

RAHMENABKOMMEN UND FLAM: DIE POSITION DES SGB

Rahmenabkommen und Lohnschutz

Die Schweiz hat die höchsten Löhne Europas

Die Schweiz hat die höchsten Löhne in Europa. Eine unkontrollierte Öffnung des Schweizer Arbeitsmarktes wäre daher mit der Gefahr von Lohndruck verbunden. Der Schweizer Durchschnittslohn liegt bei über 7'200 Fr./Mt. (Vollzeit) – gegenüber etwas mehr als 4'000 Fr. in unseren Nachbarländern Deutschland oder Österreich. Im Osten der EU sind die Löhne mit etwas über 1'000 Fr./Mt. nochmals viel tiefer.

Dieselben Unterschiede gibt es in den einzelnen Berufen. In der Schweiz verdienen ausgebildete Handwerker im Mittel rund 6'200 Franken. In Deutschland sind es 3'700, in Polen sogar nur rund 1000 Franken. Ohne Lohnschutz droht selbst unseren gelernten Fachkräften der Gang zur Sozialhilfe.

Mittlerer Monatslohn

(2018, Median, Schweizer Franken, Vollzeitstelle, Privatwirtschaft)

Schweiz	6248
Norwegen	5345
Dänemark	5115
Belgien	3781
Schweden	3725
Deutschland	3658
Finnland	3483
Vereinigtes Königreich	3277
Österreich	3196
Frankreich	2766
Spanien	2053
Tschechien	1217
Portugal	1072
Polen	1035
Rumänien	797
Bulgarien	517

Quelle: Eurostat, CHF/EUR: 1.136

Lohnschutz: Ein Versprechen des Bundesrates

Um die Schweizer Löhne zu schützen, wurden die Flankierenden Massnahmen FlaM eingeführt. Die FlaM waren eine der zentralen Lehren aus der verlorenen EWR-Abstimmung im Jahr 1992. Die Schweizer Stimmbevölkerung stimmt einer Öffnung gegenüber der EU nur zu, wenn Löhne und Arbeitsbedingungen wirksam geschützt sind. Auf Druck der Gewerkschaften wurde die Personenfreizügigkeit mit den Flankierenden Massnahmen verbunden. Der Bundesrat hat der Bevölkerung in der ersten Abstimmung zu den Bilateralen denn auch einen «umfassenden Schutz vor Lohn- und Sozialdumping»¹ durch die FlaM versprochen. Und er hat bei den Verhandlungen über das Rahmenabkommen die FlaM in der Folge durch «rote Linien» geschützt.

Auch das Freizügigkeitsabkommen verpflichtet die Schweiz dafür zu sorgen, dass die Arbeitskräfte aus dem Ausland Schweizer Löhne erhalten. Art. 1d verlangt von der Schweiz die «Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer». Arbeitskräfte aus der EU müssen in der Schweiz vor Lohndumping geschützt sein. Immerhin wird ein Drittel der Arbeitsstunden in der Schweiz von Personen ohne Schweizer Pass geleistet.

Die EU hatte beim Abschluss der bilateralen Verträge deshalb auch nichts gegen die Schweizer FlaM einzuwenden. Sie waren und sie sind nichtdiskriminierend im Sinne des Abkommens über die Personenfreizügigkeit ausgestaltet: Wer in der Schweiz arbeitet, soll einen Schweizer Lohn erhalten. Unabhängig von der Staatsangehörigkeit. Der Druck auf die FlaM kam erst später. Als die EU-Kommission und der EU-Gerichtshof EuGH den Marktzugang für Firmen plötzlich als wichtiger erachteten als den Schutz der Löhne. Der EuGH verurteilte seit 2007 verschiedene Lohnschutzmassnahmen als unzulässig (s. auch unten).

