

Die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit

Friederike V. Ruch
Steuerberaterin, Partnerin
Mitglied der Geschäftsleitung

CONVINUS
International Employment Solutions
Forchstrasse 5, Postfach, CH-8032 Zürich
Tel. +41 (0)44 250 20 20, Fax +41 (0)44 250 20 22
friederike.ruch@convinus.ch, www.convinus.ch



Friederike V. Ruch

Das Bundesgesetz über die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die flankierenden Massnahmen wurde gleichzeitig mit den bilateralen Abkommen am 8. Oktober 1999 verabschiedet. Es bezweckt, ein befürchtetes Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, welches mit der Einführung des absolut freien Personenverkehrs eintreten könnte. Es sind drei Arten flankierender Massnahmen zur Personfreizügigkeit vorgesehen:

1. Regelung der *Arbeitsbedingungen der entsandten Arbeitskräfte*, gilt für jeden Arbeitnehmer, welcher von einem Unternehmen mit Sitz im Ausland für einen begrenzten Zeitraum in die Schweiz entsandt wird.
2. Im Fall von Missbräuchen können gemäss den neuen Artikeln 360a ff des Obligationenrechtes *Minimallöhne mittels Normalarbeitsverträgen* festgelegt werden.
3. Weiter können in solchen Missbrauchsfällen gemäss dem neuen Art. 1a des Bundesgesetzes über die *Allgemeinverbindlich-*

erklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), die in Gesamtarbeitsverträgen enthaltenen Bestimmungen über den Lohn und die Arbeitszeit und leichteren Voraussetzungen allgemein verbindlich erklärt werden.

Das bisherige Kontrollsystem für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte aus dem Ausland beruhte auf der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer. Anders als beim Kontrollsystem dieser Verordnung, das generell anwendbar war, bereits vor Arbeitsbeginn galt und deshalb präventiv (aber diskriminierender) war, wird mit den flankierenden Massnahmen ein punktuelles (also nicht systematisches) Kontrollsystem eingeführt, welches erst zur Anwendung kommt, wenn die betroffene Person ihre Arbeit in der Schweiz bereits aufgenommen hat. Des weiteren kann dies zur Einführung der erwähnten Massnahmen führen, wenn in einer bestimmten Branche Missbräuche festgestellt werden. Hier ist also keine Prävention vorgesehen.

Tripartite Kommissionen

Zur Umsetzung der flankierenden Massnahmen sind tripartite Kommissionen vorgesehen. Zum Zeitpunkt der Ausarbeitung der flankierenden Massnahmen erschien es zweckmässig, die Sozialpartner mit einzu beziehen, da diese näher am Markt und deshalb besser informiert sind.

Aufgrund der Beobachtung des Arbeitsmarktes kann die tripartite Kommission bei einer verdächtigen Situation eine Untersuchung durchführen und dabei eventuell auf missbräuchliches und wiederholtes Dumping stossen. Bei der Feststellung von Dumping kann die Kommission entweder versuchen eine Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern zu erreichen oder bei der Behörde ersuchen einen Normalarbeitsvertrag mit obligatorischen Mindestlöhnen zu erlassen, sofern kein Gesamtarbeitsvertrag vorhanden ist

oder bei der Behörde ersuchen den bestehenden Gesamtarbeitsvertrag als allgemeinverbindlich zu erklären.

Wie die tripartiten Kommissionen zum Handeln veranlasst werden können, um eine verdächtige Situation zu untersuchen und Dumping festzustellen, wurde mit Absicht in keinem Gesetz oder in keiner Verordnung festgelegt, es wurden zudem auch nicht die Etappen des Handelns formalisiert. Denn man wollte dafür sorgen, dass die Massnahmen wirksam sind und die Tür für alle Situationen offen steht, welche in der Praxis auftauchen können. Dies hätte jedoch durch eine zu strenge Gesetzgebung und einen zu starken Formalismus eingeschränkt werden können.

