



21.xxx

## **Botschaft zur Änderung des Entsendegesetzes**

vom ...

---

Sehr geehrter Herr Nationalratspräsident  
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf einer Änderung des Entsendegesetzes.

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, den folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

**2019 M 18.3473** Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes  
(S 25.9.18, Abate; N 21.3.19)

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Nationalratspräsident, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

...

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Guy Parmelin

Der Bundeskanzler: Walter Thurnherr

## Übersicht

*Mit der Vorlage sollen ausländische Arbeitgeber verpflichtet werden, ihren entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die kantonalen Mindestlöhne zu bezahlen, sofern diese unter den Geltungsbereich der kantonalen Mindestlohngesetze fallen. Zugleich soll eine explizite Regelung der finanziellen Folgen einer Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung von Beobachtungs- und Vollzugsaufgaben ins Gesetz aufgenommen werden. Schliesslich soll eine Grundlage geschaffen werden für das Zurverfügungstellen einer elektronischen Plattform für die Kommunikation unter den Vollzugsorganen und die dadurch entstehende Verantwortung für die Datensicherheit bei der Bearbeitung von Personendaten durch den Bund.*

### Ausgangslage

*Die Motion Abate vom 7. Juni 2018 (18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes») beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zur Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes vorzulegen. Der neue Gesetzestext soll vorsehen, dass ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind.*

### Inhalt der Vorlage

*Zur Umsetzung der Motion Abate werden Änderungen der Artikel 2 und 7 des Entsendegesetzes vorgeschlagen. Die kantonalen Mindestlöhne sollen zukünftig auch für Entsendefirmen gelten, sofern ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unter den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich der kantonalen Mindestlohngesetze fallen. Der Vollzug der kantonalen Mindestlöhne soll gemäss kantonalem Recht erfolgen. Mit dieser Umsetzung wird sowohl der Kompetenzverteilung zwischen Kanton und Bund als auch dem Nichtdiskriminierungsgebot aus dem Freizügigkeitsabkommen Rechnung getragen.*

*Weiter wird vorgeschlagen, in Umsetzung von Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e Ziffer 3 des Subventionsgesetzes die Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung von Beobachtungs- und Vollzugsaufgaben ausdrücklich im Entsendegesetz zu regeln. Ziel ist es, eine explizite gesetzliche Grundlage für den Rückbehalt und die Rückforderung von finanziellen Beiträgen des Bundes an die Kosten des Vollzuges der Entsendegesetzgebung zu schaffen. Gleichzeitig soll auch eine entsprechende Bestimmung ins Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit aufgenommen werden.*

*Zudem wird eine Bestimmung ins Entsendegesetz aufgenommen, welche es dem Bund erlaubt, den Organen, die das Entsendegesetz vollziehen, eine Plattform für den elektronischen Austausch von Personendaten zur Verfügung zu stellen und die dafür notwendigen Daten aufzubewahren und im Rahmen der Wartung der Plattform zu bearbeiten.*

## Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>2</b>
<b>1 Ausgangslage</b>	<b>4</b>
1.1 Motion Abate 18.3473	4
1.1.1 Kompetenz zum Erlass von kantonalen Mindestlohngesetzen	4
1.1.2 Kantonale Mindestlohngesetze	5
1.1.3 Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit	6
1.2 Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung von Beobachtungs- und Vollzugsaufgaben	8
1.3 Plattform für die elektronische Kommunikation	9
1.4 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung	11
1.4.1 Umsetzung Motion Abate 18.3473	11
1.4.2 Plattform für die elektronische Kommunikation	12
1.5 Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates	13
1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	13
<b>2 Vorverfahren, insbesondere Vernehmlassungsverfahren</b>	<b>14</b>
<b>3 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>18</b>
3.1 Die beantragte Neuregelung	18
3.2 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen	20
3.3 Umsetzungsfragen	20
<b>4 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln</b>	<b>22</b>
<b>5 Auswirkungen</b>	<b>26</b>
5.1 Auswirkungen auf den Bund	26
5.2 Auswirkungen auf Kantone	27
5.3 Auswirkungen auf weitere Bereiche	28
<b>6 Rechtliche Aspekte</b>	<b>28</b>
6.1 Verfassungsmässigkeit	28
6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	29
6.3 Erlassform	29
6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse	29
6.5 Einhaltung der Grundsätze des Subventionsgesetzes	29
6.6 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	29
6.7 Datenschutz	30
<b>Beilagen</b>	<b>xx</b>
<b>Entsendegesetz (Entwurf)</b>	