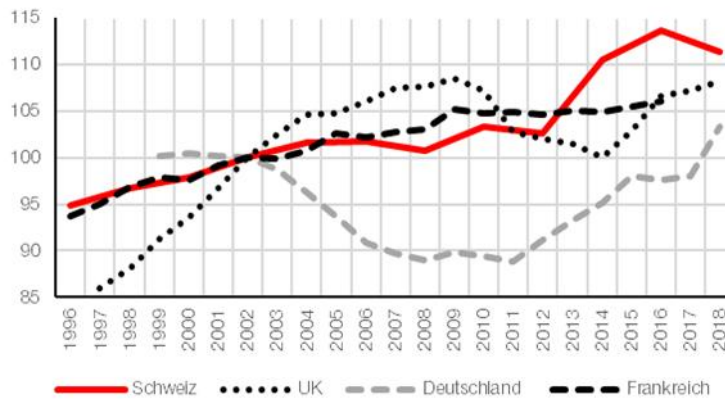
Die FlaM: Eine Erfolgsgeschichte

Dass die FlaM ein sehr wirksames Instrument gegen Lohn- und Sozialdumping sind, hat sich in den letzten Jahren eindeutig gezeigt. Dank den Flankierenden konnte in den gut geschützten Branchen ein Absinken der Löhne verhindert werden. Und dank guten Gesamtarbeitsverträgen stiegen in der Schweiz die tiefen und mittleren Löhne. Im Unterschied beispielsweise zum Vereinigten Königreich, wo die fehlenden FlaM und der damit verbundene Druck auf Löhne und Arbeitsbedingungen leider zum Brexit-Entscheid beitragen haben.

¹ Abstimmungsbüchlein zur Volksabstimmung vom 21. Mai 2000, S. 11:

https://www.bk.admin.ch/dam/bk/de/dokumente/Abstimmungsbuechlein/erlaeuterungen_desbundesrates21052000.pdf.download.pdf/erlaeuterungen_desbundesrates21052000.pdf

Entwicklung der Reallöhne der untersten 10 Prozent (2002=100, unterstes Dezil)



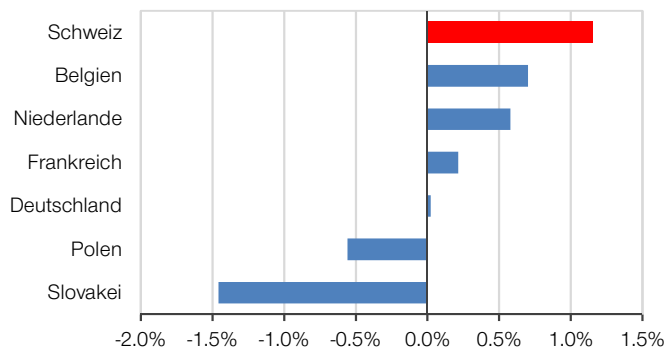
Heute werden in der Schweiz jährlich in rund 45'000 Firmen die Löhne kontrolliert – davon sind ca. 21'000 ausländische Firmen. Bei fast jeder vierten Firma stellen die Kontrolleure zu tiefe Löhne fest. Das zeigt, wie notwendig die FlaM im Alltag sind. In diesen Zahlen nicht berücksichtigt ist die präventive Wirkung der FlaM. Denn ohne Kontrollen und drohende Bussen gäbe es für Firmen aus dem Ausland keinen Grund, Schweizer Löhne zu zahlen. Das Ausmass des Dumpings wäre viel grösser. Ausländische Firmen mit tieferen Löhnen würden rasch substantielle Marktanteile gewinnen. Die Folge: Sinkende Löhne und steigende Arbeitslosigkeit in der Schweiz. In den gewerblichen Branchen würde alles aus den Fugen geraten. Denn bei deutlich tieferen Löhnen würde kaum mehr jemand eine Lehre machen wollen.

FlaM sind kein Hindernis für korrekte ausländische Firmen

Ausländische Firmen, welche die Schweizer Gesetze und Arbeitsbedingungen einhalten, haben kein Problem mit den FlaM. Dumpingfirmen hingegen schon. Das ist schliesslich der Zweck der FlaM. Dass sie für ausländische Firmen kein Zutritts Hindernis sind, zeigen nicht nur die positiven Praxisbeispiele. Auch die Statistiken bestätigen dies. Wegen ihrem hohen Einkommensniveau ist die Schweiz ein attraktiver Markt für ausländische Anbieter. Heute arbeiten Entsandte und Selbstständige aus der EU über 2.5 Mio. Tage pro Jahr in der Schweiz. Das entspricht einem Auftragsvolumen von gegen 2 Mrd. Franken. In keinem Land in Europa arbeiten so viele ausländische Dienstleistungserbringer wie in der Schweiz (gemessen an der Wohnbevölkerung).

