



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2021

Nationaler Lohnschutz? Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens

Notter, Markus

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-448>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-216642>

Monograph



The following work is licensed under a Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0) License.

Originally published at:

Notter, Markus (2021). Nationaler Lohnschutz? Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens. Zürich: EIZ Publishing.

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-448>

MARKUS NOTTER

NATIONALER LOHNSCHUTZ? BEMERKUNGEN ZUR ABLEHNUNG DES RAHMEN- ABKOMMENS

Der Kampf um wirksame Lohnschutzmassnahmen kann nur im europäischen Kontext erfolgreich sein. Eine «Immunisierung» der schweizerischen Lohnschutzmassnahmen gegenüber der europäischen Rechtsentwicklung ist aus dieser Sicht keine sinnvolle Forderung.



Nationaler Lohnschutz? Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens von Markus Notter wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](#) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2021 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-448-1 (PDF)

978-3-03805-449-8 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-448>

Version: 1.02 – 20211115

Dieser Beitrag ist als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/nationaler-lohnschutz-bemerkungen-zur-ablehnung-des-rahmenabkommens/>.

Standpunkte

In der Reihe *Standpunkte* veröffentlicht EIZ Publishing Stellungnahmen zu aktuellen politischen Entwicklungen, insbesondere im Bereich der Europäischen Integration, der Beziehungen der Schweiz zur EU und im Europäischen Wirtschaftsrecht. Verfasser der Standpunkte sind Vertreter der nationalen und internationalen Wirtschaft, Wissenschaft und Politik. Das EIZ bietet mit dieser Reihe ein Forum für Beiträge und Interventionen zu aktuellen Debatten.

Nationaler Lohnschutz?

Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens

Markus Notter

Der Bundesrat hat am 26. Mai 2021 entschieden, die Verhandlungen mit der EU über ein Institutionelles Rahmenabkommen (InstA) zu beenden. Die Gespräche mit der EU hätten in den Bereichen Unionsbürgerrichtlinie (UBRL), Lohnschutz und staatliche Beihilfen nicht zu den für die Schweiz notwendigen Lösungen geführt. In welchem Ausmass diese drei „Stolpersteine“ zum Verhandlungsabbruch beigetragen haben, blieb umstritten. Zwischen den politischen Lagern wurde der Schwarze Peter hin und her geschoben. Für die Gewerkschaften wäre ein InstA nur akzeptabel gewesen, das der Schweiz erlaubt hätte, unilateral weitere Lohnschutzmassnahmen zu beschliessen, wenn sie dies für nötig erachtete. Man sprach auch von „Immunisierung“. Eine Position, die offenbar mit Unterstützung des Gewerbes und der Arbeitgeber ins Verhandlungsmandat Eingang fand. Der Schweizerische Gewerkschaftsbund begrüsst denn auch den Verhandlungsabbruch. Das brachte ihm Lob von unüblicher Seite ein. Die weitsichtigen Gewerkschaftsführer hätten erkannt, dass ohne Souveränität ein Lohnschutz unserer Arbeitnehmer, ein massgeschneiderter Sozialstaat nicht möglich sei, so der Sprecher der SVP-Fraktion in der Debatte des Nationalrats vom 15. Juni 2021. Im Folgenden soll diesen Argumenten nachgegangen werden.

I. „Schweizerischer Lohnschutz“

Die Diskussion um den „Lohnschutz“ in der Schweiz und die diesbezügliche Begrifflichkeit hat sich im Laufe der Zeit verändert. Anfänglich hat man meist von den flankierenden Massnahmen gesprochen, oft auch in abgekürzter Form von den FlaM. Flankierende Massnahmen sind per definitionem nicht die Hauptsache. Sie sind akzessorisch und setzen eine „Hauptsache“ voraus, der sie beigegeben sind. Die Hauptsache ist die Personenfreizügigkeit. Sie wird flankiert von Massnahmen, die eine sozial unerwünschte Ausnutzung unterschiedlicher Lohnniveaus verhindern. Ohne Personenfreizügigkeit keine flankierenden Massnahmen. In der politischen Auseinandersetzung um die Bilateralen I haben die Gewerkschaften diesen Konnex umgekehrt und klar gemacht: Ohne flankierende Massnahmen keine Personenfreizügigkeit. Sie waren damit sehr erfolgreich, weil es auf sie ankam.

Die flankierenden Massnahmen haben zwei Teile. Einerseits wurden neue Regelungen über Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen und über die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlassen, was den Gewerkschaften bis anhin nie gelungen war. Dieser Teil stützt sich allein auf das innerstaatliche Recht und hat einen Bezug auf den ganzen schweizerischen Arbeitsmarkt über den Bereich der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hinaus. Der zweite Teil der flankierenden Massnahmen umfasst die Regelungen für eben diese entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Entsendegesetz (EntsG). Dieses Gesetz entsprach in seiner Fassung von 1999 der EU-Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und übernahm deren materielle Regelung.¹ Es handelt sich also um übernommenes EU-Recht.

Im Laufe der Diskussion um das institutionelle Rahmenabkommen sprachen die Gewerkschaften zunehmend nicht mehr von flankierenden Massnahmen, sondern von „Lohnschutz“. Eine Terminologie, die sich durchgesetzt hat. Der Begriff ist viel umfassender. Es scheint um den Schutz aller Löhne und gegen alle möglichen Gefährdungen der Löhne zu gehen. Man könnte darunter z.B. auch den Schutz der Löhne vor Insolvenz des Arbeitgebers verstehen. Ein Konnex zur Personenfreizügigkeit besteht nicht mehr. Der nächste Schritt war dann die Verteidigung des *schweizerischen Lohnschutzes*. Damit verbindet sich die Vorstellung eines ganz speziellen, nur in der Schweiz geltenden „Schutzsystems“ der Löhne ganz allgemein. Ob das eine zutreffende Vorstellung ist, kann mit guten Gründen bezweifelt werden. Der schweizerische Arbeitsmarkt war lange Zeit – von der Kontingentierung der Zuwanderung abgesehen – ausserordentlich „liberal“ geregelt. Arbeitnehmerschutz war an einem kleinen Ort. Exemplarisch zeigte sich das an den wiederholten Auseinandersetzungen um einen Kündigungsschutz, der im europäischen Vergleich bis heute rudimentär geblieben ist. Das Saisonierstatut führte zu eigentlichen Tieflohnbranchen (Bau und Gastgewerbe). Es konnte erst mit Einführung der Personenfreizügigkeit 1999 überwunden werden. Mit dem Erlass der beiden Teile der flankierenden Massnahmen hat sich die Schweiz insgesamt wohl eher dem europäischen Niveau angenähert als dass sie es überflügelt hätte.

Für die politische Diskussion um das Rahmenabkommen ist das aber irrelevant. Entscheidend ist die vorherrschende Vorstellung von einem besonderen schweizerischen Lohnschutz, den es gegen Angriffe von aussen zu verteidigen gilt. Auch wenn verschiedene GewerkschafterInnen behaupten, es gehe ihnen

¹ Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999, 6434.

nicht um eine nationale, sondern um eine soziale Frage, ist nicht zu verkennen, dass die Argumentation „nationalisiert“ wurde. Durchaus mit Wirkung. Der Lohnschutz wurde so bis tief ins bürgerliche Lager, insbesondere ins national gefärbte, verankert. Kreise, die vor Kurzem den Lohnschutz mitsamt der Personenfreizügigkeit entsorgen wollten, finden ausnehmend lobende Worte für den gewerkschaftlichen Widerstand gegen das Rahmenabkommen. „Ein enig Volk von Büzern“, so scheint es. Aber vielleicht trägt der Schein.

II. „Die EU-Kommission lehnt den schweizerischen Lohnschutz ab“

Es wird behauptet, die EU-Kommission lehne den schweizerischen Lohnschutz ab, weil sie die Dienstleistungsfreiheit höher gewichte als den Arbeitnehmerschutz. Der langjährige Präsident des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes und SP-Parlamentarier Paul Rechsteiner glaubt, die EU-Kommission kritisiere den Schweizer Lohnschutz, weil für sie die Geschäftsmöglichkeiten für Entsendefirmen aus der EU vor den Löhnen und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmenden rangiere.² Und in einem neueren Aufsatz im Journal für Internationale Politik der SPD-nahen Friedrich-Ebert-Stiftung wird behauptet, die EU habe die „flankierenden Maßnahmen“ der Schweiz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit als unvereinbar mit dem EU-Binnenmarkt erklärt. Die Dienstleistungsfreiheit erhalte damit auf Kosten der EU-Beschäftigten Vorrang vor der Durchsetzung des Grundsatzes „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“.³

Aber stimmt das? Lehnt die EU-Kommission die flankierenden Massnahmen oder eben den Schweizer Lohnschutz ab? Sie selbst bestreitet das: „Was die ‚flankierenden Maßnahmen‘ der Schweiz anbelangt, so gestattet das dem Entwurf des institutionellen Rahmenabkommens beigefügte Protokoll Nr. 1 ausdrücklich die Berücksichtigung der Besonderheiten des schweizerischen Arbeitsmarkts. Insbesondere erlaubt es, dass die flankierenden Massnahmen der Schweiz in Kraft bleiben, sofern sie in verhältnismässiger und nichtdiskriminierender Weise angewandt werden“⁴.

² Paul Rechsteiner, Rahmenabkommen: Ein Blick zurück – ein Blick nach vorn, Blog vom 30. Mai 2021, <<https://paulrechsteiner.ch/rahmenabkommen/>>.

³ Wixforth Susanne/Wiehler Lukas, Europa: Darf's weniger sein?, IPG-Journal vom 12. Juli 2021, <<https://www.ipg-journal.de/regionen/europa/artikel/darfs-etwas-weniger-sein-5304/>>.

⁴ Abrufbar unter <https://eeas.europa.eu/sites/default/files/na0221630den-proof_3.pdf>.

Der Vorbehalt der Verhältnismässigkeit und der Nichtdiskriminierung ist nicht neu. Er gilt aufgrund des Freizügigkeitsabkommens. Das Schweizerische Bundesgericht hat denn auch in verschiedenen Urteilen folgendes festgehalten⁵:

- Das Freizügigkeitsabkommen (Art. 22 Abs. 2 Anhang 1 FZA) nimmt bezüglich der schweizerischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte ArbeitnehmerInnen (flankierende Massnahmen) Bezug auf die Entsenderichtlinie⁶. Das bedeutet, dass im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem FZA und dem Unionsrecht angestrebt wird und die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999 in Bezug auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe für deren Auslegung verbindlich ist. Was die Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nach dem Unterzeichnungsdatum des FZA anbelangt, weicht das Bundesgericht von der Rechtsprechung des EuGH nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen „triftiger“ Gründe ab.
- Die „schweizerischen“ flankierenden Massnahmen sind denn auch im Wesentlichen den Massnahmen der EU-Entsenderichtlinie nachgebildet.
- Die flankierenden Massnahmen stehen unter dem Vorbehalt des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA. Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei dürfen bei der Anwendung des FZA nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit benachteiligt werden.
- Eine nationale Bestimmung verstösst in aller Regel nicht gegen das Diskriminierungsverbot, wenn sie unionsrechtlichen Bestimmungen entspricht. Das Bundesgericht prüft diese Frage unter Beizug der Rechtsprechung des EuGH. Steht die Auslegung einer nationalen Bestimmung im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, ist der darauf gestützte Entscheid im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot nicht zu beanstanden.

Paul Rechsteiner kann die Ablehnung des Schweizer Lohnschutzes durch die EU sogar datieren. Mit der Einführung der sogenannte Bolkestein-Richtlinie im Jahre 2006 habe sich etwas in der EU – nicht in der Schweiz – geändert. Mit dieser Richtlinie, die auf den „neoliberalen holländischen EU-Kommissar“ Frits Bolkestein zurückgehe, habe die EU die Priorität der Dienstleistungsfreiheit verankert.⁷ Von da an habe sie den bewährten schweizerischen Lohnschutz

⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_51/2019 vom 12. März 2021.

⁶ Richtlinie 96/71/EG.

⁷ Rechsteiner.

bekämpft. Die Argumentation klingt auf den ersten Blick irgendwie plausibel. Zudem wird ein Rechtsakt, der auf einen Neoliberalen zurückgeht, wohl ein neoliberaler Erlass sein. Aber stimmt das wirklich?

Mit der Bolkestein-Richtlinie ist die Richtlinie vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt gemeint.⁸ Die EU-Kommission legte 2004 einen Entwurf vor, der sehr umstritten war und heftig diskutiert wurde. Darin war in der Tat vorgesehen, dass die Regelungen der Dienstleistungsfreiheit widersprechendem EU-Recht vorgehen sollten. Die Rechtssetzung ist aber auch in der EU ein mehrstufiger Prozess. Die Vorschläge der Kommission werden vom Parlament und vom Rat debattiert und bedürfen der Zustimmung beider Gremien, um zu einem Rechtsakt zu werden.⁹ Auch Vorschläge von neoliberalen Mitgliedern der Kommission sind diesem Verfahren unterworfen. Und wie so oft, wer zu viel will, erreicht manchmal das Gegenteil. Statt eines Vorranges für die Dienstleistungsrichtlinie hat das Parlament einen Nachrang durchgesetzt. Widersprechen Bestimmungen der Bolkestein-Richtlinie anderen Bestimmungen des EU-Rechts, insbesondere solchen des Arbeitnehmerschutzes, dann gehen die Schutzbestimmungen vor.¹⁰ Zudem wurde ausdrücklich bestimmt, dass die Richtlinie die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und durch das Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundrechte nicht tangiere. Sie berührt auch nicht das Recht, gemäss nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskämpfmaßnahmen zu ergreifen.¹¹ Das ist das Gegenteil von Priorität. Auf den zweiten Blick kann deshalb die Behauptung von Paul Rechsteiner nicht überzeugen.

