

Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung

Astrid Epiney/Lena Hehemann

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Lena Hehemann, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, 26 S., Jusletter vom 8. April 2019.

Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Am 7.12.2018 veröffentlichte der Bundesrat den Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (InstA). Seitdem werden diverse Aspekte des InstA intensiv diskutiert, wobei u.a. die Frage nach den Implikationen des InstA für das Entsenderecht in der Schweiz breiten Raum einnimmt. Nachfolgend wird die Tragweite des Entsenderechts in der Union skizziert, um auf dieser Grundlage den Implikationen des InstA für das Entsenderecht in der Schweiz nachzugehen. Der Beitrag kommt zum Schluss, dass der diesbezügliche Handlungsspielraum der Schweiz deutlich weniger weit beschränkt wird als vielfach angenommen.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zur Regelung der Arbeitnehmerentsendung in der EU
 - 1. Grundlagen der unionsrechtlichen Entsenderegelungen
 - a) Zur Entsenderichtlinie 96/71
 - b) Zur Durchsetzungsrichtlinie (RL 2014/67)
 - 2. Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie 2018
 - a) Zum Hintergrund
 - b) Zu den wesentlichen Änderungen
- III. Zur Tragweite der unionalen Entsenderegelungen in der Schweiz
 - 1. Zur Arbeitnehmerentsendung im Rahmen des FZA
 - a) Allgemeine Grundlagen
 - b) Die flankierenden Massnahmen
 - 2. Zur Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung
 - 3. Konvergenzen und Divergenzen zwischen den flankierenden Massnahmen und dem unionalen Entsenderecht
- IV. Fazit

I. Einleitung

Seit der Veröffentlichung des Entwurfs des Rahmenabkommens bzw. des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (InstA) am 7. Dezember 2018 werden diverse Aspekte des Entwurfs diskutiert, wobei u.a. die Frage nach den Implikationen der im Entwurf grundsätzlich vorgesehenen dynamischen Übernahme von Weiterentwicklungen des EU-Rechts in den Rahmen der erfassten sektoriellen Abkommen für die sog. flankierenden Massnahmen und damit das Entsenderecht Gegenstand besonders intensiver Diskussionen ist.

Dies soll zum Anlass genommen werden, unter (weitgehender) Aussparung der sonstigen (wichtigen) Aspekte des InstA¹ nachfolgend einerseits die Tragweite des Entsenderechts in der Union (unter Einbezug der kürzlich erfolgten Modifikationen) zu skizzieren (II.), um auf dieser Grundlage die Rechtslage im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA)² zu erörtern, dies unter Einbezug der im InstA enthaltenen Vorgaben (III.). Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Fazit (IV.).

II. Zur Regelung der Arbeitnehmerentsendung in der EU

Um die Tragweite des EU-Entsenderechts für die Schweiz bewerten zu können, sollen einleitend dessen Grundlagen in den Blick genommen werden. In den Vordergrund werden zunächst die ursprüngliche Fassung aus dem Jahr 1996 sowie die das Regelwerk ergänzende Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 gerückt (1.). Im Anschluss wird die Reform der Entsenderichtlinie vom 23. Mai 2018 näher beleuchtet, wobei insbesondere die wesentlichen Änderungen hervorgehoben werden (2.). Von einer umfassenden Analyse der revidierten Entsenderichtlinie ist dabei abzusehen;³ vielmehr werden nur die für die Schweiz relevanten Bestimmungen aufgezeigt und einer vertieften Analyse unterzogen, die sodann als Grundlage für die Untersuchung der Tragweite der unionalen Entsenderegelungen in der Schweiz dienen.⁴

¹ Vgl. den Text des Abkommens sowie die Erläuterungen des Bundesrates unter <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf>. S. ansonsten zum Abkommen ASTRID EPINEY, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17.12.2018.

² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen), SR 0.142.112.681.

³ Zur Revision der Entsenderichtlinie s. u.a. KARL RIESENHUBER, Die Änderungen der arbeitsrechtlichen Entsenderichtlinie, NZA 2018, 1433 ff.; MANUEL KELLERBAUER, Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?, EuZW 2018, 846 ff.; GUNTHER MÄVERS, Reform der Arbeitnehmerentsenderichtlinie – ein erster Überblick, ArbRAktuell 2018, 463 ff.. Mit Blick auf die Schweiz s. KURT PÄRLI (Hrsg.), Entsendegesetz. Kommentar, Bern 2018.

⁴ Unten III.

1. Grundlagen der unionsrechtlichen Entsenderegelungen

Die Zunahme der grenzüberschreitenden Entsendungen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen innerhalb der EU veranlasste den Unionsgesetzgeber, sich der Regelung dessen anzunehmen. Am 24. September 1996 verabschiedete er die Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (RL 96/71; a). Um die Durchsetzung der Bestimmungen der Entsenderichtlinie zu verbessern, wurde darüber hinaus die sog. Durchsetzungsrichtlinie (RL 2014/67), die von den Mitgliedstaaten per Juni 2016 umzusetzen war, erarbeitet und erlassen (b). Auf dieser Grundlage stellt sich dann auch die Frage nach dem Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten, insbesondere in Bezug auf strengere Massnahmen (c).

a) Zur Entsenderichtlinie 96/71

Das primäre Ziel der Entsenderichtlinie (RL 96/71)⁵ liegt in der Förderung eines fairen grenzüberschreitenden Wettbewerbs, dem Abbau von Hindernissen im freien Personen- und Dienstleistungsverkehr und der Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping (vgl. Erw. 1, 5, 13, 14 RL 96/71).⁶ Im Vordergrund stehen mit anderen Worten die Schaffung angemessener Arbeitsbedingungen sowie die Gewährleistung funktionierender Wettbewerbsbedingungen. Wettbewerbsverzerrungen, die aufgrund unterschiedlicher Lohnniveaus sowie Arbeitnehmerschutzmassnahmen im Rahmen von Arbeitnehmerentsendungen entstehen, sowie sonstige Hindernisse im Personen- und Dienstleistungsverkehr sollen vermieden bzw. beseitigt werden. Dabei stellen die Vorgaben der Entsenderichtlinie betreffend die für entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen geltenden Verpflichtungen einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar. Ein solcher Eingriff kann jedoch durch den Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt werden.⁷

Der Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich laut Art. 1 auf alle Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat («Herkunftsland»), die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitskräfte in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates («Aufnahmeland») entsenden, wobei nach Art. 1 Abs. 3 RL 96/71 ein grenzüberschreitender Bezug vorliegen muss.

Der Kern der Entsenderichtlinie liegt in Art. 3 RL 96/71, der die einzelnen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen definiert, die einer entsandten Arbeitskraft unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren nationalen Recht zu garantieren sind. Gemäss dessen Abs. 1 sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die Unternehmen im Aufnahmestaat dem entsandten Arbeitnehmer bzw. der entsandten Arbeitnehmerin die gleichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren wie den «heimischen» Arbeitskräften, wobei die von dieser Verpflichtung betroffenen Bedingungen im Einzelnen aufgeführt sind und entweder durch

⁵ RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

⁶ Vgl. KOM(91) 230 endg.; dazu m.w.N. STEFFEN GÖRRES, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU, Wien 2003, 105 f.

⁷ ASTRID EPINEY/PATRIZIA ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz EG, Freiburg 2009, 18 f., 25 ff.; RIESENHUBER, NZA 2018 (Fn. 3), 1433 (1434).

Rechts- oder Verwaltungsvorschrift oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt sein müssen. Erfasst sind insbesondere Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohn, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften (Leiharbeit), Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmassnahmen im Rahmen der Beschäftigung von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Gleichbehandlung der Geschlechter sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a–g RL 96/71). Insgesamt soll auf diese Weise sichergestellt werden, dass ein gewisser Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmass an Schutz im Aufnahmemitgliedstaat in jedem Fall zu beachten ist.⁸

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der RL 96/71 zwar keine materiell-rechtliche Harmonisierung der zu beachtenden zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmass an Schutz zu entnehmen;⁹ allerdings stelle sie eine vollständige Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Bestimmungen betreffend die Rechtsstellung entsandter Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping dar, so dass die Richtlinie diejenigen Aspekte, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten den im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Vorschriften Vorrang einräumen können, abschliessend umschreibe.¹⁰ Der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Formulierung weitergehender Vorgaben ist demnach begrenzt, wobei aber die einzelnen Bestimmungen der Richtlinie den Mitgliedstaaten durchaus einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumen bzw. nicht immer in Bezug auf alle Aspekte eine abschliessende Regelung enthalten; im Einzelnen ist die genaue Tragweite der Vorgaben der RL 96/71 für die Reichweite des mitgliedstaatlichen Spielraums mitunter umstritten und regelmässig Gegenstand von Urteilen des EuGH, wobei der Gerichtshof den Spielraum der Mitgliedstaaten in jüngeren Urteilen eher weit fasst.¹¹

b) Zur Durchsetzungsrichtlinie (RL 2014/67)

Mit der sog. Durchsetzungsrichtlinie (RL 2014/67)¹² soll der effektiven Beachtung der RL 96/71 Vorschub geleistet werden, und die Standards für die Durchsetzung und Kontrolle der Vorgaben der Entsenderichtlinie sollen bis zu einem gewissen Grad harmonisiert werden. Die Notwendigkeit effektiver Kontrollen erschliesst sich vor dem Hintergrund mitunter beträchtlicher Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf das Lohn- und Arbeitnehmerschutzniveau, eine Problematik, die sich im Zuge des EU-Beitritts neuer Mitgliedstaaten, die häufig

⁸ S. so EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry), ECLI:EU:C:2015:86.

⁹ EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry), ECLI:EU:C:2015:86.

¹⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2008:350; EuGH, Rs. C-314/05 (Laval), ECLI:EU:C:2007:809; EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert), ECLI:EU:C:2008:189.

¹¹ S. insbesondere EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry), ECLI:EU:C:2015:86; EuGH, Rs. C-115/14 (RegioPost), ECLI:EU:C:2015:760 (Reichweite des Begriffs des Mindestlohns, der in diesen Urteilen eher weit ausgelegt wird); aus der älteren Rechtsprechung EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert), ECLI:EU:C:2008:189. S. sodann EuGH, Rs. C-586/13 (Martin Meat), ECLI:EU:C:2015:405 (Begriff der Arbeitskräfteüberlassung)

¹² RL 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2014 L 159, 11.

ein wesentlich niedrigeres Lohn- und Arbeitnehmerschutzniveau aufweisen, besonders deutlich gezeigt hat.¹³ In diesem Sinn soll die Durchsetzungsrichtlinie die effektive Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der Entsendegesetzgebung in der Union gewährleisten.