Entsandte Arbeitnehmende im Jahr 2018

(Netto, in Prozent der Wohnbevölkerung)



Quelle: Eurostat

Entsendungen: Eine potenziell prekäre Form der Migration und der Beschäftigung – Probleme der Lohndurchsetzung im Ausland

Mit der Abschaffung des Saisonierstatuts und Verbesserungen der Aufenthaltsrechte hat die Personenfreizügigkeit die Lage der Arbeitnehmenden in der Schweiz verbessert. Doch gleichzeitig wurden mit ihr auch neue, potenziell prekäre Arbeitsformen gefördert – insbesondere die Entsendung: Ausländische Firmen brauchen für Tätigkeiten bis 90 Tage keine Bewilligung mehr (Entsendungen). Dazu kommt die Zulassung der Temporärarbeit für Kurzaufenthalter. Nur dank den Schweizer Flankierenden halten sich die negativen Auswirkungen in Grenzen.

- Entsendefirmen sind ausländische Firmen, die im Gastland Dienstleistungen (Bau, Reinigung, Informatik usw.) erbringen. Ihr Personal ist im Herkunftsland angestellt. Zu tieferen Löhnen als in der Schweiz. Polnische Firmen haben polnische Arbeitsverträge und Sozialversicherungsregeln – auch wenn sie in der Schweiz tätig sind.
- Zu den Entsendungen gibt es zahlreiche Urteile des Europäischen Gerichtshofs. 1989 hat er entschieden, dass Entsendungen Dienstleistungen sind – und keine Arbeitsmigration. In dieser Logik geht der Marktzugang der Entsendefirmen den Arbeitnehmerschutzbestimmungen im Gastland vor. Seit Mitte der 2000er- Jahre gibt es zahlreiche Entscheidungen, in denen der EuGH den Marktzutritt der Firmen höher gewichtete als den Lohnschutz.
- Die Gewerkschaften können die Entsandten kaum organisieren, da die Firmen und ihre Angestellten vorübergehend aus einem anderen Land kommen. Die Firmen kommen und gehen.

In der EU gibt es grosse Probleme mit Entsendungen, dies weil eine Negativkonstellation von Kommission, EUGH und der Positionierung gewisser Länder bis heute einen effektiven Schutz für entsandte Arbeitnehmende verhinderte und so Dumping und Lohndruck gefördert wurden. Kleine Schritte wurden und werden in der EU getan, das Schutzniveau ist aber noch weit entfernt von den schweizerischen FlAM. Das bestätigt auch der Europäische Gewerkschaftsbund.²

In Deutschland hat das beispielsweise im Bau und in der Fleischverarbeitung zu grossen Problemen geführt. Die deutschen Baufirmen und Schlachthöfe haben in hohem Ausmass ausländische

² www.etuc.org/en/document/etuc-statement-eu-swiss-partnership-agreement

Firmen als billige Subunternehmen eingesetzt. Mit entsprechenden Problemen bei Löhnen und Arbeitsbedingungen, so wie jüngst mit der Covid-19-Pandemie, wo Schlachthöfe und Fleischfabriken angesichts katastrophaler Arbeitsbedingung zu Pandemie-Epizentren wurden. Im deutschen Bau ist der Anteil der Subunternehmen auf 30 Prozent gestiegen (Anteil an den Gesamtkosten), in der Fleischwirtschaft sogar auf über 50 bis hin zu 100 Prozent.

