



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Regeln bei kurzfristiger Entsendung – Entsendegesetz CH und Entsende-RL in der EU

Konferenz der CH-Sektion der ISLSSL, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse – Arbeits-,
migrations- und sozialversicherungsrechtliche Fragen
29.3.2022

Vortrag Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Inhaltsverzeichnis

- I) Einleitung
 - Begriffsklärung, Entsendekonstellationen, relevante Rechtsquellen, Frage- und Problemstellung
- II) Ausländerrechtliche Aspekte
 - FZA und VEP sowie AIG und VZAE
- III) Gerichtsstand und anwendbares Recht
 - LugÜ und Art. 115 IPRG, Art. 121 IPRG und ausgewählte Rechtsprechung
- IV) Freizügigkeitsabkommen CH/EU (FZA) und Entsenderecht
 - Entsendung als Teil der Dienstleistungsfreiheit
 - Entsendegesetz als Teil der Flankierenden Massnahmen
 - Ausgewählte Bestimmungen und Rechtsprechung dazu
 - Sozialversicherungsrechtliche Fragen der Entsendung
- V) Exkurs: Inst. Rahmenabkommen und CH-Entsenderecht
- VI) Zusammenfassung & Hinweise

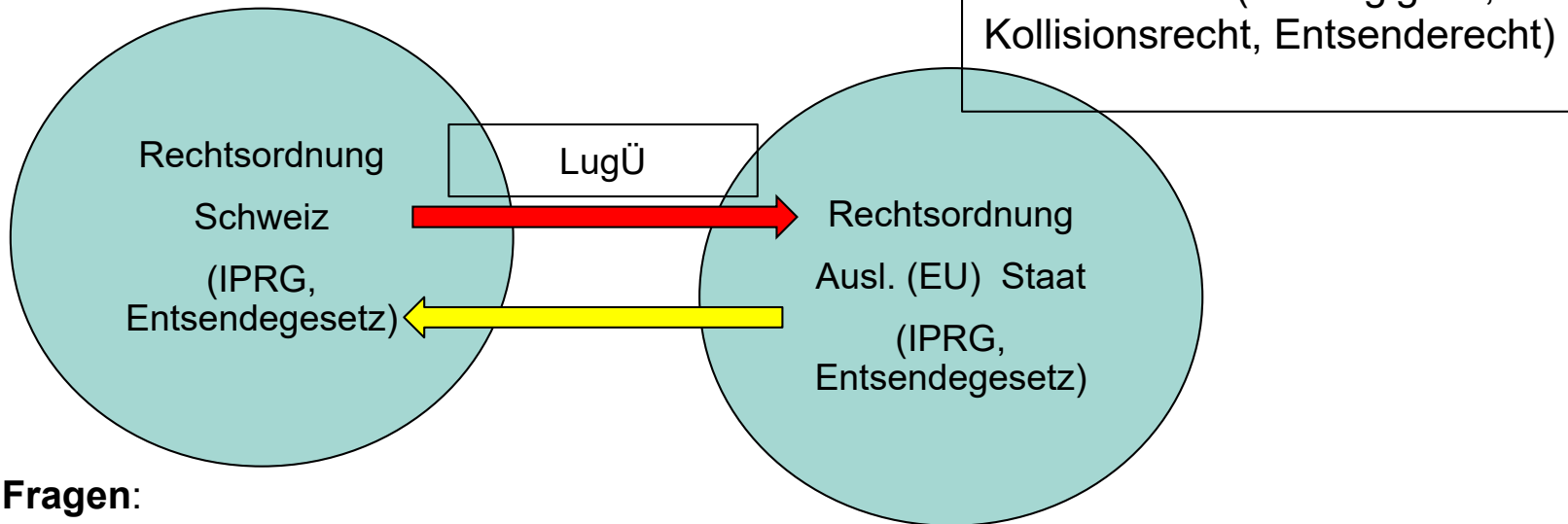
Table des matières

- I) Introduction
 - Explication de la notion, constellations de détachement, sources juridiques pertinentes, questions et problématique
- II) Aspects du droit des étrangers
 - ALCP et OLCP, LEI et OASA
- III) For et droit applicable
 - CL et art. 115 LDIP, art. 121 LDIP et jurisprudence
- IV) Accord sur la libre circulation des personnes CH/UE (ALCP) et droit du travail détaché
 - Détachement comme élément de la libre prestation de services
 - Loi sur les travailleurs détachés : une partie des mesures d'accompagnement
 - Dispositions choisies et jurisprudence relative à ce sujet
 - Questions de sécurité sociale liées au détachement
- V) Digression : Accord-cadre institutionnel et droit du travail détaché (CH)
- VI) Résumé & remarques

I) Einleitung

- Grundkonstellation einer Entsendung:
 - Ein/e Arbeitnehmer/in arbeitet normalerweise für einen Arbeitgeber in Staat X und wird von diesem Arbeitgeber vorübergehend in einen anderen Staat entsendet (in eine Zweigniederlassung oder im Rahmen eines Auftrages oder Werkvertrages)
- Abgrenzung(sprobleme):
 - Dienstreise, Konferenzbesuch, Weiterbildung, Entsendung im Konzern