Die Durchsetzungsrichtlinie sieht zu diesem Zweck Instrumente zur Bekämpfung von Betrug und Missbrauch sowie zur Verbesserung der administrativen Zusammenarbeit zwischen den für Entsendungsfragen zuständigen nationalen Behörden vor (Art. 4, 6 ff. RL 2014/67). So geben es die in der Richtlinie verankerten Instrumente den Behörden auf, zu eruieren, ob eine Entsendung im Einzelfall vorliegt oder ob die Arbeitskraft allein für den Einsatz im Aufnahmestaat eingestellt wurde, womit die Entsenderegelungen missbräuchlich zur Anwendung kämen. Die Behörde im Aufnahmeland kontrolliert in Verdachtsmomenten zunächst, ob das entsendende Unternehmen tatsächlich im Ausland (dem Herkunftsland) tätig ist und nur eine vorübergehende Dienstleistung im Aufnahmestaat erbringt (Art. 4 Abs. 2 RL 2014/67). Im Anschluss stellt die Behörde fest, ob der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin überwiegend im Herkunftsland tätig ist und nur vorübergehend für eine bestimmte Dienstleistung in das Aufnahmeland entsandt wird (Art. 4 Abs. 3 RL 2014/67).¹⁴

Die Informationen über die nationalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäss Art. 3 RL 96/71 sind entsprechend öffentlich zugänglich zu machen, um den betroffenen Stellen die Ausübung ihrer Kontrollpflichten betreffend die Einhaltung der Bestimmungen zu vereinfachen (Art. 4 RL 2014/67). Die Verwaltungszusammenarbeit und die gegenseitige Amtshilfe im Hinblick auf die grenzüberschreitende Durchsetzung von finanziellen Verwaltungsanktionen oder sonstigen Geldbussen werden sodann durch die Nutzung des Binnenmarkt-Informationssystems (IMI)¹⁵ gestärkt (vgl. Art. 13 ff., 21 RL 2014/67).

Welche konkreten Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen zulässig sind, ist im Einzelfall zu entscheiden. Art. 9 Abs. 1 RL 2014/67 enthält einen exemplarischen und damit nicht abschliessenden Katalog zulässiger Massnahmen: Ein Mitgliedstaat kann bspw. zur Anwendung und Durchsetzung der Bestimmungen zur Entsendung von Arbeitskräften eine Meldeflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a RL 2014/67 vorsehen, in der eine Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde abgegeben wird, die bestimmte Informationen zur Kontrolle der Sachlage am Arbeitsplatz enthält (z.B. Identität des Dienstleistungserbringers, Dauer der Entsendung, Angaben zum entsandten Arbeitnehmer bzw. zur Arbeitnehmerin). Die Anforderungen werden während der Erbringung der Dienstleistung überprüft. Im Übrigen werden gewisse Dokumentations- und Vorlagepflichten in Art. 9 Abs. 1 RL 2014/67 erwähnt.

¹³ S. insoweit auch Art. 1 Abs. 1 RL 2014/67. Zur Problematik EVA KOCHER, *Europäisches Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016, 212.

¹⁴ Vgl. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-19/13 (*Essent Energie Productie*), ECLI:EU:C:2014:2206, Rn. 52 mit Verweis auf u.a. EuGH, Rs. C-113/89 (*Rush Portuguesa*), ECLI:EU:C:1990:142, Rn. 17.

¹⁵ VO 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems, ABl. 2012 L 316, 1 («IMI-Verordnung»).

c) *Zum mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum*

Da der Katalog des Art. 9 Abs. 1 RL 2014/67 nicht abschliessend bzw. beispielhaft ist, können die Mitgliedstaaten auch weitere (strengere) Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorschreiben, solange sie der wirksamen Überwachung der Einhaltung der Pflichten, die aus der Entsenderichtlinie erwachsen, dienlich sowie gerechtfertigt und verhältnismässig sind, wie in Art. 9 Abs. 2 RL 2014/67 ausdrücklich betont wird und auch in der Rechtsprechung des EuGH hervorgehoben wird, der aber auch regelmässig auf die diesbezüglichen Anforderungen (die Kontrollmassnahmen müssten tatsächlich dem Interesse des Arbeitnehmerschutzes dienen und die Grundsätze der Verhältnismässigkeit beachten, stelle doch jede Kontroll- und Überwachungsmassnahme der Arbeitnehmerentsendung einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar) hinweist.¹⁶ Damit können mitgliedstaatliche Massnahmen im Hinblick auf die effektive Kontrolle der sich aus der Entsenderichtlinie ergebenden Pflichten auch dann zulässig sein, wenn sie nicht im Katalog des Art. 9 Abs. 1 RL 2014/67 aufgeführt sind oder strenger sind als die dort figurierenden Massnahmen.

Allerdings prüft der Gerichtshof insbesondere die Verhältnismässigkeit der Massnahmen mitunter sehr engmaschig, womit der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Auswahl geeigneter Massnahmen entsprechend eingeschränkt wird. In anderen Urteilen (insbesondere in jenen jüngeren Datums) hingegen räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen weiteren Spielraum ein. Beispielfhaft hingewiesen sei stichwortartig auf folgende Aspekte bzw. Urteile:¹⁷

- Das Erfordernis einer vorherigen Arbeitsgenehmigung für aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer könne grundsätzlich durch den Schutz der sozialen Sicherheit und das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, gerechtfertigt werden. Eine solche Massnahme sei aber unverhältnismässig, da entsprechende Anzeigepflichten genügen. Im Übrigen dürfe der freie Dienstleistungsverkehr in bestimmten Sektoren nicht „illusorisch“ gemacht werden.¹⁸
- Ebenso sei es unverhältnismässig, für aus einem anderen EU-Mitgliedstaat zur Erbringung einer Dienstleistung entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten ein Visum zu verlangen, da das damit verfolgte „Kontrollanliegen“ durch ein milderer, aber gleich wirksames Mittel, nämlich die Verpflichtung zur Abgabe einer vorherigen einfachen Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, verfolgt werden könne.¹⁹
- Die Verpflichtung zu einer „Vorabanzeige“ des Einsatzes von entsandten Arbeitnehmern, verbunden mit der Pflicht der Zugänglichmachung einer

¹⁶ S. z.B. EuGH, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie), ECLI:EU:C:2014:2206, Rn. 52; aus der Literatur z.B. KOCHER, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 13), 213; EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 7), 18 f., 28 ff.; ASTRID EPINEY, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU / L'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE, Zürich/Basel/Genf 2011, 81 (96 ff.).

¹⁷ Vgl. insoweit auch schon EPINEY, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 16), 81 (99 ff.).

¹⁸ EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2004:655. S. auch EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), ECLI:EU:C:1994:310.

¹⁹ EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2006:49.

Reihe von Informationen, könne zwar grundsätzlich durch das Anliegen, die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften sicherzustellen, gerechtfertigt werden. Jedoch scheide eine Rechtfertigung aus, wenn ein solches Vorabanzeigeverfahren unklar ausgestaltet ist (etwa in Bezug auf die Pflicht, vor der Aufnahme der Arbeit eine Reihe von Informationen zugänglich zu machen, wenn der Zeitraum, innerhalb dessen diese Pflicht zu erfüllen ist, unklar ist). Denn dadurch könnten Unternehmen von der Wahrnehmung ihrer Dienstleistungsfreiheit abgehalten werden, jedenfalls dann, wenn die Nichteinhaltung dieser Vorgaben mit nicht unerheblichen Sanktionen verbunden ist.²⁰

- Eine (direkt diskriminierende) Verpflichtung nur ausländischer Arbeitgeber, bestimmte Unterlagen zu übersetzen und auf der Baustelle des Aufnahmemitgliedstaates bereitzuhalten, sei gerechtfertigt, da diese Massnahme der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben diene.²¹
- Eine automatische Anpassung anderer Löhne als der von Art. 3 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c RL 96/71/EG erfassten Mindestlöhne (etwa die automatische Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten) könne grundsätzlich nicht durch Gründe des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden, da unklar sei, inwiefern eine solche Anpassung tatsächlich zum sozialen Frieden beitragen könne und inwiefern den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werde. Auch könnten unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht allgemein die zwingenden Bestimmungen des nationalen Rechts auf dem Gebiet der Tarifverträge zu zwingenden Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung erklärt werden.²²

Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit trage jedenfalls ein Erfordernis bzw. ein Anliegen, dem bereits im Herkunftsstaat entsprochen wird, nicht Rechnung.²³

- Eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder zwingenden Interessen des Allgemeinwohls komme von Vornherein nur dann in Betracht, wenn die betreffenden Anforderungen hinreichend genau und einfach zugänglich sind, so dass (auch) der ausländische Arbeitgeber ihnen leicht nachkommen kann.²⁴
- Die Verpflichtung von entsendenden Unternehmen, zum Zwecke der Hinterlegung der für Kontrollen durch die zuständigen nationalen Stellen notwendigen Unterlagen einen im Inland ansässigen *ad hoc*-Vertreter zu bestellen,

²⁰ EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2008:350.

²¹ EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2007:430. S. auch schon EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte), ECLI:EU:C:2001:564, Rn. 70 ff., wo der EuGH festhält, dass die Pflicht von im Ausland ansässiger Unternehmen zur Erteilung zusätzlicher Auskünfte (im Vergleich zu den einheimischen Unternehmen obliegenden Verpflichtungen) aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könne (unter Vorbehalt der Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes).

²² EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2008:350.

²³ EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2008:350. S. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), ECLI:EU:C:1999:575; EuGH, Rs. C-458/08 (Kommission/Portugal), ECLI:EU:C:2010.

²⁴ EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), ECLI:EU:C:1999:575.

sei nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar. Denn diese Verpflichtung bringe einen zusätzlichen Verwaltungs- und Finanzaufwand mit sich, der nicht durch Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt werden könne. Es sei nicht nachgewiesen, dass allein die Aufbewahrung der fraglichen Unterlagen durch einen im Inland ansässigen Vertreter den Behörden die ihr obliegenden Kontrollen gestatte, zumal wenn im Aufnahmemitgliedstaat keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt sind.²⁵

- Hingegen verbiete es das Unionsrecht den Mitgliedstaaten nicht, die Beachtung der eigenen allgemeinverbindlichen Mindestregelungen mit geeigneten und erforderlichen Mitteln durchzusetzen. Daher sei die Pflicht zur Übermittlung bestimmter Unterlagen über das Arbeitsverhältnis, die entsandten Arbeitnehmer sowie ihre Bereitstellung am Arbeitsort oder an einem anderen Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates zwecks Durchführung behördlicher Kontrollen grundsätzlich zulässig. Auch die Erteilung zusätzlicher Auskünfte sowie die Bereithaltung der Unterlagen in der Sprache des Aufenthaltsstaates könne verlangt werden.²⁶
- Eine Regelung, wonach einem inländischen Dienstleistungsempfänger ein Zahlungstopp und eine Sicherheitsleistung auferlegt werden kann, dies mit dem Ziel der Sicherung einer etwaigen Geldbusse, die ihrerseits gegen den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringer wegen Verstosses gegen das nationale Arbeitsrecht verhängt werden könnte, könne grundsätzlich im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz sowie die Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und die Verhinderung von Missbräuchen gerechtfertigt werden. Allerdings seien die konkret ergriffenen Massnahmen nicht verhältnismässig: Denn sie dürften erlassen werden, bevor die zuständige Behörde eine Verwaltungsübertretung in Bezug auf das nationale Arbeitsrecht festgestellt habe. Zudem habe der Dienstleistungserbringer keine Möglichkeit, vor dem Erlass der betreffenden Massnahmen Stellung zu dem ihm vorgeworfenen Sachverhalt zu nehmen. Ferner könnten die zuständigen Behörden die Höhe der dem Dienstleistungsempfänger unter Umständen auferlegten Sicherheitsleistung festlegen, ohne etwaige Baumängel oder andere Vertragsverstösse des Dienstleistungserbringers bei der Erfüllung des Werkvertrags zu berücksichtigen, so dass die Sicherheitsleistung ggf. erheblich über dem Betrag liegen könnte, den der Auftraggeber an und für sich nach Beendigung der Arbeiten zahlen müsste.²⁷
- Eine Verpflichtung, für entsandte (drittstaatsangehörige) Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung im Aufnahmestaat einzuholen, könne nicht durch das Anliegen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, gerechtfertigt werden. Zwar handle es sich um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses; jedoch werde kein Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats beansprucht, so dass das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung zur Verfolgung dieses Ziels nicht erforderlich sei. Mildere

²⁵ EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2008:350; s. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), ECLI:EU:C:1999:575.

