



KONFERENZ DER KANTONSREGIERUNGEN
CONFERENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX
CONFERENZA DEI GOVERNI CANTONALI
CONFERENZA DA LAS REGENZAS CHANTUNALAS

Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit

Stellungnahme der Kantonsregierungen

(Stellungnahme vom 16. Dezember 2011)

0. Ausgangslage

- (1) Mit Schreiben vom 23. September 2011 konsultiert das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) die Kantonsregierungen zum Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (FlaM) mit Frist bis zum 31. Dezember 2011. Die Kantonsregierungen danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung ihrer nachfolgend dargelegten Anliegen.

1. Allgemeine Bemerkungen

- (2) Die Kantonsregierungen bekennen sich – wie auch bisher – klar zum FZA. Die Personenfreizügigkeit hat konkrete Auswirkungen auf die Wirtschaft, auf den Arbeitsmarkt und nicht zuletzt auf die Gesellschaft. Die Auswirkungen sind aus Sicht der Kantonsregierungen nach wie vor als positiv zu bewerten.¹
- (3) Die Kantonsregierungen bekennen sich auch zu den FlaM, die sehr wichtig sind für die geordnete Umsetzung des freien Personenverkehrs und für die Akzeptanz des FZA in der Bevölkerung. Die Unterstützung der FlaM durch die Kantonsregierungen ist nicht zuletzt auch ein Bekenntnis zu einer funktionierenden, gegenseitigen Sozialpartnerschaft. Die Kantonsregierungen halten fest, dass die Umsetzung des FZA respektive der FlaM gut funktioniert und die Kantone ihren diesbezüglichen Verpflichtungen nachkommen.²
- (4) Die grundsätzlich positive Bilanz schliesst nicht aus, dass auch Probleme vorhanden sind, die unter den Partnern gelöst werden müssen; dabei haben alle Beteiligten (Bund, Kantone, Tripartite Kommissionen und Paritätische Kommissionen) ihre Verantwortung wahrzunehmen. Die Probleme können auf der gesetzlichen Ebene und auf der Vollzugsebene angesiedelt werden. Die vom Bundesrat eingeleitete Initiative ausgehend vom „Runden Tisch“ zu den FlaM vom 5. Juli 2011 und die nun vorgeschlagenen Revisionspunkte sind als rasche Reaktion auf die offensichtlichsten Punkte zu deuten.

¹ siehe u.a.: Auswirkungen der Personenfreizügigkeit, Bericht des Regierungsrats des Kantons St. Gallen an den Kantonsrat vom 6. September 2011