- Unterscheidung:
 - Entsendung von Arbeitnehmenden durch ein Unternehmen aus der Schweiz ins Ausland (EU oder Drittstaat)
 - Entsendung von Arbeitnehmenden durch ein ausländisches Unternehmen (EU oder Drittstaat) in die Schweiz

Internationaler Sachverhalt



Relevante Fragen:

- Ausländerrecht (Aufenthaltsbewilligung? Familiennachzug?)
- Arbeitsrecht (Anwendbares Recht, Gerichtsstand, zwingende Bestimmungen, Bestimmungen über den Arbeitsverleih?)
- Kontrolle & Sanktionen
- Sozialversicherungsrecht (Unterstellung)
- *Steuerrecht (Steuerort, Steuerhöhe?)*

Relevante Erlasse:

Ausländergesetz (AIG)
Schwarzarbeitsgesetz
Internationales Privatrecht (IPRG, LugÜ)
Entsendegesetz (EU-Einfluss)
Arbeitsvermittlungsgesetz

II) Ausländerrechtlich Aspekte (wer darf in der CH arbeiten)?

EU/EFTA: Freizügigkeitsabkommen
FZA und VEP

Rest der Welt: Ausländergesetz
AIG und VZAE



Art. 121a BV:
Stellenmeldepflicht



90 Tage Dienstleistungsfreiheit:

- Rechtsanspruch auf Aufenthalt für Entsandte (EU + Drittstaatler, soweit in einem EU-Staat wohnhaft)

Bewilligungspflicht:

- Kontingente
- Bewilligungspflicht
- Inländervorrang
- Lohn + Arbeitsbedingungen
- Persönliche Voraussetzungen

III) Gerichtstand und anwendbares Recht (1)

- Entsendung aus dem Ausland in die Schweiz:
 - Internationaler Sachverhalt, an sich Gerichtsstand nach LugÜ, aber ...
 - Art. 115 Abs. 3 IPRG (siehe Ziff. 3 Protokoll 3 zum LugÜ)
 - Für Klagen bezüglich der auf die Arbeitsleistung anzuwendenden Arbeits- und Lohnbedingungen sind zudem die Schweizer Gerichte am Ort zuständig, an den der Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum und zur Verrichtung auch nur eines Teils seiner Arbeit aus dem Ausland entsandt worden ist.
 - Anwendbares Recht nach Art. 121 Abs. 1-3 IPRG
 - i.d.R. Recht des Staates, aus dem der Arbeitnehmer entsandt wird
 - Aber: beachte Art. 18 IPRG, Vorbehalt zwingend anzuwendendes Recht der Schweiz
 - Entsendegesetz fällt unter Art. 18 IPRG
- Entsendung aus der Schweiz ins Ausland:
 - Gerichtstand nach LugÜ oder nationalem IPR, Sondergerichtsstand für Entsandte gemäss EU-Entsende-Richtlinie
 - Anwendbares Recht nach EU-Verordnung oder nationales Arbeitsrecht