²⁶ EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), ECLI:EU:C:1999:575; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte), ECLI:EU:C:2001:564; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2007:430.

²⁷ EuGH, Rs. C-33/17 (Cepelnik), ECLI:EU:C:2018:896.

Massnahmen seien z.B. die Verpflichtung des Dienstleistungsunternehmens, den Behörden Angaben zu machen, aus denen hervorgeht, dass die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von diesem Unternehmen beschäftigt werden, legalen Status haben (insbesondere, was Aufenthalt, Beschäftigungserlaubnis und soziale Absicherung angeht) oder eine im Vorfeld der Beschäftigung vorzunehmende Meldung der Arbeitnehmer. Damit könnten die Behörden auf weniger einschneidende und ebenso wirksame Art und Weise kontrollieren, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist.²⁸

Damit scheint der Gerichtshof „Voranmeldepflichten“ als grundsätzlich mit Art. 56 AEUV in Einklang stehend anzusehen, da er sie ausdrücklich als Beispiel für mildere Massnahmen anführt. Dies steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu früheren Urteilen des Gerichtshofs, in denen er derartige Meldepflichten, denen eine gewisse Zeit vor der Erbringung der Dienstleistung nachzukommen war, für unzulässig erklärt hatte.²⁹ Möglicherweise erklärt sich diese unterschiedliche Sichtweise mit den verfolgten Allgemeininteressen: Während es vorliegend um die Entsendung von Drittstaatsangehörigen geht, die die Entsendung möglicherweise zu anderen Zwecken nutzen könnten, stand in der erwähnten früheren Rechtsprechung das Anliegen der Beachtung der innerstaatlichen Vorschriften durch die Dienstleistungserbringer allgemein zur Debatte.

- Jedenfalls stehen Meldepflichten grundsätzlich mit Art. 56 AEUV in Einklang: So erachtete der Gerichtshof eine nationale Regelung, die eine (bei Nichtbefolgung mit Busse belegte) Meldepflicht des Dienstleistungsempfängers vorsah (falls der Arbeitgeber seiner ebenfalls im nationalen Recht des Empfangsstaates vorgesehenen Meldepflicht nicht nachgekommen war), als mit Art. 56 AEUV vereinbar, sofern sie nachweislich geeignet und erforderlich sei zur Verfolgung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses, etwa des Arbeitnehmerschutzes oder der Bekämpfung von „Sozialbetrug“.³⁰ Damit dürfte auch die Meldepflicht des Arbeitgebers grundsätzlich zulässig sein, wobei jeweils die Verhältnismässigkeit zur Verfolgung des angestrebten Ziels nachzuweisen ist.

Einer grundsätzlich für alle Konstellationen der Arbeitnehmerentsendung – zumindest in einem bestimmten Sektor – bestehenden Meldepflicht kann auf der Grundlage dieser Rechtsprechung somit wohl nicht mehr entgegengehalten werden, sie sei schon deshalb mit Art. 56 AEUV unvereinbar, weil sie alle betroffenen Arbeitgeber unter einen „Generalverdacht“ stelle, bestimmte nationale Vorschriften nicht einzuhalten. Dadurch dürften wohl die diesbezüglichen Aussagen in der Rs. C-577/10 relativiert werden.³¹ Gleichzeitig wird man aber wohl verlangen müssen, dass eine reale Gefahr für die

²⁸ EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli), ECLI:EU:C:2018:904; EuGH, Rs. C-91/13 (Essent Energie), ECLI:EU:C:2014:2206.

²⁹ EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien), ECLI:EU:C:2012:814.

³⁰ EuGH, Rs. C-315/13 (De Clercq u.a.), ECLI:EU:C:2014:2408. S. auch schon EuGH, Rs. C-515/08 (Santos Palhota), ECLI:EU:C:2010:589.

³¹ EuGH, Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien), ECLI:EU:C:2012:814.

verfolgten zwingenden Gründe des Allgemeinwohls nachvollziehbar darge-
tan wurde.

Insgesamt wird damit deutlich, dass letztlich jeweils die genauen Umstände des Einzelfalls massgeblich sind. Zudem spielen die nationalen Gerichte bei der Frage, ob bestimmte Massnahmen mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind, eine wichtige Rolle, müssen sie doch die bei ihnen anhängige Rechtssache auf der Grundlage des betreffenden Vorabentscheidungsurteils des EuGH entscheiden, womit sie auch die Verhältnismässigkeit zu beurteilen haben. Schliesslich dürfte insgesamt eine Tendenz hin zur Anerkennung eines weiter ausfallenden Spielraums der Mitgliedstaaten zu verzeichnen sein, der sich mit der Reform des EU-Entsenderechts wohl verstärken bzw. zumindest bestätigen wird, bringt diese Reform doch eine deutliche Verstärkung des Arbeitnehmerschutzes mit sich.³²

2. Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie 2018

a) Zum Hintergrund

Im Jahr 2018 wurde eine am 30. Juli desselben Jahres in Kraft getretene Revision der Entsenderichtlinie³³ beschlossen, wobei die EU-Mitgliedstaaten ihr nationales Recht bis zum 30. Juli 2020 (Ablauf der Umsetzungsfrist) anpassen müssen.³⁴ Die Reform der Entsenderichtlinie soll insbesondere einen verstärkten Schutz der entsandten Arbeitnehmenden im Allgemeinen und vor Lohn- und Sozialdumping im Besonderen sicherstellen (vgl. Erw. 3, 10, Art. 1 Abs. 1 lit. b RL 2018/957).³⁵ So sollen aus dem EU-Ausland entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nunmehr den gleichen Vorschriften über Entlohnung und Arbeitsbedingungen unterliegen wie einheimische Arbeitskräfte, womit der effektiven Anwendung und Umsetzung des Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» Vorschub geleistet werden soll.³⁶

Damit dürfte sich der Akzent der unionsrechtlichen Entsenderegelungen von der Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs³⁷ auf die Gewährleistung eines kohärenten Arbeitnehmerschutzes verlagert haben.³⁸ Gleichzeitig geht es gerade nicht um eine völlige Neufassung der Entsenderichtlinie von 1996, an welche somit angeknüpft wird, wobei es auch und gerade um die Klärung einzelner Rechtsfragen geht.³⁹ Gesamthaft zeichnet sich die neue Entsenderichtlinie durch einen strengeren Ansatz in Bezug auf Lohn- und Sozialdumping aus. Die sogleich anzusprechenden

³² S. im Einzelnen unten II.2.

³³ RL 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018 L 173, 16.

³⁴ Art. 3 Abs. 1 Uabs. 1 RL 2018/957; bis dahin ist die Entsenderichtlinie in ihrer aktuellen Fassung anwendbar (vgl. Uabs. 2).

³⁵ Vgl. KELLERBAUER, EuZW 2018 (Fn. 3), 846 f.

³⁶ COM(2016) 128 final, 2.

³⁷ S. insoweit auch EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert), ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 36, wo das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes hervorgehoben wird.

³⁸ COM(2016) 128 final, 2 f.; KELLERBAUER, EuZW 2018 (Fn. 3), 846 f.

³⁹ KELLERBAUER, EuZW 2018 (Fn. 3), 846 f.

Aspekte⁴⁰ verdeutlichen, dass der Schutz entsandter Arbeitnehmer substanziell gestärkt werden soll, wobei abzuwarten ist, wie die Mitgliedstaaten die neue Richtlinie tatsächlich um- und durchsetzen werden.

b) Zu den wesentlichen Änderungen

Nach Art. 3 Abs. 1 RL 96/71 n.F. sollen neu alle nationalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zur Anwendung kommen (können), die in einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift, einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder Schiedsspruch oder einem Tarifvertrag oder Schiedsspruch, der nach Abs. 8 entsprechend Anwendung findet, festgelegt sind. Damit können tariflich vereinbarte Löhne im Rahmen von Arbeitnehmerentsendungen angewendet werden, auch wenn die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates kein System kennt, nach dem Tarifverträge und Schiedssprüche für allgemeinverbindlich erklärt werden können. In diesem Sinn erlaubt es Art. 3 Abs. 8 RL 96/71 n.F. den Mitgliedstaaten zu beschliessen, dass Tarifverträge bzw. Schiedssprüche auf entsandte Arbeitskräfte anzuwenden sind, sofern sie für alle in einen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind (Spiegelstrich 1) oder von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen geschlossen wurden und innerhalb des gesamten Hoheitsgebiets des Mitgliedstaates zur Anwendung gelangen (Spiegelstrich 2). Die Vorgängerbestimmung liess die Anwendung von Tarifverträgen oder Schiedssprüchen, die aufgrund des nationalen Rechtssystems nicht allgemein verbindlich erklärt werden konnten, nur unter äusserst engen Grenzen zu (vgl. Art. 3 Abs. 8 RL 96/71 a.F.).⁴¹

Ferner sind Tarifverträge oder Schiedssprüche neu unabhängig von der Art der zu erbringenden Dienstleistung massgeblich bzw. können massgeblich sein. Bislang kamen allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge und Schiedssprüche nur bei Entsendungen im Baugewerbe zur Anwendung. In allen anderen Bereichen war deren Anwendung für entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen fakultativ (vgl. Art. 3 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich i.V.m. Anhang RL 96/71 a.F.). Mit dem revidierten Art. 3 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich entfällt diese Ausnahme, so dass Mitgliedstaaten neu verpflichtet werden, allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge und Schiedssprüche in allen Branchen auch zugunsten entsandter Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen anzuwenden und die darin aufgeführten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren.⁴²

Darüber hinaus wird mit dem neuen Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 96/71 der Grundsatz «Gleicher Lohn am gleichen Ort für gleiche Arbeit» bekräftigt: Während die Vorgängerbestimmung nur auf den «Mindestlohn» abstellte, womit die Lohnsätze für entsandte Arbeitskräfte hinter den landes- und branchenüblichen Löhnen zurückbleiben konnten, verankert die neue Regelung eine gleiche «Entlohnung» für entsandte und heimische Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Ausnahmen bestehen keine. Um die Frage nach dem landes- und branchenüblichen Lohn beantworten zu können, sind die zuständigen Behörden gehalten, die nationalen Rechtsvorschriften

⁴⁰ Unten II.2.b).

⁴¹ Vgl. KELLERBAUER, EuZW 2018 (Fn. 3), 846 (849).

