Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Ressort Arbeitsmarktaufsicht
Holzikofenweg 36
3003 Bern

St.Gallen, 15. November 2014

**Bundesgesetz zur Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit: Vernehmlassung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 19. September 2014 eröffneten Sie eine Vernehmlassung über das Bundesgesetz zur Optimierung der flankierenden Massnahmen. Die Industrie- und Handelskammer St.Gallen-Appenzell vertritt die Interessen von rund 1600 Unternehmen in den Kantonen St.Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden mit Schwerpunkt Industrie, Handel und unternehmensbezogene Dienstleistungen und ist entsprechend ihren Statuten einer wettbewerbsfähigen und marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaft verpflichtet. Seit Beginn des Vollzugs der flankierenden Massnahmen vertreten wir die Arbeitgeber in der tripartiten Kommission des Kantons St.Gallen. Wir erlauben uns daher, zum vorgeschlagenen Bundesgesetz wie folgt Stellung zu nehmen:

## 1. Vorbemerkungen

In den Abstimmungsunterlagen zu den Bilateralen Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union begründete der Bundesrat die flankierenden Massnahmen wie folgt: „Damit ausländische Arbeitskräfte und Firmen das in der Schweiz geltende Lohn- und Sozialniveau nicht missbräuchlich unterschreiten, haben Bundesrat und Parlament griffige Gegenmassnahmen beschlossen". Ganz anders tönt es heute. Auf eine Interpellation von Nationalrat Walter Müller zur Frage des Vollzugs der flankierenden Massnahmen wies der Bundesrat darauf hin, dass die gesetzlichen Grundlagen zu den flankierenden Massnahmen und Artikel 360a OR keinen Bezug auf die bilateralen Verträge mit der EU nehmen. Für den Erlass eines Normalarbeitsvertrages mit Mindestlöhnen wird deshalb kein Zusammenhang mit dem offenen Arbeitsmarkt vorausgesetzt. Entgegen den politischen Versprechungen bei Einführung der Personenfreizügigkeit geht es heute beim Vollzug der flankierenden Massnahmen nicht mehr in erster Linie um die Kontrolle von ausländischen Arbeitskräften und Unternehmen. Die staatliche Arbeitsmarktkontrolle fokussiert sich stattdessen auf Schweizer Unternehmen und Arbeitsverhältnisse ohne jeden Bezug zur Personenfreizügigkeit. Dies gilt auch für das Bundesgesetz zur Optimierung der flankierenden Massnahmen. Die vorgeschlagene Erhöhung der Obergrenze für Verwaltungssanktionen zielt auf Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen. Die Aussagen des Bundesrates im Vorfeld der Abstimmungen zu den bilateralen Verträgen waren irreführend. Diese Diskrepanz zwi-

schen politischen Versprechen und Vollzug erklärt unter anderem den zunehmenden Graben zwischen Wirtschaft und Politik in der Schweiz.

Im erläuternden Bericht zum Bundesgesetz zur Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit wird einmal mehr festgehalten, dass sich die flankierenden Massnahmen grundsätzlich bewährt haben. Dies ist richtig. Entgegen den Befürchtungen hat die Einführung der Personenfreizügigkeit in der Schweiz zu keinem generellen Lohndruck geführt. Die Lohnentwicklung blieb insbesondere auch auf mittleren und tiefen Qualifikationsstufen erstaunlich stabil. Bei einfachen und repetitiven Tätigkeiten stiegen die Einkommen sogar leicht stärker als im Durchschnitt. Arbeitskräfte mit geringer Qualifikation haben von der Zuwanderung in Form höherer Löhne profitiert. Die Schweizer Wirtschaft hat sich auch im internationalen Vergleich positiv entwickelt, die Erwerbslosenquote ist unverändert tief. Trotz dieser eindeutigen Fakten wurden die flankierenden Massnahmen seit deren Einführung mehrfach verschärft – so per 1. Januar 2010, am 21. Oktober 2011, per 1. Januar 2013 und am 15. Juli 2013. Diesen Widerspruch zwischen positiver Beurteilung und gesetzgeberischer Hektik löst der erläuternde Bericht zur Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit mit entwaffnender Ehrlichkeit auf. Die Arbeitsgruppe „Personenfreizügigkeit und Arbeitsmassnahmen" wurde im Hinblick auf die Volksabstimmungen im Zusammenhang mit dem FZA (Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung", Volksinitiative „Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen", allfällige Referendumsabstimmung zur Ausdehnung des FZA auf Kroatien) eingesetzt. (S. 8/28) Mit anderen Worten, bei den bisherigen und den geplanten Verschärfungen ging und geht es nicht um die Bekämpfung von Lohndumping, sondern um Abstimmungstaktik. Aus Sicht der IHK St.Gallen-Appenzell ist dies ein nicht zu akzeptierender Missbrauch des Gesetzgebungsprozesses.