III) Gerichtstand und anwendbares Recht (2)

- Entsendung aus dem Ausland ins Ausland:
 - Gerichtstand nach LugÜ bzw. EU-VO oder nationalem IPR, Sondergerichtsstand für Entsandte gemäss EU-Entsende-Richtlinie
 - Anwendbares Recht nach EU-Verordnung (Rom-VO, vormals Rom-Konvention) oder nationales IPR

Zwischenruf: Vollstreckung entsenderechtliche Ansprüche

- Vollstreckung an sich via LugÜ, faktisch regelmässig schwierig
- "Lösung" im EntsG: Kautionspflicht für Arbeitgeber (auch ausl.)
- ... der EU-Kommission ein Dorn im Auge (siehe Vorschlag Inst. Abk.)

IV) Freizügigkeitsabkommen CH/EU (FZA) und Entsenderecht

1. Entsendung als Bestandteil der Dienstleistungsfreiheit
2. Flankierende Massnahmen
3. Entsendegesetz
4. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

1. Entsendung als Teil der Dienstleistungsfreiheit

FZA:

- Arbeitnehmerfreizügigkeit (analog EU-Recht)
 - Teil der Personenfreizügigkeit, Recht auf Aufenthalt und Erwerb, auch für Grenzgänger/innen
- Dienstleistungsfreiheit (Vorbild EU-Recht, aber auf 90ig Tage pro Jahr und Unternehmen beschränkt)

Gemäss EuGH und später EU-Gesetzgeber:

- Die Entsendung von Arbeitnehmer/innen ist Teil der Dienstleistungsfreiheit der Unternehmer
- betroffene Arbeitnehmer/innen = "Anhängsel" der Unternehmer, keine eigenständigen Ansprüche, keine Arbeitnehmer im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit

2. Flankierende Massnahmen

Flankierende Massnahmen I (Schutz vor Lohn- und Sozialdumping, seit 1. Juni 2004)

Pflichten für Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in die CH entsenden:

Arbeitgeber sind verpflichtet, den entsandten Arbeitnehmern die in der CH geltenden (in aVE GAV oder OR 360a) Mindestlohn- und Arbeitsbedingungen zu gewähren:

Entsendegesetz

Massnahmen bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung:

GAV vorhanden:

Bestimmungen über Mindestlöhne können leichter allgemeinverbindlich erklärt werden:

Einfügung von Art. 1a und Art. 2 Ziff. 3bis, Änderung von Art. 6 und Art. 20 Abs. 2 **AVEG**

Kein GAV vorhanden:

Es können Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen werden:

Einfügung von Art. 360a – 360f **OR**

Die flankierenden Massnahmen II

**Flankierende Massnahmen II: Im Rahmen der Ausdehnung der Freizügigkeit;
Verstärkung der flankierenden Massnahmen I, seit 1. April 2006**

Allgemeinverbindlicherklärung von bestehenden **GAV**: wird zusätzlich vereinfacht (Art. 2 Ziff. 3^{bis} AVEG)

Ergänzung des **Arbeitsvermittlungsgesetzes**: erweiterte Bindung der Personalverleiher an allgemeinverbindliche GAV

Ergänzung der Bestimmungen über den **Normalarbeitsvertrag** (Art. 360b Abs. 6 OR)

Änderung und Ergänzung des **EntsG**: erweiterte Pflichten und verschärfte Sanktionen für Arbeitgeber

Einführung **Informationspflicht** der ArG gegenüber den AN über zentrale Punkte des Arbeitsverhältnisses (Art. 330b OR)