⁴² Art. 1 Abs. 2 lit. d RL 2018/957.

oder Gepflogenheiten, die diese Anforderungen näher definieren, (online) zu publizieren.⁴³

Sodann weitet die revidierte Entsenderichtlinie den Schutz von Leiharbeitern und Leiharbeiterinnen aus. Nach Art. 1 Abs. 3 RL 96/71 n.F. sind die Mitgliedstaaten zukünftig verpflichtet, überlassenen entsandten Arbeitskräften die gleichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren, wie sie nach Art. 5 RL 2008/104⁴⁴ für Leiharbeitskräfte im Aufnahmestaat gelten. Damit sind den entliehenen Arbeitskräften diejenigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten, die von im Aufnahmeland niedergelassenen Leiharbeitsunternehmen zu befolgen und durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift, Tarifvertrag oder sonstige verbindliche Bestimmungen festgelegt sind.⁴⁵ Auf der Grundlage der aktuellen Fassung der Entsenderichtlinie sind überlassenen entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen nur die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren, die im Aufnahmestaat für Leiharbeiter gelten (Art. 3 Abs. 9 RL 96/71 a.F.). Allerdings findet dieser Grundsatz auch in Zukunft insoweit Anwendung, als die in Frage stehenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Art. 5 RL 2008/104 als «nicht wesentlich» eingestuft werden.⁴⁶

Ein weiterer wesentlicher Aspekt der neuen Entsenderichtlinie liegt in der «Garantie» bestimmter Schutzrechte im Aufnahmeland, die der Anwendung von Arbeitsbedingungen, die für entsandte Arbeitskräfte «vorteilhafter» sind, jedoch nicht entgegenstehen sollen (Erw. 17; Art. 3 Abs. 7 RL 96/71 n.F.).⁴⁷ D.h., dass die Schutzrechte im Gastland das auf das Arbeitsverhältnis anwendbare nationale Recht der Herkunftsstaaten nicht verdrängen sollen, soweit es entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen besser zu stellen vermag. Gleichzeitig sollen die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Herkunftslandes keine Anwendung finden, wenn die Vorschriften des Aufnahmestaates ein höheres Schutzniveau vorsehen.⁴⁸ Daraus ergibt sich, dass im Zweifelsfall die Vorschriften ermittelt und angewendet werden sollen, die für den entsandten Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin am günstigsten sind.

Schliesslich statuiert Art. 5 RL 96/71 n.F. (Überwachung, Kontrolle und Durchsetzung), dass sowohl die Behörden des Aufnahmelandes als auch die Behörden des Herkunftslandes für die Kontrolle, Überwachung und Durchsetzung der Einhaltung der in RL 96/71 n.F. und RL 2014/67 verankerten Schutzrechte und Verpflichtungen zuständig sind.⁴⁹ Die Mitgliedstaaten erlassen zu diesem Zweck Vor-

⁴³ Vgl. Art. 5 RL 96/71 n.F.; Art. 9 Abs.1 und 2 RL 2014/67. In diesem Zusammenhang ist auch die VO 1024/2012 zu beachten.

⁴⁴ Art. 5 RL 2008/104 (RL 2008/104 über Leiharbeit, ABl. 2008 L 327, 9) besagt, dass die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen müssen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem Unternehmen direkt eingestellt worden wären.

⁴⁵ S. auch Erw. 13 RL 96/71 n.F.

⁴⁶ COM(2016) 128 final, 9; KELLERBAUER, EuZW 2018 (Fn. 3), 846 (851 f.).

⁴⁷ Vgl. KELLERBAUER, EuZW 2018 (Fn. 3), 846 (852), m.w.N.

⁴⁸ Vgl. KELLERBAUER, EuZW 2018 (Fn. 3), 846 (851 f.).

⁴⁹ Vgl. zu den Kontrollmechanismen Art. 9, 10 RL 2014/67.

schriften über Sanktionen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften der Entsenderichtlinie verhängt werden (sollen).⁵⁰ Vorgaben über die Art der Sanktionen enthält die Richtlinie nicht; allerdings müssen sie «wirksam, verhältnismässig und abschreckend» sein, womit den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum eingeräumt wird. Dieser betrifft auch die Frage, welche Einheiten bzw. Behörden mit der Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben betraut sind, so dass es z.B. mit den unionsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich (d.h. soweit den allgemeinen Vorgaben Rechnung getragen wird) in Einklang steht, die Sozialpartner einzubeziehen.

III. Zur Tragweite der unionalen Entsenderegelungen in der Schweiz

Fragt man nach der Relevanz der erörterten unionsrechtlichen Vorgaben auf dem Gebiet der Arbeitnehmerentsendung für die und in der Schweiz sowie nach der Vereinbarkeit (*de lege lata* und auf der Grundlage des InstA) der einschlägigen schweizerischen Regelungen zum Entsenderecht mit dem Unionsrecht bzw. dem Freizügigkeitsabkommen, so lohnt sich zunächst ein Blick auf die aktuelle Rechtslage, unter Einbezug der Tragweite der Entsenderichtlinie im Rahmen des FZA (1.), bevor es um die Regelungen des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung geht (2.). Dies ermöglicht – unter Berücksichtigung der Konvergenzen und Divergenzen zwischen dem Schweizer und dem EU-Entsenderecht – eine Einschätzung des Handlungsspielraums der Schweiz in diesem Bereich (3.).

1. Zur Arbeitnehmerentsendung im Rahmen des FZA

a) Allgemeine Grundlagen

Betreffend die Relevanz der erörterten unionsrechtlichen Vorgaben für die Schweiz auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens ist zunächst an die für die Auslegung des FZA massgeblichen Grundsätze hinzuweisen: Ausgehend von der Zielsetzung des Abkommens, die Schweiz in die in der Union gewährleistete Personenfreizügigkeit einzubinden (vgl. auch die Präambel des FZA), übernimmt das Abkommen letztlich in weiten Teilen im Verhältnis zur Schweiz die entsprechende Rechtslage in der EU auf der Grundlage von Rechtsetzung und Rechtsprechung zum Zeitpunkt seiner Unterzeichnung, so dass vor dem Hintergrund des Inhalts und des Ziels und Zwecks des Abkommens, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage (in Bezug auf die erfassten Bereiche) wie im Rahmen der Europäischen Union sicherzustellen, von einem Grundsatz der parallelen Auslegung derjenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf den unionsrechtlichen Besitzstand bzw. Teile desselben zurückgreifen bzw. diesen übernehmen,⁵¹ mit den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.⁵² Auch die

⁵⁰ Zur Durchsetzung der Sanktionen s. Kap. IV RL 2014/67.

⁵¹ Wobei die Frage, ob und inwieweit ein solcher Rückgriff des Abkommens auf unionsrechtliche Vorgaben zu bejahen ist, mitunter schwierig zu beantworten sein kann.

⁵² Vgl. mit ausführlicher Begründung schon ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, insbes. 169 ff.; ASTRID

Rechtsprechung geht von einem derartigen Grundsatz der parallelen Auslegung aus. So knüpft das Bundesgericht – dessen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen mittlerweile recht reichhaltig ist – bei der Auslegung von dem Unionsrecht entnommenen Begriffen und Konzepten regelmässig und sehr konsequent an die Rechtslage im EU-Recht an. Dabei berücksichtigt das Gericht nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs vor der Unterzeichnung des Abkommens, sondern erachtet grundsätzlich auch diejenige nach der Unterzeichnung als relevant.⁵³ Auch der EuGH geht (jedenfalls mittlerweile) von einem Grundsatz der parallelen Auslegung des Abkommens im Verhältnis zum Unionsrecht aus, dies soweit das Abkommen unionsrechtliche Begriffe übernimmt, und zieht für die Auslegung des Abkommens regelmässig auch nach seiner Unterzeichnung ergangene Urteile heran.⁵⁴ Vor diesem Hintergrund ist denn auch die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH durchaus von grosser Bedeutung für die Tragweite des FZA.⁵⁵

Soweit das Entsenderecht betroffen ist, knüpft das FZA ersichtlich an die Rechtslage in der Union an: Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA betreffen die Dienstleistungsfreiheit, die in weiten Teilen parallel zu der unionsrechtlichen

EPINEY/GAËTAN BLASER, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014, art. 1 ALCP Rn. 5 ff.; ebenso die wohl ganz herrschende Lehre, vgl. etwa FRANCESCO MAIANI, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; MATTHIAS OESCH, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; MATTHIAS OESCH, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; THOMAS COTTIER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; BENEDIKT PIRKER, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 ff.

⁵³ Vgl. insbesondere das Grundsatzurteil in BGE 136 II 5; s. sodann z.B. BGE 142 II 35; BG, 2C_284/2016 vom 17. Januar 2017. S. ansonsten zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen die regelmässigen (in der Regel zweijährlichen) Rechtsprechungsübersichten im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt ASTRID EPINEY/DANIELA NÜESCH, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2017/2018, Bern 2018, 273 ff.

⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf) ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

⁵⁵ Vgl. insoweit die jährlichen Übersichten über die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit und ihre Relevanz für die Schweiz im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht, s. zuletzt ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich/Bern 2018, 55 ff.

Dienstleistungsfreiheit ausgestaltet ist (und insbesondere auch ein Recht auf Arbeitnehmerentsendungen umfasst),⁵⁶ wenn auch in zahlreichen Aspekten Unterschiede zu verzeichnen sind.⁵⁷ So gewährt das FZA ein Einreise- und Aufenthaltsrecht zu Gunsten von Dienstleistungserbringern, wenn die Dienstleistung die Dauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr nicht übersteigt oder falls eine behördliche Erlaubnis zur Dienstleistungserbringung erteilt wurde (Art. 5 Abs. 1 und 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA). Dieses Recht darf gemäss Art. 17 lit. a Anhang I FZA nicht beschränkt werden und gilt auch zu Gunsten von Gesellschaften (Art. 18 Anhang I FZA). Dabei darf sich der Arbeitgeber bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auch eigener Beschäftigter mit der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei oder eines Drittstaates bedienen. Massnahmen, die die Einreise oder den Aufenthalt dieser entsandten Arbeitnehmer beschränken, sind grundsätzlich nicht mit dem Abkommen vereinbar (Art. 17 lit. b Anhang I FZA). Art. 19 Anhang I FZA enthält ein Diskriminierungsverbot: Dienstleistungserbringer dürfen ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben wie eigene Staatsangehörige des Empfangsstaates. Subsidiär ist bei der Anwendung der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit („bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“) das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA anwendbar. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA ist dabei auch die Entsenderichtlinie im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des Abkommens zu beachten. Aus alledem folgt, dass das Abkommen die Arbeitnehmerentsendung letztlich parallel zu den unionsrechtlichen Gewährleistungen schützt. Daher kommt der skizzierte Grundsatz der parallelen Auslegung vollumfänglich zum Zuge.⁵⁸ Allerdings gilt im Rahmen des FZA die EU-Entsenderichtlinie in der Fassung, wie sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens im Jahr 1999 bestand. In der EU ist diese Gesetzgebung seither revidiert und um die Durchsetzungsrichtlinie ergänzt worden.⁵⁹ Beide Neuerungen sind jedoch nicht Teil des FZA (wurden sie doch nicht übernommen) und damit auch nicht für die Schweiz verbindlich, wobei die Modifikation der Rechtslage in der Union zu einer bedeutenden Annäherung der Rechtslage in der Union einerseits und der Schweiz andererseits führt.⁶⁰

⁵⁶ ALVARO BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Genf 2010, 116 ff., insbes. 123 f.

