

Catherine Siegenthaler

MLaw, Migrations-, Arbeits- und Gesellschaftsrecht
 ABT Treuhandgesellschaft
 CH - 8134 Adliswil
 T +41 44 711 90 90
 abtadliswil@abt.ch
 www.abt.ch



Catherine Siegenthaler

Die starke Internationalisierung der Wirtschaftsmärkte führt zu einer vermehrt grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit der Akteure. Nicht selten stehen ausländische Anbieter mit Schweizer Kunden in einem Vertragsverhältnis, welches die Erfüllung einer vertraglichen Leistung auf schweizerischem Staatsgebiet erfordert. Dazu ziehen ausländische Anbieter für die Realisierung eines Projektes regelmässig Subunternehmer bei, welche ihrerseits Mitarbeiter in die Schweiz entsenden. Häufig besteht Unsicherheit darüber, welche Pflichten der Erstunternehmer und der Subunternehmer anlässlich von Entsendungen übernehmen müssen und die Umsetzung erfolgt in der Praxis nicht immer korrekt. Der vorliegende Artikel gibt einen Überblick über die Thematik und greift migrationsrechtliche, vertragliche sowie sozialversicherungsrechtliche Aspekte im Verhältnis CH - EU auf. Nicht Gegenstand des Beitrages sind steuerrechtliche Fragestellungen. Gewinn-, einkommens- und mehrwertsteuerliche Aspekte sind einzelfallbezogen bei der Ausgestaltung von internationalen Entsendungen durch Haupt- und Subunternehmer zwingend mitzubedenken.

ENTSENDUNGEN IM RAHMEN VON SUBUNTERNEHMER-VERHÄLTNISSEN

1. Entsendung

Eine Entsendung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Arbeitgeber mit Wohn- oder Geschäftssitz im Ausland seinen Mitarbeiter für eine bestimmte Zeitdauer in ein anderes Land entsendet, um eine Arbeitsleistung zu erbringen. Der entsandte Arbeitnehmer bleibt während der gesamten Entsendedauer dem Arbeitsvertrag mit seinem Arbeitgeber im Herkunftsland unterstellt und unterliegt dessen Weisungsrecht. Infrage kommen dabei Einsätze bei Kunden mit Sitz in der Schweiz, bei Marktbearbeitung sowie Akquise auf Schweizer Staatsgebiet oder bei einer schweizerischen Konzerngesellschaft.

2. Pflicht zur Meldung der Arbeits-einsätze und Gesucheinreichung

Vorbehaltlich spezieller Dienstleistungsabkommen zwischen der Schweiz und EU können Arbeitnehmer gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) zur Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung mit einer Dauer von höchstens 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr von einem Unternehmen in die Schweiz entsandt werden. Sofern der Einsatz in der Schweiz länger als 8 Tage innerhalb eines Kalenderjahres dauert, ist er bei den kantonalen Behörden vorgängig zu melden. Davon ausgenommen sind Tätigkeiten in gewissen Branchen wie im Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Gastgewerbe, Reinigungsgewerbe, Reisengewerbe, etc. Hier besteht die Pflicht zur Meldung vom ersten Tag des Einsatzes an.

Dienstleistungen, welche länger als 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr dauern und die nicht in den Geltungsbereich eines besonderen Dienstleistungsabkommens fallen, werden nicht durch das FZA geregelt. Die Zulassung erfolgt nach einer erschwerten, arbeitsmarktlichen Prüfung gemäss schweizerischem Ausländerrecht und ist bei Einsätzen über 120 Tagen kontingentiert. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, er-

halten Angehörige aus EG/EFTA Mitgliedstaaten für die Dauer der Dienstleistungserbringung eine Aufenthaltsbewilligung.

Bei Subunternehmerverhältnissen ist die Meldung bzw. die Einreichung des Gesuchs für die Bewilligung von demjenigen Subunternehmer vorzunehmen, welcher zugleich Arbeitgeber des Entsandten ist. Die Vornahme durch den Erstunternehmer ist grundsätzlich mangelhaft und der Subunternehmer kann wegen Unterlassens erheblich sanktioniert werden.

3. Pflicht zur Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen

Entsendende Arbeitgeber müssen nachweisen, dass sie die in der Schweiz geltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen einhalten. Dazu gehören Bestimmungen über die minimale Entlohnung sowie die geltenden Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer wie Arbeits- und Ruhezeit, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren und Wöchnerinnen, etc.