Verschiedene Analysen zur Lage in einzelnen EU-Mitgliedstaaten kommen klar zum Schluss, dass der Lohnschutz bei Entsendungen in der EU immer noch deutlich verbessert werden muss.³ Wie übrigens auch eine Studie zur Lohndurchsetzung in Deutschland.⁴ Diese kritisiert u. a., dass der deutsche Staat die Zahl der Lohnkontrollen gesenkt hat und dass die Bussen im Ausland nicht durchgesetzt werden können. Die Studie stellt angesichts dieser Befunde etwas verzweifelt die Frage, ob Entsendungen nicht sogar verboten werden sollten.

Die EU-Kommission reagierte erst jüngst zögerlich im Zusammenhang mit dem Covid-19-Ausbruch und veröffentlichte am 16. 7. 2020 eine Leitlinie zum Schutz von Grenzgängern und Saisonarbeitnehmern. Damit überlässt sie die Verantwortung für die ordentliche Anwendung vorerst weiter den Mitgliedstaaten und lässt auch hier Entsendungen aussen vor. Im Rahmen der Covid-19-Krise ist immerhin der vom deutschen Kabinett beschlossene Entwurf eines «Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz» als Schritt in die richtige Richtung festzustellen, der den Einsatz von Leiharbeitern mit Werkverträgen in Unternehmen der deutschen Fleischverarbeitung ab dem 1. 1. 2021 verbieten wird.⁵ Bisher ausgelagerte Beschäftigte müssen nun also direkt angestellt werden. Zudem wurden schärfere und häufigere Kontrollen sowie eine Pflicht zur digitalen Arbeitszeiterfassung in der Branche angekündigt. Dieser Schritt bezieht sich zwar nicht direkt auf Entsendungen, ist aber ein deutliches Zeichen und indirekt eine Bestätigung unserer Flankierenden Massnahmen.

Auch die französische Regierung hat Missstände im Bereich von zu wenig sozial abgefederten Entsendungen verortet und beabsichtigt, gegen Dumping vorzugehen, indem u. a. die Kontrollen erhöht und allfällige Strafen verschärft werden. Die Regierung Macron will sich auf EU-Ebene zudem dafür einsetzen, die europäischen Sozialkosten zu harmonisieren. Konkret will sie den Dreiklang vom «gleichen Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» mit dem Zusatz «zu gleichen Sozialabgaben» ergänzen. Osteuropäische Firmen in Westeuropa haben zum Teil bis zu 20 Prozent tiefere Lohnbeiträge und Sozialabgaben. Auf diese Weise würde ihnen der grosse Wettbewerbsvorteil, den ihnen zynischerweise die massgeblichen EU-Verordnungen zur Koordinierung der Sozialversicherung einbringen, genommen werden.

Offen bleibt, wie der EUGH sich zu den jetzigen Reformbestrebungen in Deutschland oder Frankreich positionieren wird. Die Wahrscheinlichkeit besteht, dass Regelungen wie im Falle Österreichs (siehe Analyse einschlägiger EuGH-Fälle unten) wieder rückgängig gemacht werden könnten.

³ Wagner, I. (2018): Workers without Borders. Posted Work and Precarity in the EU. Cornell University Press.

⁴⁴ Bosch, G. et al. (2018): Kontrolle und Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, www.boeckler.de/pdf/p_fofoe_WP_095_2018.pdf

⁵ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2020/0426-20.pdf>

Das Rahmenabkommen hätte u.a. Löhne und Arbeitsplätze gefährdet

Das Verhandlungsergebnis zum Rahmenabkommen hätte zentrale Teile der FlaM aufs Spiel gesetzt. Und nicht nur das: indem der Lohnschutz gefährdet wird, werden früher oder später auch die Bilateralen in Frage gestellt.

Die Übernahme der EU-Richtlinien beim Lohnschutz (Durchsetzungs- und revidierte Entsenderichtlinie) bedeutet einen substanziellen Abbau der FlaM. Die Richtlinien legen die Instrumente fest, welche die Länder zum Schutz der Löhne anwenden können. Sie stellen im Zusammenspiel mit der EuGH-Rechtsprechung und der Agenda der EuGH-Generalanwälte ein Maximum dessen dar, was die Länder für den Lohnschutz tun dürfen. Weitergehende Massnahmen sind nämlich grundsätzlich dem Verdacht ausgesetzt, dass sie den Marktzugang der Firmen und damit den freien Binnenmarkt behindern. Der EU-Gerichtshof beurteilt dann, ob der Lohnschutz verhältnismässig ist. Seine Entscheidungen wären künftig auch für die Schweiz massgebend.