⁵⁷ So erfährt die nach dem FZA garantierte Dienstleistungsfreiheit insofern eine Einschränkung, als ein Dienstleistungserbringer nur für höchstens 90 Tage eine Dienstleistung in einem anderen Vertragsstaat erbringen darf, ohne weitere Voraussetzungen (z.B. Arbeits- oder Aufenthaltbewilligungen) erfüllen zu müssen.

⁵⁸ Vgl. hierzu bereits ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, Zürich/Bern 2008, 55 (78 f., 82 f.); ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Zürich/Bern 2009, 53 (75); EPINEY, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 16), 81 (95 ff.). Auch das Bundesgericht betont die Parallelität der Rechtslage auf der Grundlage des FZA mit derjenigen im Unionsrecht soweit das Entsenderecht betroffen ist, vgl. insbesondere BGE 140 II 447; BGer vom 22.5.2017, 2C_150/2016.

⁵⁹ Oben II.

⁶⁰ Dazu sogleich unten III.2., 3.

b) *Die flankierenden Massnahmen*

Im Zuge des Inkrafttretens des FZA erliess der Schweizer Gesetzgeber per 1. Juni 2004 die sogenannten flankierenden Massnahmen.⁶¹ Das Ziel der flankierenden Massnahmen liegt neben der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen für in- und ausländische Unternehmen vor allem im Schutz der Erwerbstätigen vor missbräuchlichen Unterschreitungen der Schweizer Lohn- und Arbeitsbedingungen.

Die flankierenden Massnahmen bestehen aus insgesamt drei Paketen: das Entsendegesetz (EntsG)⁶² und die Entsendeverordnung (EntsV)⁶³, die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages (AVEG)⁶⁴ und die Einführung von (befristeten) Normalarbeitsverträgen (NAV; vgl. Art. 360a ff. OR) mit zwingenden Mindestlöhnen.⁶⁵

Von besonderer Bedeutung bei der Entsendung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen sind im Rahmen der vorliegenden Thematik die im EntsG und der EntsV angelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wozu u.a.⁶⁶ Regelungen in den Bereichen Mindestlohn, Arbeits- und Ruhezeiten sowie Nichtdiskriminierung gehören (vgl. Art. 2 Abs. 1 EntsG). Art. 2 Abs. 1 und 2 EntsG greift die in Art. 3 RL 96/71 a.F. formulierten Anforderungen an die (Mindest-)Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen garantiert werden müssen, auf, womit sich diese Bestimmung eng an die RL 96/71 a.F. anlehnt. Gleiches gilt für die in Art. 4 EntsG vorgesehenen Ausnahmen für die Mindestvorschriften hinsichtlich Entlohnung und Ferienzeiten.

Im Zuge der Ausdehnung der Freizügigkeit auf die 2004 der EU beigetretenen Staaten passte die Schweiz die flankierenden Massnahmen weiter an.⁶⁷ So wurde die Meldepflicht konkretisiert und Kautionspflichten sowie schärfere Sanktionen eingeführt: Die Meldepflicht gem. Art. 6 EntsG verpflichtet ausländische Arbeitgeber, spätestens

⁶¹ Zu den flankierenden Massnahmen KARIN KAUFMANN, *Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen*, Bern 2010, 10 f.; JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, *Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes*, Bern 2008, § 5; WOLFGANG PORTMANN, *Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch*, Zürich 2007, 327 ff.

⁶² Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (EntsG; SR 823.20).

⁶³ Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV; SR 823.201).

⁶⁴ Art. 1a und Art. 2 Ziff. 3 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

⁶⁵ S. zu den Gesamt- und Normalarbeitsverträgen PORTMANN, *Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit* (Fn. 61), insbes. Rz. 33 ff.

⁶⁶ Ansonsten enthält das Entsendegesetz nachfolgend nicht weiter thematisierte Regelungen gegen Scheinselbständigkeit (Art. 1a, 1b EntsG), die solidarische Haftung des Erstunternehmers und des Subunternehmers (Art 5 EntsG) und die Durchführung der Kontrollen (Art. 7 EntsG). Die Sanktionen sind in Art. 9, 12 EntsG geregelt.

⁶⁷ Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 17. Dezember 2004, AS 2006 979.

acht Tage vor Beginn einer Dienstleistungserbringung zur Durchführung von Kontrollen Angaben zu den entsendenden Arbeitskräften, zu der Tätigkeit sowie zum Ort der Dienstleistungserbringung gegenüber der zuständigen Behörde zu machen. Vor Ablauf dieser Frist darf die Arbeit nicht aufgenommen werden, sofern keine Ausnahme nach Art. 6 Abs. 3 EntsV vorliegt.⁶⁸ Art. 2 Abs. 2^{ter} EntsG betrifft die Kautionspflicht: Danach kann ein allgemeinverbindlich erklärter GVA die Hinterlegung einer Kautions von im Ausland ansässigen Arbeitgebern, die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zur Erbringung von Dienstleistungen in die Schweiz entsenden, vorsehen. Die Kautions dient der Sicherstellung der Vollstreckung von Forderungen und Sanktionen, die in Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen gegen den Arbeitgeber entstehen können, und kann sowohl für Lohnansprüche als auch zur Durchsetzung sonstiger Forderungen (z.B. Verwaltungs- oder Strafsanktionen) verwendet werden.⁶⁹ Hervorzuheben ist, dass in der Praxis nur wenige allgemein verbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge die Entrichtung einer Kautions vorsehen.⁷⁰

Die Frage, ob und inwieweit die flankierenden Massnahmen mit dem FZA vereinbar sind, wird seit vielen Jahren zwischen der Schweiz und der Union diskutiert, wobei die Ansichten hier auseinandergehen. Im Wesentlichen geht es einerseits um die erwähnte Acht-Tage-Frist sowie andererseits um die in gewissen Kantonen vorgesehenen Kautionspflichten. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs⁷¹ – welche im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, da die Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit im FZA an die Rechtslage in der Union anknüpft bzw. diese übernimmt (allerdings abgesehen von gewissen Besonderheiten, die in erster Linie die Dauer der Dienstleistung und die mit dieser verbundenen Rechte betreffen), so dass der Grundsatz der parallelen Auslegung zum Zuge kommt⁷² – spricht Vieles dafür, dass zumindest gewisse Aspekte der flankierenden Massnahmen nicht mit den Vorgaben des FZA in Einklang stehen:⁷³

⁶⁸ Der Anwendungsbereich der Bestimmungen erstreckt sich auf Entsendungen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen durch einen im EU-Ausland ansässigen Arbeitgeber zur Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung. Das Meldeverfahren wird immer dann ausgelöst, wenn es sich um die Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung handelt, die länger als acht Tage dauert oder – unabhängig von der Dauer – in den Bereichen des Bauhaupt- und Baunebengewerbes, des Gastgewerbes, des gewerblichen und privaten Reinigungsgewerbes, des Reisengewerbes, des Sicherheits- und Überwachungsdiensts sowie des Erotikgewerbes ausgeübt wird. Die Dienstleistung darf mit Ablauf der achttägigen Frist erbracht werden (Art. 6 Abs. 3 EntsG). In den in Art. 6 Abs. 3 EntsV verankerten Notfällen kann die Arbeit ausnahmsweise vor Ablauf dieser «Wartefrist» aufgenommen werden; eine Meldung ist dennoch gegenüber der Behörde vorzunehmen. Die Meldung enthält insbesondere die Identität der entsandten Personen, die in der Schweiz ausgeübte Tätigkeit und den Ort. Im Übrigen bestätigt der ausländische Arbeitgeber, die minimalen Arbeits- und Lohnbestimmungen gemäss Art. 2 und 3 EntsG zur Kenntnis genommen zu haben und verpflichtet sich zu deren Einhaltung (vgl. Art. 6 Abs. 2 EntsG).

⁶⁹ Zu diesen Pflichten bereits (im Zusammenhang mit der RL 96/71 a.F.) EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 7), 41 f.; PÄRLI, Entsendegesetz (Fn. 3), Art. 2, Rz. 37.

⁷⁰ Vgl. PÄRLI, Entsendegesetz (Fn. 3), Art. 2 Rz. 39 mit Verweis auf die Webseite der Zentrale Kautions-Verwaltungsstelle Schweiz ZKVS, <<https://www.zvks.org/start>> (zuletzt besucht am 10.1.2019).

⁷¹ S.o. II.1.c).

⁷² S.o. III.1.a).

⁷³ Ausführlich hierzu EPINEY, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 16), 81 ff.; EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 7), insbes. 20 ff.

- In Bezug auf die Meldepflicht («Acht-Tage-Regelung») ist im Ergebnis davon auszugehen, dass sie jedenfalls in ihrer jetzigen Ausgestaltung nicht mit den Vorgaben des FZA vereinbar ist: Sie stellt unzweifelhaft eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 17 lit. a Anhang I FZA dar, da sie zu einer Einschränkung oder Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs führt; zudem handelt es sich um eine direkt diskriminierende Regelung, die nur ausländische Arbeitgeber trifft (vgl. insoweit Art. 19 Anhang I FZA). Zwar käme eine Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls (nämlich die Anliegen des Arbeitnehmerschutzes bzw. der Kontrolle der Einhaltung der geltenden Lohn- und Beschäftigungsregelungen⁷⁴) in Betracht. Allerdings dürfte die Regelung nicht den Anforderungen der Verhältnismässigkeit entsprechen, da sie über das zur Erreichung der erwähnten Zielsetzungen Erforderliche hinausgeht. So hielt der Gerichtshof u.a. in Bezug auf eine vergleichbare Regelung fest, eine mit einer Wartezeit verbundene Meldepflicht stelle eher ein Genehmigungserfordernis als eine Anmeldepflicht dar und führe insbesondere bei dringlich zu erbringenden Dienstleistungen zu unnötigen und unverhältnismässigen Verzögerungen, und grundsätzlich ermögliche eine Anmeldung bzw. eine Anzeige der grenzüberschreitenden Dienstleistung die Kontrolle der Einhaltung der nationalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen während der Ausübung der Dienstleistung, so dass eine vorgängige Kontrolle nicht erforderlich sei.⁷⁵ Der EuGH erachtete auf der anderen Seite mitunter eine Meldepflicht inkl. Wartefrist aber auch als zulässig, stelle sie doch im Vergleich zu einer Visumpflicht oder dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis ein milderes Mittel dar,⁷⁶ womit verdeutlicht werden kann, dass solche Meldefristen nicht *a priori* ungerechtfertigt gegen die Dienstleistungsfreiheit verstossen. Dies ändert aber nichts daran, dass sich betreffend die in der Schweiz heute geltende Acht-Tage-Regelung dennoch vermuten lässt, dass sie in ihrer aktuellen Ausgestaltung in die erstgenannte Kategorie der EuGH-Rechtsprechung fällt und damit nicht mit dem FZA vereinbar ist. Denn die Anmeldepflicht wird jedenfalls mit einer Wartefrist verbunden, womit die Entsendung *de facto* von einer Genehmigung abhängig gemacht wird. Ins Gewicht fällt dabei insbesondere der generalisierte Charakter der Wartefrist, die sich auch nicht durch eine besondere Sachlage begründen lässt, welche allenfalls im Einzelfall zur Verfolgung der angestrebten Ziele erforderlich sein könnte.⁷⁷ Insbesondere ist regelmässig davon auszugehen, dass eine Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben angesichts

⁷⁴ Die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen vermögen, vgl. oben II.1.c).

