

Herr Bundesrat Johann N. Schneider-Ammann
Vorsteher des Eidgenössischen
Volkswirtschaftsdepartements EDI
Generalsekretariat GS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Zürich, 23. Dezember 2011 Da/sb
daum@arbeitgeber.ch

**Vernehmlassung zum Entwurf für ein Bundesgesetz
über die Anpassung der Flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 23. September 2011 haben Sie uns zur Vernehmlassung zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Anpassung der Flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit eingeladen. Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme und nehmen diese gerne wahr.

Zusammenfassung der Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbands (SAV)

- Der SAV steht zu den Flankierenden Massnahmen (FlaM), fordert aber, dass sie strikt auf die Verhinderung von Missbräuchen im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit CH – EU beschränkt bleiben.
- Der SAV verurteilt die bekannt gewordenen Lohndumping-Fälle, warnt aber vor unzulässigen Verallgemeinerungen. Insgesamt funktioniert das FlaM-Dispositiv, und es kann keine Rede von einem Vollzugsnotstand sein.
- Der SAV ist bereit, störende Lücken im gesetzlichen Abwehrdispositiv gegen Lohn- und Sozialdumping zu schliessen, sofern
 - die gesetzlichen Voraussetzungen für Eingriffe in den Arbeitsmarkt nicht aufgeweicht werden,
 - die zusätzlichen Massnahmen mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sind und
 - die «Kosten» zusätzlicher Auflagen für inländische Arbeitgeber in einem angemessenen Verhältnis zum erreichten Nutzen bei der Missbrauchsbekämpfung sind.
- Der SAV unterstützt die vorgeschlagenen Anpassungen der FlaM mit gewissen Detailkorrekturen, lehnt aber weitergehende Massnahmen ab.
- Der SAV verlangt die Elimination von diskriminierenden Auflagen, welche schweizerische Unternehmungen bei der Leistungserbringung in einzelnen EU-Staaten behindern.

1. Allgemeine Bemerkungen

1.1 Wichtige Arbeitsmarkttöffnung zur EU

Die gute Verfügbarkeit von qualifizierten Arbeitskräften ist für die schweizerische Wirtschaft von entscheidender Bedeutung, kann aber allein aus dem relativ kleinen inländischen Arbeitsmarkt heraus nicht gewährleistet werden. Jüngste Daten des Bundes im Rahmen der Beschäftigungsstatistik bestätigen dies: Im 3. Quartal dieses Jahres meldeten 33% aller Unternehmungen Probleme bei der Suche nach qualifizierten Arbeitskräften. Die Rekrutierung in der EU/Efta und – selektiv – in den sogenannten Drittstaaten bietet hier die nötige Ergänzung. Dabei ist es wichtig, dass der schweizerische und der europäische Arbeitsmarkt mit dem freien Personenverkehr effektiv verbunden werden, denn nur so ist eine optimale Mobilität und eine klar nachfrageorientierte Allokation der Arbeitskräfte möglich. Der freie Personenverkehr zwischen der Schweiz und der EU ist deshalb für die schweizerische Wirtschaft unverzichtbar.

1.2 Anerkennung der Flankierenden Massnahmen gegen den Missbrauch der Personenfreizügigkeit

Zur Personenfreizügigkeit gehören die Flankierenden Massnahmen (FlaM), die verhindern sollen, dass der freie Personen- und befristete Dienstleistungsverkehr für Lohn- und Sozialdumping in der Schweiz missbraucht wird. Der Schweizerische Arbeitgeberverband steht zu den FlaM, auch wenn damit regulatorische Eingriffe verbunden sind, die mit unserem Grundverständnis eines liberalen Arbeitsmarkts nur schwer vereinbar sind. Wir fordern allerdings mit Nachdruck, dass die FlaM strikt auf die Verhinderung von Missbräuchen im Zusammenhang mit der Öffnung unseres Arbeitsmarkts zur EU beschränkt bleiben. Sie dürfen mit anderen Worten nicht für eine allgemeine, von der Arbeitskräfte-Migration losgelöste Regulierung des Arbeitsmarkts instrumentalisiert werden.