Darüber hinaus führt die gesetzgeberische Hektik zunehmend zu einer Regulierung, die selbst von Sachverständigen kaum mehr nachvollzogen werden kann. Beispielhaft stehen dafür die Erläuterungen zu Art. 12 Abs. 1 Bst. c des Entsendegesetzes auf Seite 25 des erläuternden Berichts: „Neu ist die Dienstleistungssperre als verwaltungsrechtliche Sanktion, auf die Buchstabe c verweist, nicht mehr nur im gleichen Buchstaben (Buchstabe b) von Artikel 9 Absatz 2 geregelt, sondern sowohl unter den Buchstaben b, c und d. Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe c enthält heute einen Verweis auf Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b, c und d. Zukünftig soll auch weiterhin unabhängig vom Grund, aus dem eine Dienstleistungssperre ausgesprochen wurde, die Missachtung derselben bestraft werden können. Aus diesem Grund wird in Artikel 12 Absatz 1 unter Buchstabe c sowohl auf Buchstabe b, Buchstabe c wie auch d von Artikel 9 Absatz 2 verwiesen". Das als „Optimierung" angepriesene neue Bundesgesetz stellt keine Verbesserung, sondern eine weitere Erhöhung der Komplexität einer missglückten Gesetzgebung dar. Dabei wird übersehen, dass die Adressaten von arbeitsmarktrechtlichen Bestimmungen nicht die Verwaltungs- und Verbandsjuristen, sondern Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind.

Am 9. Februar 2014 hat sich das Schweizer Stimmvolk für die Wiedereinführung von Arbeitsmarktkontingenten und einen Schweizervorrang bei der Anstellung von neuen Mitarbeitenden ausgesprochen. Zum jetzigen Zeitpunkt ist nicht klar, wie dieser Verfassungsauftrag umgesetzt wird. Insbesondere stellt sich die Frage, ob das verfassungsrechtlich vorgegebene Ziel einer staatlich kontrollierten Einwanderung mit den Bilateralen Verträgen vereinbar ist. Aus heutiger Sicht ist davon auszugehen, dass die bisherige Gesetzgebung in entscheidenden Bestimmungen revidiert und neue administrative Verfahren definiert werden müssen. Dies wird auch die Arbeitsmarktkontrolle betreffen. Angesichts dieser Unsicherheiten ist nicht nachvollziehbar, weshalb zum jetzigen Zeitpunkt weitere Anpassungen im Vollzug der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit behandelt und allenfalls implementiert werden. Dieses Vorgehen führt zu einer weiteren Belastung der mit diesen Fragestellungen befassten Personen aus Politik und Verbänden und stellt eine fragwürdige Überbeanspruchung der milizmässig organisierten Institutionen dar.

## 2. Ausführungen zur beantragten Neuregelung

### 2.1 Definition der Voraussetzungen zur Verlängerung eines Normalarbeitsvertrages

Der Erlass eines Normalarbeitsvertrages im Sinne von Art. 360 a OR stellt einen bedeutenden Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Dies, weil die entsprechenden Vorschriften nicht das Resultat sozialpartnerschaftlichen Verhandlungen, sondern durch die Behörden hoheitlich erlassen werden. Diesen systemwidrigen Eingriff in die Vertragsfreiheit rechtfertigt Art. 360 a OR einerseits durch die Fokussierung auf die Bekämpfung oder Verhinderung von Missbräuchen. Andererseits wird die Wirkung durch die Befristung der Massnahme relativiert. Neu soll gemäss Art. 360 a Abs. 3 ein befristeter Normalarbeitsvertrag auch dann verlängert werden können, wenn lediglich Hinweise vorliegen, dass der Wegfall eines Normalarbeitsvertrages zu Unterbietungen der orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne führen kann. Mit anderen Worten, ist ein Normalarbeitsvertrag einmal erlassen, muss die konkrete wiederholte und missbräuchliche Lohnunterbietung nicht mehr nachgewiesen werden. Mit dieser Bestimmung entfernt sich Art. 360 a OR von den Grundsätzen der Missbrauchsbekämpfung und etabliert langfristig wirkende, durch die öffentliche Hand einseitig erlassene Lohnvorschriften. Diese Regelung entspricht weder dem Sinn und Geist der flankierenden Massnahmen noch den Grundlagen des Schweizerischen Arbeitsrechts und ist ersatzlos zu streichen.

### 2.2 Erweiterung der Bestimmungen, die der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen zugänglich sind

Die der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung zugänglichen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages sollen gemäss Art. 1 a Abs. 2 AVEG um Bestimmungen zu den Arbeits- und Ruhezeiten, den Ferien, den Spesen und der Kaution erweitert werden. Wie der erläuternde Bericht zur Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit richtigerweise festhält, hat die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung nicht zum Ziel, die von den Vertretern einer Mehrheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Branche ausgehandelten minimalen Arbeitsbedingungen auf die restliche Branche für anwendbar zu erklären. Diese Feststellung wird durch die vorgeschlagene Neuregelung in Frage gestellt. Mit der Ausweitung des Geltungsbereiches eines erleichtert allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages nähert sich die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung in ihren Wirkungen einer ordentlichen Allgemeinverbindlicherklärung an. Diese Regelung widerspricht dem Sinn und Geist der flankierenden Massnahmen und ist ersatzlos zu streichen.