⁷⁵ EuGH, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2006:595, Rz. 52; in diese Richtung geht auch die Folgerechtsprechung, s. insbesondere EuGH, Rs. C-315/13 (De Clercq u.a.), ECLI:EU:C:2014:2408, Rz. 61 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-515/08 (Santos Palhota), ECLI:EU:C:2010:589, Rz. 51.

⁷⁶ EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2006:49; EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2004:655.

⁷⁷ Vor diesem Hintergrund stellt sich die EU auch in Bezug auf die Schweizer Acht-Tage-Regelung auf den Standpunkt, dass es sich (ohne Ausnahmeregelung im Institutionellen Abkom-

der häufig längeren Dauer der Dienstleistungen – zumindest sehr häufig – während der Durchführung der Dienstleistung möglich ist.⁷⁸ Kurzfristig (bis zu acht Tage) entsandte Arbeitnehmer sind im Übrigen gänzlich von der Meldepflicht befreit, dies jedenfalls im Grossteil der betroffenen Dienstleistungsbereiche, so dass auch vor diesem Hintergrund die Erforderlichkeit einer allgemeinen und generalisierten Wartefrist zur vorgängigen Kontrolle der Einhaltung der Bestimmung nicht ersichtlich ist.⁷⁹

- Auch eine Kautionspflicht (wie in Art. 8a i.V.m. Art. 2 Abs. 2^{ter} EntsG vorgesehen) stellt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, die jedoch ebenfalls grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich ist, soll sie doch der Durchsetzung von sich aus dem Gesetz oder GVA ergebenden Forderungen sowie dem Arbeitnehmerschutz dienen.⁸⁰ Auch hier ist daher die Verhältnismässigkeit der Massnahme entscheidend, wobei deren Anforderungen angesichts der grundsätzlichen Schwierigkeit der Vollstreckung von Forderungen im Ausland im Vergleich zur Situation im Inland grundsätzlich gegeben sein können. Allerdings ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass jedenfalls in den Fällen, in denen eine Kautionspflicht aufgrund einer blossen (allgemeinen) Vermutung einer Verletzung der inländischen Arbeits- und Beschäftigungsregelungen vorgesehen ist, die Verhältnismässigkeit sehr fraglich ist, dies auch, wenn gewisse Zweifel an der Durchsetzbarkeit der Forderungen und Sanktionen bestünden.⁸¹ Im Übrigen darf die Pflicht zur Hinterlegung einer Sicherheitsleistung die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit nicht (unzulässig) verunmöglichen, was allerdings anzunehmen ist, wenn die Sicherheitsleistung eine Höhe überschreitet, die vom Unternehmen tragbar ist oder ausser Verhältnis zu der zu erbringenden Dienstleistung steht, wobei die Umstände des Einzelfalls massgeblich sind.⁸² Auf der Grundlage des InstA müsste hier auch berücksichtigt werden, dass der Anschluss der Schweiz an das Binnenmarkt-Informationssystem zur Geltendmachung von Forderungen und Sanktionen deren Durchsetzung erleichtern würde, indem die Behördenkooperation und die Verpflichtungen aus der Amtshilfe verstärkt werden (vgl. Art. 6, 21 RL 2014/67).⁸³
- Schliesslich ist auf das in Art. 12 Abs. 2 S. 2 AVG verankerte Verbot des Einsatzes von ausländischen entliehenen Arbeitskräften hinzuweisen:⁸⁴ Soweit diese Bestimmung so ausgelegt wird, dass sie auch ein Verbot der Ent-

men) um eine unzulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, wie sie im Freizügigkeitsabkommen ausgestaltet ist, handele. Vgl. EDA, Institutionelles Abkommen Schweiz-EU: Das Wichtigste in Kürze, 7. Dezember 2018, 4.

⁷⁸ EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 7), 29 ff.

⁷⁹ Vgl. EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 7), 29 ff.

⁸⁰ S. insoweit EuGH, Rs. C-33/17 (Čepelnik), ECLI:EU:C:2018:896, m.w.H.

⁸¹ EuGH, Rs. C-33/17 (Čepelnik), ECLI:EU:C:2018:896.

⁸² EPINEY, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 16), 81 (121).

⁸³ Vgl. insoweit <http://ec.europa.eu/internal_market/iminet/library/index_de.htm#maincontentSec3> (zuletzt besucht am 9.1.2019).

⁸⁴ Vgl. ausführlich zur Problematik bereits EPINEY, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 16), 81 (122 f.); EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 7), 43.

sendung von im Heimatstaat entliehenen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen (und nicht nur des «direkten Personalverleihs») erfasst,⁸⁵ geht damit eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit einher, die angesichts der hohen Anforderungen des schweizerischen Rechts auch für entsandte Arbeitnehmer wohl nur schwer zu rechtfertigen sein dürfte. Dieser Schluss wird sich in Zukunft in Anbetracht der Modifikationen der Entsenderichtlinie (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. c RL 96/71 n.F., wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, überlassenen entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen die gleichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren, die für Leiharbeiter und -arbeiterinnen gelten, die von im Gastland niedergelassenen Leiharbeitsunternehmen zur Verfügung gestellt werden) umso mehr aufdrängen.

2. *Zur Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung*

Das InstA sieht im Rahmen seines Anwendungsbereichs eine dynamische Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts vor (Art. 5 i.V.m. Art. 12 InstA). Diese bezieht sich grundsätzlich auch auf das Entsenderecht, wobei hier jedoch gewisse Besonderheiten zu verzeichnen sind. Nach Art. 5, 12 ff. InstA sind Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, schnellstmöglich zu übernehmen.⁸⁶ Auf diese Weise soll die durch die Abkommen angestrebte Parallelität der Rechtslage auch dauerhaft gewährleistet werden, was für die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen zentral ist.

Protokoll 1 InstA (das gemäss Art. 19 InstA einen integralen Bestandteil des Abkommens darstellt) widmet sich spezifisch Massnahmen zum Arbeitnehmerschutz, wobei die Besonderheiten des Schweizer Arbeitsmarkts bei der Anwendung der Regelungen zu berücksichtigen sind. Das Protokoll enthält einerseits Präzisierungen betreffend die zu übernehmenden unionsrechtlichen Rechtsakte; andererseits nimmt es aber auch gewisse Bereiche von der Pflicht zur Übernahme von Weiterentwicklungen des erfassten Besitzstands aus bzw. räumt der Schweiz das explizite Recht auf Beibehaltung bestimmter Regelungen ein.

⁸⁵ Das SECO legt Art. 12 Abs. 2 S. 2 AVG jedenfalls entsprechend aus: So sei neben dem direkten Personalverleih auch der indirekte Personalverleih vom Ausland in die Schweiz grundsätzlich unzulässig. D.h. ein ausländisches Unternehmen, das in der Schweiz eine Dienstleistung erbringt, darf keine entliehenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zur Ausübung dieser Dienstleistung in die Schweiz entsenden. Eine Ausnahme sei insofern zulässig, als das ausländische Unternehmen bei einem Schweizer Personalverleiher inländische Arbeitskräfte entleiht. S. SECO/BFM, Gemeinsame Weisung vom 1. Juli 2008 über die Folgen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU und des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih, insbesondere 10 f. Vieles spricht allerdings für die Gegenansicht, wonach sich Art. 22 Abs. 3 lit. i Anhang I FZA nur auf die «Verleihtätigkeit» von Unternehmen bezieht, nicht hingegen auf den Einsatz entliehener Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags, vgl. EPINEY, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 16), 81 (122 ff.); EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 7), 23 f.

⁸⁶ S. hierzu, unter Einbezug der Folgen einer Nichtübernahme, EPINEY, Jusletter vom 17.12.2018 (Fn. 1), Rn. 19 ff. Die nachfolgenden Ausführungen greifen teilweise auf diese bereits angestellten Untersuchungen zurück.

In einer langen Präambel wird in Protokoll 1 InstA zunächst die Bedeutung einerseits des Lohnschutzes, andererseits des diskriminierungsfreien Marktzugangs sowie der unionsrechtlichen Massnahmen zur Gewährleistung des Arbeitnehmerschutzes betont. Sowohl das Binnenmarkt-Informationssystem als auch die Entsende- und Durchsetzungsrichtlinie werden explizit als Rechtsakte zur Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit einerseits und eines angemessenen Schutzniveaus für entsandte Arbeitskräfte andererseits aufgeführt. Auf dieser Grundlage sieht Nr. 1 Protokoll 1 Folgendes vor:

- Auf der Grundlage des Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit» dürfen die Vertragsparteien ein adäquates und verhältnismässiges Schutzniveau garantieren, damit einerseits die Dienstleistungsfreiheit verwirklicht, andererseits der Missbrauch und die Umgehung bestehender Vorgaben verhindert wird.
- Die Schweiz wird die RL 96/71 in ihrer durch die RL 2018/957 revidierten Fassung (Entsenderichtlinie) sowie die RL 2014/67 (sog. Durchsetzungsrichtlinie) innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des Abkommens umsetzen.
- Die Schweiz wird drei Jahre nach Abschluss des InstA in das Binnenmarkt-Informationssystem integriert. Dieses System erleichtert die Verwaltungszusammenarbeit und erlaubt damit auch die Effektivität von Kontrollen vor Ort.

Neben der Übernahme des EU-Entsenderechts in seiner aktuellen Fassung verpflichtet sich die Schweiz gemäss des in Art. 4 InstA verankerten allgemeinen Grundsatzes zu einer einheitlichen Auslegung der betroffenen Rechtsakte und der verwendeten Begrifflichkeiten, wobei auch die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sein wird.⁸⁷ Darüber hinaus sieht Art. 5 InstA – wie erwähnt – den Grundsatz der schnellstmöglichen Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstandes vor. *In concreto* bedeutet das, dass Weiterentwicklungen des entsenderechtlichen Besitzstandes auch in der Schweiz dynamisch zu übernehmen sein werden.⁸⁸

Allerdings sind Protokoll 1 InstA gewisse Ausnahmeregelungen für die Schweiz zu entnehmen, womit auf die Homogenität der Rechtsentwicklung in diesen besonderen Bereichen verzichtet wird, wird der Schweiz doch zugestanden, die entsprechenden Massnahmen jedenfalls beibehalten zu dürfen. So steht Nr. 2 Protokoll 1 der Schweiz ausdrücklich das Recht zu, folgende Massnahmen zur Gewährleistung des Lohnniveaus bzw. des Arbeitnehmerschutzes zu ergreifen:

- Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland können verpflichtet werden, sich vor dem Beginn ihrer Arbeiten anzumelden. Vorgesehen werden darf eine Anmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen, die auf der Grundlage einer objektiven und branchenspezifischen Risikoanalyse, die regelmässig zu überprüfen ist, zu beschliessen ist.
- Sollten Dienstleistungserbringer in der Vergangenheit ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sein, können sie zur Leistung einer verhältnismässigen Kautions vor der Erbringung weiterer Dienstleistungen

⁸⁷ Zu dieser allgemeinen Verpflichtung EPINEY, Jusletter vom 17.12.2018 (Fn. 1), Rn. 16 ff.