Der EuGH versteht sich immer noch als ein Motor des reinen Binnenmarktes. Er will Hindernisse für den Marktzugang für die Betriebe tendenziell abbauen. Dabei geht es namentlich um die Durchsetzung der «vier Grundfreiheiten»⁶. Beschränkungen dieser Grundfreiheiten sind nur unter bestimmten restriktiven Bedingungen zulässig.⁷ In verschiedenen Urteilen kam der EuGH seit 2007 immer wieder zum Schluss, dass Lohn- und Arbeitnehmerschutzbestimmungen binnenmarktwidrig seien, und er stellte die Freiheit des Unternehmers, seine Dienstleistungen anbieten zu dürfen, regelmässig über den Anspruch der Arbeitnehmenden, in ihren Rechten geschützt zu werden.

Die Rechtsprechung des EuGH stellt noch heute, nach der Revision des einschlägigen Rechts wie der EntsRL, den angemessenen Arbeitnehmerschutz nicht sicher und stellt die Dienstleistungsfreiheit systematisch über den Arbeitnehmerschutz. Das erschliesst sich nur schon und gerade auch aus der Analyse jener jüngsten Entscheide zum Thema: Čepelnik C-33/1712 vom 13. November 2018, Maksimovic (C-64/18) vom 12. 9. 2019 und Dobersberger (C-6/18) vom 19. 12. 2019 (siehe Anhang).

Diese Urteile wurden vom Europäischen Gewerkschaftsbund EGB bzw. nationalen Gewerkschaften alle als Angriffe auf die Rechte der Arbeitnehmenden qualifiziert. Viele Urteile fielen gegen die FlaM in Österreich (Fall Čepelnik und Maksimovic, bei Dobersberger war auch Deutschland betroffen)..⁸

Die EuGH-Urteile der letzten Jahre inkl. der jüngsten Zeit im Bereich der Arbeitnehmerrechte lassen folgendes Muster erkennen: Im Bereich des individuellen Arbeitsrechts hat der EuGH immer wieder auch zugunsten der Arbeitnehmenden entschieden (z.B. gegen die Diskriminierung von einzelnen Arbeitnehmenden). Das kollektive Arbeitsrecht (Tarifverträge, Streikrecht u. a.) wurde hingegen geschwächt.⁹ Dabei ist gerade das kollektive Arbeitsrecht mit den Gesamtarbeitsverträgen für den Schutz von Löhnen und Arbeitsbedingungen unerlässlich.

Die EuGH-Logik widerspricht dem Schweizer Ansatz, dass der diskriminierungsfreie Marktzugang und der Schutz von Löhnen und Arbeitsbedingungen gleichwertig sind. Der Widerspruch

⁶ Freier Warenverkehr, Personenfreizügigkeit, freier Kapitalverkehr, Dienstleistungsfreiheit.

⁷ Der EuGH wendet dabei einen seit dem Cassis-de-Dijon entwickelten Rechtfertigungstest an. S. z.B. Höpner, M. (2017): Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote?, MPifG Discussion Paper 17/10, www.mpifg.de/people/mh/paper/Hopener2017GrundfreiheitenalsLiberalisierungsangebote.pdf.

⁸ Vgl. zu den Urteilen im Detail die Auflistung im Anhang.

⁹ Zimmer, R. (2015): Soziale Grundrechte in der Europäischen Union, in: U. von Alemann, Ein soziales Europa ist möglich, Wiesbaden.

schwächt nicht nur die FlaM generell, sondern führt auch unmittelbar zu einer Reihe von konkreten Problemen.