Auch die Behauptung von Paul Rechsteiner, in der Schweiz habe sich nichts geändert, erweist sich als unzutreffend. Im Zuge der Ausweitung der Per-

⁸ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt ABl L 376 vom 27. Dezember 2006, 36 ff.

⁹ Das Rechtssetzungsverfahren in allen Entscheidungsphasen kann im Detail nachverfolgt werden, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2004_1>.

¹⁰ Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2006/123/EG lautet: „Widersprechen Bestimmungen dieser Richtlinie einer Bestimmung eines anderen Gemeinschaftsrechtsaktes, der spezifische Aspekte der Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in bestimmten Bereichen oder bestimmten Berufen regelt, so hat die Bestimmung des anderen Gemeinschaftsrechtsaktes Vorrang und findet auf die betreffenden Bereiche oder Berufe Anwendung. Dies gilt insbesondere für: a) die Richtlinie 96/71/EG; b) (...)“. Die Entsenderichtlinie ist also neben anderen sogar ausdrücklich mit Vorrang ausgestattet.

¹¹ Art. 1 Abs. 7 Richtlinie 2006/123/EG.

sonenfreizügigkeit auf die neuen EU-Mitgliedstaaten Osteuropas wurde das EntsG 2004 revidiert. Es herrschte im Vorfeld einige Nervosität, was auch in der Botschaft des Bundesrates zum Ausdruck kam:

„Trotz der Übergangsfristen, die mit der Europäischen Union ausgehandelt werden konnten, bleibt die Ausdehnung des Personen-Freizügigkeitsabkommens auf die Angehörigen der zehn neuen Mitgliedstaaten der EU für die Bevölkerung von grosser emotionaler Tragweite. Die Presse hat vielfach den Ängsten, die durch die Öffnung unseres Arbeitsmarkts für Arbeitskräfte aus Ländern mit sehr tiefem Lohnniveau hervorgerufen werden, grosses Echo verschafft. Diese billigen Arbeitskräfte bringen ein wesentlich höheres Risiko des Lohndumpings mit sich, als es noch mit Angehörigen der 15 bisherigen EU-Staaten der Fall war.

Die Beziehungen zwischen der Schweiz und Europa werden in den kommenden Jahren von verschiedenen entscheidenden Terminen geprägt sein: von der möglichen Volksabstimmung über die Ausdehnung des Personen-Freizügigkeitsabkommens auf die zehn neuen Mitgliedstaaten sowie 2009 von einer Referendumsmöglichkeit über die Weiterführung dieses Abkommens, das anfänglich auf 7 Jahre abgeschlossen wurde. In beiden Fällen würde eine Ablehnung durch das Volk die Gesamtheit der bilateralen Abkommen in Frage stellen. Eine solche Möglichkeit würde unser Land und insbesondere unsere Wirtschaft sehr stark benachteiligen.

Nebst dieser politischen Rechtfertigung haben die Massnahmen, die Gegenstand der vorliegenden Botschaft sind, auch eine materielle Berechtigung und sind angemessen.“¹²

Interessanterweise unterscheidet der Bundesrat zwischen „politischer Rechtfertigung“ und „materieller Berechtigung“. In dieser Revision wurden u.a. zwei besonders „prominente“ Massnahmen ins Gesetz eingefügt. Die sog. Achttageregulierung und die Kautionspflicht. Ob sie mehr einer politischen Rechtfertigung folgten oder vor allem materiell berechtigt erschienen, kann offenbleiben. Jedenfalls standen beide lange Zeit stellvertretend für die flankierenden Massnahmen schlechthin und die Wirksamkeit des schweizerischen Lohnschutzes. Sie galten als eigentliches *Pièce de Résistance* im Zusammenhang mit dem Rahmenabkommen. Wenn es gelingen würde, beide im Rahmenabkommen abzusichern, wäre der Lohnschutz gerettet gewesen. So jedenfalls schien es in einem bestimmten Moment der Diskussion. Das sollte sich später ändern. Was hat es aber mit diesen beiden Massnahmen auf sich?

¹² Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2004 betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, BBl, 6587 ff.

III. „Achttageregeln und Kautionspflicht sind Säulen des Lohnschutzes“

I. Ankündigungsfrist für die Aufnahme der Arbeit in der Schweiz

Mit der Achttageregeln ist die Ankündigungsfrist von Art. 6 Abs. 3 des Entsendegesetzes (EntsG) gemeint, wonach die Arbeit frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz gemeldet worden ist, aufgenommen werden darf. Diese Regelung ist wie gesagt 2004 im Zusammenhang mit der Genehmigung der Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf die neuen EU-Mitgliedstaaten Osteuropas ins Gesetz aufgenommen worden. Der Vorschlag kam aus der vorbereitenden Kommission des Nationalrats, nicht vom Bundesrat. Eine nähere Begründung oder eine Prüfung der Vereinbarkeit mit dem FZA findet sich in den öffentlich zugänglichen Materialien nicht.

In der juristischen Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass diese Achttageregeln dem FZA widerspreche, weil sie als eine generalisierte Wartezeit den Anforderungen der Erforderlichkeit nicht entspreche.¹³ Eine diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung gibt es (noch) nicht. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht sich dereinst mit dieser Frage aufgrund einer Beschwerde eines betroffenen Arbeitgebers befassen und eine rechtliche Klärung herbeiführen muss. Im Verhältnis Schweiz – EU kann die Frage in Ermangelung eines Streitbeilegungsverfahrens ausserhalb des gemischten Ausschusses rechtlich nicht geklärt werden.

Mit dem Institutionellen Rahmenabkommen (InstA) wäre die rechtliche Unsicherheit insofern geklärt worden, als eine Voranmeldefrist von vier Arbeitstagen in Risikobranchen völkerrechtlich abgesichert worden wäre.¹⁴

Mit dem InstA wären also „Ankündigungsfristen“ nicht verboten, sondern vielmehr in modifizierter Form rechtlich abgesichert worden. Von acht Wochentagen wäre die Frist auf vier Arbeitstage verkürzt worden. Verschiedentlich wurde die Frage gestellt, ob diese Differenz für die Wirksamkeit des Lohnschutzes wirklich entscheidend sein kann. Die Vermutung, dass mit moderneren Mitteln der Verwaltungstätigkeit auch eine Frist von vier Arbeitstagen

¹³ Epiney Astrid/Zbinden Patrizia, Arbeitnehmerentsendung und FZA Schweiz – EG, Jusletter, 31. August 2009, Rz. 69 f.; Epiney Astrid/Hehemann Lena, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich Arbeitnehmerentsendung, Jusletter, 8. April 2019, Rz. 32; Zurkinden Philipp/Lauterburg Bernhard C., Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N: Auswirkungen auf die flankierenden Massnahmen vom 24. Februar 2019, Rz. 45.

¹⁴ InstA, Protokoll 1, Ziff. 2, erster Spiegelstrich.

genügen könnte, ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Zumal sich die praktische Auswirkung der Differenz zwischen acht *Wochentagen* und vier *Arbeitstagen* je nach Situation stark relativiert. Im weiteren Verlauf der Diskussionen legten die Gewerkschaften denn auch Wert darauf, dass es auf diese acht Tage nicht wirklich ankomme. Die Gefahren für den Lohnschutz würden an ganz anderen Orten liegen.¹⁵

2. Hinterlegung einer Kautio

Damit ist die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2^{ter} EntsG gemeint, wonach dort, wo ein allgemein verbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag die Hinterlegung einer Kautio durch den Arbeitgeber vorsieht, die entsprechenden Bestimmungen auch für Arbeitgeber gelten, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Auch diese Regelung ist 2004 im Zusammenhang mit der Genehmigung der Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf die neuen EU-Mitgliedstaaten Osteuropas ins Gesetz aufgenommen worden. Die Kautionsregelung gilt nicht in allen Branchen, sondern nur in denjenigen, die eine Kautionsleistung im Rahmen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV vereinbart haben. Das trifft auf verschiedene Branchen des Baunebengewerbes wie z.B. Maler und Gipser sowie Metallgewerbe zu, aber aufgrund unterschiedlicher räumlicher Geltungsbereiche der GAV nicht in allen Kantonen in gleicher Weise. Im Bauhauptgewerbe gibt es erstaunlicherweise gar keine Kautionspflicht; eine solche wurde in den diesbezüglichen GAV nicht vereinbart. Es fällt nicht leicht, sich einen Überblick über die Kautionspflicht zu verschaffen. Auf der Website der Zentralen Kautions-Verwaltungsstelle der Schweiz (ZKVS) finden sich entsprechende Angaben.¹⁶ Die Kautionspflicht scheint nicht einer „Risiko-Logik“ bezüglich entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu folgen. Sie wurde ja auch nicht mit Blick auf die Entsendeverhältnisse, sondern aufgrund von schweizerischen Branchenüberlegungen vereinbart. Die Kautio dient einzig der Sicherstellung von Pflichten, die sich aus dem GAV ergeben. Dazu können auch Konventionalstrafen gehören, wenn sie im entsprechenden GAV vorgesehen sind. Verwaltungsstrafen dagegen, insbesondere behördlich verfügte Bussen wegen Verletzung von gesetzlichen Bestimmungen, können mit der Kautio nicht sichergestellt werden.

¹⁵ Daniel Lampart, Angriffe auf den Lohnschutz: Warum das Rahmenabkommen brandgefährlich ist, Blog vom 19. Mai 2021, <<https://www.sgb.ch/themen/arbeit/detail/angriffe-auf-den-lohnschutz-warum-das-rahmenabkommen-brandgefaehrlich-ist>>.

¹⁶ Abrufbar unter <<https://www.zkvs.org/>>.

Auch das ist erstaunlich. Im Zusammenhang mit der Revision des EntsG im Jahr 2004 berichtete der Bundesrat über die bisher gemachten Erfahrungen:

„Eines der grössten Probleme im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern betrifft die Vollstreckung von Forderungen, die in Anwendung des Gesetzes gegen einen Arbeitgeber entstehen, dessen Geschäftssitz sich im Ausland befindet. In diesem Bereich sind die zu unternehmenden Schritte auf Grund des internationalen Charakters der Angelegenheit ausserordentlich kompliziert. Daher wurde die Idee vorgebracht, die Pflicht zur Hinterlegung eines bestimmten Betrags als Kautionspflicht für Forderungen einzuführen, die in Zusammenhang mit dem Vollzug des Gesetzes entstehen. In dieser Formulierung ist der Vorschlag offensichtlich diskriminierend, da inländische Arbeitgeber oder Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz eine solche Kautionspflicht zur erleichterten Vollstreckung von Forderungen auf Grund der Nichteinhaltung der Gesetzgebung oder der Gesamtarbeitsverträge nicht leisten müssen.“¹⁷

Der Bundesrat suchte deshalb nach einer Lösung, die nicht „offensichtlich diskriminierend“ ist und besann sich auf die bereits bestehende Kautionspflicht in einigen allgemeinverbindlich erklärten GAV:

„Denn wenn eine Branche dies wünscht, kann heute schon von den Arbeitgebern fordern, dass sie einen Betrag zur Deckung von Forderungen hinterlegen, die auf Grund der Nichteinhaltung des Gesamtarbeitsvertrags entstehen. Nach dem Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) können solche Klauseln allgemeinverbindlich erklärt werden, wie es Artikel 3 ausdrücklich vorsieht. Klar ist, dass in diesem Fall die in Artikel 2 Ziffer 2 genannten Voraussetzungen über die Berücksichtigung des Gesamtinteresses und der Minderheitsinteressen innerhalb des betreffenden Wirtschaftszweiges von der für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Behörde beachtet werden müssen.“¹⁸

Mit der Ausdehnung dieser Bestimmungen auf ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, wurde zwar eine Kautionspflicht eingeführt. Die damit ursprünglich verfolgte Absicht, nämlich die Vollstreckung von Forderungen zu sichern, die in Anwendung des Gesetzes entstehen, konnte damit aber nicht erreicht werden. Die Kautionspflicht darf nämlich ausschliesslich der Sicherung der *Einhaltung des GAV* dienen. Die Kantone bemängelten in der Vernehmlassung denn auch, „dass es die Massnahme nicht erlaube, die Einziehung der von den Kantonen verhängten Bussen und der den ausländischen Arbeitgebern als Sanktion auferlegten Kontrollkosten sicherzustellen.“¹⁹

Es wurde also eine Kautionspflicht eingeführt, mit der das vom Bundesrat festgestellte Problem gar nicht gelöst werden konnte. Der Bundesrat hat zwar

¹⁷ BBl 2004, 6579 ff.

¹⁸ BBl 2004, 6579 ff.