⁸⁸ S. zu dem Übernahmemechanismus im InstA EPINEY, Jusletter vom 17.12.2018 (Fn. 1), Rz. 19 ff., m.w.H.

verpflichtet werden, wobei auch hier eine branchenspezifische Risikoanalyse notwendig ist.

- Zur Bekämpfung der «Scheinselbständigen» kann vorgesehen werden, dass diese *a posteriori* eine Reihe von abschliessend aufgeführten Dokumenten zur Verfügung stellen müssen, die eine effektive Kontrolle erlauben.

Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die erwähnten Massnahmen jedenfalls als im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen angesehen werden, dies auch für den Fall, dass ähnliche Massnahmen (in Zukunft) in der Union als unionsrechtswidrig eingestuft werden sollten. Insofern wird der Schweiz mit diesen Ausnahmen ein grösserer Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Entsende- und Durchsetzungsrichtlinie eingeräumt als den EU-Mitgliedstaaten, werden die im Protokoll aufgeführten Regelungen doch gewissermassen «immunisiert» (wobei sie auf einer Risikoanalyse beruhen müssen). Gleichzeitig wird der Handlungsspielraum der Schweiz aber durchaus insofern beschränkt, als auf dasselbe Instrumentarium zurückgreifende strengere nationale Massnahmen (also eine längere Voranmeldefrist, eine weitergehende Kautionspflicht oder weitergehende Dokumentationspflichten für Selbständige bzw. potentielle «Scheinselbständige») grundsätzlich unzulässig sein dürften, ist doch aus der ausdrücklichen Aufführung der maximal zulässigen Massnahmen *e contrario* zu schliessen, dass strengere Massnahmen zumindest in aller Regel als unverhältnismässig anzusehen sind (was es möglicherweise nicht ausschliesst, dass ganz punktuell aufgrund sehr hoher Risiken auch hier strengere Massnahmen ergriffen werden könnten).

Dies bedeutet freilich nicht, dass die Schweiz nicht andere Massnahmen zur Aufrechterhaltung des Lohnniveaus ergreifen kann. M.a.W. dürfte Protokoll 1 InstA lediglich im Verhältnis zu den dort aufgeführten Schutzmassnahmen verstärkenden Massnahmen entgegenstehen; andere Massnahmen – also solche, die auf ein anderes Instrumentarium zurückgreifen – sind nicht *per se* als mit dem Abkommen unvereinbar anzusehen, sondern können (wie sich auch aus dem allgemeinen Hinweis in Nr. 1 erster Spiegelstrich Protokoll 1 InstA ergibt, wonach zur Sicherstellung des Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit» angemessene Massnahmen ergriffen werden können) mit diesem vereinbar sein, wenn sie die diesbezüglichen Vorgaben (also insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit) beachten sowie mit dem für die Schweiz verbindlichen Richtlinien (insbesondere die RL 96/71 n.F. und die RL 2014/67) vereinbar sind. Letzteres hängt wesentlich davon ab, ob und inwieweit eine bestimmte nationale Massnahme in den Anwendungsbereich dieser Richtlinien fällt bzw. ob die Richtlinien in Bezug auf die gezielte Frage eine abschliessende Regelung treffen. Im Einzelnen handelt es sich hier um eine sehr komplexe Fragestellung, die nur nach genauer Analyse einerseits der nationalen Massnahme, andererseits der inhaltlichen Tragweite der einschlägigen sekundärrechtlichen Regelung beantwortet werden kann⁸⁹ und im vorliegenden Rahmen daher nicht in «allgemeingültiger Form» vorgenommen werden kann. Festzuhalten ist aber, dass der Kreis «verbotener» Produkte oder Handlungsweisen im Sekundärrecht häufig gerade nicht abschliessend umschrieben wird.⁹⁰ Auch

⁸⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen, allerdings mit Bezug zu umweltrechtlichen Regelungen, ASTRID EPINEY, Umweltrecht in der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), 5. Kap., Rn. 65 ff.

⁹⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-573/12 (Alands Vindkraft), ECLI:EU:C:2014:2037.

räumt die Rechtsprechung des EuGH den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Entsenderichtlinie in ihrer aktuell geltenden Fassung einen gewissen Gestaltungsspielraum auch betreffend «verbotener» Produkte oder Handlungsweisen ein, soweit diese geeignet und verhältnismässig sind.⁹¹ Es ist zu erwarten, dass dieser Handlungsspielraum vom Gerichtshof im Zuge der Revision der RL 96/71 in Zukunft (noch) weiter ausgedehnt werden wird.

Deutlich wird damit auch, dass Protokoll 1 InstA den Handlungsspielraum der Schweiz möglicherweise weniger weit einschränkt als dies auf den ersten Blick den Anschein haben mag. So kann seine grundsätzliche Tragweite wie folgt zusammengefasst werden:

- Die ausdrücklich in Nr. 2 Protokoll 1 InstA aufgeführten Massnahmen stehen jedenfalls in Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen; eine eigene Verhältnismässigkeitsprüfung erübrigt sich im Falle der Beachtung der in dieser Bestimmung aufgeführten Vorgaben.
- Strengere, in dieselbe Richtung gehende Anforderungen an Dienstleistungserbringer sind grundsätzlich als unzulässig anzusehen. Dies schliesst jedoch punktuelle, verhältnismässige und aufgrund einer genauen Risikoanalyse ergriffene strengere Massnahmen nicht *a priori* aus; ihre Verhältnismässigkeit ist aber im Einzelnen zu prüfen, wobei die Beweislast bei der Schweiz liegen dürfte.
- Andere Massnahmen – also solche, die auf andere Konzepte oder andere Schutzansätze zurückgreifen – sind nicht von vornherein unzulässig. Vielmehr können sie im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen stehen, sofern sie seine Vorgaben beachten. Von besonderer Bedeutung wird hier häufig die Verhältnismässigkeit und die Frage nach der Abgeschlossenheit der sekundärrechtlichen Regelungen sein. In Bezug auf letztere ist hervorzuheben, dass die revidierte Entsenderichtlinie den Grundsatz «Gleicher Lohn bei gleicher Arbeit am gleichen Ort» ausdrücklich verankert und auch darüber hinaus dem Anliegen des Arbeitnehmerschutzes insgesamt ein eher grösseres Gewicht einräumen dürfte.⁹² Andere Massnahmen, die auf andere Konzepte oder Schutzansätze zurückgreifen, sind somit nicht *per se* mit dem Unionsrecht bzw. dem FZA unvereinbar, sondern können erlassen werden, wenn sie der Sicherstellung des Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» dienen, die Vorgaben Entsende- und Durchsetzungsrichtlinie beachten sowie der Verhältnismässigkeit genügen, wobei die Umstände des Einzelfalls massgeblich sind.

⁹¹ EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry), ECLI:EU:C:2015:86, wo der Gerichtshof den Spielraum des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf die Definition des Mindestlohns eher weit fasst; s. auch EuGH, Rs. C-115/14 (RegioPost), ECLI:EU:C:2015:760, wo der Gerichtshof die Frage, ob die Vergabe öffentlicher Aufträge von der Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohns abhängig gemacht werden darf, bejahte. Vgl. zu diesen Urteilen ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2015 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich/Bern 2016, 63 (82 ff.).

⁹² Vgl. bereits oben II.2.

Jedenfalls untersteht aber die Frage, ob eine schweizerische Massnahme im Hinblick auf die Gewährleistung des Lohnschutzes die Vorgaben des Abkommens beachtet, der Jurisdiktion des Schiedsgerichts. M.a.W. ist dieser Bereich nicht vom Anwendungsbereich des Streitbeilegungsmechanismus' ausgeschlossen, so dass im Falle der Uneinigkeit der Vertragsparteien über die Vereinbarkeit gewisser nationaler Vorgaben mit dem FZA das Schiedsgericht angerufen werden könnte, das die entsprechenden Fragen wohl dem EuGH vorlegen würde, betreffen sie doch vom EU-Recht übernommene abkommensrechtliche Vorgaben. Denn die Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit im FZA knüpft an die Rechtslage in der Union an bzw. übernimmt diese (allerdings abgesehen von gewissen Besonderheiten, die in erster Linie die Dauer der Dienstleistung und die mit dieser verbundenen Rechte betreffen).⁹³

3. *Konvergenzen und Divergenzen zwischen den flankierenden Massnahmen und dem unionalen Entsenderecht*

Insgesamt weisen das Entsenderecht in der EU (auf der Grundlage der revidierten Entsenderichtlinie und der Durchsetzungsrichtlinie) und die Entsendevorschriften in der Schweiz eine grosse Nähe auf, was in erster Linie auf den beiden Rechtsordnungen inhärenten Grundsatz «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» zurückzuführen ist:

- Sowohl die EU-rechtlichen Entsendebestimmungen als auch die Schweizer Vorschriften garantieren die Einhaltung nationaler Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in Bezug auf den Mindesturlaub (Art. 2 Abs. 1 lit. c EntsG, Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 96/71 n.F.), Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 2 Abs. 1 lit. b EntsG, Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 96/71 n.F.), Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 1 lit. d EntsG, Art. 3 Abs. 1 lit. e RL 96/71 n.F.), Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen (Art. 2 Abs. 1 lit. e EntsG, Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 96/71 n.F.) und Gleichbehandlung der Geschlechter (Art. 2 Abs. 1 lit. f EntsG, Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 96/71 n.F.).
- Mit der Revision der Entsenderichtlinie im letzten Jahr verstärkte die EU den Schutz von (überlassenen) entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen substantiell. So sind gleichwertige «Entlohnungen» – nicht mehr nur Mindestlöhne – für entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu entrichten. Der neu gefasste Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 96/71 sieht die Vergütung gemäss der branchen- und ortsüblichen Entlohnung vor, während die Schweiz entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen eine «minimale Entlohnung inklusive Zuschläge» nach Art. 2 Abs. 1 lit. a EntsG zuspricht. Die Schweizer Bestimmungen zum Mindestlohn richten sich noch nach der RL 96/71 a.F. und der Rechtsprechung des EuGH, wonach die «gesamte Lohnstruktur», also auch Zulagen, bei der Bestimmung des Mindestlohns zu

⁹³ S.o. III.1.a).

berücksichtigen sind.⁹⁴ Im Ergebnis handelt es sich dabei regelmässig um eine branchen- und ortsübliche Entlohnung.⁹⁵