² siehe u.a.: FlaM-Bericht vom 3. Mai 2011 des SECO

- (5) Im Rahmen der Umsetzung der FlaM werden in der Öffentlichkeit insbesondere Vollzugsfragen kontrovers diskutiert. Aufgrund ihrer Kontroll- und Vollzugstätigkeit stehen teilweise auch die Kantone im Fokus der Kritik. Auch die Paritätischen Instanzen der Branchen mit einem Gesamtarbeitsvertrag haben im Rahmen der Flankierenden Massnahmen ein überaus dichtes und minutiöses Netz der Kontrollen aufgebaut, das selbst minimalste Abweichungen von Löhnen sanktioniert. Die Kantonsregierungen stellen fest, dass im Bereich des Arbeitsmarkts noch nie so viel und so umfassend kontrolliert wurde, wie dies derzeit der Fall ist. Dass es dabei zur Aufdeckung von Verstössen kommt, entspricht der Logik des Systems. Die in den öffentlichen Diskussionen verwendeten Zahlen, insbesondere zu den Kurzaufenthaltern und zu den Verstössen, sind aber stets - auch bei Problemen wie der Scheinselbständigkeit - im Verhältnis zu den effektiv geleisteten Arbeitstagen zu sehen. Bund und Kantone haben ungenauen oder falschen Vorwürfen geantwortet und koordiniert entgegnet.
- (6) Ein wesentlicher Teil der Umsetzungsverantwortung der FlaM liegt bei den Kantonen. Die Kantonsregierungen sind der Auffassung, dass die Belastung der Kantone durch den Vollzug der FlaM an seine Grenzen stösst. Die neuen Massnahmen werden bei den Kantonen zusätzlichen Aufwand zur Folge haben. Der Bund sollte deshalb Ausführungen zu Verhältnismässigkeit und Zweckmässigkeit der Massnahmen machen. Zudem sollte auch der Aufwand für die Vollzugsorgane beziffert werden, der durch die Sanktionierungen und die zusätzlichen Verfügungen zunehmen wird. Der Bund hat sich hälftig an den Vollkosten der Kontrollkosten zu beteiligen. Es sind daher entsprechende Gelder einzustellen. Eine weitere Zunahme der Kontrolltätigkeit steht in keinem Verhältnis zum daraus zu erwartenden Nutzen.
- (7) Aus Sicht der Kantonsregierungen sind nicht die Anzahl der Kontrollen und die damit verbundene Aufdeckungsrate das Problem des Vollzugs des Entsendegesetzes. Auch sind die Kontrollen quantitativ nicht weiter auszubauen. Der Schwachpunkt liegt im Prozess nach der anfänglichen Feststellung eines Missbrauchs. Daher werden Massnahmen wie diejenigen zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit unterstützt, die eine effektivere Kontrolltätigkeit erlauben und eine bessere Durchsetzbarkeit garantieren. Zur Umsetzung solcher Prämissen braucht es eine koordinierte Zusammenarbeit der staatlichen Behörden und der Sozialpartner. Im Rahmen der vorgeschlagenen Revision wäre im Weiteren zu prüfen, wie den vielfach vorhandenen Mehrfach-Subkontrakt-Strukturen bspw. im Baubereich wirkungsvoll begegnet werden kann, um die General- und Totalunternehmer verstärkt in die Pflicht zu nehmen.
- (8) Die Verpflichtungen des FZA lassen keinen oder einen kaum nennenswerten Spielraum für Zulassungsbeschränkung von arbeitenden EU- und EFTA-Staatsangehörigen, sofern nicht ein sprunghafter Anstieg festgestellt wird. Dies war bei der Abstimmung zum FZA im Jahre 2000 bekannt und auch migrationspolitisch so gewollt. Einerseits wird im Rahmen des FZA die Zuwanderung durch die Nachfrage der Wirtschaft reguliert. Andererseits ist zu bezweifeln, ob eine staatliche Beschränkung – neben einem administrativen Mehraufwand – die Bedürfnisse der Volkswirtschaft und der Gesellschaft besser abdecken würde, als dies der Markt tut.
- (9) Die Kantonsregierungen erachten es als grundlegend, dass die Schweiz ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommt. Insbesondere vor dem Hintergrund des derzeit zwischen der EU Kommission und der Schweiz geführten institutionellen Dialogs zu den bilateralen Abkommen, welcher die homogene Anwendung der völkerrechtlichen Verpflichtungen durch die Vertragsparteien, die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung sowie Fragen der Überwachung zum Gegenstand hat, ist es wichtig, dass die Anpassung der flankierenden Massnahmen FZA-verträglich erfolgt.

2. Spezifische Bemerkungen

2.1 Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzentwurfs

Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Entsendegesetz (EntsG)

- (10) Die Kantonsregierungen unterstützen im Grundsatz die Erarbeitung von Bestimmungen, welche eine gezielte Bekämpfung der Scheinselbständigkeit ermöglichen. Ungeachtet der prinzipiellen Tatsache, dass jeder Verstoss ein Verstoss zu viel ist, sollte insbesondere bei der Information durch die Behörden auf das Verhältnis der Verstösse zur Anzahl der selbständigen Erwerbstätigen aufmerksam gemacht werden, damit die Proportion der tatsächlichen Probleme aufgezeigt wird.³ Die Kantonsregierungen sprechen bezogen auf die Berichterstattung die Forderung aus, dass künftig nur noch klar definierte Daten erhoben und aufbereitet werden. Vermutete Verstösse und darauf basierende Quoten bieten grosse Unsicherheit und Interpretationsspielraum.⁴ Sie sind ausschliesslich durch definitiv festgestellte Lohnunterbietungs-Verstösse zu ersetzen.
- (11) Einen wesentlichen Anteil am Vollzug der Flankierenden Massnahmen haben die Paritätischen Instanzen der GAV-Branchen (PK). Sie werden in der nun vorliegenden Vernehmlassung einmal mehr im Sinne der Vereinheitlichung des Vollzuges zu wenig beziehungsweise überhaupt nicht erfasst. Die Paritätischen Instanzen bieten auch im internationalen Verhältnis immer wieder Probleme im Sinne einer teilweise unverhältnismässigen Handhabung der Kontrollen und Sanktionen gegenüber den Unternehmen. Auch die Paritätischen Kommissionen sind einem einheitlichen und verhältnismässigen Vollzug verpflichtet. Gleichfalls sollte der Bund im Rahmen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Gesamtarbeitsvertrags seine Verantwortung wahrnehmen und den PK gewisse Richtlinien im Vollzug der FlaM – auch wenn nur im Rahmen von Schulungen und Weisungen – vorschreiben.