## Botschaft

### 1 Ausgangslage

#### 1.1 Motion Abate 18.3473

Die Motion Abate vom 7. Juni 2018 (18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes») wurde am 25. September 2018 vom Ständerat und am 21. März 2019 vom Nationalrat angenommen. Sie beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zur Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes vom 8. Oktober 1999<sup>1</sup> (EntsG) vorzulegen. Der neue Gesetzestext soll vorsehen, dass ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung auch derjenigen minimalen Lohnbedingungen verpflichtet werden können, die in einem kantonalen Gesetz vorgeschrieben sind. Die Motion wurde damit begründet, dass im Kanton Tessin am 14. Juni 2015 eine Mindestlohnvorschrift mittels Volksinitiative in die Verfassung aufgenommen und eine Botschaft zum entsprechenden Gesetz am 8. November 2017 vom Tessiner Staatsrat verabschiedet wurde.

#### 1.1.1 Kompetenz zum Erlass von kantonalen Mindestlohngesetzen

Als erster Kanton führte der Kanton Neuenburg einen kantonalen Mindestlohn ein. Die Stimmbevölkerung des Kantons Neuenburg stimmte 2011 einer Verfassungsnorm zu, welche dem Kanton die Festlegung eines Mindestlohnes erlaubte. In Umsetzung dieser Verfassungsnorm änderte der Grosse Rat des Kantons Neuenburg im Jahr 2014 das kantonale Gesetz über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (LEmpl)<sup>2</sup>. Mehrere Branchenverbände erhoben dagegen Beschwerde ans Bundesgericht. Sie machten unter anderem geltend, die Bestimmungen verstossen gegen die Wirtschaftsfreiheit und die Koalitionsfreiheit. Mit Entscheid vom 21. Juli 2017 wies das Bundesgericht die Beschwerden gegen die Mindestlohnbestimmungen im Kanton Neuenburg ab.

Das Bundesgericht interpretierte den neuenburgischen Mindestlohn als sozialpolitische Massnahme und kam deshalb zum Schluss, dass er mit dem verfassungsmässig garantierten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und mit dem Bundesrecht vereinbar sei.<sup>3</sup>

Das Bundesgericht setzte sich in seinem Entscheid auch mit der Frage der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich des Arbeitsrechts auseinander.

<sup>1</sup> SR 823.20

<sup>2</sup> Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage Kanton Neuenburg (LEmpl), RSN 813.10, abrufbar unter: <http://rsn.ne.ch/>.

<sup>3</sup> Urteile 2C 774/2014 vom 21. Juli 2017, 2C 813/2014 vom 21. Juli 2017, 2C 815/2014 vom 21. Juli 2017 und 2C 816/2014 vom 21. Juli 2017.

der. Die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich des Arbeitsrechts ergibt sich für das öffentliche Recht aus Artikel 110 der Bundesverfassung<sup>4</sup> (BV) und für das Zivilrecht aus Artikel 122 BV. Nach letzterem ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts, also auch dem Bereich des privaten Arbeitsrechts, Sache des Bundes. Gemäss Artikel 110 Absatz 1 Buchstaben a und b BV kann der Bund Vorschriften über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite erlassen. Der Bund hat durch die Einführung des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964<sup>5</sup> (ArG), der dazugehörigen Verordnungen, der Entsendedgesetzgebung und des Obligationenrecht<sup>6</sup> (OR) umfassende Regelungen in Bezug auf den allgemeinen Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geschaffen.

Gemäss dem Bundesgerichtsentscheid zum Mindestlohn im Kanton Neuenburg regelt das ArG den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer grundsätzlich abschliessend, steht dem Erlass gewisser sozialpolitischer Massnahmen jedoch nicht entgegen. Die Kantone können in diesem Rahmen öffentlich-rechtliche Bestimmungen erlassen, die einen anderen Zweck verfolgen, als die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu schützen. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die im Neuenburger Gesetz verfolgten Ziele überwiegend auf sozialpolitischen Überlegungen beruhen. Die im kantonalen Gesetz verankerten Massnahmen könnten, gemäss dem Bundesgericht, den auf öffentlichem Recht basierenden Schutzmassnahmen zugeordnet werden, deren Erlass den Kantonen (ungeachtet der Bestimmungen des Bundesprivatrechts über das Arbeitsrecht) weiterhin offenstehen. Das Bundesgericht hat jedoch nicht ausdrücklich über die Frage entschieden, ob die Kantone auch einen Mindestlohn für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erlassen dürfen.