### 2.3 Zusätzliches Verfahren auf erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung

Das geltende Recht beauftragt im Bund und in den Kantonen die tripartiten Kommissionen mit der Arbeitsmarktaufsicht sowie mit der Kompetenz, mit Zustimmung der Vertragsparteien die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages zu beantragen, wenn wiederholt missbräuchliche Unterbietungen von Löhnen und Arbeitszeiten festgestellt werden. Dieses Konzept kann man zu Recht in Frage stellen. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass die dem Amtsgeheimnis unterstellten detaillierten Informationen zu den Lohnverhältnissen einzelner Unternehmen immer wieder politisch instrumentalisiert wurden. Zudem stellt sich die Frage, ob bei einer Wiedereinführung staatlich verwalteter Arbeitsmarktkontingente tripartite Kommissionen überhaupt noch notwendig sind. Das geltende Recht jedoch setzt auf die Zusammenarbeit von Vertretern des Staates, der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Gemäss Art. 1 a Abs. 1 AVEG sollen künftig die beiden Vertragsparteien eines Gesamtarbeitsvertrages gemeinsam, d.h. unabhängig von der zuständigen tripartiten Kommission, die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages verlangen können. Die betroffene tripartite Kommission erhält lediglich die Möglichkeit, sich innerhalb von drei Monaten zur beantragten erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung zu äussern. Die Kompetenzverlagerung von den tripartiten Kommissionen zu den Vertragsparteien eines Gesamtarbeitsvertrages widerspricht dem Sinn und Geist der flankierenden Massnahmen und ist ersatzlos zu streichen.

### 2.4 Befristete und einmalige Weiterführung einer Allgemeinverbindlicherklärung bei Nichterreichen des Arbeitgeberquorums

Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages ist ein bedeutender Eingriff in die Vertragsfreiheit. Um diesen Eingriff zu rechtfertigen, verlangt der Gesetzgeber in Art. 2 AVEG als Voraussetzung einer Allgemeinverbindlicherklärung, dass am Gesamtarbeitsvertrag mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt werden soll, beteiligt sind. Die beteiligten Arbeitgeber müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigen. Ausnahmsweise kann bei besonderen Verhältnissen vom Erfordernis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer abgesehen werden. Der Gesetzesentwurf sieht nun vor, dass die Verlängerung eines Beschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages auch möglich sein soll, wenn das Arbeitgeberquorum nicht mehr erfüllt ist. Begründet wird dies mit der Gründung neuer Unternehmen, die nicht oder noch nicht einem Arbeitgeberverband angeschlossen sind und mit Betrieben, die ihre Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband kündigen. Ganz offensichtlich möchte man mit der vorgeschlagenen Revision eine Art informelle Zwangsmitgliedschaft etablieren. Geht es nach dem Bundesgesetz zur Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, dann kann künftig eine Minderheit von verbandsmässig organisierten Unternehmen gemeinsam mit den Arbeitnehmerverbänden einer Mehrheit von Unternehmen, den sogenannten Aussenseitern (!), die Lohn- und Arbeitsbedingungen diktieren. Diese Regelung widerspricht dem Sinn und Geist des Schweizerischen Arbeitsrechts und ist ersatzlos zu streichen.

### 2.5 Erhöhung der Obergrenze der Verwaltungssanktionen

Mit Art. 9 Abs 2 lit. e des Entsendegesetzes soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass die zuständige kantonale Behörde gegen Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen und die gegen Bestimmungen über den Mindestlohn in einem Normalarbeitsvertrag nach Art. 360 a OR vorgeschrieben sind, verstossen, eine Verwaltungssanktion aussprechen können, die eine Belastung durch einen Betrag von bis zu 30'000 Franken vorsieht. In erster Linie soll damit die Gleichbehandlung in- und ausländischer Arbeitgeber sichergestellt werden. Eine Absicht, die klar dokumentiert, dass es beim Vollzug der flankierenden Massnahmen nicht mehr um Fragen der Personenfreizügigkeit, als vielmehr um die Verstaatlichung des Schweizer Arbeitsmarktes geht. Darüber hinaus erscheint der den zuständigen Behörden zugestandene Sanktionsrahmen als höchst fragwürdig. Bussen ab einem gewissen Betrag sind als verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen mit den entsprechenden verfahrungsrechtlichen Sicherheiten für die beteiligten Parteien zu behandeln. Auf die Erhöhung der Obergrenze der Verwaltungssanktionen ist daher zu verzichten.

## 3. Antrag

Die vorgeschlagene Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit widerspricht dem Sinn und Geist der flankierenden Massnahmen und den Grundwerten des Schweizer Arbeitsrechts. Angesichts der anstehenden Arbeiten zur Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative kommen diese zudem zu einem in jeder Hinsicht unmöglichen Zeitpunkt. Die Industrie- und Handelskammer St.Gallen-Appenzell stellt daher den Antrag, nicht auf die Vorlage einzutreten.

Freundliche Grüsse
**Industrie- und Handelskammer**
**St.Gallen-Appenzell**

Dr. Kurt Weigelt
Direktor