¹⁹ BBl 2004, 6579 ff.

erkannt, dass „die zu unternehmenden Schritte“ deshalb so ausserordentlich kompliziert sind, weil die Angelegenheit von „internationalem Charakter“ ist. Vielleicht hätte er da ansetzen und sich überlegen müssen, ob es deshalb dafür nicht auch eine „internationale Lösung“ braucht. Und vielleicht hätte man prüfen können, ob die Teilnahme am EU-Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) oder die umfassende Beteiligung an der Arbeit der Europäischen Arbeitsbehörde eine wirksamere Lösung gewesen wäre. Stattdessen begnügte sich der Bundesrat mit einer nationalen „Schein-Lösung“ und stellte etwas resigniert fest:

„Die praktische Tragweite der vorgeschlagenen Bestimmung ist verhältnismässig gering. Da im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die paritätischen Kommissionen gegenüber den ausländischen Arbeitgebern weder eine Konventionalstrafe aussprechen können noch die Kontrollkosten direkt bei diesen einziehen dürfen (die Sanktionen fallen in die ausschliessliche Zuständigkeit der kantonalen Behörde gemäss Art. 9 des Entsendegesetzes), kann die Garantie nur auf die Zahlung von den in den GAV vorgesehenen Mindestleistungen gerichtet sein. Diese Massnahme kann jedoch eine präventive Wirkung entfalten, indem sie die Arbeitgeber zur Einhaltung dieser Mindestleistungen anregt.“²⁰

Die Kautionspflicht hatte also nach Auffassung des Bundesrates ursprünglich einen „anregenden“ Charakter für die Einhaltung der Mindestleistungen. Inzwischen ist sie in der schweizerischen Wahrnehmung und offenbar darüber hinaus zu einer unverzichtbaren Säule eines wirksamen Lohnschutzes geworden.²¹

Zur Frage der Vereinbarkeit der Massnahme mit dem europäischen Recht referiert der Bundesrat zum wiederholten Male auf die EU-Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und erklärt lapidar: „Die Änderungsvorschläge zum Entsendegesetz entsprechen der EU-Richtlinie.“²² So ganz klar scheint das aber nicht zu sein. Epiney/Zbinden weisen darauf hin, dass die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautionspflicht nicht grundsätzlich mit dem FZA unvereinbar sei, jedoch seien bei der Festlegung ihrer Höhe und der Hinterlegungsmodalitäten die Anforderungen des Abkommens zu beachten, was im

²⁰ BBl 2004, 6590 ff.

²¹ Erstaunlicherweise kommt im FlaM-Bericht 2020 zur Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union (FlaM-Bericht) der Begriff „Kautionspflicht“ gar nicht vor, abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizueugigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/berichte-des-seco-ueber-den-vollzug-der-flankierenden-massnahmen/flam_bericht_2020.html>.

²² BBl 2004, 6587 ff.

Einzelnen zu untersuchen wäre.²³ Bezüglich der Prüfung der Erforderlichkeit erweisen sich die Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft vom 1. Oktober 2004 betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit als wenig hilfreich. Es fragt sich nämlich, ob eine Massnahme „von praktisch geringer Tragweite“, mit der die ursprünglich angestrebte Sicherung der von den Kantonen verhängten Bussen gar nicht erreicht werden kann, als erforderlich im Rechtssinne gelten kann. Dezipierter äussern sich Zurkinder/Lauterburg. Sie halten die heutige Kautionspflicht für unvereinbar mit dem EU-Entsenderecht bzw. wohl schon mit der ursprünglichen Entsenderichtlinie und damit dem FZA.²⁴

Im InstA wäre der Schweiz zugestanden worden, eine modifizierte Kautionspflicht einzuführen. In Risikobranchen hatte die Hinterlegung einer verhältnismässigen Kautionsleistung von Dienstleistungserbringern verlangt werden können, die bei einer früheren Erbringung von Dienstleistungen ihren finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Vollzugsbehörden nicht nachgekommen sind.²⁵ Diese Kautionspflicht hätte sich in zweifacher Weise von der heute geltenden unterschieden. Einschränkend zur heutigen Rechtslage wäre sie nur anwendbar gewesen auf Dienstleistungserbringer, die eine frühere finanzielle Verpflichtung nicht erfüllt haben. Neu und in Erweiterung der geltenden Rechtslage hätten aber finanzielle Verpflichtungen gegenüber Vollzugsbehörden, also z.B. Bussen von kantonalen Verwaltungsstellen, mit der Kautionsleistung sichergestellt werden können. Damit wäre die ursprüngliche Idee, wie sie der Bundesrat in seiner Botschaft vom 1. Oktober 2004 betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vorgebracht, aber weil „offensichtlich diskriminierend“ verworfen hatte, mit Zustimmung der EU völkerrechtlich abgesichert worden. Eine weitere Kuriosität im Thema Lohnschutz.

3. Die mögliche Rolle des Bundesgerichts

Achttageregeln und Kautionspflicht werden vom Vertragspartner EU rechtlich angezweifelt. Wie bereits gesagt, kann die Frage auf der Ebene der Vertragspartner Schweiz und EU in Ermangelung eines Streitbeilegungsverfahrens ausserhalb des gemischten Ausschusses rechtlich nicht geklärt werden. Hingegen wäre es sehr wohl möglich, dass das Bundesgericht sich mit dieser Frage aufgrund einer Beschwerde eines betroffenen Arbeitgebers befassen und eine rechtliche Klärung herbeiführen muss. Die Frage wird sich stellen, ob die Re-

²³ Epiney/Zbinden, Rz. 101 ff.

²⁴ Zurkinder/Lauterburg, Rz. 55.

²⁵ InstA, Protokoll 1, Ziff. 2, zweiter Spiegelstrich.

gelung im EntsG mit einem völkerrechtlichen Vertrag, nämlich dem FZA vereinbar ist. Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht hat im Zusammenhang mit der abgelehnten „Selbstbestimmungsinitiative“ bereits viel zu reden gegeben. Es braucht nicht sehr viel Fantasie, um sich vorzustellen, wie ein diesbezügliches Urteil des Bundesgerichts diskutiert würde. Kommt das Bundesgericht zum Schluss, die Achttageregel oder die Kautionspflicht seien FZA-widrig und nicht anwendbar, wird es sich einem ausserordentlich grossen politischen Druck ausgesetzt sehen. Nicht nur die rechtsnationalen Kämpfer für das Selbstbestimmungsrecht und die Souveränität werden darin einen Kniefall vor der EU erkennen. Die Gewerkschaften und die vereinigte Linke werden das Bundesgericht als Hort neoliberaler Ideologie identifizieren und sich teilweise um die Früchte ihres erfolgreichen politischen Kampfes gegen das Rahmenabkommen betrogen sehen. Wie sich dieser politische Druck entladen wird, ist schwer abzuschätzen. Aufgrund der mutmasslich hitzigen Situation ist eine Auswirkung auf die nächststehende Wiederwahl der Mitglieder des Bundesgerichts nicht auszuschliessen. Das Bundesgericht könnte die Achttageregel oder die Kautionspflicht auch als FZA-widrig beurteilen, dem völkerrechtlichen Vertrag aber den Vorrang versagen mit der Begründung, der Gesetzgeber habe diese Völkerrechtsverletzung in Kauf genommen (sogenannte „Schubert-Praxis“). Oder das Bundesgericht beurteilt das EntsG diesbezüglich als FZA-konform. Beide letzteren Entscheide würden zweifellos die Frage nach der Unabhängigkeit des Bundesgerichts aufwerfen. Hat es allenfalls aus Rücksicht auf die politische Stimmung und mit Blick auf eine anstehende Wiederwahl so entschieden? Das schweizerische System der RichterInnen-Auswahl (Parteilichkeit) und der regelmässig alle sechs Jahre stattfindenden Wiederwahlen steht ohnehin unter internationaler Beobachtung. Wie auch immer das Bundesgericht entscheiden wird. Es wird entweder unter innenpolitischen Druck geraten oder bezüglich seiner Unabhängigkeit vor allem international in Zweifel gezogen werden. Beides möchte man sich aus staatspolitischen Gründen nicht wünschen.

Am Rande hatte sich das Bundesgericht 2010 mit der Frage der Kautionspflicht schon zu befassen. Strittig war die Zulässigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung im Kanton Basel-Landschaft. Zu einer Entscheidung in der Sache kam es aber nicht, weil der strittige GAV aufgehoben wurde, nachdem ein überregionaler GAV abgeschlossen worden war. Das Bundesgericht konnte das Verfahren als erledigt abschreiben, äusserte sich aber zur materiellen Rechtslage im Zusammenhang mit der Regelung der Kostenfolge. Der bundesgerichtliche Einzelrichter erwog, dass für eine Allgemeinverbindlicherklärung, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die Notwendigkeit der Kautionspflicht im rein inländischen Wettbewerb nicht vorauszusetzen ist, um sie auf ausländische Arbeitgeber auszudehnen. Wäre das Verfahren weiterzuführen gewesen,

hätte das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurückweisen müssen. Dabei wäre vor allem die Frage der Übereinstimmung mit dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) bzw. dem Diskriminierungsverbot (insbes. von Art. 2 FZA sowie Art. 19 Anhang I FZA) zu prüfen gewesen. Vor allem die Benachteiligung der Betriebe mit Sitz in den EU/EFTA-Mitgliedstaaten im Vergleich zu ausserkantonalen, aber eben schweizerischen Arbeitgebern erschien dem Bundesgericht aufgrund des Freizügigkeitsrechts heikel. Weitere Erwägungen dazu würden sich aber in diesem Verfahren erübrigen. Aufgrund der Erledigung kam es zu keiner Rückweisung und die massgebende Frage musste weder von der Vorinstanz noch vom Bundesgericht entschieden werden.²⁶

IV. „Das EU-Entsenderecht wird nicht durchgesetzt“

Das EU-Recht kennt zahlreiche Vorschriften über den Schutz entsandter ArbeitnehmerInnen, insbesondere auch über den diesbezüglichen Lohnschutz. Wie bereits erwähnt, diente die Entsenderichtlinie von 1996 als Vorbild für das schweizerische EntsG von 1999. Seither hat sich das EU-Recht weiterentwickelt. Verschiedene Berichte²⁷ hatten aufgezeigt, dass es im Bereich der Entsendung Probleme und Missbräuche gibt, die zu unfairem Wettbewerb insbesondere durch Lohndumping führen können. Die Problematik wurde also nicht negiert, sondern analysiert. Vor allem die Laval-Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) waren Ausgangspunkt für eine Weiterentwicklung des EU-Rechts.²⁸ Parlament und Rat erliessen eine Richtlinie über die bessere Durchsetzung des Entsenderechts und schufen ein Binnenmarkt-Informationssystem zur Erleichterung der Verwaltungszusammenarbeit.²⁹ 2018 wurde die Entsenderichtlinie revidiert und die Rechte der ArbeitnehmerInnen ausgebaut. Waren in der bisherigen Richtlinie lediglich Mindestlöhne garantiert,

²⁶ BGer 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.5 f.

²⁷ Beispielhaft sei auf die „Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union“ von 2011 verwiesen, die in ihren Empfehlungen rechtliche Massnahmen auf europäischer Ebene für unverzichtbar hielt. Diesen und weitere Berichte: Document database – Employment, Social Affairs & Inclusion – European Commission, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?pager.offset=30&advSearchKey=posting+of+workers+&mode=advancedSubmit&catId=1307&doc_submit=&policyArea=0&policyAreaSub=0&country=0&year=0>.

²⁸ Siehe unten, V.

²⁹ Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystem (,,IMI-Verordnung“).

setzt die neue Richtlinie den Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ um und garantiert auch bezüglich Entlohnung die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie sie für die ArbeitnehmerInnen im Aufnahmemitgliedstaat gelten. Die revidierte Richtlinie gilt seit dem 30. Juli 2020.³⁰ Mit einer kürzlich erlassenen Richtlinie erhalten alle ArbeitnehmerInnen ausgedehnte Informationsrechte über die wesentlichen Aspekte ihres Arbeitsverhältnisses.³¹ Nach Art. 6 dieser Richtlinie müssen Arbeitgeber diese Informationen den in einen anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmern vor ihrer Entsendung zur Verfügung stellen. In diesem Rahmen von Reformen, die eine faire Arbeitskräftemobilität auf dem Binnenmarkt gewährleisten sollen, gehört auch die Schaffung der Europäischen Arbeitsbehörde (ELA)³². Einen Überblick über den Rechtsrahmen und Hinweise auf die Praxis gibt der *Leitfaden der EU-Kommission zur Entsendung von Arbeitnehmern* vom September 2019.³³

Die Regelungen sind vielfältig und spiegeln auch die Interessengegensätze zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz. Sie sind Ergebnis des EU-üblichen Aushandlungsprozesses, an dem die Kommission als Antragstellerin sowie das Parlament und die durch ihre Fachminister vertretenen Mitgliedstaaten als Entscheidungsorgane beteiligt sind. Man kann sicherlich feststellen, dass sich diese Gesetzgebung in den letzten Jahren zugunsten von mehr Arbeitnehmerschutz auswirkt. Es bleibt aber zu berücksichtigen, dass der Erlass von „Entlohnungsvorschriften“ und die Festlegung der Löhne und Gehälter in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bzw. der Sozialpartner fällt. Entsprechend sind die Verhältnisse diesbezüglich innerhalb der EU sehr unterschiedlich.

Diese Rechtsentwicklung innerhalb der EU ist in der schweizerischen Diskussion um das Rahmenabkommen nur zögerlich zur Kenntnis genommen worden. Von gewerkschaftlicher Seite wurde ihr vor allem entgegengehalten, es handle sich um reine Programmabsichten. Für die EU-Kommission seien die Gewinnmöglichkeiten der Entsendefirmen, auch wenn sie Regeln brechen,

³⁰ Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

³¹ Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union.