Art. 1 Abs. 2 (neu) – Gegenstand

- (12) Die Kantonsregierungen begrüssen den Vorschlag, dass auch in der Schweiz ansässige Arbeitgeber, die gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn verstossen, im gleichen Ausmass sanktioniert werden können, wie dies bei ausländischen Arbeitgebern der Fall ist. Sie gehen davon aus, dass auch Art. 12 Abs. 3 EntsG auf entsprechende Fälle von inländischen Arbeitgebern anwendbar ist, da ansonsten eine eklatante Ungleichbehandlung ausländischer und inländischer Arbeitgeber resultieren würde.

Art. 1bis Abs. 1 und 2 – Geltungsbereich / Pflicht zur Vorlage von Dokumenten

- (13) Art. 1bis Abs. 1 verpflichtet Personen, welche sich „auf selbständige Erwerbstätigkeit [berufen], [...] diese gegenüber dem zuständigen Kontrollorgan auf Verlangen nachzuweisen.“ Art 1bis Abs. 2 verpflichtet die „betreffende Person, dem Kontrollorgan [...] vor Ort [...] Dokumente [vorzuweisen].“ Die neu eingeführten Bestimmungen sollen die Überprüfung des Vorliegens einer Scheinselbständigkeit ermöglichen. Es handelt sich

³ siehe u.a.: FlaM-Bericht vom 3. Mai 2011 des SECO: auch wenn regionale Unterschiede bestehen und die selbständige Dienstleistungserbringung zunimmt, ist festzuhalten, dass im Jahre 2010 „nur“ rund 0.06% des Gesamtarbeitsvolumens durch selbständige Dienstleistungserbringer erbracht wurden. Bei der vermuteten - nicht erhärteten - Scheinselbständigkeit handelt es sich wiederum um einen Bruchteil davon (vgl. Fussnote 4), der im Vergleich zum Vorjahr „nicht markant zugenommen“ hat.

⁴ siehe u.a.: FlaM-Bericht vom 3. Mai 2011 des SECO: je nach Angaben wird der Anteil der Fälle von Scheinselbständigen bei rund 23% (Angaben der PKs) bzw. 15% (Angaben der Kantone) vermutet.

bei der Pflicht zur Vorlage von Dokumenten jedoch um Massnahmen, die für selbstständige Dienstleistungserbringer allgemein gelten. Da die in Artikel 1bis Abs. 2 lit. a–c EntsG erwähnten drei Unterlagen nicht immer ausreichen werden, um den Selbstständigkeitsnachweis in allen Fällen abschliessend zu erbringen, wird beantragt, Artikel 1bis Abs. 3 wie folgt zu formulieren: „Kann die oder der selbstständig Erwerbstätige bei einer Kontrolle die Dokumente nach Absatz 2 nicht vorlegen oder reichen diese für den abschliessenden Selbstständigkeitsnachweis nicht aus, so setzt ihm das Kontrollorgan eine Nachfrist an, um die Dokumente nach Absatz 2 oder gleichwertige Unterlagen vorzuweisen“. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Nachfrist zur Einreichung der Dokumente zwingend auf Bundesebene zu vereinheitlichen, sei es auf Verordnungsstufe oder mittels einer Weisung des SECO.

Art. 1bis Abs. 4 – Sanktionen

- (14) Art. 1bis Abs. 4 sieht vor, dass „die zuständige[.] kantonale[.] Behörde [..] einen Arbeitsunterbruch anordnen und veranlassen [kann], dass die betreffende Person den Arbeitsplatz verlässt.“ Entsendebetriebe zahlen Bussen teilweise erst, wenn sie neue Aufträge ausführen wollen. Um die Durchsetzbarkeit der Verpflichtungen zu gewährleisten, ist nach Ansicht der Kantonsregierungen auch für entsandte Arbeitnehmende eine Mitwirkungspflicht zu prüfen, deren Missachtung sanktioniert werden kann. Die Mitwirkungspflicht der Arbeitnehmenden hätte eine Pflicht zur Unterbreitung von Unterlagen betreffend die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen zu beinhalten. Die Möglichkeit der Anordnung eines Arbeitsunterbruchs und der Wegweisung ist aus Sicht der Kantonsregierungen als geeignetes und verhältnismässiges Mittel zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit auszugestalten. Insbesondere ist die Frage der Haftung zu berücksichtigen, wenn ein verfügter Arbeitsunterbruch durch die zuständigen gerichtlichen Behörden als nicht verhältnismässig taxiert wird und dadurch ein Schaden beim Auftragnehmer oder auch beim Auftraggeber entstand.
- (15) Falls die Sanktionen nur ausländische Dienstleistungserbringer treffen sollten, dürften diese vom im FZA vereinbarten Grundsatz der Nichtdiskriminierung abweichen. Die möglichen Massnahmen betreffend die Verletzung von Dokumentations- und Meldepflichten sind jedoch FZA-konform auszugestalten.