Die flankierenden Massnahmen III

Flankierende Massnahmen III: Verschärfung der Bekämpfung der Scheinselbständigkeit Haftung für Subunternehmer (In Kraft seit 1.1. und 15.7.2013)

Hohe Hürden für den **Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit** Art. 1a und 1b EntsG)

Präzisierung der **Meldepflichten** (Art. 6 Abs. 1 lit. b EntsG) und **Mitwirkungspflicht** (Art. 7 Abs. 2 EntsG)

Haftung des **Erstunternehmers für sämtl. Subunternehmer** in der Haftungskette (Art. 7 EntsG)

Änderung im BG **Allgemeinverbindlicherklärung**, Art. 1a (Ausdehnung der Gegenstände einer AVE eins GAV)

Ausdehnung des Geltungsbereiches auch für rein **inländische Sachverhalte** (Art. 1 Abs. 2 EntsG)

Verschärfung der **Sanktionen** (Art. 9 Abs. 2 und 3 sowie Art. 12 Abs. 1 lit. c und d EntsG, u.a. Dienstleistungssperre bis fünf Jahre, höhere Bussen, auch gegen inl. Arbeitgeber

Die flankierenden Massnahmen IV

Flankierende Massnahmen IV: Verschärfung der Sanktionen, (In Kraft seit 1.4.2017)

Erleichterte
Verlängerung des
Mindestlohnes nach
Art. 360a Abs. 3 OR

Verschärfung der
**Verwaltungs- und
Strafsanktionen** (Art. 9
und 12 EntsG)

Auferlegung **Kontrollkosten
GAV** auch an
Entsendeunternehmern (Art 7
Abs. 4bis EntsG)

Sanktionen gegen den
Erstunternehmer, der seine
Sorgfaltspflichten nicht
wahrnimmt (Art. 5 Abs. 4
EntsG)

3. Wichtigste Inhalte des Entsendegesetzes

Zweck:

- Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping

Mittel:


- Entsendebetrieb muss entsandten Arbeitnehmenden minimale Lohn- und Arbeitsbedingungen garantieren (Art. 2 EntsG) sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt (15 Tage pro Betrieb/Kalenderjahr od. 8 Tage im Rahmen von Arbeiten im Zusammenhang mit Warenlieferung, Art. 4 EntsG)
- Gilt auch für Subunternehmer (Baugewerbe), Haftung des Erstunternehmers für sämtliche Sub(subsubsub...) Unternehmer (Art. 5 EntsG)

Durchsetzung:

- Meldepflicht, 8 Tage vor dem Einsatz (Art. 6 EntsG und Art. Art. 9 Abs. 1bis der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs für Dienstleister)
- Nachweispflicht der selbständigen Erwerbstätigkeit für ausländische Dienstleistungserbringer, die sich auf selbständige Erwerbstätigkeit berufen
- Kontrolle und Sanktion

Was ist eine Entsendung?

Art. 1 Entsendegesetz:

- Arbeitgeber entsendet vorübergehend Arbeitnehmer in ein anderes Land, um eine Dienstleistung zu erbringen
- Arbeitgeber entsendet vorübergehend Arbeitnehmer in eine ausländische Niederlassung (Filiale)
- Ein ausl. Verleihbetrieb entsendet Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einen Drittstaat, um dort als Leiharbeiter und Leiharbeiterinnen tätig zu sein oder diese Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen werden einem Einsatzbetrieb zur Verfügung gestellt  ist in der Schweiz gestützt auf Art. 12 Abs. 2 AVG verboten (Konzerninterner Personalverleih: Grundsätzlich ebenfalls bewilligungspflichtig, Ausnahmen in engen Grenzen, siehe SECO-Weisung vom 20. Juni 2017)

Achtung: Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Entsendung ist nicht identisch!

Minimale Arbeits- und Lohnbedingungen

Art. 2 Abs. 1 Entsendegesetz:

Die Arbeitgeber müssen den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR1 in den folgenden Bereichen vorgeschrieben sind:

- a. die minimale Entlohnung; inkl. Zuschläge*
- b. Arbeits- und Ruhezeit*
- c. Mindestdauer der Ferien;*
- d. Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz;*
- e. Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;*
- f. Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann.*

Keine Geltung kantonaler Mindestlöhne, z.B. Neuenburg?