1.3 Die Flankierenden Massnahmen funktionieren – es besteht kein Vollzugsnotstand

Seit Monaten wird vor allem von gewerkschaftlicher Seite ein Vollzugsnotstand bei den FlaM behauptet. Diese Behauptung geht nach unserer Meinung viel zu weit, auch wenn in der letzten Zeit verschiedene schwerwiegende Dumping-Fälle bekannt geworden sind. Wir verurteilen das Verhalten der beteiligten Unternehmungen in aller Schärfe, warnen aber vor unzulässigen Verallgemeinerungen. Der Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) über den Vollzug der FlaM vom 3. Mai 2011 zeigt vielmehr, dass die Einhaltung der Massnahmen von Jahr zu Jahr stärker kontrolliert wird und von einer generellen Verbreitung des Lohndumpings nicht die Rede sein kann. Die von den Kritikern aus dem FlaM-Bericht zitierten sogenannten «Verstossquoten» von bis zu 30% sind bei einer vertieften Analyse stark zu relativieren. Berücksichtigt man die effektiv sanktionierten Verstösse, so verbleiben je nach Kategorie 6% bis 12% Lohnunterbietungs-Fälle. Und auch das ist keine statistische Zahl, sondern das Resultat der meist gezielten Kontrollen!

Selbst die Zahlen des FlaM-Berichts werden allerdings von den Arbeitgeberorganisationen des Kantons Zürich in Frage gestellt, nachdem für diesen wichtigsten Wirtschaftsraum der Schweiz folgende Befunde vorliegen: Im Jahr 2010 wurden in Branchen ohne ave GAV bei 1,5% der Kontrollen und in Branchen mit ave GAV bei weniger als 1% der Kontrollen Lohnunterbietungen festgestellt. Im laufenden Jahr lauten die entsprechenden Zahlen 2,3% und 3,2%. Dabei erreichten die Unterbietungen in der Grosszahl der Fälle einen Gesamtbetrag von wenigen hundert Franken, und blieben die Einbussen für die einzelnen Arbeitnehmenden im tiefen einstelligen Frankenbereich. In der Tat zeigen sich hier Diskrepanzen zu den Aussagen des FlaM-Berichts des SECO, die nach einer vertieften Abklärung rufen.

Antrag:

Das SECO klärt die aufgezeigten Diskrepanzen bis zur Publikation des nächsten FlaM-Berichts.

Der jüngste Bericht der nationalrätlichen Geschäftsprüfungskommission «Evaluation der Aufsicht über die Flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit und deren Wirkungen» vom 21. Oktober 2011 ändert dieses Bild nicht grundlegend. Er stellt zwar fest, die Öffnung des Arbeitsmarkts habe ab 2004 einen Lohndruck zur Folge gehabt, relativiert dann aber sofort, es lasse sich daraus nicht schliessen, ob es zu wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietungen kommt. Der GPK-Bericht setzt sich zudem nicht mit jenen Studien auseinander, die keinen Lohndruck festgestellt haben, so dass er die Funktionsfähigkeit der FlaM nicht grundsätzlich in Frage stellen kann.

1.4 Gezielte Verbesserungen – aber ohne Überregulierung

Allerdings haben sich in der Praxis verschiedene, auch von der GPK benannte, Schwachstellen beim Vollzug der FlaM gezeigt, welche auf verschiedenen Ebenen angegangen werden müssen. Im Vordergrund stehen müssen dabei Verbesserungen auf operativer Ebene, vor allem in der Zusammenarbeit der verschiedenen Vollzugsstellen und bei der Durchsetzung von Sanktionen. Darüber hinaus hat der Bundesrat Regelungslücken identifiziert, die er mit den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen schliessen will.

Obwohl verschiedene Mitgliedverbände die Notwendigkeit zusätzlicher Massnahmen bestreiten und weitere Eingriffe in den Arbeitsmarkt ablehnen, ist der Schweizerische Arbeitgeberverband bereit, Lücken im gesetzlichen Abwehredispositiv gegen Lohn- und Sozialdumping zu schliessen. Dabei legen wir aber grossen Wert darauf, dass das System der FlaM – wie ursprünglich konzipiert – auf die Missbrauchsbekämpfung ausgerichtet bleibt und nicht zu einer Überregulierung der Arbeitsverhältnisse mit ausländischen Arbeitskräften führt. Dementsprechend sind für uns folgende Leitlinien massgebend:

- Die geltenden gesetzlichen Voraussetzungen für Eingriffe in den Arbeitsmarkt dürfen nicht aufgebrochen werden. Das gilt insbesondere für den Erlass von Normalarbeitsverträgen (NAV) mit verbindlichen Mindestlöhnen.
- Der Einsatz der bestehenden oder von eventuellen zusätzlichen FlaM-Instrumenten muss mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU vereinbar sein; Provokationen der EU mit dem Risiko von Retorsionsaktionen sind zu vermeiden. Dieser Aspekt ist von den zuständigen Bundesstellen mit entsprechenden rechtlichen Abklärungen zu gewährleisten.
- Führt der im Freizügigkeitsabkommen verankerte Grundsatz der Nichtdiskriminierung ausländischer Arbeitgeber und Arbeitnehmender zu analogen Auflagen für inländische Arbeitgeber, dann sind deren «Kosten» gegen das Interesse an der Bekämpfung von Missbräuchen der Personenfreizügigkeit abzuwägen. Es ist stets zu fragen, ob punktuelle Missstände einen breiten Eingriff in den schweizerischen Arbeitsmarkt rechtfertigen.

1.5 Sicherung des effektiven Marktzugangs für schweizerische Unternehmungen

Unsere Mitgliedverbände klagen nach wie vor über Behinderungen der Unternehmungen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr, die nicht mit Sinn und Geist der Bilateralen Verträge vereinbar sind. Parallel zur Anpassung der FlaM muss deshalb der Bund alles unternehmen, um diskriminierende Auflagen, wie die Abrechnung mit den Ferienkassen SOKA-Bau in Deutschland oder Casse Edili in Italien, mit einer gegenseitigen Anerkennung der gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen in einer angemessenen Reziprozität abzuschaffen.

2. Bemerkungen zu einzelnen Artikeln der Änderung des Entsendegesetzes

2.1 Art. 1 Abs. 3 (neu)

Die Bestimmung der anwendbaren Rechtsnormen erfordert häufig eine Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und anderen Rechtsverhältnissen, in denen der Betroffene als selbständiger Leistungserbringer agiert. Es sollte aus dem Gesetzeswortlaut klarer hervorgehen, dass die Abgrenzung nach beiden Seiten gemäss schweizerischem Recht erfolgt.

Antrag: Ergänzung von Art. 1 Abs. 3 (neu)

«Der Begriff der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers sowie des und der Selbständigerwerbenden bestimmt sich nach schweizerischem Recht».

2.2 Art. 1bis Abs. 1 (neu)

Das Phänomen der Scheinselbständigkeit ist nicht nur aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes, sondern auch wegen der damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen zulasten der korrekten Unternehmungen zu bekämpfen. Die vorgeschlagenen Ergänzungen in Art. 1bis EntsG bilden dazu eine taugliche Grundlage, dürfen aber mit Rücksicht auf die Belastung der einheimischen Dienstleister und Arbeitgeber nicht weiter verschärft werden.

Nach unserer Auffassung, die von Verantwortlichen des SECO bestätigt wurde, kann die Dokumentationspflicht nur für ausländische selbständige Dienstleistungserbringer gelten, d.h. schweizerische Selbständige dürfen davon nicht betroffen sein. Dies bringt der Gesetzeswortlaut nicht genügend klar zum Ausdruck. Zudem sollte aus dieser Bestimmung deutlich hervorgehen, dass schweizerische Sachverhalte mit schweizerischem Recht geregelt werden sollen.

Antrag: Ergänzung von Art. 1bis Abs. 1 (neu)

«Ausländische Dienstleistungserbringer, die sich auf selbständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz berufen...»

2.3 Art. 1bis Abs. 2 bis 5 (neu)

Durch eine entsprechende Instruktion der Kontrolleure ist zu gewährleisten, dass sich diese nicht sklavisch an die in Abs. 2 aufgeführten Dokumente halten, sondern bei Unklarheiten von Abs. 5 Gebrauch machen und weitere Auskünfte einholen.

Die Anordnung von Arbeitsunterbrüchen darf wegen der damit verbundenen Folgen nicht leichtfertig erfolgen. Die entsprechende Kompetenz muss schon deshalb, vor allem aber aufgrund prinzipieller rechtsstaatlicher und ordnungspolitischer Erwägungen, entsprechend dem Vernehmlassungs-Entwurf bei der **kantonalen Behörde** bleiben und kann nicht den Paritätischen Kommissionen übertragen werden, wie das von verschiedenen Kreisen (vgl. zum Beispiel Pa.IV. Gysin) gefordert wird.

