden sollen. Es wird die Abschreibung der genannten Vorstösse beantragt.

tus der kontrollierten Person im Herkunftsstaat und die Kopie des Auftrags/Werkvertrags, bzw. falls dieses Dokument nicht schriftlich vorhanden ist, die schriftliche Bestätigung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers bzw. der Bestellerin oder des Bestellers für den in der Schweiz auszuführenden Auftrag oder Werkvertrag, gibt Hinweise zur Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses und zur Person, die im Falle einer Scheinselbstständigkeit als Arbeitgebender zur Einhaltung der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet ist.

Absätze 3 und 4 regeln, dass die kantonalen Behörden in zwei Fällen Massnahmen gegen Personen ergreifen, konkret einen Arbeitsunterbruch anordnen können: Erstens können die Behörden diese Massnahmen ergreifen, wenn eine Person ihrer Dokumentationspflicht nicht nachkommt. Personen, welche die in Absatz 2 definierten Anforderungen zum Nachweis der Selbstständigkeit nicht einhalten oder keine Unterlagen, die den in Absatz 2 aufgelisteten Unterlagen gleichwertig sind, einreichen, können nach Ansetzen einer Nachfrist vom Arbeitsplatz verwiesen werden. Grundsätzlich handelt es sich bei den Dokumenten nach Absatz 2 um die tauglichsten Unterlagen, um die Selbstständigkeit nachzuweisen. Diese Unterlagen dürften in der Mehrheit der Fälle dazu geeignet sein, den Status einer Person zu überprüfen. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes soll es einer selbstständigen Dienstleistungserbringerin oder einem selbstständigen Dienstleistungserbringer allerdings offen stehen, die Selbstständigkeit mittels anderer Unterlagen nachzuweisen, welche den Unterlagen nach Absatz 2 gleichwertig sind. Als gleichwertig können insbesondere folgende Unterlagen gelten: Nachweis eines Kundenkreises in der Schweiz, Abrechnungen, die die eigene Rechnungsstellung belegen, Abrechnungen für Übernachtungen am Einsatzort mit Hinweis darauf, wer diese bezahlt. Ein Arbeitsunterbruch soll folglich erst dann angeordnet werden können, wenn gar keine oder keine tauglichen Dokumente vorgelegt werden, die Hinweise zum Status einer Person geben. Ein Arbeitsunterbruch kann folglich nur als ultima ratio angeordnet werden. Nämlich dann, wenn bei einer Kontrolle gar keine Unterlagen vorliegen oder die Gefahr besteht, dass die betreffende Person die Schweiz in Kürze wieder verlassen wird und eine Statusabklärung unmöglich wird.

Das Kontrollorgan (je nach Branche, in der eine Person tätig ist, die paritätischen oder tripartiten Kommissionen), setzt der kontrollierten Person vor Ort eine Nachfrist an, innert der die verlangten Dokumente nachgereicht werden können. Denkbar ist eine Frist von zwei bis drei Tagen, innert welcher die Unterlagen persönlich, per Fax oder per E-Mail dem zuständigen Kontrollorgan nachzureichen sind. Die Frist kann kurz sein, da alle der drei aufgelisteten Dokumente bzw. gleichwertige Unterlagen innert eines kurzen Zeitraums beschafft werden können. Wie lange die Frist im Einzelfall angesetzt wird, entscheiden die Kontrollorgane je nach Situation unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Werden die Unterlagen nachgereicht, überprüft das Kontrollorgan den Status der Person. Verstreicht die Nachfrist unbenutzt, d.h. reicht die betreffende Person die unter Absatz 2 aufgeführten Unterlagen nicht ein, liegt es im Ermessen der zuständigen kantonalen Behörde, ob sie einen Arbeitsunterbruch anordnet. Die paritätischen Kommissionen als Organe des Zivilrechts können den Arbeitsunterbruch nicht selber anordnen, sondern wenden sich an die kantonale Behörde. Es ist denkbar, dass ein Arbeitsunterbruch insbesondere bei wiederholter Missachtung der Dokumentationspflicht oder in Fällen der baldigen Beendigung der Arbeiten in der Schweiz angeordnet wird. Werden andere Dokumente als die in Absatz 2 aufgeführten eingereicht, die dem Nachweis der Selbstständigkeit dienlich sind und anhand derer sich der Status einer Person klären lässt, soll kein Arbeitsunterbruch angeordnet werden können.