Seit dem Inkrafttreten der neuen Regelungen bezüglich der flankierenden Massnahmen wird der Begriff des orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnes intensiv diskutiert. Die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bestimmen sich nach den gesetzlichen Vorschriften, den Lohn- und Arbeitsbedingungen für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Branche sowie den Gesamt- und Normalarbeitsverträgen. Die flankierenden Massnahmen bringen somit in diesem Bereich grundsätzlich nichts Neues. Die kantonalen Behörden können sich deshalb bei der Einführung der flankierenden Massnahmen weitgehend auf ihre im Rahmen der BVO entwickelten Erfahrungen und Praxis abstützen. Allerdings gibt es eine sehr wichtige Änderung für Branchen, in denen weder ein Gesamtarbeitsvertrag noch ein Normalarbeitsvertrag existiert. In diesen Branchen wird es nämlich nicht mehr möglich sein – wie dies die Mehrheit der Kantone bisher gehandhabt haben –, zusammen mit den Sozialpartnern eine mehr oder weniger willkürliche Schwelle festzulegen. Es wird vielmehr nötig sein, spezifische Untersuchungen durchzuführen.

Im Rahmen der gesamten gesetzgeberischen Vorarbeiten (sei es in der Arbeits-

gruppe, im Departement oder in den parlamentarischen Kommissionen) war es nicht möglich, eine präzise Definition oder Quantifizierung des Missbrauchs zu finden. Das ist einer der Hauptgründe, weshalb man die Zuständigkeit darüber den tripartiten Kommissionen übertragen hat. Nach Gesetz müssen die üblichen Arbeitsbedingungen «wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten» werden (Art. 360a Abs. 1 OR und Art. 1a AVEG), damit die zuständige Behörde eingreifen kann. Es muss somit ein Unterbieten der Löhne festgestellt werden, dieses Unterbieten muss wiederholt vorkommen und zudem missbräuchlich sein. Das Unterbieten selbst kann folglich je nach den Umständen des besondern Einzelfalls als missbräuchlich oder als nicht missbräuchlich qualifiziert werden.

Die folgenden Sachverhalte sind als Missbrauch bzw. als Indiz für einen Missbrauch zu qualifizieren: das systematische Ersetzen von vorhandenem Personal mittels massiver Rekrutierung billiger Arbeitskräfte durch einen Arbeitgeber; Entlassung einer grossen Anzahl von Arbeitnehmern mit dem Angebot, neue Verträge mit wesentlich tieferen Löhnen einzugehen, ohne das dies durch einen objektiven Grund (z.B. wirtschaftliche Schwierigkeiten des Betriebs) gerechtfertigt wäre; Wesentliche und systematische Herabsetzung der Löhne bei Vertragserneuerungen oder Neuanstellungen.

Hingegen liegt kein Missbrauch vor, wenn die Löhne in einer bestimmten Branche, für einen bestimmten Beruf und bei gleichwertigen Qualifikationen zwar herabgesetzt werden, aber noch innerhalb der Bandbreite liegen, die für die üblichen Arbeitsbedingungen möglich sind. Es ist bspw. bekannt, dass die effektiven Löhne in gewissen Branchen höher liegen als die gesamtarbeitsvertraglichen Löhne. Es ist jedoch völlig undenkbar, einen Missbrauch anzunehmen, für den Fall, dass der Arbeitgeber den zwischen den Sozialpartnern ausgehandelten Lohn ausbezahlt. Sollte dieser Lohn nicht den tatsächlichen Branchenverhältnissen entsprechen, so ist es die Aufgabe der Sozialpartner einen repräsentativen Mindestlohn festzulegen. Aufgrund des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes kann zudem von einem ausländischen Arbeitgeber nicht verlangt werden, dass er den entsandten Arbeitnehmern/innen einen höheren Lohn ausbezahlt, als derjenige, den die Schweizer Arbeitgeber ausbezahlen würden. Für die schweizerischen Arbeitgeber ist jedoch allein der in einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag vorgesehene Lohn obligatorisch. Es wäre nun aber ebenfalls diskriminierend, wenn von den Schweizer Arbeitgebern die Einhaltung eines Lohnes verlangt würde, den die ausländischen Arbeitgeber für ihre entsandten nicht zu respektieren hätten.