³² Verordnung (EU) 2019/1149 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004, (EU) Nr. 492/2011 und (EU) 2016/589 sowie zur Aufhebung des Beschlusses (EU) 2016/344.

³³ Abrufbar unter <<https://op.europa.eu/s/pmHX>>.

wichtiger als der Lohnschutz für die Lohnabhängigen.³⁴ Die Kritik scheint sich also nicht gegen den Inhalt der Regelungen zu richten, sondern gegen die behauptete mangelnde Umsetzung. Und Adressat der Kritik ist die EU-Kommission. Ist das gerechtfertigt? Die EU kennt neben den grundlegenden Verträgen zwei Formen von Rechtserlassen. Die Richtlinien enthalten Rechtsnormen, die in ihren Zielen für die Mitgliedstaaten verbindlich sind, durch die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht aber noch umgesetzt werden müssen. Den Mitgliedstaaten kommt dabei ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zu. Man könnte von einer Grundsatzgesetzgebung sprechen, die – von Ausnahmen abgesehen – erst mit der Umsetzung in den Mitgliedstaaten anwendbar wird. Die Verordnungen enthalten direkt anwendbare Normen. Sie entsprechen – entgegen der verwirlichen Begrifflichkeit – den Gesetzen im nationalen Rahmen. Kritisiert man also die mangelnde Umsetzung von EU-Richtlinien, müssten in erster Linie die Mitgliedstaaten Adressaten dieser Kritik sein. Natürlich kommt der Kommission auch eine Verantwortung bei der Umsetzung zu. Sie hat zu überprüfen, ob und wie die Mitgliedstaaten die Richtlinie umgesetzt haben. Dazu untersucht sie die Verhältnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten und berichtet auch darüber. So hat die Kommission 2019 dem Parlament und dem Rat einen Bericht erstattet über die Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie³⁵. Diesem umfangreichen Dokument kann man entnehmen, dass die Umsetzung in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich erfolgte. Die Staaten haben z.T. neue Instrumente entwickelt, die auch für die schweizerischen Verhältnisse allenfalls interessant sein könnten. Insgesamt stellt die Kommission fest,

„dass die Umsetzung der Richtlinie durch alle Mitgliedstaaten die Durchsetzung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten verbessert hat, und das insbesondere durch die Verwaltungszusammenarbeit über das Binnenmarkt-Informationssystem. Durch die Einführung von Verwaltungsanforderungen und Kontrollmaßnahmen besitzen die Mitgliedstaaten inzwischen eine bessere Ausgangslage, um die Einhaltung der Bestimmungen zu überprüfen und sicherzustellen, dass die Rechte entsandter Arbeitnehmer gewährleistet sind.“³⁶

Im Bericht kommen aber auch unterschiedliche Einschätzungen der Sozialpartner zum Ausdruck. So betonen die Gewerkschaften, dass angemessene und wirksame Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen extrem wichtig seien, um die Einhaltung der Anforderungen des Entsenderechts zu überwachen. Ebenso sind sie der Auffassung, dass auf EU-Ebene bestimmte

³⁴ Rechsteiner.

³⁵ Richtlinie 2014/67/EU.

³⁶ Abrufbar unter <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52019DC0426&qid=1626710243909>>.

obligatorische Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen festzulegen seien, wie die Verpflichtung zur Meldung der Entsendung vor deren Beginn sowie die Einführung eines elektronischen Verzeichnisses entsandter Arbeitnehmer. Dies könnte die Überwachung der Einhaltung der geltenden Bestimmungen verbessern. Die Arbeitgeber äussern dagegen die Besorgnis, dass die Einführung von Verwaltungs- und Kontrollmassnahmen zu praktischen Problemen bei der Entsendung von Arbeitnehmern geführt habe – insbesondere aufgrund eines erhöhten Verwaltungsaufwands. Auch wenn die Situation in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich sei, halten die Gewerkschaften die Kontrollen und Prüfungen noch immer für unzureichend. Dabei betonen sie die Notwendigkeit, für die Mitgliedstaaten angemessene Mechanismen, Kontrollen und Prüfungen einzusetzen, um die Einhaltung der Bestimmungen sicherzustellen und grenzüberschreitenden Missbrauch zu verhindern. Die Gewerkschaften wünschen sich also weitergehende Regelungen auf EU-Ebene, um die zum Teil recht unterschiedliche Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen. Der Ruf der Gewerkschaften nach mehr Einheitlichkeit geht offensichtlich davon aus, dass die Regelungen auf EU-Ebene in ihrem Sinne ausfallen würden. Die Gewerkschaften scheinen also der EU-Gesetzgebung mehr zuzutrauen als der nationalen. Mit Blick auf die schweizerische Lohnschutzdiskussion ist das ein erstaunlicher Befund.

Die Kommission ihrerseits anerkennt, dass wirksame Überwachungsverfahren wesentlich dazu beitragen, das Entsenderecht durchzusetzen, betont aber auch, dass Prüfungen in erster Linie auf Risikobewertungen zu basieren haben. Darüber hinaus hätten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Prüfungen und Kontrollen nichtdiskriminierend und verhältnismässig sind. Mit anderen Worten müssten sie geeignet sein, um die verfolgten Ziele zu erreichen, ohne die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen mehr als notwendig zu begrenzen.

Das Entsenderecht soll also die faire Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch den Schutz der ArbeitnehmerInnen gewährleisten, es aber nicht aushebeln. Es steht also in einem Konnex zur Dienstleistungsfreiheit. Hier scheint die gewerkschaftliche Kritik in der Schweiz anzusetzen. Der EU gehe es eben in erster Linie um die Dienstleistungsfreiheit, d.h. die Gewinnmöglichkeiten der Entsendefirma und nicht um den Schutz der ArbeitnehmerInnen. Wie verhält es sich mit dieser Kritik?

Die Dienstleistungsfreiheit ist als eine der vier „Grundfreiheiten“ ein wesentliches Element des europäischen Binnenmarkts, „der eine in hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“³⁷ anstrebt. Diese Freiheiten gel-

³⁷ Art. 3 Abs. 3 EUV.

ten deshalb nicht unbeschränkt. Sie können begrenzt werden, um ein legitimes Ziel wie den Schutz von ArbeitnehmerInnen zu erreichen. Ein nicht legitimes Ziel wäre aber der Schutz von Gewinninteressen oder Gewinnmargen von Unternehmen, die sich durch Dienstleister aus anderen Staaten konkurrenzieren sehen. Arbeitnehmer- bzw. Lohnschutz rechtfertigt die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, Unternehmer- bzw. Gewinnschutz aber nicht. Es gehört gerade nicht zu einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Unternehmen vor Konkurrenz zu schützen. Vorausgesetzt der Wettbewerb ist fair. Aus Sicht eines betroffenen Unternehmers kann die Konkurrenz aus dem benachbarten Ausland natürlich als unfair betrachtet werden. Auch wenn der auswärtige Dienstleistungserbringer bezüglich Lohnkosten keinerlei Vorteile genießt, weil er sich strikt an die Vorgaben hält, hat er allenfalls bezüglich anderer Produktionsfaktoren erhebliche Kostenvorteile aufgrund des tieferen Preisniveaus in seinem Herkunftsstaat. Und aus dem gleichen Grund kommt er allenfalls mit einer geringeren Gewinnmarge zurecht.³⁸

Die Problematik war auch im innerschweizerischen Bereich bekannt. Als Stadtpräsident von Dietikon war ich in den 1990er Jahren immer wieder mit Kritik des einheimischen Gewerbes konfrontiert, wenn wir Aufträge „auswärts“, z.B. nach Spreitenbach vergeben hatten. Ein beliebtes Argument waren die Steuerzahlungen des einheimischen Gewerbes und das angeblich im Kanton Zürich im Vergleich mit dem Aargau höhere Lohnniveau oder auch die verschiedenen Engagements zugunsten von Vereinen und der Öffentlichkeit. Häufig wurde die Erwartung geäußert, dass eine einheimische Offerte immer dann berücksichtigt werden sollte, wenn sie nicht mehr als zehn Prozent über der auswärtigen liegt. Das Submissionsrecht war damals noch weniger streng und nicht wenige PolitikerInnen neigten ausgesprochen oder stillschweigend dazu, eine solche Praxis gutzuheissen. Die Arbeitsvergabe über die städtischen Grenzen hinaus machten es den einheimischen Anbietern auch schwerer, ihre Offerten abzusprechen. Ein Vorgehen, das damals aufgrund der weniger strengen Kartellgesetzgebung recht verbreitet war. Solche Formen von „Gewerbeschutz“ widersprechen einem Binnenmarkt. Auch im inländischen Bereich gibt es entsprechende rechtliche Sicherungen (Binnenmarktgesetz, Kartellgesetz und Submissionsrecht). Gleichwohl sind Marktteilnehmer immer wieder versucht, unliebsame Konkurrenz abzuhalten. Grundsätzlich berechnete Lohnschutzmassnahmen, in bürokratischer und übertriebener Weise angewandt, können natürlich auswärtige Konkurrenten fernhalten. Damit das

³⁸ Will sich der Handwerkermeister aus Überlingen von Aufträgen in Schaffhausen einen BMWi4eDrive40 leisten, muss er einen Gewinn von CHF 75'765 erzielen. Sein Schaffhauser Konkurrent braucht für das genau gleiche Fahrzeug einen solchen von CHF 86'900 (Listenpreise).

nicht geschieht, dürfen sie nicht diskriminierend und müssen verhältnismässig sein. Letzteres heisst insbesondere, dass eine Massnahme für die Erreichung des Ziels geeignet und notwendig zu sein hat. Man kann im Einzelnen darüber streiten, wo die Grenze verläuft. Dass die EU-Kommission auf die Einhaltung dieser Voraussetzung besteht, ist aber nicht zu beanstanden. Man kann es so sagen: Mit einem zu schwachen, unwirksamen Lohnschutz werden die ArbeitnehmerInnen-Interessen verletzt und die Gewinninteressen der auswärtigen Firmen bevorzugt. Mit einem diskriminierenden und unverhältnismässigen Lohnschutz werden die KonsumentInnen-Interessen (Preisniveau) verletzt und die Gewinninteressen der einheimischen Firmen bevorzugt. Beides ist unerwünscht. Das EU-Recht ist, wie das schweizerische Recht, Ergebnis eines politischen Prozesses. In den letzten Jahren wurde das Entsenderecht im Interesse des ArbeitnehmerInnen-Schutzes stark verbessert. Die Mitgliedstaaten setzen es um, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität und Wirkung.

Oft wurde aber gar nicht die Kommission oder der Rat als eigentliches Problem ausgemacht. Vielmehr gilt in gewerkschaftlichen Kreisen der Europäische Gerichtshof (EuGH) als eigentlicher Hort des Neoliberalismus und Verhinderer von wirksamen Lohnschutzmassnahmen. Wie verhält es sich damit?

V. „Der Europäische Gerichtshof ist kein Gericht wie beispielsweise das Bundesgericht“³⁹

Der EuGH „sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“⁴⁰. Ihm kommt sicher eine zentrale Funktion im Gefüge der EU-Organe zu. Seine Rechtsprechung hat wesentlich zur Entwicklung der EU als einer eigenständigen Rechtsgemeinschaft beigetragen. Man hat ihm deshalb vorgeworfen, als Motor der Integration wirken zu wollen und die Grenzen richterlicher Funktionen zu überschreiten. Das kann hier nicht im Einzelnen erörtert werden. Schaut man sich aber beispielhaft den ersten diesbezüglich grundlegenden Entscheid an, lässt sich der Vorwurf nicht bestätigen. Der Gerichtshof hatte im Fall *Van Gend & Loos*⁴¹ 1962 eine Rechtsfrage zu beantworten. In den EWG-Verträgen war festgeschrieben, dass die Mitgliedstaaten untereinander die Zölle nicht erhöhen dürfen. Eine schlichte Verbotsnorm also. Aufgrund neuer Zolltarife erhöhte die niederländische Regierung aber den Zoll für die Einfuhr von Harnstoff-Formaldehyd von drei auf acht Prozent. Die Spe-

³⁹ Lampart.

⁴⁰ Art. 19 Abs. 1 EUV.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

ditionsfirma *Van Gend & Loos* führte diese „wässrige Emulsion“ aus der Bundesrepublik Deutschland ein und wollte sich mit dem Zollbescheid nicht abfinden. Im Rahmen des Verfahrens der Vorabentscheidung ersuchte das mit dem Rechtsstreit befasste niederländische Gericht den EuGH um Klärung der Vertragsauslegung. Die niederländische Regierung stellte sich auf den Standpunkt, die entsprechende Vertragsbestimmung verpflichte nur die Mitgliedstaaten. Ihre Bürgerinnen und Bürger könnten sich nicht darauf berufen. Die Vertragsnorm habe keine „interne Wirkung“ im niederländischen Recht und sei demnach auch nicht direkt anwendbar. Der EuGH widersprach und entschied, dass den Bürgerinnen und Bürgern gestützt auf die Verträge individuelle Rechte zukämen. Die Gemeinschaft stelle eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts dar. Die Staaten hätten in begrenztem Rahmen ihre Souveränitätsrechte auf die Gemeinschaft übertragen und so eine Rechtsordnung geschaffen, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen seien. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht solle daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Ein gegenteiliger Entscheid hätte das Zollerhöhungsverbot zum toten Buchstaben gemacht. Ein allfälliges Vertragsverletzungsverfahren sei von politischen Erwägungen abhängig und wäre vielleicht gar nie in die Wege geleitet worden. Mit dem Urteil *Van Gend & Loos* wurden die Bürgerinnen und Bürger zu direkten Nutznießern des Europarechts. Spätere Urteile äusserten sich zum Vorrang des Europarechts gegenüber dem staatlichen Recht. Beide Grundsätze entsprachen der Logik der Gemeinschaft und wurden in den späteren Verträgen auch so rezipiert.