Wurde ein Arbeitsunterbruch angeordnet, kann dieser unter den folgenden Voraussetzungen wieder beendet werden: Der Arbeitsunterbruch endet einerseits, wenn die dokumentationspflichtige Person ihrer Pflicht nachkommt und die in Absatz 2 genannten Dokumente oder gleichwertige Dokumente beibringt. Andererseits endet der Unterbruch, wenn eine als scheinselbstständig ermittelte Person ihre Tätigkeit in einem geregelten Arbeitsverhältnis wieder aufnimmt. Durch diese Massnahme kann verhindert werden, dass scheinselbstständige Personen in der Schweiz arbeiten. Dadurch wird jedoch weder eine selbstständige Tätigkeit noch eine Tätigkeit als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer verhindert.

Zweitens kann ein Arbeitsunterbruch angeordnet werden, wenn eine Scheinselbstständigkeit festgestellt wurde, aber der Arbeitgebende der scheinselbstständigen Person nicht ausfindig gemacht werden konnte. Diese Massnahme ist deshalb sinnvoll, weil zur Durchsetzung der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen ein Arbeitgebender gefunden werden muss, der gestützt auf die schweizerische Gesetzgebung zu deren Einhaltung verpflichtet ist. Ein in diesem Fall angeordneter Arbeitsunterbruch endet, sobald ein Arbeitgebender ermittelt werden konnte.

Die anwendbaren Gesetze über das Verwaltungsverfahren regeln die Umsetzung der Massnahme des Arbeitsunterbruchs.

Da die drei Dokumente es nicht in jedem Fall erlauben dürften, den Status einer Person zweifelsfrei zu klären, können die Kontrollorgane unter bestimmten Voraussetzungen weitere Auskünfte oder Unterlagen einholen, die dem Nachweis der Selbstständigkeit dienen. Die Kontrollorgane können von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, wenn die Voraussetzungen nach Absatz 5 erfüllt sind: Trotz Vorlage der Unterlagen nach Absatz 2 oder gleichwertiger Unterlagen bestehen Zweifel am Status einer Person. Sei es, weil Beobachtungen vor Ort im Widerspruch zur Aussage der eingereichten Unterlagen stehen oder weil Zweifel an der Echtheit der Unterlagen bestehen. Bei den weiteren Unterlagen, die angefordert werden können, handelt es sich insbesondere um die folgenden: Gewerbeschein, Nachweis der Mitgliedschaft in einem Berufsverband, z.B. in einer Handwerkskammer, Mehrwertsteuer- oder Umsatzsteuernummer, Abrechnungen, die die eigene Rechnungsstellung belegen, Abrechnungen für Übernachtungen am Einsatzort mit Hinweis darauf, wer diese bezahlt hat, Kaufbelege für Arbeitsmaterial und Geräte, Liste von Kunden in der Schweiz, Autoversicherung, falls ein eigenes Fahrzeug vorhanden ist, Betriebshaftpflichtversicherung oder Mietverträge für Geschäftsräumlichkeiten. Absatz 5 verankert zusätzlich eine Auskunftspflicht für die Auftraggeberin oder den Auftraggeber beziehungsweise die Bestellerin oder den Besteller der kontrollierten Person, da die Praxiserfahrung gezeigt hat, dass diese Personen in einer Vielzahl von Fällen zusätzliche Angaben machen können, die in Zweifelsfällen der Ermittlung des Status einer Person dienen.

Art. 7 Abs. 2 Kontrolle

Um Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen, tatsächlich kontrollieren zu können, muss das zuständige Kontrollorgan Zugang zu den dafür notwendigen Unterlagen haben. Die bestehende Verpflichtung ausländischer Arbeitgebender, die für die Kontrolle notwendigen Unterlagen einzureichen, soll auf alle Arbeitgebenden ausgedehnt werden, die unter den Geltungsbereich des EntsG fallen. Der Satzteil "der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer" wurde folglich gestrichen.

Diese zusätzliche Pflicht bewirkt keine neuen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag.

Art. 9 Abs. 2 Sanktionen

Neu beinhaltet Artikel 9 die Möglichkeit, dass die zuständigen kantonalen Behörden bei Verstössen gegen das EntsG Verwaltungssanktionen auch gegen selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer sowie gegen Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen, aussprechen können.

Im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit sind insbesondere die beiden nachfolgend beschriebenen Sanktionsmöglichkeiten von Bedeutung. In Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a wird zusätzlich zu den bisherigen Tatbeständen, die zu einer Verwaltungsbusse führen können, die Sanktionierung der Verletzung der Dokumentationspflicht nach Artikel 1^{bis} Absatz 2 aufgenommen. Können die Unterlagen nach Artikel 1^{bis} Absatz 2 bei einer Kontrolle nicht vorgelegt werden, kann eine Busse bis 1000 Franken ausgesprochen werden. Verstösse gegen die Dokumentationspflicht werden von den Vollzugsorganen

der zuständigen kantonalen Behörde des Einsatzortes gemeldet. Diese allein ist zuständig, Verwaltungsanktionen auszusprechen.