In der Schweiz sind die Mindeststandards bei den Löhnen und den Arbeitsbedingungen zum grossen Teil in den Gesamtarbeitsverträgen (GAV) festgelegt. Ihre Einhaltung wird von paritätischen Kommissionen aus Arbeitgebern und Gewerkschaften kontrolliert und über Sanktionen (Konventionalstrafen) durchgesetzt. Diese Art und Weise der Durchsetzung ist europaweit einzigartig. Die Gefahr ist sehr gross, dass die EU-Kommission oder der EuGH der Schweiz dies ganz oder teilweise verbieten würden. In den EU-Ländern setzt der Staat und nicht private paritätische Kommissionen die GAV durch. Bei einer Unterstellung unter die EU-Rechtslogik ist die Gefahr sehr gross, dass die EU-Kommission, der Generalanwalt oder der EuGH der Schweiz dies ganz oder teilweise verbieten würden. Damit würde der Schweizer Lohnschutz im Kern angegriffen.

Die EU-Durchsetzungsrichtlinie erlaubt den Sozialpartnern nämlich nur in beschränktem Mass, eine gewisse Mitwirkung bei der Durchführung von Kontrollen zu haben. Das EU-Recht unterscheidet nämlich zwischen «Vollzug» (wo «Mitwirkung» durch Sozialpartner möglich ist) und «Kontrolle». Im Falle der Kontrollen sind die Indizien stark, dass nur staatliche Behörden «kontrollieren» dürfen, so Art. 10 Abs. 1 DurchsetzungsRL. Das Schweizer System, wo die Kontrolle im Bereich der Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten GAV an die paritätischen Kommissionen delegiert werden, sieht für die Sozialpartner dagegen keine solche untergeordnete Rolle vor. Vielmehr übernehmen in der Schweiz die Sozialpartner selbst staatliche Kontrollaufgaben. Eine solche tragende Rolle der Sozialpartner im Bereich des Vollzugs von Entsenderecht ist im EU Raum nirgends zu finden. Es ist vor diesem Hintergrund höchst fraglich, ob der EuGH das Schweizer Kontrollsystem erlauben würde. Die EU-Vertreter in der Schweiz haben uns beispielsweise klar gesagt, dass der Schweizer GAV-Vollzug für sie nicht akzeptabel wäre.

Weiter müssen die Kontrollen für den EUGH «verhältnismässig» und «nicht-diskriminierend» sein. Angesichts der heutigen Realität ist die Gefahr gross, dass die Schweiz hier unter Druck käme. Die Kontrollfrequenz bei Entsendefirmen ist einerseits viel höher als bei den Schweizer Betrieben (die dafür jeweils viel vertiefter kontrolliert werden). Andererseits werden in kaum einem anderen Land so viele Kontrollen durchgeführt: Die Schweiz kontrolliert jährlich rund 170'000 Arbeitnehmende; Österreich ca. 100'000. In Deutschland und Frankreich wird im Verhältnis zur Grösse des Arbeitsmarktes wesentlich weniger kontrolliert. Ebenfalls gross ist das Risiko, dass die heutige Sanktionspraxis (Administrativsanktionen und Konventionalstrafen in GAV) nicht akzeptiert wird.

Ein bedeutender Teil der FlaM-Instrumente wie die 8-Tage-Voranmeldung oder die Kautionen ist nicht im Massnahmenkatalog der Durchsetzungsrichtlinie enthalten. Aus Sicht der EU-Kommission und des EuGH wären unsere FlaM deshalb unzulässig. Gemäss dem Gutachten von Prager Dreifuss für die WAK-N ist auch die Dienstleistungssperre gefährdet.¹⁰ Ohne diese Instrumente können die Schweizer Löhne gegen unseriöse und kurzlebige Firmen aus dem Ausland nicht mehr durchgesetzt werden (s. dazu die [detaillierte Analyse des SGB](#)).