Es ist nicht ungewöhnlich, dass Gerichte eine Rechtsentwicklung aufgrund von Einzelfallentscheiden wesentlich beeinflussen. Auch das schweizerische Bundesgericht hat z.B. mit der Anerkennung von ungeschriebene Grundrechten die Verfassungsentwicklung in besonderer Weise beeinflusst. Die Bundesverfassung (BV) von 1874 enthielt keinen Grundrechtskatalog. Aus dem Rechtsgleichheitsgebot von Art. 4 BV („Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich“) leitete das Bundesgericht die Geltung verschiedener Grundrechte ab, auf die sich die Bürgerinnen und Bürger gegenüber kantonalen Hoheitsakten berufen konnten. Diese Rechtsprechung fand mit der Totalrevision von 1999 Eingang in das geschriebene Verfassungsrecht. Rechtsprechung ist eben mehr als Subsumtionsautomatik. Der rechtsfortbildende Charakter einer höchstrichterlichen Praxis ist offensichtlich. Das gilt für die europäische Ebene wie für die nationalstaatliche. Der EuGH ist da kein Sonderfall.

Seinen schlechten Ruf bei den Gewerkschaften hat sich der EuGH vor allem mit vier Entscheidungen aus den Jahren 2007 und 2008 zugezogen. Die vier Verfahren, die zusammenfassend als „*Laval*-Quartett“ bezeichnet werden, hatten

eine intensive politische und juristische Debatte ausgelöst.⁴² Die den Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte sind kompliziert und betreffen Fragen der Dienstleistungsfreiheit, des Entsenderechts und von kollektiven Kampfmaßnahmen im Arbeitsrecht. Zusammenfassend hat der EuGH folgendes entschieden:

- kollektive Massnahmen können eine Beschränkung wirtschaftlicher Freiheiten darstellen,
- kollektive Massnahmen sind ein Grundrecht, das aber aufgrund der Dienstleistungsfreiheit Beschränkungen unterliegen kann und
- die Entsenderichtlinie stellt im Wesentlichen einen Plafond dar.

Das war starker Tobak. Gemäss einem Bericht des ehemaligen italienischen Kommissars Mario Monti haben die vier Urteile eine alte Wunde wieder aufgerissen: Die Kluft zwischen den Verfechtern einer verstärkten Marktintegration und jenen, die den Ruf nach wirtschaftlichen Freiheiten und dem Niederreißen aufsichtsrechtlicher Hemmnisse als Codewort für den Abbau sozialer Rechte betrachten, die auf nationaler Ebene geschützt sind. Durch die Neubelebung dieser Spaltung konnte sich ein Teil der öffentlichen Meinung – die Arbeiterbewegung und die Gewerkschaften, die lange Zeit wichtige Befürworter der wirtschaftlichen Integration waren –, vom Binnenmarkt entfremden.⁴³ Kommission und Parlament gingen rasch daran, die notwendigen Gesetzgebungsverfahren in die Wege zu leiten, um die Auswirkungen der vier Urteile rückgängig zu machen.⁴⁴ Wie aber kam es überhaupt zu solchen Entscheidungen?

Ohne auf die Details der komplizierten Sachverhalte und der rechtlichen Erwägungen einzugehen, kann der Kern des Problems einfach erklärt werden. Tarifverträge (in der schweizerischen Terminologie Gesamtarbeitsverträge [GAV]) binden die Vertragspartner, also die Arbeitgeberverbände und ihre Mitglieder sowie die Gewerkschaften und ihre Mitglieder. Unternehmen, die dem Arbeitgeberverband nicht angehören, sind nicht gebunden. Sie können sich einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, indem sie ihren Angestellten tiefere Löhne bezahlen. Gelingt ihnen das, werden andere Firmen sich überlegen, ob

⁴² Einen guten Überblick über die komplizierten Aspekte der Urteile findet sich in der Studie der EU-Parlamentsverwaltung „Die Auswirkungen der Rechtssachen Laval, Rüffert, Kommission/Luxemburg und Viking auf die Tarifpraxis und die Wirksamkeit sozialer Maßnahmen in der Europäischen Union“ vom Mai 2010, abrufbar unter <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/440275/IPOL-EMPL_ET\(2010\)440275_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/440275/IPOL-EMPL_ET(2010)440275_DE.pdf)>.

⁴³ Abrufbar unter <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/440275/IPOL-EMPL_ET\(2010\)440275_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/440275/IPOL-EMPL_ET(2010)440275_DE.pdf)>, 18.

⁴⁴ Siehe oben, III.3. ff.

sie sich dem GAV nicht durch Austritt aus dem Verband entziehen wollen. Um das zu verhindern, müssen die Vertragspartner und hier vor allem die Gewerkschaften, Druck auf die Aussenseiter-Firma ausüben, um den Wettbewerbsvorteil zu vereiteln. Das heisst, die Aussenseiter-Firma wird bestreikt mit dem Ziel, dass sie sich dem GAV anschliesst. Da es einerseits ein öffentliches Interesse an einheitlichen sozialen Arbeitsbedingungen gibt und Streiks auch immer soziale und wirtschaftliche Kosten verursachen, sind viele Staaten dazu übergegangen, GAV mit einer bestimmten Verbreitung allgemeinverbindlich zu erklären. Durch einen staatlichen Hoheitsakt werden die Vertragsbestimmungen zu verbindlichen Normen auch für nicht Vertragspartner.⁴⁵ Die Allgemeinverbindlicherklärung unterliegt den gesetzlichen und verfassungsmässigen Anforderungen an staatliches Handeln. Sie sind mit Rechtsmitteln gerichtlich anfechtbar. Nicht alle europäischen Länder kennen die Allgemeinverbindlicherklärung. In Dänemark und Schweden sind es allein die Sozialpartner bzw. die Gewerkschaften, die für die Durchsetzung der GAV auch über den Kreis der Vertragspartner hinaus zu sorgen haben. Das alles ist eigentlich Sache des nationalen Rechts und kümmerte die EU wenig. In den vom EuGH zu entscheidenden Fällen ging es aber u.a. um solche Streiks zur Durchsetzung von Tarifverträgen in grenzüberschreitenden Verhältnissen. Darf ein einheimischer Dienstleistungsnehmer bestreikt werden, wenn der von ihm beauftragte auswärtige Dienstleistungserbringer die Tarifbedingungen nicht einhält? Ja, sagte der EuGH. Streiken ist ein Grundrecht. Soweit so gut. Aber ein solcher Streik tangiere ein anderes grundlegendes Prinzip des Binnenmarktes: die Dienstleistungsfreiheit. Sie darf zwar im Interesse des Arbeitnehmerschutzes eingeschränkt werden. Aber solche Massnahmen dürfen nicht diskriminierend und müssen verhältnismässig sein. Als Anforderungen an staatliches Handeln ist das fast schon selbstverständlich und sicher vernünftig. Aber als Anforderungen an kollektive Arbeitskämpfmassnahmen wirken sie wie aus einer anderen Welt. Man muss zugeben, dass es für das Gericht keine einfache Ausgangslage war. Das Ergebnis konnte aber nicht überzeugen und schien auch im Widerspruch zu den Zielsetzungen der Entsenderichtlinie zu stehen. Kam hinzu, dass aufgrund des nationalen Rechts den Gewerkschaften aufgrund unrechtmässiger Kollektivmassnahmen erhebliche Schadenersatzforderungen drohten. Dänemark und Schweden revidierten ihre entsprechenden Regelungen und verbesserten den Arbeitnehmerschutz im Rahmen ihres Systems nicht allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge. Das EU-Recht sorgte mit der Durchsetzungsrichtlinie für einen einheitlicheren Vollzug

⁴⁵ In der Schweiz sind die Voraussetzungen, Verfahren und Wirkungen im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SR 221.215.311) geregelt.

und mit der Revision der Entsenderichtlinie für den Übergang vom „Mindestschutzprinzip“ zum Grundsatz der Gleichbehandlung („gleicher Lohn am gleichen Ort“). Insofern waren die Laval-Urteile Ausgangspunkt für eine Weiterentwicklung des EU-Rechts in Richtung Sozialschutz. Die Verpflichtung auf eine „soziale Marktwirtschaft“ im Lissabon-Vertrag⁴⁶ und die verbindliche Festlegung der Charta der Grundrechte veränderten auch die Rechtsprechung des EuGH.

Das änderte aber nichts am schlechten Ruf des EuGH bei den Gewerkschaften. Nicht selten wurden ihm politische Motive unterstellt. Es gehe ihm in neoliberaler Weise einseitig um die Durchsetzung der Freiheiten des Binnenmarktes unter Verletzung der Sozialschutzinteressen. Jeder seiner Entscheide, der im Ergebnis nicht den gewerkschaftlichen Erwartungen entsprach, wurde als weiterer Beleg dafür angeführt. Über die zugrundeliegende Sach- und Rechtslage musste man sich da nicht lange aufhalten. So wurde wiederholt kritisiert, dass in Zügen der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) Personen aus Ungarn für 500 Euro im Monat arbeiten würden. „Gemäss dem Europäischen Gerichtshof ist das legal“.⁴⁷ Worum ging es?

Die ÖBB haben für die Jahre 2012–2016 die Bewirtschaftung der Zugrestaurants bzw. des Bordservice in bestimmten von ihr betriebenen Zügen an eine private Unternehmung vergeben. Die Vertragsverhältnisse waren z.T. unübersichtlich, weil die Dienstleistungsaufträge an Subunternehmer weitergegeben werden konnten. In den Zügen, die Salzburg (Österreich) bzw. München (Deutschland) mit Budapest (Ungarn) als Ausgangs- oder Endbahnhof verbanden, waren im Bordservice ArbeitnehmerInnen mit Wohnsitz in Ungarn beschäftigt. Alle ArbeitnehmerInnen waren in Ungarn wohnhaft und sozialversichert und hatten dort ihren Lebensmittelpunkt. Ihren Dienst traten sie in Ungarn an und beendeten ihn dort auch wieder. In Budapest mussten sie die dort gelagerten Waren, nämlich Speisen und Getränke, auffassen und in die Züge bringen. Ebenfalls in Budapest hatten sie die Kontrollen des Warenstands und die Abrechnungen der Umsätze durchzuführen. Somit wurden alle Arbeitsleistungen mit Ausnahme jener, die in den Zügen durchzuführen waren, in Ungarn erbracht.

Bei einer Kontrolle am Wiener Hauptbahnhof wurde festgestellt, dass für die erwähnten ArbeitnehmerInnen des Bordservices keine Meldungen vor Arbeitsantritt in Österreich gemacht wurden, wie es die gesetzlichen Vorschriften für entsandte ArbeitnehmerInnen vorsehen. Auch wurde die diesbezügliche Dokumentationspflicht nicht erfüllt. Der Geschäftsführer der ungarischen

⁴⁶ Art. 3 Abs. 3 EUV.

⁴⁷ So Pierre-Yves Maillard in einem Interview mit dem SonntagsBlick vom 25. April 2021.

Arbeitgeberfirma wurde gebüsst. Die Arbeitgeberfirma machte geltend, es handle sich nicht um entsandte ArbeitnehmerInnen nach dem einschlägigen EU-Recht bzw. dem österreichischen Umsetzungsrecht. Eine Voranmeldung bis eine Woche vor Arbeitsaufnahme sei gar nicht möglich, weil die Mitarbeitenden die Grenze Ungarn/Österreich täglich überschreiten. Eine „Sammel-meldung“ war im österreichischen Recht nicht vorgesehen.

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof stellte im Vorabentscheidungs-verfahren dem EuGH die Frage, ob ArbeitnehmerInnen in der dargelegten Konstellation als „entsandte Arbeitnehmer“ im Sinne des EU-Rechts gelten. Der EuGH beantwortet die Frage sinngemäss so: Erbringen ArbeitnehmerInnen mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat Dienstleistungen wie Bordservice, Reinigungsleistungen oder die Verpflegung der Fahrgäste in internationalen Zügen, die durch einen anderen Mitgliedstaat fahren, ist das EU-Recht (Entsenderichtlinie) nicht anwendbar, wenn diese ArbeitnehmerInnen einen wesentlichen Teil der damit verbundenen Arbeit in ihrem Wohnsitzstaat leisten und ihren Dienst dort antreten bzw. beenden.