Art. 9 Abs. 2 lit. b – Sanktionen

- (16) Art. 9 Abs. 2 lit. c sieht die Möglichkeit einer fünfjährigen Dienstleistungssperre gegenüber ausländischen Unternehmen oder Personen vor. Gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. c sollte eine solche Sanktion wie bis anhin nur im Ausnahmefall ausgesprochen werden, d.h. bei schwerwiegenden Lohnverstössen im ave-GAV-Bereich, bei mehrfacher Nichtbezahlung rechtskräftiger Bussen oder bei wiederholter Auskunftspflichtverletzung bezüglich Lohn- und Arbeitsbedingungen. Sollte dies nicht der Fall sein, müsste diese Bestimmung in ihrer momentanen Ausgestaltung als diskriminierend und unverhältnismässig beurteilt werden.

Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)

- (17) Die Gesetzesänderung hat die Verstärkung der Wirksamkeit und die Verbesserung des Vollzugs der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit zum Inhalt und wird wie vorgeschlagen begrusst.
- (18) Der Entwurf des Bundesgesetzes über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit sieht vor, dass bei Verstoss gegen Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen (NAV) nicht nur Arbeitgeber, die Arbeitskräfte aus dem EU/EFTA-Raum in die Schweiz entsenden, gebüsst werden, sondern auch Arbeitge-

ber, die in der Schweiz Arbeitnehmende beschäftigen. Im Sinne der rechtsgleichen Behandlung müsste diese Bestimmung auch auf Schweizer Arbeitgeber, die gegen Mindestlöhne in ave GAV's verstossen, ausgedehnt werden. Sollte dies nicht der Fall sein, müsste diese Bestimmung in ihrer momentanen Ausgestaltung als diskriminierend und unverhältnismässig beurteilt werden.

2.2 Bemerkungen zum Erläuternden Bericht

- (19) Die Kantonsregierungen danken für die Erarbeitung des Erläuternden Berichts. Bei der Umsetzung der Massnahmen stützen sich die Vollzugsorgane insbesondere auch auf die Erläuterungen der darauf basierenden Botschaft zuhanden des Parlaments.
- (20) Im Erläuternden Bericht vermissen die Kantonsregierungen – insbesondere vor dem obgenannten Hintergrund – Ausführungen zur Vergleichbarkeit der gegen ausländische Scheinselbständige vorgesehenen Massnahmen mit den Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten, die gegen in der Schweiz ansässige Personen - bzw. deren Arbeitgeber - ergriffen werden können, bei denen Scheinselbständigkeit festgestellt wird. Nach Auffassung der Kantonsregierungen sind im Erläuternden Bericht zudem Ausführungen zur Verhältnismässigkeit und Zweckmässigkeit der Massnahmen aufzunehmen.
- (21) Schliesslich ist nach Ansicht der Kantonsregierungen im Erläuternden Bericht auch der Aufwand für die Vollzugsorgane zu beziffern, der durch die Sanktionierungen und die Verfügungen in Sachen Arbeitsunterbruch etc. zunehmen wird. Die Aussage im Erläuternden Bericht (S. 19), wonach die Gesetzesvorlage für die Kantone keine finanzielle Mehrbelastung in Bezug auf den Vollzug der Bestimmungen zur Folge habe, ist falsch. Auch ist nicht damit zu rechnen, dass der Aufwand durch entsprechende Einnahmen aus Bussen gedeckt werden könnte, wie dies der Erläuternde Bericht ausführt. Die neuen Massnahmen werden bei den Kantonen einen sehr beträchtlichen Aufwand zur Folge haben. Sie müssen einerseits zusätzliche Kontrollen bei den selbständigen Dienstleistungserbringern aus der EU durchführen und das Vorhandensein der Dokumente überprüfen. Andererseits wird das Anordnen der neuen Massnahmen ebenfalls zu einem zusätzlichen Aufwand führen. Nach Ansicht der Kantonsregierungen ist im Erläuternden Bericht somit der kostenmässige Aufwand für die Vollzugsorgane zu beziffern, der durch die Sanktionierungen und Verfügungen in Sachen Arbeitsunterbruch etc. zunehmen wird.