Neu kann auch eine Dienstleistungssperre gegen eine selbstständig erwerbstätige Person verhängt werden. Diese Sanktion gelangt im Zusammenhang mit Auskunftspflichtverletzungen, bei wissentlicher Erteilung falscher Auskünfte, bei Auskunftsverweigerung, bei Sich-Widersetzen oder Verunmöglichen einer Kontrolle (Verstoss gegen Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b des Gesetzes) zur Anwendung gelangen. Die Auskunftspflicht besteht bei Branchen mit einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag gegenüber den paritätischen Kommissionen. Wird ihr nicht nachgekommen, können die paritätischen Kommissionen mit dem Antrag auf Verhängen einer Sperre an die sanktionierende Behörde gelangen. Ein Sanktionsentscheid nach Artikel 12 Absatz 1 des Gesetzes muss nicht vorliegen. Es genügt, wenn die Voraussetzungen für diese Sanktion gegeben sind. Das parallele Verhängen einer Sanktion nach Artikel 12 Absatz 1 des Gesetzes ist möglich. Eine Sperre kann ebenfalls verhängt werden, wenn rechtskräftige Bussen nicht bezahlt wurden.

Der neue Buchstabe d bietet der zuständigen kantonalen Behörde die Möglichkeit zur Sanktionierung eines Arbeitgebenden, der Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigt und gegen die Mindestlöhne in einem Normalarbeitsvertrag im Sinn von Artikel 360a OR verstösst. Sie kann eine Busse bis 5000 Franken aussprechen. Die gleiche Sanktion kann in vergleichbaren Fällen auch gegen ausländische Arbeitgebende ausgesprochen werden. Es handelt sich um eine verwaltungsrechtliche Sanktion. Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974¹⁴ über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) wird explizit für anwendbar erklärt.

Fehlbaren selbstständig Erwerbenden, d.h. solchen, die die Dokumentationspflicht verletzen oder gegen Artikel 12 verstossen, können nach Buchstabe e die Kontrollkosten auferlegt werden. Es handelt sich dabei um die Kontrollkosten der kantonalen Behörden. Paritätische Kommissionen können keine Kontrollkosten auferlegen. Zwar sieht die Verordnung vom 21. Mai 2003¹⁵ über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) in Artikel 8a vor, dass paritätische Kommissionen Kontrollkosten erheben können. Dies ist aber nur dann möglich, wenn ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag anwendbar ist. Selbstständig Erwerbende, gegen die eine Sanktion nach Artikel 9 ausgesprochen wurde, sind allerdings keine Arbeitgebenden, auf die die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags anwendbar sind.

Auch Arbeitgebenden, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen und die für die Nichteinhaltung eines Normalarbeitsvertrags im Sinn von Artikel 360a OR sanktioniert wurden, kann die zuständige kantonale Behörde gemäss Buchstabe e ganz oder teilweise die Kontrollkosten auferlegen. Bei Erfüllung der Tatbestände nach Artikel 12 kommt eine strafrechtliche Sanktionierung in Betracht.

2.2 Änderung im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Artikel 1a

Bei Verstössen werden die paritätischen Kommissionen gegenüber Betrieben mit Sitz in der Schweiz wie auch gegenüber ausländischen Betrieben, welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, Konventionalstrafen aussprechen können. Auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können Adressaten einer Konventionalstrafe sein. Sieht der Gesamtarbeitsvertrag ferner die Möglichkeit vor, gegenüber fehlbaren Betrieben und/oder Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Kontrollkosten in Rechnung zu stellen, so sollen solche Bestimmungen neu ebenfalls allgemeinverbindlich erklärt werden können. Ausserdem soll die Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen bei den unterstellten Arbeitge-

¹⁴ SR 313.0

¹⁵ SR 823.201

benden sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern neu auch bei der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung möglich und zulässig sein. Die Weiterbildungsbeiträge der Gesamtarbeitsverträge sind davon allerdings nicht betroffen.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Gesetzesvorlage hat die Verstärkung der Wirksamkeit und die Verbesserung des Vollzugs der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit zum Inhalt und schafft keine neuen Aufgaben, die nicht bereits heute durch die bestehende Vollzugsorganisation abgedeckt sind. Es entstehen keine Mehrbelastungen des Bundeshaushalts, da schon heute die Kontrollen von selbstständigen ausländischen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern sowie Arbeitgebenden, die unter einen Normalarbeitsvertrag im Sinn von Artikel 360a OR fallen, zur Hälfte vom Bund entschädigt werden.