2.4 Art. 5 Abs. 1

Die vorgesehene Revision des Entsendegesetzes sollte benutzt werden, um die Durchsetzbarkeit der FlaM bzw. der gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Arbeitsbedingungen in Subunternehmer-Verhältnissen zu verbessern. Dazu kann die Verpflichtung des Erstunternehmers dienen, seinen Subunternehmer **schriftlich** zur Einhaltung des Entsendegesetzes und eventuell **gestützt darauf an-**

wendbarer ave GAV zu verpflichten. Eine Solidarhaftung des Erstunternehmers, wie sie von verschiedener Seite gefordert wird, lehnen wir dagegen strikte ab.

Antrag: Ergänzung von Art. 5 Abs. 1

«... die Subunternehmer schriftlich verpflichten, dieses Gesetz und gestützt darauf anwendbarer allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge einzuhalten.»

2.4 Art. 9 Abs. 2 lit. a und c

Die Differenzierung der max. Verwaltungsbussen bei Verstössen gegen die Ausweis- und Informationspflicht und bei Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen erscheint richtig. Dagegen sollte die kantonale Behörde auch bei schweren und vor allem bei wiederholten Verstössen gegen Art. 1bis Abs. 2 eine Sperre verfügen können.

Antrag: Ergänzung von Art. 9 Abs. 2 lit. c

Bei Verstössen gegen Art. 2, die nicht geringfügig sind, bei schweren und/oder wiederholten Verstössen gegen Art. 1bis Abs. 2 ...

2.5 Art. 9 Abs. 2 lit. d

Die verwaltungsstrafrechtliche Sanktionierung von Verstössen gegen gesetzliche Mindestlöhne in NAV gemäss Art. 360a OR ist nicht unbestritten, weil damit das Prinzip der zivilrechtlichen Durchsetzung von NAV-Bestimmungen durchbrochen wird. Nachdem aber die Praxis gezeigt hat, dass die Klagemöglichkeit der Betroffenen und die Legitimation der Gewerkschaften zur Feststellungsklage nicht für die wirksame Durchsetzung dieser Mindestlöhne ausreichen, sind wir mit der vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 9 Abs. 2 lit. d einverstanden. Er will damit vor allem die Glaubwürdigkeit des Arbeitnehmerschutzes durch die FlaM zu stärken.

Der Schweizerische Arbeitgeberverband legt aber Wert auf die Feststellung, dass aus der öffentlich-rechtlichen Sanktionierbarkeit von Verstössen gegen zwingende Mindestlöhne in NAV gemäss Art. 360a OR nicht ein zusätzlicher Kontrollauftrag an die kantonalen Behörden abgeleitet werden kann. Massgebend für die Kontrollintensität muss vielmehr weiterhin Art. 16e der Entsendeverordnung sein!

3. Bemerkungen zur Änderung des AVEG

Wir sind mit der vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 1a des AVEG einverstanden. Allerdings ist es nach dieser Verstärkung der Dispositionsmacht der GAV-Parteien noch wichtiger, den Schutz der Aussenseiter vor Diskriminierung zu gewährleisten. Insbesondere muss das SECO die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 20 AVG und Art. 48e AVV konsequenter durchsetzen, als dies bisher offenbar der Fall war.

4. Ablehnung weitergehender Massnahmen

Abschliessend unterstreichen wir nochmals, dass die FlaM auf die Verhinderung von Missbräuchen im Zusammenhang mit der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmender und der Aktivität ausländischer Dienstleister in der Schweiz fokussiert bleiben müssen. Dabei hat der Gesetzgeber den Schutz vor Lohn- und Sozialdumping stets sorgfältig und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit gegen die ne-

gativen Folgen von Arbeitsmarktinterventionen und zusätzlichen (Kontroll-)Belastungen der Arbeitgeber abzuwägen.

Der Schweizerische Arbeitgeberverband lehnt deshalb weitergehende Forderungen zur Erweiterung der FlaM ab. Er wendet sich insbesondere

- gegen die Forderungen nach mehr Kontrollen,
- gegen die Forderung , allgemein mehr Normalarbeitsverträge zu erlassen,
- gegen die Einführung von gesetzlichen Kautionspflichten und
- gegen die Einführung einer gesetzlichen Solidarhaftung des Erstunternehmers für die Einhaltung der FlaM durch seine Subunternehmer.

Wir danken Ihnen nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme und bitten Sie, unsere Bemerkungen bei der Ausarbeitung der Botschaft zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Thomas Daum
Direktor

Ruth Derrer Balladore
Mitglied der Geschäftsleitung

Per E-mail zusätzlich versandt an: valerie.berger@seco.admin.ch