Im Rahmen von Subunternehmerverhältnissen ist primär der konkrete Subunternehmer-Arbeitgeber zivilrechtlich haftbar für deren Einhaltung. In der Schweiz werden die Einhaltung dieser Bedingungen regelmässig anlässlich von Kontrollen überprüft. Wird gegen diese Bestimmungen verstossen, können Sanktionen auferlegt werden. Diese reichen von Bussen bis zu CHF 30'000 bis zu Dienstleistungssperren von fünf Jahren. Ebenso kann eine mangelhafte Auskunftspflicht und Kooperationspflicht mit einer Dienstleistungssperre geahndet werden.

4. Spezielle Pflichten in der Baubranche

i) Gesetzliche Ausfallhaftung des Erstunternehmers

Zur Vermeidung von Dumpinglöhnen wurde die zivilrechtliche Haftung des Erstunternehmers im Bereich des Bauhaupt- und Baunebengewerbes gesetz-

lich statuiert. Für alle anderen Branchen ist der Erstunternehmer im Gegensatz zur alten Rechtsordnung nicht mehr verantwortlich. Werden in der Baubranche Arbeiten von Subunternehmern ausgeführt, so haftet der Erstunternehmer für die Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne und der Arbeitsbedingungen durch die Subunternehmer (Art. 5 Abs. 1 EntsG). Der Gesetzgeber konkretisiert den Begriff Erstunternehmer in Klammern mit «Total-, General- oder Hauptunternehmer». Er haftet für sämtliche Subunternehmer in der Vergabekette und dies solidarisch und subsidiär im Sinne einer Ausfallhaftung sui generis (Art. 5 Abs. 2 EntsG).

Das bedeutet, dass der Erstunternehmer nur dann vom Arbeitnehmer belangt werden kann, wenn der Subunternehmer bei einem Verstoss zuvor erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden konnte. Daraus folgt, dass primär der jeweilige Arbeitgeber zur Verantwortung zu ziehen ist. Die Beweislast für das erfolglose Vorgehen gegenüber dem Arbeitgeber trifft der Arbeitnehmer. Nicht von Belang ist, ob die Arbeiten an in- oder ausländische Subunternehmer vergeben werden und ob es sich um einen in- oder ausländischen Erstunternehmer handelt. Die Ausfallhaftung ist somit auch auf reine Binnensachverhalte anwendbar.

ii) Haftungsbefreiung durch Einhaltung von Sorgfaltspflichten

Kann der Erstunternehmer nachweisen, dass er bei jeder Weitervergabe der Arbeiten die Einhaltung der Mindestlöhne und Arbeitsbedingungen durch den Subunternehmer mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt geprüft hat, so kann er sich von der Haftung befreien (Art. 5 Abs. 3 EntsG). Die Beweislast dafür trägt der Erstunternehmer.

Die Entsendeverordnung (EntsV) listet konkrete Massnahmen auf und gibt damit eine Richtung vor. Die Sorgfaltspflicht setzt sich grundsätzlich aus drei Komponenten zusammen: die Darlegung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, vertragliche sowie organisatorische Vorkehrungen.

(1) Darlegung der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen

Art. 8b Abs. 1 und Abs. 2 EntsV zählt gewisse Dokumente und Belege auf, anhand derer die Überprüfung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch den Erstunternehmer ermöglicht wird. Dieser Schritt erfolgt anlässlich der Vergabe der Arbeiten.

Für den Mindestlohnnachweis werden die Entsendebestätigung, die vom Subunternehmer unterzeichnete Deklaration, die Bestätigung der paritätischen Vollzugsorgane oder die Eintragung in ein Berufsregister aufgeführt. Die Arbeitsbedingungen werden ebenfalls durch Deklarationen und anerkannte Zertifizierungen nachgewiesen. Auf der Homepage des SECO werden Musterdokumente sowie eine Lohnberechnungstabelle zur Verfügung gestellt und geben eine Hilfestellung. Deren Verwendung ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Unternehmen und Branchenverbände können auch eigene Dokumente für die Deklaration verwenden.