Im Rahmenabkommen hat die EU-Kommission zwar – unter restriktiven Bedingungen – gewisse Ausnahmen angeboten (4-Tage-Regel, Kaution für Wiederholungstäter u. a.). Doch diese stellen nicht annähernd einen valablen Ersatz für unsere FlaM dar. Beispielsweise ist eine Kaution nur noch für Wiederholungstäter wirkungslos. Denn unseriöse und kurzlebige Firmen könnten einfach

¹⁰ www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-professor-philipp-zurkinder-teil-2.pdf

den Namen wechseln oder anpassen und so die Bestimmung umgehen. Zudem braucht die Überprüfung, ob eine Firma bereits gegen Schweizer Lohnbestimmungen verstossen hat, viel Zeit. Das steht im Widerspruch zur verkürzten Meldefrist. Die Anwendung dieser Massnahmen ist der Schweiz nicht freigestellt, sondern das Abkommen verlangt eine «objektive Risikoanalyse» sowie eine periodische Überprüfung und Anpassung, was das Risiko erhöht, dass selbst diese Massnahmen vom Schiedsgericht bzw. vom EuGH früher oder später nicht mehr akzeptiert würden.

Schliesslich würde der Massnahmenkatalog der EU-Durchsetzungsrichtlinie künftig bestimmen, welche FlaM die Schweiz erlassen kann und welche nicht. Neue FlaM wären daher kaum mehr möglich – auch wenn sie noch so dringend nötig wären.

Beihilfen: Gefahren für den Service Public, aber auch für tripartite Strukturen

Neben der substanziellen Schwächung der FlaM ist die Frage der staatlichen Beihilfen von grosser politischer Brisanz. Das ausgehandelte Abkommen sah vor, dass künftige Bilaterale Verträge einem sehr restriktiven Regime unterworfen werden sollen. Die Wettbewerbskommission oder eine andere neu geschaffene Behörde könnte unter der Beihilfenregelung des Rahmenabkommens demokratische Entscheide übersteuern. Das betrifft nicht nur den Service Public, sondern allenfalls auch paritätische oder tripartite Einrichtungen im Bereich der Berufsbildung oder des Gesundheitsschutzes.

Diese Gefahr ist grösser als viele meinen. Denn das Rahmenabkommen wäre bereits für das bestehende Freihandelsabkommen zur Anwendung gekommen: Es sollen «Übergangsbestimmungen vorgesehen werden, damit die jeweiligen gemischten Ausschüsse das Schiedsgericht des institutionellen Abkommens anrufen können» (Gemeinsame Erklärung EU–Schweiz zu den Handelsabkommen, Punkt 8).

Anhang: Bemerkungen zu den EuGH-Urteilen zu Flankierenden Massnahmen in der EU

Zu Čepelnik:

Wohl anerkennt der EuGH in diesem Entscheid die Kautionspflicht formal als Instrument, um Sozialdumping zu verhindern, priorisiert im Rahmen der üblichen einseitigen Verhältnismässigkeitsprüfung die Dienstleistungsfreiheit aber systematisch.

Dies führt dazu, dass die Kautionspflichten verwässert werden und vor Sozialdumping nicht mehr effektiv schützen können. So lässt der EuGH im Fall Čepelnik bspw. «den begründeten Verdacht» einer Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften nicht genügen, um eine Kautionspflicht des Auftraggebers auszulösen. Er verlangt, dass «die zuständige Behörde eine Verwaltungsübertretung festgestellt hat, die auf einen Betrug, insbesondere einen Sozialbetrug, einen Missbrauch oder eine den Schutz der Arbeitnehmer beeinträchtigende Praktik hinweisen würde».

Kautionspflichten haben aber gerade den Zweck, einer Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften vorzubeugen, die noch nicht eingetreten bzw. von den zuständigen Behörden noch nicht endgültig beurteilt worden ist. Die Gefahr, dass die Schweizer Kautionspflicht nach Entsendegesetz auch nach allf. Anpassungen durch das InstA vor dem Hintergrund von Čepelnik durch den EuGH als unverhältnismässig qualifiziert wird, ist entsprechend gross.

Zu Maksimovic:

Wohl anerkennt der EuGH in diesem Entscheid Geldstrafen formal als Instrument, um Sozialdumping zu verhindern, priorisiert im Rahmen des arbeitgeberfreundlichen «Verhältnismässigkeitsgrundsatzes» aber wie im Fall Čepelnik die Dienstleistungsfreiheit übermässig.