Kontrolle – zuständige Behörde

Art. 7 EntsG: Die Einhaltung der Anforderungen nach diesem Gesetz wird kontrolliert:

- a. bezüglich der Bestimmungen eines allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags: von den mit der Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages betrauten paritätischen Organen;
 - z.B. <https://www.svk-bau.ch/lmv-vollzugsorgane>
- b. bezüglich der Bestimmungen eines Normalarbeitsvertrages über Minimallöhne im Sinne von Artikel 360a OR1: von den durch die Kantone oder den Bund eingesetzten tripartiten Kommissionen (Art. 360b OR);
 - z.B. NAV Hauswirtschaft, TPK des Bundes
 - z.B. NAV mit zwingenden Mindestlöhnen Detailhandel Basel-Stadt (2.5.17), TPK Arbeitsbedingungen Basel-Stadt
- c. bezüglich der Bestimmungen von Bundeserlassen: von den nach diesen Erlassen zuständigen Behörden;
 - z.B. Kontrolle Arbeitszeitvorschriften nach ArG durch kant. Behörden
- d. bezüglich der andern Bestimmungen: von den durch die Kantone bezeichneten Behörden.
 - Siehe nächste Folie

Kantonale Kontrollstelle (real existierender Föderalismus)

Kantonale Kontrollstellen für die Einhaltung des BGSA, des EntG und des ArG und deren kantonale gesetzlichen Grundlagen

Aargau:

Das Amt für Migration und Integration übt die Kontroll- und Koordinationsfähigkeit.
https://www.ag.ch/de/dvi/migration_integrationsarbeit/schwarzarbeit/schwarzarbeit_1.jsp

Kantonale gesetzliche Grundlage: Vollziehungsverordnung zur Bundesgesetzgebung gegen Schwarzarbeit (VBGSA)
<https://gesetzsammlungen.ag.ch/frontend/versions/1388>

Für die Kontrolle der Einhaltung des Entsendegesetzes ist das Amt für Migration und Integration. Die TPK sorgt für den Vollzug der flankierenden Massnahmen und nimmt Meldungen über Lohnunterbietungen entgegen.
https://www.ag.ch/de/dvi/migration_integrationsarbeit/flankierende_massnahmen_und_tpk/flankierende_massnahmen_tpk_is_1.jsp

Kantonale gesetzliche Grundlage: Vollziehungsverordnung zur Bundesgesetzgebung über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne <https://gesetzsammlungen.ag.ch/frontend/versions/1715>
(Es gibt kein kantonales Gesetz, nur die Verordnung)

Paritätische Berufskommission für das Bauhauptgewerbe des Kantons Aargau ist für die Durchsetzung des GAV im Bauhauptgewerbe zuständig.
<http://pbkbauag.ch/ueber-uns/> Als gesetzliche Grundlage geben sie den Art. 76 Abs. 1 des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) an.
<http://pbkbauag.ch/dokumente/>

Appenzell Innerrhoden und Appenzell Ausserrhoden:

Das KKO für die Einhaltung des BGSA ist hier das Arbeitsinspektorat des Kantons Appenzell Ausserrhoden. <https://www.ar.ch/verwaltung/departement-bau-und-volkswirtschaft/amt-fuer-wirtschaft-und-arbeit/arbeitsinspektorat/>
http://www.ai.ch/de/verwaltung/personenregister/?personen_id=4196

Kantonale gesetzliche Grundlage: Verordnung über Massnahmen gegen die Schwarzarbeit
<http://www.bgs.ar.ch/frontend/versions/324>