Diese Auslegung überrascht nicht. Auch das schweizerische Entsendegesetz geht in der Begriffsdefinition davon aus, dass entsandte ArbeitnehmerInnen „für einen *bestimmten Zeitraum*“ zur Arbeitsleistung in die Schweiz entsendet werden. Nur dann macht auch die vorgesehene Voranmeldefrist einen Sinn. In der hier zu beurteilenden Konstellation überschreiten die ArbeitnehmerInnen die Grenze aber täglich und leisten einen wesentlichen Teil ihrer Arbeit in ihrem Wohnsitzstaat.⁴⁸ Sie sind keine entsandten ArbeitnehmerInnen. Überraschenderweise wird der EuGH für die Arbeitsbedingungen in den ÖBB-Zügen verantwortlich gemacht und kritisiert. Aber sind dafür nicht die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) verantwortlich? Sie hatten es in der Hand, beim eigenen Personal oder durch die vertraglichen Bestimmungen von ausgelagerten Dienstleistungen faire Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.⁴⁹ Zwischen 2010 und 2016 war der nachmalige SPÖ-Bundeskanzler Christian Kern Vorstandsvorsitzender der ÖBB-Holding AG. Die Republik Österreich steht sicherlich auch in der Verantwortung. Sie kann bei einem staatsnahen Unternehmen wie den ÖBB die Arbeitsbedingungen massgebend beeinflussen ebenso die Bedingungen bei der Auslagerung von Dienstleistungen. Dass diese

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110.

⁴⁹ Ich habe die ÖBB angefragt, ob sie bestätigen können, dass in österreichischen Zügen Personen aus Ungarn für 500 Euro pro Monat arbeiten würden bzw. gearbeitet hätten. Mit Mail vom 11. Mai 2021 beantwortete Lukas Jungwirth vom ÖBB Kundendienst die Frage wie folgt: „Gerne haben wir für Sie nachgefragt: Aktuell sind alle ArbeitnehmerInnen in der Bordgastronomie auf ÖBB-Zügen in Österreich zu dort geltenden Bedingungen beschäftigt. Dies gilt auch für die Zukunft.“

Auslagerungen zu solchen Bedingungen unter einer sozialdemokratisch geführten Regierung erfolgten, ist kein Ruhmesblatt, auch wenn sie rechtlich zulässig waren. Wieso aber der EuGH dafür verantwortlich sein soll, bleibt schleierhaft.

Ein anderer Fall wird auch oft zitiert: Der slowenische Bauunternehmer *Čepelnik* schloss mit einem österreichischen Bauherrn einen Werkvertrag ab über die Durchführung von Bauarbeiten in dessen Haus in Österreich. Der Auftragswert belief sich auf 12'200 Euro. Die Parteien vereinbarten eine Anzahlung in Höhe von 7'000 Euro, die auch geleistet wurde. Bei einer Baustellenkontrolle wurde festgestellt, dass *Čepelnik* die Beschäftigung von zwei entsandten Arbeitnehmern nicht korrekt gemeldet und die Lohnunterlagen für vier entsandte Arbeitnehmer nicht in deutscher Sprache bereitgehalten hatte. Aufgrund dieser Feststellungen verpflichtete die Finanzpolizei den Bauherrn die Zahlungen für die Arbeiten zu stoppen und stattdessen eine Sicherheitsleistung in Höhe des noch ausstehenden Werklohns (5'200 Euro) der Bezirksverwaltungsbehörde zu überweisen. Dagegen erhob der Bauherr keinen Widerspruch und überwies den geforderten Betrag an die Behörde. *Čepelnik* wurde weder befragt noch konnte er Stellung nehmen. Erst Monate später erhielt er Bussbescheide. Dagegen erhob er Beschwerde, die im Zeitpunkt des EuGH-Verfahrens noch nicht entschieden war. Nach Beendigung der Arbeiten verlangte *Čepelnik* vom Bauherrn die Zahlung eines Betrags von 5'000 Euro. Nachdem sich der Bauherr weigerte zu zahlen, erhob *Čepelnik* beim Bezirksgericht Bleiburg Klage. Der Bauherr machte vor Gericht geltend, dass er *Čepelnik* den Betrag von 5'000 Euro nicht mehr schulde, nachdem er eine Sicherheitsleistung von 5'200 Euro an die Bezirksverwaltungsbehörde gezahlt habe. Nach der einschlägigen österreichischen Gesetzgebung hat die Zahlung dieser Sicherheitsleistung nämlich schuldbefreiende Wirkung. Das Bezirksgericht legte dem EuGH die Frage vor, ob eine solche Regelung mit EU-Recht vereinbar sei. Der Gerichtshof kam aus drei Gründen zum Schluss, dass eine solche Regelung unverhältnismässig und damit rechtswidrig (Verstoß gegen Art. 56 AEUV) sei: Er erachtete es erstens als unzulässig, dass eine Sicherheitsleistung auf blossen Verdacht hin angeordnet werden könne, ohne dass eine Rechtsverletzung durch die zuständige Behörde überhaupt verbindlich festgestellt worden sei. Zweitens hat der Dienstleistungserbringer keine Möglichkeit, vor Erlass der betreffenden Massnahme Stellung zu dem ihm vorgeworfenen Sachverhalt zu nehmen. In der schweizerischen Terminologie würde man von einer systematischen Verletzung des rechtlichen Gehörs sprechen. Und drittens bemisst sich die Höhe der Sicherheitsleistung nach dem ausstehenden vertraglich vereinbarten Werklohn und steht damit in keinem Verhältnis zur sicherzustellenden Forderung aus dem nachfolgenden Straf- bzw. Verwaltungsverfahren. Zudem werden bei der Festsetzung der Betragshöhe

etwaige Baumängel oder andere Vertragsverstöße des Dienstleistungserbringers bei der Erfüllung des Werkvertrags nicht berücksichtigt, weshalb die Sicherheitsleistung gegebenenfalls erheblich über dem Betrag liegen kann, den der Auftraggeber nach Beendigung der Arbeiten eigentlich zahlen müsste.⁵⁰ Aus jedem dieser drei Gründe erweist sich die österreichische Regelung als unverhältnismässig. Damit ist nichts über die Zulässigkeit einer Kautions im Allgemeinen gesagt. So aber, wie sie im österreichischen Recht ausgestaltet wurde, verletzt sie EU-Recht. Es ist nicht Sache des Gerichts, dem Gesetzgeber zu sagen, wie er es korrekt machen soll. Man muss also vorsichtig sein mit der Interpretation von Gerichtsurteilen. Ohne genaue Kenntnis des Sachverhalts und der Rechtslage kann man leicht in die Irre geführt werden. Nicht immer sind unliebsame Urteile der urteilenden Instanz anzulasten. Schlecht gemachte Normen ergeben selten gute Ergebnisse.

In zwei neueren Urteilen hatte sich der EuGH zum Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz zu äussern. Polen und Ungarn klagten gegen die Revision der Dienstleistungsrichtlinie von 2018, welche den Grundsatz „gleicher Lohn am gleichen Ort“ umsetzt. Die „protektionistische Wirkung“ dieser Revision widerspreche den Zielen der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, behaupteten die klagenden Staaten, und forderten die neuen Bestimmungen des Entsenderechts für nichtig zu erklären. Der EuGH widersprach dieser Argumentation und billigte dem Unionsgesetzgeber zu, den freien Dienstleistungsverkehr auf einer *fairen Grundlage* sicherzustellen. Das bedeute auch, dass der Wettbewerb in einem rechtlichen Rahmen stattfinden soll, der es verhindert, dass in ein und demselben Mitgliedstaat unterschiedliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten, je nach Ansässigkeit der ArbeitnehmerInnen.⁵¹

Es kann hier nicht der Ort sein, eine vertiefte Analyse der EuGH-Rechtsprechung im Allgemeinen oder im Hinblick auf Arbeitnehmer- und Sozialschutz im Speziellen vorzunehmen. Erst recht soll nicht jedes Urteil des EuGH als „richtig“ oder „unumgänglich“ verteidigt werden. Gerichte fällen zuweilen auch „falsche“ Entscheide. Bei letzten Instanzen ist das besonders schmerzlich. Das kennen wir auch vom Bundesgericht. Sie sind aber der Kritik der Rechtswissenschaften und der weiteren Öffentlichkeit ausgesetzt und finden meist zu einer insgesamt überzeugenden Praxis. Soweit die Fehler in der Rechtsetzung zu suchen sind, ist der Gesetzgeber gefragt. Der EuGH macht da keine Ausnahme. Er ist ein Gericht wie beispielsweise das Bundesgericht.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:1022.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 in der Rechtssache C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001; EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 in der Rechtssache C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000.

VI. „Das unvergleichliche schweizerische System der Lohnkontrollen ist in Gefahr“

Je länger die Diskussion um den Lohnschutz dauerte, umso mehr standen die Kontrollmassnahmen im Vordergrund. Achttageregel oder Kautionspflicht wurden zu Nebenschauplätzen erklärt. Vor allem die Hauptsache, die dichten, sozialpartnerschaftlich organisierten Kontrollen stünden auf dem Spiel. Und damit der Lohnschutz insgesamt. Was hat es damit auf sich?

Es fällt dem Aussenstehenden nicht leicht, das schweizerische System der Lohnkontrollen zu überblicken. Das SECO erstattet jährlich einen Bericht über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union (FlaM-Bericht)⁵² und erklärt jeweils das System: Die Umsetzung der flankierenden Massnahmen wurde verschiedenen Akteuren übertragen. Der Vollzug ist dual ausgestaltet, damit die Kontrollorgane ihre spezifischen Kompetenzen am besten einbringen können. Dual heisst, es wird unterschieden zwischen Branchen mit allgemeinverbindlich erklärtem GAV (ave GAV) und solchen ohne. In Branchen mit ave GAV überwachen die sogenannten Paritätischen Kommissionen (PK) die Einhaltung der Vertragsbestimmungen auch bezüglich entsandter ArbeitnehmerInnen und selbständiger DienstleisterInnen. Sie setzen sich aus Vertretungen der Gewerkschaften und der Arbeitgeberorganisationen zusammen. In Branchen ohne ave GAV kontrollieren die kantonalen tripartiten Kommissionen (TPK) die Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Die TPK sind aus Vertretern der Kantone, der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften zusammengesetzt. Für die TPK sind rund 115 Inspektoren tätig, welche die Kontrollen vor Ort durchführen. Die Anzahl Inspektoren, die für die PK tätig sind, könne man nur schwer schätzen, heisst es im FlaM-Bericht. Sie sind in der Regel sowohl für den ordentlichen Vollzug der ave GAV als auch für die flankierenden Massnahmen zuständig. Weil es offenbar schwierig ist zwischen den beiden Kontrolltätigkeiten zu unterscheiden, werden sie vom Bund pauschal pro Kontrolle entschädigt, welche im Vollzug des Entsendegesetzes stattgefunden hat. Gleichwohl erstaunt es, dass man nicht weiss, wie viele Inspektoren es sind. Eine Schätzung ist offenbar so schwierig, dass sich im FlaM-Bericht auch keine findet. Den Überblick erschweren dürfte die Tatsache, dass die meisten PK ihre Kontrolltätigkeit an sogenannte Kontrollvereine delegiert haben. „Kontrollvereine sind extern beauftragte Organisationen, die für einige oder alle Kontrollen einer oder mehrerer PK sowie TPK zuständig sind. Sie bilden die Flächendimension im Kontrolldispositiv ab, während die zentralen und regionalen paritätischen Kommissionen die Branchendimension abbilden.

⁵² Siehe oben, [Fn. 21](#).

Werden Kontrolltätigkeiten an einen oder verschiedene Kontrollvereine delegiert, ist die zentrale Paritätische Kommission für die Einhaltung von einheitlichen und qualitativ hochwertigen Abläufen bei den Kontrollen von entsandten und selbständigen Dienstleistungserbringern verantwortlich.⁵³ Neben den kantonalen TPK gibt es auch noch eine TPK Bund. Sie beobachtet den Arbeitsmarkt auf nationaler Ebene. Eine ihrer weiteren Aufgaben besteht darin, in jenen Branchen Untersuchungen zu veranlassen, in welchen eine Zunahme von Verstössen gegen die üblichen Lohnbedingungen vermutet wird. Die Kontrollorgane (TPK und PK) melden Verstösse gegen das EntsG an die zuständige kantonale Behörde, damit diese gegebenenfalls die gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsaktionen verfügen kann.

Es versteht sich von selbst, dass in einem solchen System von kantonalen TPK, branchendimensionalen PK und „flächendimensionalen“ Kontrollvereinen mit einer insgesamt nur schwer zu schätzenden Anzahl Inspektoren ein grosses Bedürfnis nach Datenaustausch besteht. Im Frühsommer 2020 konnte die Pilotphase eines Schnittstellen-Konzepts abgeschlossen werden, mit dem der Datenaustausch FlaM (Kontrollvereine – PK – kantonale Behörden) getestet wurde. In einer breiten Konsultation hätten sich die Vollzugsorgane positiv zu den Erfahrungen geäussert und eine flächendeckende Nutzung im Vollzug begrüsst. Aufgrund der Rückmeldungen habe das SECO entschieden, eine Lösung, wie sie in der Pilotphase entwickelt wurde, zur Verfügung zu stellen. Ein entsprechendes Umsetzungsprojekt sei aktuell in Ausarbeitung.⁵⁴ Über einen Zeitplan bezüglich der Ausarbeitung dieses Umsetzungsprojekts wird nichts berichtet.

Die Finanzierung dieses komplexen Systems ist auch nicht ganz einfach zu überblicken. Der Bund bzw. das SECO beteiligt sich finanziell am Vollzug der flankierenden Massnahmen. Die Kantone werden mit 50% der Lohnkosten für die mit den Kontrollen beauftragten Inspektoren entschädigt. Die PK werden ihrerseits über eine Pauschale in der Höhe von CHF 650 je Kontrolle sowie einem Stundentarif von CHF 100 für Spezialkontrollen finanziert. Der Gesamtbetrag für den Bund beläuft sich für das Jahr 2020 auf fast CHF 15'700'000. Davon gingen CHF 7'900'000 an die Kantone und CHF 7'800'000 an die PK. Die Kontrolle der Entsendebetriebe wird abgesehen von den Bundesbeiträgen durch Beiträge finanziert, welche die Entsendebetriebe den PK für den Vollzug des GAV entrichten müssen. Die Pflicht zur Entrichtung dieser Beiträge ist im GAV geregelt und gilt aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung für alle unter den ave GAV fallenden Arbeitgeber und Arbeitnehmenden (auch soge-

⁵³ FlaM-Bericht 2020, 22.