## 1.1.2 Kantonale Mindestlohngesetze

Bis zum Zeitpunkt der vorliegenden Revision sind insgesamt in vier Kantonen Mindestlohngesetze in Kraft getreten: im Kanton Neuenburg im Jahr 2017, im Kanton Jura im Jahr 2018<sup>7</sup>, im Kanton Genf im Jahr 2020<sup>8</sup> und im Kanton Tessin im Jahr 2021<sup>9</sup>. Diese vier kantonalen Mindestlohngesetze sind unterschiedlich ausgestaltet. So wurde beispielsweise der Geltungsbereich in den kantonalen Gesetzen unterschiedlich geregelt. Das Gesetz im Kanton Jura sieht vor, dass die Mindestlöhne für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Kantonsgebiet zur Anwendung kommen.<sup>10</sup> In den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin sind die Gesetze hingegen nur auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anwendbar, die ihre Arbeit *gewöhnlich* auf Kantonsgebiet verrichten.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> SR 101

<sup>5</sup> SR 822.11

<sup>6</sup> SR 220

<sup>7</sup> Loi sur le salaire minimum cantonal, SRJU 822.41, abrufbar unter: <https://rsju.jura.ch>

<sup>8</sup> Loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT), RSG J 1 05, abrufbar unter: [www.ge.ch](http://www.ge.ch) > Legislation > Recueil systématique genevois (rs/GE).

<sup>9</sup> Legge sul salario minimo, SRT 843.600, abrufbar unter: <https://www4.ti.ch> > Raccolta delle leggi.

<sup>10</sup> Loi sur le salaire minimum cantonal des Kantons Jura, Art. 3.

<sup>11</sup> Z. B. LEmpl, Art. 32b.

Die Auslegung des Begriffs des «gewöhnlichen» Arbeitsortes und die Frage, ob der Ort der Entsendung ein solcher ist, ist im Grundsatz Sache der Gerichte. Dennoch können hier einige zentrale Auslegungselemente aufgeführt werden. In den Botschaften bzw. den Erläuterungen zu den kantonalen Gesetzen wird für die Interpretation des gewöhnlichen Arbeitsplatzes auf Artikel 115 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987<sup>12</sup> über das internationale Privatrecht (IPRG) und Artikel 34 Absatz 1 der Zivilprozessordnung<sup>13</sup> (ZPO) verwiesen.<sup>14</sup> Ein lediglich vorübergehender flüchtiger Arbeitsort begründet keinen Gerichtsstand nach Artikel 34 ZPO.<sup>15</sup> Weiter besteht in der Praxis des internationalen Privatrechtes Einigkeit, dass der gewöhnliche Arbeitsort von einer vorübergehenden Entsendung nicht berührt wird.<sup>16</sup> Diese Punkte unterstützen die Auslegung, dass Entsandte (aus dem Ausland und aus anderen Kantonen), die ihren üblichen Arbeitsplatz nicht im Gebiet des Kantons haben, nicht unter den Anwendungsbereich der kantonalen Mindestlöhne in den Kantonen Neuenburg, Genf und Tessin fallen.

Zudem finden sich in allen vier kantonalen Gesetzen Ausnahmeregelungen für gewisse Branchen (Landwirtschaft, Rebbau usw.)<sup>17</sup> oder für gewisse Kategorien von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (z. B. Praktikantinnen und Praktikanten oder Personen, die an arbeitsmarktlichen Massnahmen zur Integration teilnehmen).<sup>18</sup> Weiter enthalten einige Gesetze Bestimmungen über den Vorrang weiterer Mindestlöhne, wie solcher, die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder in Normalarbeitsverträgen nach Artikel 360a OR festgelegt sind.<sup>19</sup> Demgegenüber wird in anderen Gesetzen ausdrücklich festgehalten, dass der kantonale Mindestlohn allen weiteren tieferen Mindestlöhnen vorgeht.<sup>20</sup> Auch die Kontrolle und Durchsetzung der kantonalen Mindestlöhne ist unterschiedlich ausgestaltet, teilweise bestehen keinerlei Vorschriften dazu.

### 1.1.3 Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit

Das Abkommen vom 21. Juni 1999<sup>21</sup> zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) trat am 1. Juni 2002 in Kraft. Mit der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs ging der Verzicht auf die vorgängigen

<sup>12</sup> SR 291

<sup>13</sup> SR 272

<sup>14</sup> Vgl. Messaggio Nr 7452 Nuova legge sul salario minimo del 8.11.2017, Ticino, oder Memento sur le salaire minimum de la République et Canton de Genève, Etat au 17 novembre 2020.

<sup>15</sup> Walther Fridolin, in: Berner Kommentar, 1. Aufl. 2012, Randnotiz. 9 zu Art. 34 ZPO.