(2) Vertragliche Vorkehrungen

Um die Sicherstellung der Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch sämtliche Subunternehmer im Rahmen einer Subunternehmerkette zu gewährleisten, muss im Vertrag zwischen Erstunternehmer und Subunternehmer die allfällige Weitervergabe an zusätzliche Subunternehmer geregelt werden (Art. 8c EntsV). Es empfiehlt sich zum Beispiel die Vertragsregelung, dass jede Weitervergabe der Arbeit verboten ist respektive vom Erstunternehmer zuerst genehmigt werden muss oder dass die Weitervergabe mit der Bedingung der Einhaltung der Mindestbedingungen verknüpft wird. Auch sollte dem Erstunternehmer in allen Weitervergabeverträgen unbedingt ein jederzeitiges Einsichtsrecht in die relevanten Dokumente (wie Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen, Deklarationen, etc.) eingeräumt werden.

(3) Organisatorische Vorkehrungen

Zusätzlich sind organisatorische Massnahmen zu treffen, um sicherzugehen, dass der Erstunternehmer bei einer Vergabekette die ausführenden Subunternehmer vorgängig überprüfen kann (Art. 8c EntsV). Zu diesem Zweck muss er sich vor Ort eine Übersicht verschaffen und Kontrollen durchführen, damit kein Subunternehmer auf der Baustelle tätig wird, der nicht einer Überprüfung unterzogen wurde. In der Praxis gebietet sich hierzu Zutrittsbeschränkungen auf der Baustelle.

Laut Entsendegesetz erfüllt somit der Erstunternehmer die Sorgfaltspflicht insbesondere dann, wenn er sich die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen anhand der genannten Dokumente und Belegen von den Subunternehmern glaubhaft darlegen lassen konnte. Diese gelten als Indiz für die Erfüllung der Sorg-

faltspflicht. Ein vollständiger Beweis ist es allerdings nicht in jedem Fall. Je nach den Umständen des Einzelfalles ist der Erstunternehmer deshalb gehalten, die Einhaltung der Mindestbedingungen anhand von zusätzlichen Belegen zu überprüfen.

Verletzt der Erstunternehmer seine Sorgfaltspflicht, kann ihm darüber hinaus eine Verwaltungsbusse von bis zu CHF 5'000 oder eine bis zu fünfjährige Dienstleistungssperre auferlegt werden. Letzteres ist nur möglich bei ausländischen Unternehmen. Wichtig ist zu wissen, dass bereits allein das Fehlverhalten des Erstunternehmers sanktioniert wird, wenn er also seiner Sorgfaltspflicht nicht nachkommt. Unerheblich ist, ob die Verletzung der Sorgfaltspflicht zur Nichteinhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch den Subunternehmer führte.

5. Sozialversicherungsrechtliche Pflichten

Nicht zu vergessen sind zu guter Letzt die Sozialversicherungen. Im Verhältnis CH-EU herrscht das Ausschliesslichkeitsprinzip, d. h. dass der Arbeitnehmer lediglich unter die Rechtsvorschriften eines Landes fällt (Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und 987/2009). Nach dem Erwerbortsprinzip unterliegt der Arbeitnehmer gewöhnlich dem Sozialversicherungssystem desjenigen Landes, in welchem er arbeitet. Eine Ausnahme davon bildet die vorübergehende Entsendung. Sofern der Arbeitnehmer unmittelbar vor der Entsendung einen Monat versichert war und eine arbeitsrechtliche Bindung zum ausländischen Arbeitgeber besteht, bleibt der Entsandte weiterhin der Sozialversicherung des Ursprungslandes unterstellt, sofern die Dauer der Arbeit 24 Monate voraussichtlich nicht überschreitet und der Arbeitnehmer auch nicht eine andere Person ablöst. Der jeweilige Subunternehmer-Arbeitgeber fordert hierzu eine Bescheinigung A1 bei der zuständigen Landesbehörde an, welcher als Nachweis der Unterstellung gegenüber anderen Staaten gilt. Sofern die Entsendungsdauer nicht ausreichen sollte, muss er einen Verlängerungsantrag stellen. Dadurch kann eine doppelte Beitragspflicht in mehreren Ländern vermieden werden. Entfallen die Voraussetzungen der Entsendung, besteht eine Meldepflicht. Auch können die Behörden jederzeit Kontrollen durchführen. Analoges gilt für die Unterstellung unter die Krankenversicherung. Dazu wird eine europäische Krankenversicherungskarte oder die Bescheinigung S1 benötigt.