⁵⁴ FlaM-Bericht 2020, 23.

nannte Aussenseiter, d.h. Nichtmitglieder der Verbände, die den GAV abgeschlossen haben). Die Beiträge dürfen nicht zum Zweck der Branchenförderung oder zur Finanzierung von Aktivitäten der Verbände verwendet werden. Die Vollzugskostenbeiträge müssen zudem für die im GAV erwähnten Zwecke eingesetzt werden; eine bedeutende Anhäufung von Mitteln ist untersagt. Rückstellungen sind nur gestattet, wenn sie für bestimmte Projekte notwendig sind. Dem SECO kommt diesbezüglich eine Aufsichtsfunktion zu. Das Ziel der Kontrolltätigkeit besteht darin sicherzustellen, dass die Vollzugskostenbeiträge nicht auf unzulässige Weise verwendet werden und den tatsächlich vorgesehenen Zielen zufließen.⁵⁵

In einem solch heterogenen System kommt dem SECO eine zentrale Funktion der Steuerung und Überwachung zu. Mit seinen bereits erwähnten FlaM-Berichten, aber auch mit weitergehenden Audits und technischen Berichten über die Erfolgsfaktoren (2016 und 2020)⁵⁶ pflegt das SECO das System, indem es Schwachstellen feststellt und mit Aktionsplänen die Weiterentwicklung fördert. Diese Systempflege ist notwendig und nützlich. Es fragt sich aber, ob nach mehr als zehn Jahren nicht eine Evaluation über die Systemgrenzen hinaus gewagt werden sollte. Die Tatsache, dass die unzähligen Schnittstellen und der diesbezügliche Datenaustausch offenbar immer noch weitgehend konventionell bearbeitet werden, deutet auf wenig Innovation hin.

Auf ein besonderes Problem, das auch systemimmanent sein dürfte, weist der Erfolgsfaktoren-Bericht 2020 hin. Im Kanton Zürich wurde in vier avc GAV-Branchen die schriftliche Kontrolle 2017 reorganisiert. Daraufhin ist der Anteil der Betriebe, gegenüber denen die jeweilige PK eine Sanktion verhängte, in den Jahren 2018/19 im Vergleich zu den Vorjahren stark zurückgegangen. Wurden in diesen Branchen in den Jahren 2015–2017 35% der Betriebe sanktioniert, waren es in den Jahren 2018 und 2019 noch 9%. Ein enormer Rückgang, der sich mit einer Verhaltensänderung der betroffenen Betriebe nur schwer erklären lässt. Der Bericht führt dazu aus: „Diese Änderung ist gemäss unseren Informationen teilweise auf die Reorganisation des mit der schriftlichen Kontrolle beauftragten Sekretariats zurückzuführen. Die präzisen Gründe für den starken Rückgang des Anteils der Verstösse wurden nicht untersucht, nach unseren Informationen kann ein Teil des Unterschieds jedoch darauf zurückzuführen zu sein, dass die Kontrollphilosophie geändert hat, bzw. das frühere

⁵⁵ FlaM-Bericht 2020, 21.

⁵⁶ Abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/erfolgsfaktorenberichte/erfolgsfaktorenbericht_2020.html> (Erfolgsfaktoren-Bericht 2020).

Sekretariat einen repressiveren Ansatz verfolgte als die heute für die Kontrolle zuständigen Stellen. Der markante Unterschied zwischen den Anteilen der Verstösse zwischen den Perioden 2015/16/17 und 2018/19 scheint uns den beträchtlichen Interpretationsspielraum der Vorgaben des SECO durch die PK beim Lohnvergleich und der Feststellung von Verstössen zu illustrieren, und die Auswirkungen hinsichtlich der Sanktionen, welche mehr oder weniger repressive Ansätze gegenüber den ausländischen Betrieben haben können.⁵⁷ Ob ein Betrieb sanktioniert wird oder nicht, hängt demnach mehr von der „Kontrollphilosophie“ der zuständigen Stelle ab, als vom Verhalten des Betriebs. Der Grund liegt offenbar im Interpretationsspielraum der PK beim Lohnvergleich. Das ist für die Glaubwürdigkeit des Systems sehr problematisch. Es wird denn auch vorgeschlagen, die Auswirkungen von Interpretationsunterschieden bei der Untersuchung auf die Ergebnisse des Lohnvergleichs zu vertiefen und längerfristig, wenn möglich, den Interpretationsspielraum in diesem Bereich zu reduzieren.⁵⁸ Diese grundsätzliche Problematik kann sowohl bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Kontrolldichte relevant sein als auch Folgen für die Diskussion im Geschichtlichen Ausschuss als auch in Rechtsstreitigkeiten haben. Die vorgeschlagene Untersuchung scheint deshalb dringlich.

Das gemischt staatlich und sozialpartnerschaftlich konzipierte System hat sicherlich Vorteile, vor allem hinsichtlich der Akzeptanz. Gerade weil es von unterschiedlichen Akteuren getragen wird. Insgesamt scheint es einen wirksamen Lohnschutz gewährleisten zu können. Es hat aber auch seinen Preis. Es bedarf erheblicher Anstrengungen und Massnahmen der Systempflege, damit es effizient und effektiv ist. Der offenbar grosse Interpretationsspielraum der PK beim Lohnvergleich müsste im Sinne der Systempflege rasch untersucht und gegebenenfalls beseitigt werden. Dem SECO kommt eine wichtige Rolle zu. Dabei ist es einerseits selber Akteur (die TPK Bund wird vom zuständigen Vize-Direktor des SECO geleitet) und gleichzeitig Kontrollinstanz über das System. Aus Governance-Gründen ist das nicht unproblematisch und müsste allenfalls überdacht werden.

Die Gewerkschaften halten das System für einen unverzichtbaren Garant eines wirksamen Lohnschutzes und befürchten, die EU wolle sich dagegen stellen. Die EU-Kommission betonte ihrerseits, dass sie zu Klarstellungen bereit sei, in Bezug auf die Möglichkeit der Schweiz zusätzliche Verwaltungs- und Kontrollmassnahmen einzuführen, sowie in Bezug auf die Freiheit der Schweiz die Häufigkeit und Organisation der Kontrollen zu bestimmen. Alles immer – so das Mantra – unter Wahrung der Nichtdiskriminierung und der

⁵⁷ Erfolgsfaktoren-Bericht 2020, 93.

⁵⁸ Erfolgsfaktoren-Bericht 2020, 93.

Verhältnismässigkeit.⁵⁹ Der Befund des Erfolgsfaktoren-Berichts 2020 betreffend Interpretationsspielraum wirft Fragen bezüglich der Nichtdiskriminierung und Verhältnismässigkeit gemäss FZA auf. Fragen aber, denen auch aus Gründen der internen Systempflege unabhängig von einem EU-Standpunkt nachzugehen ist.

VII. „Die EU kann nicht zur sozialen Marktwirtschaft werden“

Die bisher untersuchten „Nebenschauplätze“ können die gewerkschaftliche Position nicht befriedigend erklären. Vor allem hat mich zunehmend verwundert, dass die Stellungnahme zum InstA nicht von der Erfüllung zusätzlicher gewerkschaftlicher Forderungen abhängig gemacht wurde im Bereich der flankierenden Massnahmen, die sich auf das innerstaatliche Recht stützen. Es wäre doch auf der Hand gelegen, hier etwas herauszuholen, weil es auf die Unterstützung der Gewerkschaften entscheidend ankam. Sie wollten das aber nicht. Was sind die Gründe?

Erst *Wolf Linder*, Doyen der schweizerischen Politologie, hat mich aufgeklärt. In einem Essay in der Weltwoche hat er schon 2018 erklärt, „Rechsteiner hat recht“. Die EU schwäche die soziale Marktwirtschaft.⁶⁰ Aufgrund des etwas abseitigen Publikationsorts ist die Botschaft erst verspätet über mich gekommen. Linder bezieht sich auf den „renommierten deutschen Politikwissenschaftler Fritz Scharpf, der nachgewiesen habe, weshalb die EU nicht zur sozialen Marktwirtschaft werden könne“.⁶¹ Die Argumentation geht vereinfacht so: Die überragende Rolle des EuGH (hier haben wir sie wieder!) habe dazu geführt, dass durch Richterrecht aus den Grundfreiheiten des Binnenmarkts Individualrechte geworden und soziale Schranken der Wirtschaftsfreiheit in den nationalen Gesetzen unwirksam geworden seien. Es habe eine „Dynamik der negativen Integration“ eingesetzt. Negativ im Sinne von Negation sozialstaatlicher Schranken. Eine positive Integration müsste das unwirksam gewordene staatliche Recht durch Regelungen auf europäischer Ebene ersetzen. Das könne nicht durch Richterrecht, sondern nur durch die europäische Gesetzgebung erreicht werden. Diese aber sei auch nach dem Übergang zu Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit im Ministerrat nur im

⁵⁹ Siehe oben, [Fn. 4](#).

⁶⁰ Linder Wolf, Rechsteiner hat recht - Der Gewerkschaftspräsident hat ein mutiges Warnzeichen gesetzt. Er weiss, dass die EU die soziale Marktwirtschaft schwächt, Essay in der Weltwoche 39.18, <https://wwz.unibas.ch/fileadmin/user_upload/wwz/99_WWZ_in_den_Medien/2018_09_27_Schutz_vor_Lohnschutz.pdf>.

⁶¹ Scharpf Fritz, Weshalb die EU nicht zur sozialen Marktwirtschaft werden kann, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 7 (3-4), 2009, 419 ff.

breiten Konsens möglich. Deshalb könne sie nach wie vor durch gravierende Interessenkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten oder zwischen diesen und der Kommission oder dem Europäischen Parlament blockiert werden. Das Ergebnis sei eine fortschreitende Beschränkung des Handlungsspielraums der demokratisch legitimierten Politik in den Mitgliedstaaten, während die europäische Politik diesen Verlust an politischer Handlungsfähigkeit nicht ausgleichen könne. In dieser Sichtweise kann die EU strukturell nicht zur sozialen Marktwirtschaft werden, auch wenn der Lissabon-Vertrag sie dazu verpflichtet. Eine trostlose Aussicht für alle sozialpolitisch engagierten Menschen, die in der Überwindung des Nationalstaats durch die europäische Integration ein Projekt mit Zukunft sehen. Aber hat Scharpf wirklich recht?

Seine These wäre vielleicht zutreffend, wenn die europäische Politik in der von ihm vorhergesagten Weise blockiert geblieben wäre. Wenn die Organe der europäischen Gesetzgebung (Kommission, Parlament und Rat) insbesondere im Sozialbereich entscheidungsunfähig geblieben wären. Ist dem so? Wenn man sich den Aktionsplan zur europäischen Säule der sozialen Rechte von der Europäischen Kommission ansieht und die darin enthaltenen konkreten Massnahmen analysiert, kommt man zu einem gegenteiligen Schluss.⁶² Neben einer Vielzahl von Berichten und Aktionsplänen gehören auch ganz konkrete Gesetzgebungsprojekte dazu, wie z.B. der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union.⁶³ Hier ist eine Sozialgesetzgebung in Arbeit, die jedenfalls für schweizerische Verhältnisse beeindruckend ist. Und es gibt keine Anzeichen, dass sie blockiert werden könnte.⁶⁴ Auch die dargelegte Rechtsentwicklung im Entsendebereich⁶⁵, die ja teilweise auch eine Antwort auf die Rechtsprechung des EuGH war, widerlegt die These von Scharpf eindeutig. Das heisst nicht, dass jeder Gesetzgebungsakt im Sinn der Gewerkschaften oder der politischen Linken

⁶² Abrufbar unter <<https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/de/index.html>>.

⁶³ Abrufbar unter <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52020PC0682>>.

⁶⁴ Inzwischen wird eine anders geartete Kritik an der EU und wiederum am EuGH vorgebracht: Der ehemalige deutsche Bundesverfassungsrichter Hans-Jürgen Papier moniert eine europäische „Rechtsetzungsmaschine“, die mit immer höherem Tempo laufe und deshalb auch zu immer mehr Urteilen des EuGH führe, Kissler Alexander, „Das demokratische Prinzip darf nicht angetastet werden“: Hans-Jürgen Papier befürchtet eine schleichende Aushöhlung des nationalen Rechts, NZZ vom 25. Juli 2021, 2.