<sup>16</sup> Müller Thomas, in: Stämpfli Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Auflage, Bern 2011, Randnotiz 18 zu Art. 19 LugÜ.

<sup>17</sup> Z. B. LEmpl, Art. 32e.

<sup>18</sup> Z. B. LEmpl, Art. 32c.

<sup>19</sup> Z. B. Loi sur le salaire minimum cantonal des Kantons Jura, Art. 3 Abs. 3.

<sup>20</sup> Z. B. LIRT, Art. 39L

<sup>21</sup> SR 0.142.112.681

Kontrollen der Einhaltung der üblichen Arbeits- und Lohnbedingungen als Voraussetzung zur Erteilung einer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung ab dem 1. Juni 2004 einher. Der Ursprung der Einführung der flankierenden Massnahmen (FlaM) bestand in der Befürchtung, dass aufgrund der Öffnung des Schweizer Arbeitsmarktes ein Druck auf die Löhne entstehen könnte oder indirekt die einheimischen Arbeitskräfte verdrängt werden könnten. Das Ziel der FlaM ist es, einerseits die missbräuchliche Unterbietung der Schweizer Arbeits- und Lohnbedingungen zu verhindern, und andererseits faire Wettbewerbsbedingungen für die in- und ausländischen Unternehmen zu gewährleisten.

Die flankierenden Massnahmen umfassen im Wesentlichen das EntsG, die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge (GAV) und den Erlass von Normalarbeitsverträgen (NAV). Die flankierenden Massnahmen sehen eine umfassende Beobachtung des Arbeitsmarktes sowie gezielte Kontrollen der Arbeits- und Lohnbedingungen bei Arbeitgebern, die Arbeitskräfte in die Schweiz entsenden, und bei Schweizer Arbeitgebern vor. Bei meldepflichtigen selbstständigen Dienstleistungserbringern geht es um die Überprüfung des Erwerbsstatus.

#### *Mindestlöhne gemäss dem EntsG*

Gemäss Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a EntsG müssen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland für die Dauer der Entsendung gewisse in der Schweiz geltende Arbeits- und Lohnbedingungen einhalten, sofern diese geregelt sind in:

- Bundesgesetzen;
- Verordnungen des Bundesrates;
- allgemeinverbindlich erklärten GAV; sowie
- Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR.

Relevant sind somit heute nur die Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und in Normalarbeitsverträgen mit zwingenden Mindestlöhnen.

Bei den anzuwendenden Bundesgesetzen und Verordnungen des Bundesrates handelt es sich im Wesentlichen um öffentliches Recht, insbesondere das ArG und seine Verordnungen, das Bundesgesetz vom 20. März 1981<sup>22</sup> über die Unfallversicherung und die Verordnung vom 20. Dezember 1982<sup>23</sup> über die Unfallversicherung sowie das Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995<sup>24</sup>. Teilweise ist aber auch das Privatrecht betroffen (z. B. gesetzliche Mindestdauer der Ferien im OR). Gesetze und Verordnungen auf Kantonsebene werden nicht eingeschlossen, da für die Gesetzgebung im Arbeitsrecht grundsätzlich der Bund zuständig ist (vgl. Ziff. 1.1.1). Die ins EntsG aufgenommenen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen (nach Branchen diffe-

<sup>22</sup> SR 832.20

<sup>23</sup> SR 832.202

<sup>24</sup> SR 151.1

renzierte, wirtschaftliche Mindestlöhne) werden gemäss Artikel 7 EntsG durch paritätische Kommissionen (PK) und tripartite Kommissionen (TPK) kontrolliert und Verstösse können gemäss Artikel 9 EntsG sanktioniert werden.

### *Orts- und branchenübliche Löhne*

Die in den Kantonen und auf Bundesebene eingesetzten TPK haben vom Gesetzgeber den Auftrag, die Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne auf ihrem Kantonsgebiet zu überprüfen. Diese «üblichen» Löhne und Arbeitsbedingungen entsprechen der wirtschaftlichen Realität und werden nach Beruf und Branche differenziert. Es ist somit davon auszugehen, dass diese üblichen Löhne in der Regel über den kantonalen sozialpolitisch motivierten Mindestlöhnen liegen. Die TPK beobachten die Entwicklung des Arbeitsmarkts im Allgemeinen und untersuchen verdächtige Fälle auf Lohnunterbietungen. Die Beurteilung, ob eine missbräuchliche und wiederholte Lohnunterbietung vorliegt, obliegt den TPK. Eine Unterschreitung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen in einer Branche oder in einem Beruf kann, in Unterschied zu den Bestimmungen aus allgemeinverbindlich erklärten GAV oder NAV, nicht individuell durchgesetzt und sanktioniert werden. Stellen die TPK Missbräuche im Sinne von Artikel 360a Absatz 1 OR fest, so suchen sie in der Regel eine direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern. Werden innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten, so haben die TPK (kantonale und die des Bundes) die Kompetenz, den zuständigen kantonalen Behörde bzw. dem Bundesrat Massnahmen wie den Erlass einer erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV oder den Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen vorzuschlagen.<sup>25</sup>