Für die Einhaltung des EntG ist ebenfalls das Arbeitsinspektorat des Kantons Appenzell Ausserrhoden. <https://www.ar.ch/verwaltung/departement-bau-und-volkswirtschaft/amt-fuer-wirtschaft-und-arbeit/arbeitsinspektorat/arbeitsmarktaufsicht/>

<https://www.ar.ch/verwaltung/departement-bau-und-volkswirtschaft/amt-fuer-wirtschaft-und-arbeit/arbeitsinspektorat/meldeverfahren-flankierende-massnahmen/>

Kantonale gesetzliche Grundlage: Verordnung zur Bundesgesetzgebung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen
<http://www.bgs.ar.ch/frontend/versions/914>

Zürich:

Das KKO für die Einhaltung des BGSA ist beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) angesiedelt

<http://www.awa.zh.ch/internet/volkswirtschaftsdirektion/awa/de/arbeitsbedingungen/schwarzarbeit.html>,

http://www.awa.zh.ch/internet/volkswirtschaftsdirektion/awa/de/arbeitsbedingungen/schwarzarbeit/kantonale_kontrolle.html. Die Arbeitskontrollstelle Kanton Zürich (AKZ)

<http://www.akz-uzh.ch> sowie die Kontrollstelle für den Landes-Gesamtarbeitsvertrag im Gastgewerbe <http://l-gav.ch/index.php?id=55> führen im Auftrag des AWA Kontrollen bezüglich Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen vor Ort durch.

Die TPK für arbeitsmarktrechtliche Aufgaben hat bei der Bezeichnung der zu kontrollierenden Branchen beratende Funktion und erstellt halbjährlich ein Kontrollkonzept zuhanden des AWA. Die Abteilung Arbeitsmarktaudit im Bereich Arbeitsbedingungen ist vornehmlich für die Verhängung von Sanktionen gemäss Entsendegesetz zuständig.

http://www.awa.zh.ch/internet/volkswirtschaftsdirektion/awa/de/arbeitsbedingungen/vollzug_flam.html

<http://www.awa.zh.ch/internet/volkswirtschaftsdirektion/awa/de/arbeitsbedingungen.html>

Kantonale gesetzliche Grundlage: Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (VVSA)

[http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/D4E589EE3A84F8F4C12573F600306911/\\$file/823.44_30.1.08_60.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/D4E589EE3A84F8F4C12573F600306911/$file/823.44_30.1.08_60.pdf)

Verordnung zum Arbeitsgesetz

[http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/FE41882AD475FF5BC125774A004A3094/\\$file/822.1_23.10.02_69.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/FE41882AD475FF5BC125774A004A3094/$file/822.1_23.10.02_69.pdf)

Verordnung über die tripartite Kommission für arbeitsmarktlche Aufgaben und die Kontrollbehörde gemäss Entsendegesetz

[http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/0ABB414A7DC63E12C1256F12002F12E2/\\$file/823.41_30.10.02_46.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/0ABB414A7DC63E12C1256F12002F12E2/$file/823.41_30.10.02_46.pdf)

Sanktionen

Verwaltungssanktionen, Art. 9 EntsG

- Kontrollorgane melden jeden Verstoss der zuständigen kant. Behörde
- Diese kann (u.a.) aussprechen:
 - Bussen bis CHF 5000 bei Verstössen gegen Art. 1a Abs. 2, 3 und 6 EntsG
 - Bussen bis CHF 30 000 + Tätigkeitsverbot bis 5 Jahre bei Verstössen gegen Art. 2 EntsG
 - Bussen bis zu CHF 5000
 - Bei Verstössen: Verwaltungsbusse bis CHF 5000 oder Tätigkeitsverbot bis 5 Jahre
 - Bussen bis zu CHF 30 000 gegen aus- und inländische Arbeitgeber die gegen Mindestlohnvorschriften verstossen

Strafrechtliche Sanktionen (Art. 12 EntsG)

- Busse bis zu CHF 40 000 u.a. bei Verletzung der Auskunftspflicht, Umgehen des Tätigkeitsverbotes, Widerstand gegen Kontrollen
- Busse bis zu CHF 1 000 000 wer als Arbeitgeber systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht gegen Art. 2 EntsG verstösst