⁶⁵ Siehe oben, [IV. ff.](#)

ausfällt. Aber es gibt offensichtlich keine „strukturelle Blockade“ der Sozialgesetzgebung in der EU. Die EU ist auf dem Weg zur sozialen Marktwirtschaft.⁶⁶

Die EU hat im Nachgang zur Finanzkrise 2008, die sich zu einer Euro-Krise entwickelte, lange gebraucht, um adäquate Antworten zu finden. Sie musste erst Methoden entwickeln, um auf unvorhergesehene Situationen mit politischen Massnahmen reagieren zu können. Die bewährte „Regelpolitik“ musste erst durch eine „Ereignispolitik“ abgelöst werden.⁶⁷ Die EU von 2021 ist nicht die EU von 2009. Scharpf analysierte im besseren Fall eine zeitgebundene Situation, keinen dauerhaften strukturellen Charakter der Union. *Luuk van Middelaar* stellt fest, dass die Union im ersten Jahr der Pandemie dynamische Spannkraft bewiesen habe. Nach Konflikten, Misstrauen und Fehlschlägen wurden ungeahnte Kräfte mobilisiert und gewaltige Veränderungen in Gang gebracht. Die EU ist vom Marktregulator zum Ereignisbewältiger geworden.⁶⁸

Die so oft totgesagte EU, die von Krise zu Krise taumelt, hat gerade in den letzten beiden Jahren bewiesen, dass sie politikfähig ist. Auch für ein soziales Europa ist die EU der richtige Ort. Eine Re-nationalisierung der Sozialpolitik hat keine Zukunft.⁶⁹

⁶⁶ Kappeler Beat kommt zu einem ähnlichen Befund, jedoch mit einer aufgrund seiner heutigen wirtschaftspolitischen Haltung weit weniger positiven Beurteilung: Mit Mehrheitsentscheiden würden immer mehr EU-Vorschriften folgen, so über maximale Arbeitszeiten, über Mitbestimmung, über die Arbeit auf Schiffen, über bezahlte Arbeitswege, Finanzdienste, Versicherungen, über die Rückerstattung von Auktionserlösen an Künstler. Die EU sei nicht einem „race to the bottom“ gefolgt, sondern einer „strategy of raising rivals' costs“, was der ehemalige Sekretär des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds zutiefst zu bedauern scheint, Kappeler Beat, Die EU ist anders als vor dreissig Jahren - es wäre an der Zeit, dass man den Wandel hin zum Zentralismus in der Schweiz endlich zur Kenntnis nimmt, NZZ vom 18. August 2021, 19.

⁶⁷ So Van Middelaar Luuk, Das europäische Pandämonium, Was die Pandemie über den Zustand der EU enthüllt, 1. A., Berlin 2021 (zit. Van Middelaar, Das europäische Pandämonium).

⁶⁸ Van Middelaar, Das europäische Pandämonium, 144 f.

⁶⁹ Auch aus wirtschaftstheoretischer Sicht kann in EU-weiten Regelungen - entgegen der Auffassung von Beat Kappeler - eine Notwendigkeit gesehen werden. So kommt Hans Werner Sinn, The selection principle and market failure in systems competition, Journal of Public Economics, 1997, zum Schluss, dass der Wettbewerb zwischen nationalen Regulierungssystemen (Regierungen) dem Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen nicht ähnelt, weil Regierungen eine Vielzahl von wirtschaftlichen Aktivitäten durchführen, die von Wettbewerbsmärkten nicht zufriedenstellend bewältigt werden können. Da die Regierungen dort eingegriffen haben, wo die Märkte versagt haben, ist kaum zu erwarten, dass die Wiedereinführung eines Marktes durch die Hintertür eines nationalen Systemwettbewerbs funktionieren wird. Es ist wahrscheinlich, dass dies zu der gleichen Art von Marktversagen führt, die das Eingreifen des Staates überhaupt erst gerechtfertigt hat.

Schlussfolgerungen

- I. Flankierende Massnahmen sind im Zusammenhang mit der „europäischen“ Personenfreizügigkeit bzw. der Dienstleistungsfreiheit aus sozialpolitischer Sicht unerlässlich. Sie können aber nicht in der alleinigen Zuständigkeit der Nationalstaaten belassen werden. Ein diesbezüglicher „Systemwettbewerb“ würde als „race to the bottom“ zur Aushöhlung der entsprechenden Schutzwirkung führen. Die Forderung der europäischen Gewerkschaften nach weitergehenden Regelungen auf EU-Ebene, um die zum Teil recht unterschiedliche Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen, ist in ihrer Logik folgerichtig. Die Forderung der schweizerischen Gewerkschaften nach einem eigenständigen „schweizerischen Lohnschutz“ könnte in einer engen Binnensicht allenfalls dann Sinn machen, wenn diese nationalen Regelungen eine wesentlich wirksamere Schutzwirkung entfalten würden (dazu IV.). Als allgemeines Prinzip und aus einer Gesamtsicht kann eine solche Haltung aber nicht zielführend sein. Sie ist sogar kontraproduktiv. Der Kampf um wirksame Lohnschutzmassnahmen kann nur im europäischen Kontext erfolgreich sein. Eine „Immunsierung“ der schweizerischen Lohnschutzmassnahmen gegenüber der europäischen Rechtsentwicklung ist aus dieser Sicht keine sinnvolle Forderung.
- II. Die flankierenden Massnahmen bestehen aus zwei Teilen: einerseits den Regelungen über Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen und über die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und andererseits den Regelungen für die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Entsendegesetz (EntsG). Der erste Teil stützt sich allein auf das innerstaatliche Recht und bezieht sich auf den ganzen schweizerischen Arbeitsmarkt über den Bereich der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hinaus. Für den zweiten Teil verpflichtete sich die Schweiz im FZA, eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem schweizerischen Entsenderecht und dem Unionsrecht⁷⁰ anzustreben. Die flankierenden Massnahmen stehen auch unter dem Vorbehalt des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA. Ob diese vertraglichen Verpflichtungen mit einzelnen 2004 neu eingeführten Massnahmen im EntsG (insbesondere Achttageregelung und Kautionspflicht) verletzt werden, ist zwischen der Schweiz und der EU strittig. Ob und wieweit diese strittigen Massnahmen für die Wirksamkeit des Lohnschutzes entscheidend sind, ist auch umstritten. Die Ausführungen des Bundesrates in der diesbezüglichen Botschaft lassen aber zumindest für die Kautions-

⁷⁰ Richtlinie 96/71/EG.

pfligt den Schluss zu, dass sie keine entscheidende Bedeutung für die Wirksamkeit des Lohnschutzes hat. Im Laufe der Debatte um das Rahmenabkommen wurden beide Punkte auch von den Gewerkschaften als „Nebenschauplätze“ bezeichnet. Ob die Regelungen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesgericht Bestand haben würden, ist unsicher. Wie das Bundesgericht auch entscheiden wird, wird es sich Anfeindungen von verschiedener Seite aussetzen. Staatspolitisch ist das höchst unerwünscht. Mit dem Institutionellen Rahmenabkommen (InstA) wären sie in modifizierter Form völkerrechtlich gesichert worden. Die Modifikationen (vier Arbeits- statt acht Wochentage und Kautionspflicht nur für säumige Unternehmen aber auch zur Sicherstellung von verwaltungsrechtlichen Bussgeldforderungen) hätten die Wirksamkeit der Massnahmen nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Eine Ablehnung des InstA aus diesem Grund ist deshalb keine nachvollziehbare Haltung.

- III. Flankierende Massnahmen und Personenfreizügigkeit bzw. Dienstleistungsfreiheit bedingen sich gegenseitig. Das heisst aber auch, dass die flankierenden Massnahmen verhältnismässig sein müssen und nicht diskriminieren dürfen. Sie müssen geeignet und erforderlich sein für den Lohnschutz, aber keinen „Gewerbenschutz“ bezwecken im Sinne einer Abhaltung unliebsamer Konkurrenz. Mit einem zu schwachen, unwirksamen Lohnschutz werden die ArbeitnehmerInnen-Interessen verletzt und die Gewinninteressen der *auswärtigen Firmen* bevorzugt. Mit einem diskriminierenden und unverhältnismässigen Lohnschutz werden die KonsumentInnen-Interessen (Preisniveau) verletzt und die Gewinninteressen der *einheimischen Firmen* bevorzugt. Beides ist unerwünscht. Es ist deshalb legitim, dass die Kommission als „Hüterin des Binnenmarktes“ beide Aspekte im Auge hat. Das schweizerische Binnenmarktgesetz verfolgt eine gleiche Zielsetzung. Es ist nicht nachvollziehbar, dass man diese Zielsetzung der EU zum Vorwurf macht, sie aber gleichzeitig im innerstaatlichen Recht auch verfolgt.
- IV. Das EU-Recht hat sich (auch) im Bereich des Lohnschutzes stark weiterentwickelt. Die Durchsetzungsrichtlinie und die Revision der Entsende richtlinie haben Lücken im Schutz der ArbeitnehmerInnen-Interessen geschlossen. Aus einem Minimalschutz mit Plafond ist ein Lohnschutz nach dem Prinzip „gleicher Lohn am gleichen Ort“ geschaffen worden. Hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verwaltungszusammenarbeit bringen sowohl das Binnenmarkt-Informationssystem als auch die Schaffung einer Europäischen Arbeitsbehörde (ELA) wesentliche Verbesserungen. Darüber hinaus werden im Rahmen des Aktionsplans zur europäischen Säule der sozialen Rechte nicht nur eine Vielzahl von Berichten und Aktionsplänen erstellt, sondern auch ganz konkrete Gesetzgebungsprojekte

initiiert, wie z.B. der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union. Die vorgeschlagene Richtlinie soll unter anderem darauf abzielen, die Abdeckung durch Tarifverträge zu erhöhen. Die Mitgliedstaaten sind aufgefordert, Massnahmen zu ergreifen, um die Fähigkeit der Sozialpartner zur Aufnahme von Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung zu fördern und konstruktive, zielführende und fundierte Lohnverhandlungen anzuregen. Weiter sind Bestimmungen vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern die erforderlichen Massnahmen ergreifen, um einen wirksamen Zugang der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum gesetzlichen Mindestlohnschutz zu gewährleisten. Die erforderlichen Massnahmen würden insbesondere darin bestehen, das Kontroll- und Inspektionssystem zu stärken, Leitlinien für die Durchsetzungsbehörden bereitzustellen und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angemessen über geltende gesetzliche Mindestlöhne zu informieren. Es würde sich lohnen, die bereits geltenden und die im Gesetzgebungsprozess befindlichen EU-Bestimmungen im Bereich Lohn- bzw. ArbeitnehmerInnen-schutz mit jenen der Schweiz detailliert zu vergleichen. Vieles deutet darauf hin, dass das EU-Schutzniveau jedenfalls nicht geringer ist als das schweizerische. Das FZA bezieht sich aufgrund seiner statischen Ausgestaltung aber immer noch nur auf die Entsenderichtlinie von 1996. Darin zeigt sich exemplarisch die Problematik der grundsätzlich statischen Bilateralen Verträge.

- V. Das schweizerische Kontrollsystem der flankierenden Massnahmen ist sehr heterogen ausgestaltet und wird sowohl von staatlichen als auch sozialpartnerschaftlichen Instanzen getragen. Ein solches System hat Vorteile vor allem hinsichtlich der Akzeptanz und kann sicherlich wirksam ausgestaltet werden. Es hat aber auch seinen Preis. Es bedarf erheblicher Anstrengungen und Massnahmen der Systempflege, damit es effizient und effektiv ist. Dass der Informationsaustausch zwischen den Akteuren offenbar noch nicht digital vorgenommen werden kann, erstaunt und erinnert an das schweizerische Gesundheitssystem, das dem Faxgerät ein besonders langes Überleben zu sichern vermochte. Der offenbar grosse Interpretationsspielraum der Paritätischen Kommissionen (PK) beim Lohnvergleich müsste im Sinne der Systempflege rasch untersucht und gegebenenfalls beseitigt werden. Dem SECO kommt eine wichtige Rolle zu. Dabei ist es einerseits selbst Akteur (die TPK Bund wird vom zuständigen Vizedirektor des SECO geleitet) und gleichzeitig Kontrollinstanz über das System. Aus Governance-Gründen ist das nicht unproblematisch und müsste allenfalls überdacht werden. Die Finanzierung dieses komplexen Systems ist unübersichtlich. Der Bund, die Kantone und die Arbeitge-

berfirmen beteiligen sich daran. Dass im FlaM-Bericht des SECO die Anzahl Inspektoren, die für die PK tätig sind, nicht angegeben werden kann, erstaunt. Immerhin werden sie mit einem Pauschalbetrag pro Kontrolle vom Bund mitfinanziert. Wieweit die PK bzw. die „Kontrollvereine“, denen die praktische Kontrolltätigkeit von den PK delegiert wird, über ihre finanziellen Verhältnisse öffentlich Rechenschaft ablegen, ist aufgrund des FlaM-Berichts nicht ersichtlich. Auch wenn dieses System wirksam ausgestaltet werden kann, bestehen begründete Zweifel, dass es für andere europäische Staaten Modellcharakter haben könnte. Auch wird sich nicht behaupten lassen, dass sich keine anderen ebenfalls wirksamen Kontrollsysteme denken lassen. Bezüglich der Wahrung der notwendigen Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit stellt das heterogene System eine besondere Herausforderung dar. Es fragt sich, ob nach mehr als zehn Jahren das bestehende Kontrollsystem nicht grundsätzlich evaluiert werden sollte.

In der Reihe Standpunkte veröffentlicht EIZ Publishing Stellungnahmen zu aktuellen politischen Entwicklungen, insbesondere im Bereich der Europäischen Integration, der Beziehungen der Schweiz zur EU und im Europäischen Wirtschaftsrecht. Verfasser der Standpunkte sind Vertreter der nationalen und internationalen Wirtschaft, Wissenschaft und Politik. Das EIZ bietet mit dieser Reihe ein Forum für Beiträge und Interventionen zu aktuellen Debatten.