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) schliesst regelmässig mit den Kantonen und den Sozialpartnern Leistungsvereinbarungen über die Finanzierung der Kontrolltätigkeit ab. Die aktuellen Leistungsvereinbarungen sehen vor, dass die Kontrollen von selbstständigen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern sowie von Arbeitgebenden, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen und für die Mindestlöhne in einem Normalarbeitsvertrag im Sinn von Artikel 360a OR gelten, entschädigt werden.

Die vorgesehene Änderung im AVEG führt nicht zu einem Zuwachs der Verfahren um Allgemeinverbindlicherklärung, da die Voraussetzungen für das Verfahren nicht ändern. Bei der Prüfung der einzelnen Bestimmungen zur Zulässigkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung entsteht ebenfalls kein Mehraufwand.

3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Wie für den Bund hat die Gesetzesvorlage auch für die Kantone und Gemeinden keine finanzielle Mehrbelastung in Bezug auf den Vollzug der Bestimmungen zur Folge. Die Ausdehnung der Sanktionen auf selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer sowie auf Arbeitgebende, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen, wird positive Auswirkungen auf die Kantone haben, da dadurch Einnahmen für die Kantone generiert werden.

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die bisher vom SECO veröffentlichten Berichte über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen zeigen, dass die im Rahmen der flankierenden Massnahmen durchgeführten Kontrollen und ausgesprochenen Sanktionen angebracht sind. Die tiefen Rückfallquoten verdeutlichen, dass die Präsenz von Arbeitsmarktinspektorinnen und -inspektoren vor Ort wichtig ist. Die Kontrollorgane haben bewiesen, dass sie ihre Vollzugssysteme gut aufgebaut haben und ihre Kontrollziele erreichen oder diese bei Bedarf sogar intensivieren können.

Die vorgeschlagenen Änderungen verbessern den Vollzug. Die Verschärfungen sind sachlich begründbar und insgesamt als moderat zu bezeichnen, womit die Marktzutrittschancen für ausländische Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer und Unternehmen intakt bleiben.

Die Gesetzesvorlage bewirkt keine übermässige Regulierung des Arbeitsmarktes. Sie führt zu einer wirksameren Umsetzung der bereits bestehenden Instrumente.

3.4 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die vorgesehenen Änderungen haben keine finanziellen und personellen Auswirkungen, da diese keine neuen Aufgaben schaffen, sondern vielmehr Lücken im Vollzug schliessen.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 23. Januar 2008¹⁶ über die Legislaturplanung 2007-2011 noch im Bundesbeschluss vom 18. September 2008¹⁷ über die Legislaturplanung angekündigt.

Die Vorlage ist nicht in der Finanzplanung vorgesehen. Die Gründe ergeben sich aus den vorstehenden Ausführungen.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die Bestimmungen dieses Gesetzes stützen sich auf Artikel 110 Absatz 1 Buchstaben a und d sowie auf Artikel 110 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV)¹⁸.

5.2 Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Wie in der Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen mit der EU sowie zu den flankierenden Massnahmen (BBI 1999 6434) erwähnt, stützt sich das EntsG auf die EU-Entsenderichtlinie¹⁹. Artikel 22 Anhang I FZA bezieht sich ausdrücklich auf diese Richtlinie. Die im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen Massnahmen bezwecken eine Ausweitung des Regelungsgegenstandes des EntsG auf selbständige Dienstleistungserbringer und Arbeitgebende, welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen. Dies führt zu einem effizienteren Schutz vor Missbräuchen der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden arbeitsrechtlichen Schutznormen. Die vorgeschlagenen Massnahmen stützen sich allein auf das innerstaatliche Recht. In der Entsenderichtlinie sowie grundsätzlich in der EU sind keine entsprechenden Regelungen vorhanden. Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält zudem keine Bestimmungen, welche nicht mit dem europäischen Recht und dem FZA vereinbar wären. Es sind insbesondere keine Massnahmen vorgesehen, die gegen das Gleichbehandlungsgebot im FZA verstossen.

Im Übrigen verletzt der Entwurf keine internationale Verpflichtung der Schweiz.

5.3 Form des Erlasses

Da mit diesem Entwurf geltende Bundesgesetze abgeändert werden, ist der Erlass im Sinn von Artikel 164 BV in die Form eines Bundesgesetzes zu kleiden.

¹⁶ BBI 2008 753

¹⁷ BBI 2008 8543

¹⁸ SR 101.

¹⁹ Richtlinie 96/71 vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen; Abl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.