Rechtsprechung (Auswahl)

Bundesgericht, Urteil 2C_714/2010 vom 14.12.2010

- Infraction à la loi sur les travailleurs détachés; qualité d'employeur; recours admis et cause renvoyée

BGE 140 II 447

- Beschränkung der Sanktionierungsmöglichkeit (Verbot, während einer Dauer zwischen ein und fünf Jahren Dienstleistungen durch entsandte Arbeitnehmer in der Schweiz anzubieten), auf Dienstleistungserbringer, die dem Anwendungsbereich des FZA unterstehen, ist mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA vereinbar (E. 5.3-5.6).

Bundesgericht, Urteil 2C_625/2016 vom 12.12.2016

- tripartite Kommissionen haben umfassende Untersuchungskompetenzen – Herausgabepflicht der Arbeitgeber.

Bundesgericht, Urteil 2C_150/2016 vom 22.05.2017

- Arbeitgeberin im Sinne von Art. 1 EntsG; Auslegung und Anwendung von Art. 9 EntsG; verhängte Dienstleistungssperre und Verhältnismässigkeit bzw. Vereinbarkeit mit den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts

ArbG Ulm · Urteil vom 29. Juli 2009 · Az. 2 Ca 571/08

- Konventionalstrafe und Kontrollkosten an dt. Arbeitgeber: Keine Anwendung dieser Vorschriften in Deutschland, da keinen inländischen Gemeinwohlinteressen dienlich

Zwischenruf: Schicksal des EntsG

- Vorab: EntsG gilt auch ausserhalb des FZA, aber ...
- Art. 15 Abs. 2 EntsG:
Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten dieses Gesetzes; es gilt so lange das Abkommen vom 21. Juni 1991 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit in Kraft ist.
- (Betrifft alle FlaM!)
- Volksabstimmung über die Begrenzungsinitiative vom 17. Mai 2020
 - 1 Auf dem Verhandlungsweg ist anzustreben, dass das Abkommen vom 21. Juni 1993 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit innerhalb von zwölf Monaten nach Annahme von Artikel 121b durch Volk und Stände ausser Kraft ist.
 - 2 Gelingt dies nicht, so kündigt der Bundesrat das Abkommen nach Absatz 1 innert weiteren 30 Tagen.

4. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

- Rechtsquellen innerhalb FZA/EU:
 - VO 883/2004/EG und Durchführungs-VO 987/2009/EG
- Grundsätze der Unterstellung:
 - Nur das Sozialversicherungsrecht eines Staates ist massgebend
 - Anknüpfung an den Erwerbort
- Ausnahmen der Unterstellung
 - bei Mehrfachbeschäftigung in unterschiedlichen Staaten (Art. 13 VO 883/2004/EG)
 - bei Entsendung bis zu 24 Monaten (auf 36 Monate verlängerbar) = es bleibt bei der Unterstellung und das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer normalerweise arbeitet (Art. 12 VO 883/2004/EG), Ausstellen einer A1-Bescheinigung

V) Exkurs: Inst. Rahmenabkommen und CH-Entsenderecht

1. Entsenderecht der EU und Rechtsprechung des EuGH
2. Inst. Rahmenabkommen CH/EU (Entwurf)

1. Harmonisierung des EU-Entsenderechts

Gerichtspraxis des EuGH

- Hohe Hürden an die Zulässigkeit nationaler Beschränkungen (Verhältnismässigkeit)

Rechtsakte:

- RI 96/71/EG
 - Teilharmonisierung der materiellen EU-Entsenderegelungen
- RI 2014/67/EG und IMI-Verordnung (Durchsetzungsrichtlinie)
 - Harmonisierung der Regeln um
 - Dienstleistungsfreiheit zu erleichtern
 - und gleichzeitig Arbeitnehmerrechte zu schützen
 - Regeln zu Kontrollen, Kontrollmitteln und Sanktionen
- RI 2018/957/EU zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG
 - Arbeitnehmerschutz als Zweck der RI erwähnt = Paradigmenwechsel, Akzentverschiebung oder bloss Kosmetik? 018/957/EU zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG

Leitfaden Entsendung der EU-Kommission (Kommission = "Hüterin der Verträge")

- Keine Rechtsquelle, aber ...