Hat die tripartite Kommission einen Missbrauch festgestellt, besitzt sie zwei Hand-

lungsmöglichkeiten: Sie kann die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags beantragen, falls ein solcher für die betroffene Branche besteht, oder aber einen Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlöhnen. Hierbei wird allerdings noch folgender Zwischenschritt vorgesehen: Die tripartite Kommission soll grundsätzlich zuerst versuchen, mit dem Arbeitgeber, bei dem ein Missbrauch festgestellt wurde, direkt eine Verständigung zu erreichen. Diese Bestimmung wurde eingeführt, um bei Fällen, in denen nicht mit einschneidenden Mitteln durchgegriffen werden muss, eine Einigung finden zu können. Wenn zum Beispiel eine tripartite Kommission feststellt, dass die von einem Arbeitgeber bezahlten Löhne einem missbräuchlichen und wiederholten Unterbieten entsprechen, dass aber in der Branche insgesamt keine Gefahr der Unterbietung besteht, ist die Lösung einer direkten Verständigung sinnvoller. Die tripartite Kommission hat zwei Monate Zeit, um zu einer solchen Verständigung zu kommen. Kommt in dieser Frist keine Verständigung zustande, kann sie die Einführung eines Normalarbeitsvertrages oder die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages beantragen.

Entsandte Arbeitnehmer/innen

In einem Gesetz über entsandte Arbeitnehmer wird festgelegt, dass die in der Schweiz geltenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen auch auf entsandte Arbeitnehmer anwendbar sein müssen.

Gemäss Art. 121 Abs. 3 IPRG können die Parteien den Einzelarbeitsvertrag dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Beim Fehlen einer Rechtswahl ist nach Art. 121 Abs. 1 IPRG grundsätzlich das Recht des Staates massgebend, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Die vorübergehende Entsendung in einen anderen Staat vermag das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes nicht zu verdrängen. In der Regel würde daher der in der Schweiz entsandte Arbeitnehmer für seine schweizerische Erwerbstätigkeit den gewohnten ausländischen Lohn- und Arbeitsbedingungen unterstehen, so weit die Schutzvorschriften der BVO nicht mehr greifen. Dieser Umstand birgt die Gefahr eines unerwünschten Lohn- und Sozialdumpings in sich, da die Schweiz im internationalen Vergleich einen hohen Standard hinsichtlich Löhnen und Arbeitsbedingungen aufweist. Dem will das Entsendegesetz entgegenwirken, indem es den entsandten Arbeitnehmern minimale inländische Lohn- und Arbeitsbedingungen garantiert. Gemäss Art. 22 Abs. 2 des Anhangs I zum Personenfreizügigkeits-

abkommen ist die Schweiz ausdrücklich befugt, ihre Lohn- und Arbeitsbedingungen auf die entsandten Arbeitnehmer anzuwenden.

Das Gesetz will verhindern, dass die Ausführung von (öffentlichen oder privaten) Aufträgen durch entsandte Arbeitnehmer zu einem Lohn- und/oder Sozialdumping zu Lasten der Arbeitnehmer in der Schweiz führt. Zu diesem Zweck stellt das Gesetz die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen auf, die den entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen gewährt werden müssen, indem es eine bestimmte Anzahl der in der Schweiz geltenden Normen auf diese Arbeitnehmer als anwendbar erklärt. Das Entsendegesetz (EntsG) gilt für alle entsandten Arbeitnehmer. Die schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sind immer anwendbar, auch wenn kein Lohndumping konkret nachgewiesen wird.

Das Gesetz gilt grundsätzlich für die ganze Dauer der Entsendung. Es ist keine Wartezeit vorgesehen: Ab dem ersten Arbeitstag in der Schweiz müssen den entsandten die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen gewährt werden, und zwar unabhängig von der Dauer des Einsatzes. Dies gilt demnach auch für sehr kurze Einsätze.

Es sind hingegen Ausnahmen in der Anwendung einzelner Bestimmungen vorgesehen. Diese Ausnahmen betreffen einerseits Arbeiten von geringem Umfang und andererseits Montage- oder erstmalige Einbauarbeiten. Für diese Arbeiten gelten bspw. die Lohn- und Ferienbestimmungen *nicht*. Hingegen gelten: Arbeitszeit, Arbeitssicherheit, Schutz von Schwangeren, Gleichbehandlung von Frau und Mann.