- Zudem stellen die Arbeitgeber nach Art. 3 Abs. 1 lit. h, i RL 96/71 n.F. sicher, dass die Unterbringungsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer angemessen und im Einklang mit den nationalen Vorschriften sind, wobei die Kosten vom Arbeitgeber zu tragen sind und nicht von der Entlohnung abgezogen werden dürfen. Gleiches gilt für Reise- und Verpflegungskosten. Die Schweizer Regelung ist ähnlich ausgestaltet: Der Arbeitgeber organisiert eine angemessene Wohnung, die in diesem Rahmen gemachten Abzüge des Lohns dürfen das ortsübliche Mass nicht übersteigen (vgl. Art. 3 EntsG). Diese Abzüge für Unterkunft und Lebensunterhalt sind sodann als Spesen zu ersetzen. Gemäss Art. 2 Abs. 3 EntsG gelten Spesenentschädigungen nicht als Lohnbestandteil, sie können entsprechend abgezogen werden, wobei dies nicht dazu führen darf, dass die Einhaltung der Vorschriften betreffend den Mindestlohn faktisch umgangen wird.⁹⁶
- Unterschiede zwischen dem Schweizer und dem EU-Entsenderecht bestehen hinsichtlich des Umgangs mit überlassenen entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, wobei die Schweiz wohl auch der Einsatz dieser Arbeitskräfte bei Einhaltung nationaler Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen zulassen müsste.⁹⁷
- Auch im Zusammenhang mit dem Erlass von Sanktionen bestehen keine nennenswerten Divergenzen zwischen dem EU und dem Schweizer Entsenderecht:⁹⁸ Nach Art. 5 RL 96/71 n.F. sehen die Mitgliedstaaten Sanktionen vor, die bei Verstössen gegen die gemäss der Entsende- und Durchsetzungsrichtlinie erlassenen Vorschriften zu verhängen sind. Bei der Wahl der Sanktionen steht den Mitgliedstaaten ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum zu, wobei die Sanktionen «wirksam, verhältnismässig und abschreckend» sein müssen. Art. 9 EntsG enthält eine (abschliessende) Liste von Verwaltungssanktionen, Art. 12 EntsG die entsprechenden Strafbestimmungen. Neben den verwaltungsrechtlichen Sanktionen können auch zivilrechtliche Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV verhängt werden (vgl. Art. 9, 12 EntsG, Art. 2 Abs. 2^{quater} EntsG). Auch eine solche «Doppelsanktionierung» dürfte angesichts des weiten Gestaltungsspielraums mit den Art. 5 RL 96/71 n.F. vereinbar und auch nicht *per se* als unverhältnismässig anzusehen sein; vielmehr kommt es auf die Auslegung und Anwendung der entsprechenden Sanktionen an.⁹⁹ Vor diesem Hintergrund kann auch eine Dienstleistungssperre mit den Vorgaben

⁹⁴ EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen), ECLI:EU:C:2015:86, Rn. 26; EuGH, Rs. C-522/12 (Isbir), ECLI:EU:C:2013:711, Rn. 41 ff.

⁹⁵ In Bezug auf die Schweizer Rechtslage s. PÄRLI, Entsendegesetz. Kommentar (Fn. 3), Art. 2 Rz. 70 f.

⁹⁶ PÄRLI, Entsendegesetz. Kommentar (Fn. 3), Art. 3 Rz. 4 ff.

⁹⁷ S. schon oben III.1.b).

⁹⁸ Zu jedem Artikel des EntsG PÄRLI, Entsendegesetz. Kommentar (Fn. 3).

⁹⁹ Vgl. dazu mit einer Untersuchung der Rechtsprechung betreffend die Zulässigkeit verschiedener Sanktionen PÄRLI, Entsendegesetz. Kommentar (Fn. 3), Art. 9 Rz. 100 ff.; von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Sanktionen ausgehend auch EPINEY, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 16), 81 (108).

des FZA bzw. des Unionsrechts in Einklang stehen, handelt es sich hier doch um eine besonders wirksame Sanktion.¹⁰⁰ Näher zu prüfen wäre aber, ob und inwieweit bei den Sanktionen auch im Falle des Anschlusses der Schweiz an das Binnenmarktinformationssystem und der Massgeblichkeit der Durchsetzungsrichtlinie Sanktionen insofern diskriminierend ausgestaltet sein dürfen, als sie nur gegen im Ausland ansässige Dienstleistungserbringer verhängt werden können, ein Aspekt, der insbesondere für die derzeit vorgesehene Dienstleistungssperre von Bedeutung sein könnte. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass dem Unionsrecht keinerlei Vorgaben in Bezug auf die mit der Kontrolle betrauten Organe zu entnehmen sind; vielmehr wird den Mitgliedstaaten hier ein denkbar weiter Spielraum eingeräumt, so dass der derzeit vorgesehene Einbezug der Sozialpartner auch auf der Grundlage des InstA weiter geführt werden könnte.

- Ferner gleichen sich die Bestimmungen zu den Subunternehmern und deren Haftung (vgl. Art. 12 Abs. 4 und 6 RL 2014/67, Art. 5 EntsG): Zwar kennt das EU-Entsenderecht keine Solidar- bzw. Ausfallhaftung – also die Haftung des Bauunternehmers, der Aufträge an Subunternehmer auslagert – wie sie in Art. 5 EntsG angelegt ist, allerdings hat der EuGH in seiner Rechtsprechung bestätigt, dass ein solcher Ansatz mit der RL 96/71 (a.F.) vereinbar ist.¹⁰¹
- Im Übrigen erwähnt das EU-Entsenderecht einzelne Aspekte, die das Schweizer Recht nicht kennt, wie gewisse Kontrollmassnahmen, wonach der Dienstleistungserbringer bestimmte Unterlagen während des Entsendezeitraums den Behörden des Aufnahmestaats zur Kontrolle verfügbar machen muss. Um den Austausch zwischen Behörde und Arbeitgeber zu vereinfachen, kann zudem ein Ansprechpartner vom Dienstleistungserbringer ernannt werden (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. f RL 2014/67). Dabei handelt es sich allerdings um fakultative Massnahmen, die die Mitgliedstaaten ergreifen «können». Anpassungsbedarf seitens der Schweiz besteht demnach nicht.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das schweizerische Recht bereits jetzt weitgehend der Rechtslage in der EU auf der Grundlage des revidierten Entsenderechts entspricht und damit eine nicht unwesentliche Parallelität zwischen EU- und Schweizer Entsenderecht zu erkennen ist.¹⁰² Der Anpassungsbedarf bei der Übernahme der revidierten Entsenderichtlinie und der Durchsetzungsrichtlinie im Rahmen des Institutionellen Abkommens würden sich folglich in engen Grenzen halten (und letztlich wohl im Wesentlichen die Acht-Tage-Regelung sowie gewisse Aspekte bei der Kautionspflicht betreffen). Abgesehen davon regelt Art. 3 Abs. 7 RL 96/71 n.F., dass die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen grundsätzlich von den jeweils vorteilhafteren Bestimmungen profitieren können sollen, womit auch «bessere» Arbeits- und Beschäftigungsbestimmungen möglich bleiben, sofern sie nicht dem EU-Entsenderecht entgegenstehen und verhältnismässig sind.

¹⁰⁰ S. insoweit auch die Ausführungen des Bundesgerichts in BGer vom 22.5.2017, 2C_150/2016.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-60/03 (Wolff & Müller), ECLI:EU:C:2004:610, Rn. 36 ff.

¹⁰² So auch der Bundesrat, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16. Januar 2019, 19 f; PÄRLI, Entsendegesetz. Kommentar (Fn. 3), Art. 2 Rz. 79.

IV. Fazit

Insgesamt sind das Entsenderecht in der EU und die Entsendevorschriften in der Schweiz – jedenfalls soweit auf das revidierte Entsenderecht in der Union abgestellt wird – sehr ähnlich ausgestaltet und greifen auch auf vergleichbare Mechanismen zurück. Dies ist insbesondere auf den (auch im InstA festgehaltenen) Grundsatz «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» bzw. die letztlich übereinstimmenden Zielsetzungen zu sehen: Sowohl die Schweiz als auch die EU bemühen sich mithilfe ihrer Entsenderegelungen um ein hohes Schutzniveau in Bezug auf die Lohn- und Arbeitsbedingungen von entsandten Arbeitskräften. Auch wenn in Einzelfragen durchaus Unterschiede bestehen, werden doch die gleichen Ziele verfolgt, und die Notwendigkeit des Schutzes der Arbeitnehmenden ist unbestritten und in beiden Rechtsordnungen explizit anerkannt und verankert.

Fragt man vor diesem Hintergrund nach den Implikationen des InstA für das Entsenderecht in der Schweiz, so ist zu unterscheiden:

- Der sich auf der Grundlage der im InstA vorgesehenen Massgeblichkeit der Entsende- und Durchsetzungsrichtlinie ergebende Anpassungsbedarf des schweizerischen Rechts hielte sich in engen Grenzen. Dies liegt einerseits an den aufgezeigten Konvergenzen, andererseits aber auch an dem insbesondere durch die Durchsetzungsrichtlinie eingeräumten weiten Gestaltungsspielraum in Bezug auf Kontroll- und Durchsetzungsmassnahmen: Diese werden in der Richtlinie regelmässig lediglich beispielhaft erwähnt. Es ist somit davon auszugehen, dass das schweizerische Recht den durch die erwähnten Richtlinien zwingend vorgesehenen Vorgaben bereits heute weitgehend entspricht.
- Eine andere Frage ist diejenige nach dem darüber hinaus bestehenden Handlungsspielraum der Schweiz in Bezug auf die Einführung zusätzlicher bzw. strengerer Massnahmen. Hier ist wiederum zu unterscheiden: Soweit es um die in Protokoll 1 InstA erwähnten Instrumente bzw. Massnahmen geht, impliziert das Protokoll 1 InstA ihre grundsätzliche Vereinbarkeit mit den Vorgaben des FZA, dies ungeachtet späterer Rechtsentwicklungen in der Union, so dass diese Bereiche im Ergebnis als Ausnahmen von dem Grundsatz der homogenen Rechtsentwicklung anzusehen sind und die Schweiz insoweit im Vergleich zu den EU-Mitgliedstaaten eine bevorzugte Stellung inne hat. Soweit es um über diese Massnahmen hinausgehende bzw. sonstige Instrumente geht, sind diese immer dann zulässig, wenn sie den Anforderungen der Entsende- und der Durchsetzungsrichtlinie entsprechen sowie im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt sind, wobei insbesondere die Beachtung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit von Bedeutung ist. Hier wird es regelmässig auf die Beurteilung des Einzelfalls ankommen, wobei den Mitgliedstaaten auch ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen ist.

Das InstA dürfte somit den Spielraum der Schweiz in Bezug auf Massnahmen zum Schutz von Lohn- und Arbeitsbedingungen weniger weit einschränken als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Nichtsdestotrotz ist nicht zu verkennen, dass nicht nur gewisse Implikationen bzw. Vorgaben bestehen, sondern auch, dass im Falle von Uneinigkeit zwischen der Schweiz und der Union das Streitbeilegungsverfahren zum Zuge kommt mit der Folge, dass das Schiedsgericht – ggf. unter

Beizug des EuGH – letztlich entscheidet. Auch wenn davon auszugehen ist, dass die Tendenz des Gerichtshofs, den Spielraum der Staaten in Bezug auf Massnahmen zum Arbeitnehmerschutz eher weit zu fassen, sich in Zukunft nicht nur bestätigen, sondern noch verstärken wird, ist es damit nicht ausgeschlossen, dass – soweit es zu einer Streitbeilegung kommt, was nur auf Initiative der Vertragsparteien, nicht von Einzelnen, der Fall sein kann – schweizerische Massnahmen im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz im Einzelfall als unzulässig erachtet werden. Zu erinnern ist aber auch hier daran, dass es das InstA der Schweiz auch «erlaubt», Entscheidungen des Schiedsgerichts nicht zu akzeptieren, allerdings diesfalls Ausgleichsmassnahmen zu gewärtigen hätte, die verhältnismässig sein müssen (was wiederum durch das Schiedsgericht zu überprüfen wäre).¹⁰³

¹⁰³ Vgl. EPINEY, Jusletter vom 17.12.2018 (Fn. 1), Rz. 45 f.