Probleme des EU-Entsenderechts (Richtlinien)

- Grundproblem: Arbeitnehmer/innen als Ware (Anhängsel der Dienstleistungsfreiheit der Unternehmer)
- Entsenderichtlinien = Flickenteppich
- Sozialversicherungsrechtliche Koordinationsregeln nicht mit Entsenderecht koordiniert

- Aber ...
 - Autonomie der Sozialpartner, Rolle der Sozialpartner beim Vollzug des Entsenderechts werden anerkannt
 - Koalitionsfreiheit einschliesslich kollektive Massnahmen (inkl. Streik)

InstA, CH-FlaM

Gemäss InstA zu ändern:

8 Tage Meldefrist

- wohl unzulässig wegen Art. 9 Abs. 1 lit. RI 2014/67/EU
- allenfalls über Art. 9 Abs. 2 RI 2014/67/EG zu rechtfertigen?

- Kautionspflicht (erst nach Verstoss)
- gewisse Dokumentationspflichten für Selbständigerwerbende

Weitere möglicherweise problematische Aspekte:

- Dienstleistungssperre (direkte Diskriminierung)
- Konventionalstrafen nach GAV
- Sanktionierung der Verletzung der Dokumentationspflichten in Subunternehmerkonstellationen(?)

Dynamische Rechtsübernahme

- Könnte CH-FlaM sowohl verstärken als auch abschwächen
- Autonome Weiterentwicklung CH-FlaM?

VI) Zusammenfassung & Hinweise

- Entsenderechtliche Konstellationen sind komplex, betrifft Migrationsrecht, Arbeitsrecht, IPR, Sozialversicherungsrecht
- Liberalisierung des Arbeitsmarktes und partielle Liberalisierung grenzüberschreitender Dienstleistung durch das FZA und damit verbundene Annäherung an die EU
- Angst vor Lohn- und Sozialdumping
- Entsendegesetz als Teil der flankierenden Massnahmen
- Verschärfung des Entsendegesetzes in (bis jetzt) vier Etappen

Literaturhinweise

- Zum Entsenderecht in vertragsrechtlicher Hinsicht:
 - Hischier, Roger, Praxishandbuch Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Praxishandbuch zum internationalen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, 315 Seiten, Dike Verlag, Zürich 2018
 - Rhim, Thomas (Hrsg.), Internationales Arbeitsrecht der Schweiz, Schulthess, Zürich 2020
- Zum Entsendegesetz:
 - Pärli, Kurt, Kommentar zum Entsendegesetz, 2. Auflage, Bern 2021 (Stämpfli Handkommentar)
- Zum Internationalen Arbeitsrecht im weiteren Sinne (v.a. auch Arbeitsvölkerrecht und EU-Arbeitsrecht)
 - Pärli, Kurt et. al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich, 2018

Hinweise auf wichtige Informationsquellen:

- Wegleitung zur Verordnung über die Einführung der Personenfreizügigkeit VEP
 - <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/fza/weisungen-fza-d.pdf>
- Informationen zum Internationale Sozialversicherungsrecht
 - <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/f/5616>
 - <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6287> (Entsendung CH/EU)
- Entsendeportale Schweiz
 - https://entsendung.admin.ch/cms/content/willkommen_de
- Entsendeportale EU: https://europa.eu/youreurope/citizens/work/work-abroad/posted-workers/index_de.htm (Sie finden auf dieser Webseite die untenstehende Übersicht, die Staaten lassen sich anklicken):





Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Feedback an: kurt.paerli@unibas.ch