So erachtet der EuGH nationale Mindeststrafen als nicht verhältnismässig, weil das dazu führen könne, «dass solche Sanktionen in Fällen verhängt werden, in denen nicht erwiesen ist, dass der beanstandete Sachverhalt von besonderer Schwere ist». Der EuGH entzieht den Mitgliedsstaaten, welche die Situation auf ihrem Arbeitsmarkt jeweils am besten kennen, damit die Möglichkeit, selber zu beurteilen, ab wann eine Geldstrafe jenes Mass an Abschreckung erreicht, welches notwendig ist, um effektiven Arbeitnehmerschutz zu betreiben und wirksame Sanktionen zu ergreifen. Die Gefahr, dass Sanktionen nach EntSG vor dem Hintergrund von Maksimovic durch den EuGH als «unverhältnismässig» beurteilt werden, ist entsprechend gross.

Sowohl das Urteil im Fall Čepelnik als auch jenes im Fall Maksimovic anerkennt auf dem Papier wohl Schutzinstrumente des Entsenderechts, nimmt ihnen im Rahmen einer einseitigen Verhältnismässigkeitsprüfung aber ihre Wirksamkeit: in der Theorie wirksamen Bestimmungen des Rechts werden so in der Praxis die Zähne gezogen.

Zu Dobersberger («Henry am Zug»):

In diesem Entscheid begründet der EuGH die Nichtanwendung der RL 96/71/EG und damit ganz grundsätzlich die Nichtanwendung des nationalen Arbeitsschutzrechts damit, dass über den Wortlaut des Richtlinien texts hinaus neu eine «hinreichende Verbindung» der Tätigkeiten der entsandten Arbeitnehmer zum Aufnahmestaat vorliegen müsse, damit die RL 96/71/EG zur Anwendung komme.

Der EuGH vergleicht den Einsatz der ungarischen Zugrestaurant-Arbeitnehmer im österreichischen Hoheitsgebiet gar mit Montage/Einbau, die als «Leistungen von sehr beschränktem Umfang» vom

Schutzbereich der Entsenderichtlinie ausgenommen sind. Das so vom EuGH neu geschaffene Kriterium der «hinreichenden Verbindung» hat in der in schweizerischen Lehre bereits berechnete Kritik hervorgerufen. So spricht Kurt Pärli, welcher das Standardwerk zum schweizerischen Entsenderecht verfasst hat, von «einer sehr weit hergeholtten Begründung».¹¹

Das Urteil Dobersberger steht damit paradigmatisch für die Bestrebungen des EuGH, die Dienstleistungsfreiheit auf Kosten des Arbeitnehmerschutzes möglichst uneingeschränkt zu verwirklichen. Das Erfordernis der «hinreichenden Verbindung» zum Aufnahmestaat ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Weiterentwicklung nur zu Lasten der Arbeitnehmerschaft gehen kann und wird.

Fazit

Die FlaM sollen Sozialdumping verhindern und gleiche Löhne sichern. Der EuGH bekennt sich wohl formal, aber nicht tatsächlich zu diesen Zielen. Bezeichnend dafür ist das Verständnis von Sozialdumping, das Generalanwalt Maciej Szpunar im Entscheid Dobersberger an den Tag legt: «Das Erfordernis, «Sozialdumping» zu verhindern, kann jedoch nicht gegen einen Dienstleistungserbringer verwendet werden, der schlicht die durch den Binnenmarkt gebotenen Möglichkeiten zu seinem wirtschaftlichen Vorteil nutzt – und dem seines Kunden, des Dienstleistungsempfängers. Schliesslich liegt dem Binnenmarkt der Grundsatz des komparativen Vorteils zugrunde.»¹² Der wichtigste komparative Vorteil über welchen ausländische Dienstleister verfügen, sind tiefere Löhne. Der EuGH folgt den Schlussanträgen seiner Generalanwälte in 86% der Fälle.¹³

¹¹ Kurt Pärli, Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 19. Dezember 2019, Rs. C-16/18, Dobersberger, ECLI:EU:C:2019:1110, ARV 2020, S. 37.

¹² Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C 16/18 Dobersberger Rz. 31.

¹³ www.faz.net/aktuell/politik/inland/wie-folgsam-ist-der-eugh-15330065.html .