Artikel 4 EntsV gibt dem Bundesrat die Kompetenz, die Kriterien festzulegen, nach denen zu bestimmen ist, ob eine Arbeit von geringem Umfang oder eine Montagearbeit vorliegt. In Bezug auf den Umfang der Arbeiten enthält das Gesetz in Art. 4 Abs. 2 EntsV bereits gewisse Grundsatzkriterien (Dauer und Häufigkeit der Einsätze, Anzahl der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer). Die Verordnung führt zu den Arbeiten von geringem Umfang aus, dass es sich um Arbeiten handelt, die höchstens 15 Arbeitstage pro Kalenderjahr dauern. Weil aber die Dauer einer Arbeit auch von der Anzahl der Arbeitnehmer abhängt, wird weiter festgehalten, dass sich die massgebende Anzahl an Arbeitstagen aus der Multiplikation der entsandten Arbeitnehmer mit der Zahl der Tage ergibt, während der die Dienstleistung dauert. Dabei werden selbstverständlich nur die reinen Arbeitstage angerechnet. Mehrere Einsätze von sehr kurzer Dauer werden zusammengesamt, sofern die Einsätze im selben Kalenderjahr erfolgen.

Im Art.1 EntsV sind die Inhalte aufgelistet, die zu den Regelungen über die Mindestlöhne zählen. Nebst den Mindestlöhnen selbst, gehören auch die Lohnerhöhungen, verschiedene Zuschläge (z.B. für Überstunden, Nacht- und Sonntagsarbeit), der Ferienlohn und der 13. Monatslohn dazu. Ferner die bezahlten Feiertage, die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung und der Lohn bei Verzug des Arbeitgebers dazu. Zum Begriff des Mindestlohns: Damit die Mindestlohnvorschriften nicht einfach durch längere Arbeitszeiten umgangen werden können, hält die Verordnung ausdrücklich fest, dass der Lohn in Bezug zu einer bestimmten Arbeitszeit steht und diese somit mitzuberücksichtigen ist (Art.1 Bst. a EntsV: «im Verhältnis zur üblichen Arbeitszeit ausgedrückt»).

Im Falle der Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall und Mutterschaft gehört auch eine kollektive Taggeldversicherung zu den anwendbaren Lohnbestimmungen. Das Gesetz sieht zwar keine Pflicht vor solche Versicherungen abzuschliessen, doch kann sich diese aus einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag ergeben.

Analog zu den Mindestlöhnen enthält Art.2 EntsV eine Liste von Bereichen, die als Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit gelten. Neben der ordentlichen Dauer der Arbeit gehören dazu die Überstunden, die Schicht-, Nacht-, Sonntags und Feiertagsarbeit. Ferner die Pausen und die Ruhezeiten sowie die Reise- und Wartezeiten.

Daraus folgt, dass die zuständigen kantonalen Behörden – im konkreten Fall die Arbeitsinspektorate – auch Kontrollen in Entsendungsfällen durchzuführen haben (Art.7 Abs.1 Bst. c EntsG). Je nachdem, für welche Organisation sich der Kanton entschieden hat, ist es möglich, dass diese Behörde automatisch informiert wird (z.B. weil sie eine Kopie der Meldungen erhält). Die Kontrollorgane melden die im Rahmen ihre Kontrolltätigkeit festgestellten Verstösse der kantonalen Behörde. Diese kann gegenüber den Arbeitgebern, die Gesetzesverstösse begangen haben, u.a. folgende Sanktionen ergreifen:

- Eine Verwaltungsbusse bis CHF 5000 bei geringfügigen Verstössen gegen die minimalen Arbeitsbedingungen, Unterkunft oder Meldeverfahren.
- Das Verbot, während 1 bis 5 Jahren seine Dienste in der Schweiz anzubieten bei schwerwiegenden Verstössen gegen Art.2 EntsG.
- Die ganze oder teilweise Auferlegung der Kontrollkosten auf den fehlbaren Arbeitgeber bei Aufdecken von Verstössen.

Die zuvor aufgeführten Sanktionen können von der Verwaltungsbehörde, gestützt auf

die bei ihr eingehenden Meldungen, ausgesprochen werden. Darüber hinaus können noch Strafen in Anwendung von Art.12 des Gesetzes verhängt werden. Infolge des internationalen Umfeldes und der damit zusammenhängenden Probleme während der Untersuchung kann davon ausgegangen werden, dass diese Bestimmung vor allem für besonders schwere Verstösse zur Anwendung gelangen wird.

Vorbehalten bleiben auch die in den Gesamtarbeitsverträgen vorgesehenen Konventionalstrafen, die von einer paritätischen Kommission verhängt werden können.

Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen

Was ist ein Normalarbeitsvertrag? Entgegen dem, was man annehmen könnte, ist der Normalarbeitsvertrag kein Vertrag, sondern ein generell abstrakter Erlass einer Behörde, oder mit anderen Worten: Es handelt sich um eine Verordnung. Je nach Geltungsbereich wird der Normalarbeitsvertrag durch den Kanton (Geltungsbereich ist auf den betreffenden Kanton beschränkt) oder den Bund (der Normalarbeitsvertrag gilt für die ganze Schweiz oder zumindest in zwei Kantonen) erlassen. Normalarbeitsverträge werden in Branchen erlassen, in denen keine Gesamtarbeitsverträge existieren.

Es geht hier nicht um eine allgemeine oder präventive Massnahme: Man will damit nicht einen allgemeinen, zwingenden Minimallohn einführen. Nur bei einer missbräuchlichen oder wiederholten Unterbietung ist der Staat befugt, einen Normalarbeitsvertrag mit Minimallöhnen zu erlassen, die auf eine Branche oder einen Beruf beschränkt sind. Ausserdem kann der Staat nicht von sich aus aktiv werden. Es liegt an der zuständigen tripartiten Kommission (der Kantone oder des Bundes), wenn sie in einer Branche missbräuchliches oder wiederholtes Unterbieten der Löhne festgestellt hat, bei der zuständigen Behörde einen Normalarbeitsvertrag zu beantragen, in dem die Mindestlöhne für die betroffene Branche festgelegt werden. Es ist auch Sache der tripartiten Kommission, den Behörden einen konkreten Vorschlag zur Höhe der Minimallöhne vorzulegen.

Der grösste Unterschied zwischen den herkömmlichen Normalarbeitsverträgen und den neuen zwingenden Normalarbeitsverträgen liegt in deren Wirkungen. Die herkömmlichen Normalarbeitsverträge spielen nur eine subsidiäre Rolle. Ihr Inhalt ist zudem lediglich dispositiver (d.h. nicht zwingender) Natur. Durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer/in kann beliebig davon abgewichen werden. Die neue Art des Normalarbeitsvertrages dagegen ist zwingend, das heisst, es kann nur zugunsten der Arbeit-

nehmenden davon abgewichen werden. Dieser Normalarbeitsvertrag gilt für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, auch für jene, die sich nur vorübergehend im betreffenden örtlichen Geltungsbereich aufhalten (Entsandte) und ebenso für Arbeitnehmende, die verliehen werden.

Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärungen von Gesamtarbeitsvertrags-Bestimmungen

Diese Möglichkeit stellt ein wirksames Mittel dar, um die Beschäftigten ganzer Branchen oder Wirtschaftssektoren zu schützen. Die Ausdehnung des Geltungsbereichs solcher Verträge soll damit erleichtert werden.

Der Geltungsbereich der normativen sowie der indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen mit gemeinsamer Durchführung nach Art.357b OR kann unter gewissen Voraussetzungen durch eine Allgemeinverbindlicherklärung auf nichtbeteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden. Der Zweck dieser Massnahmen besteht insbesondere darin zu verhindern, dass die Aussenseiterbetriebe infolge niedriger Löhne und schlechterer Arbeitsbedingungen erhebliche Markt Vorteile erlangen, welche den tarifgebundenen Betrieben die Aufrechterhaltung der Gesamtarbeitsverträge unmöglich machen.

Ein Gesamtarbeitsvertrag regelt im Prinzip nur die Arbeitsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden, die einem der Verbände angehören, die den betreffenden Vertrag unterzeichnet haben. Unter gewissen Bedingungen kann aber ein Gesamtarbeitsvertrag als allgemeinverbindlich erklärt werden. Eine Allgemeinverbindlicherklärung gilt für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmenden einer Wirtschaftsbranche in einem bestimmten Gebiet, unabhängig davon, ob sie Mitglieder eines Unterzeichnerverbands sind oder nicht.

Da die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen ein ideales Instrument im Kampf gegen mögliche Lohnunterbietungen darstellt, erschien es sinnvoll, die entsprechenden Voraussetzungen zu erleichtern. So können ab Inkrafttreten des Gesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Vorliegen einer Dumpingsituation Gesamtarbeitsverträge (genauer: gewisse Bestimmungen davon) allgemeinverbindlich erklärt werden, welche sonst nicht Gegenstand einer solchen Massnahme sein könnten.

Die Wirkungen der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung sind die gleichen wie bei der gewöhnlichen Allgemeinverbindlicherklärung.