## **1.2 Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung von Beobachtungs- und Vollzungsaufgaben**

Das EntsG wie auch das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005<sup>26</sup> gegen die Schwarzarbeit (BGSA) sehen eine Beteiligung des Bundes an den Kosten des Gesetzesvollzuges vor. Gemäss Artikel 7a Absatz 3 EntsG in Verbindung mit Artikel 16d der Verordnung vom 21. Mai 2003<sup>27</sup> über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) übernimmt der Bund 50 Prozent der Lohnkosten, die dem Kanton für die Erfüllung der Kontrollaufgaben nach Artikel 7 Absatz 1 EntsG und der Beobachtungsaufgaben nach Artikel 360b Absätze 3–5 OR anfallen. Weiter regelt Artikel 7 Absatz 5 EntsG in Verbindung mit Artikel 9 EntsV die Entschädigung der Vollzungsaufgaben der Sozialpartner. Diese haben Anspruch auf eine Entschädigung der Kosten, die ihnen aus dem Vollzug des EntsG zusätzlich zum üblichen Vollzug des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages entstehen (Kontrolle von ent-

<sup>25</sup> Im Jahr 2020 waren gegen 30 kantonale NAV in Kraft.

<sup>26</sup> SR 822.41

<sup>27</sup> SR 823.201



sandten und selbständigen Dienstleistungserbringern sowie meldepflichtigen Stellenantritten). Die Entschädigungen an die Sozialpartner werden in Form einer Pauschale pro durchgeführte Kontrolle ausgerichtet. Die Bedingungen der finanziellen Beteiligung des Bundes an den Kosten der Kontroll- und Beobachtungsaufgaben sind in den jährlichen Vereinbarungen zwischen dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) und einerseits den einzelnen Kantonen und andererseits den Sozialpartnern geregelt.<sup>28</sup>

Im Bereich der Schwarzarbeitsbekämpfung werden für die Kosten der Kontrollen bei den kontrollierten Personen Gebühren erhoben, wenn Verstösse nach Artikel 6 BGSA aufgedeckt worden sind.<sup>29</sup> Der Teil der Lohnkosten der Inspektorinnen und Inspektoren, der durch diese Gebühren und durch Bussen nicht gedeckt ist, geht je zur Hälfte zulasten des Bundes und der Kantone. In den Leistungsvereinbarungen zwischen dem Bund und den Kantonen werden die Rahmenbedingungen der finanziellen Beteiligung des Bundes geregelt.

Die finanzielle Beteiligung des Bundes an den entsende- und schwarzarbeitsrechtlichen Vollzugskosten stellen Abgeltungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990<sup>30</sup> (SuG) dar. Das SuG regelt in Artikel 28 die Rechtsfolgen bei einer Nichterfüllung und einer mangelhaften Erfüllung einer subventionierten Aufgabe nur für die Finanzhilfen. Der Bundesrat hat bewusst auf eine generelle Regelung über die Folgen bei Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung im Bereich der Abgeltungen verzichtet. Er vertrat den Standpunkt, dass eine allgemeine Regel den Besonderheiten der verschiedenen Abgeltungstatbestände nicht gerecht werden könne.<sup>31</sup> Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e Ziffer 3 SuG bestimmt dementsprechend, dass die Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung der Aufgabe in den Bestimmungen über Abgeltungen zu regeln sind. Aktuell sind weder im BGSA noch in der dazugehörigen Verordnung die Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung explizit geregelt. Dasselbe gilt für den Bereich der FlaM. Aus diesem Grund soll im Rahmen der vorliegenden Revision eine entsprechende explizite Regelung im EntsG und im BGSA geschaffen werden.

### 1.3 Plattform für die elektronische Kommunikation

Im Rahmen der Bestrebungen des WBF zur Verbesserung der Arbeitsweise der PK und der Optimierung der Zusammenarbeit zwischen den kantonalen und den paritätischen Vollzugsorganen im Vollzug des EntsG prüfte eine Expertengruppe aus Vertretern der Vollzugsorgane unter der Leitung des Staatssekretariates für Wirtschaft

<sup>28</sup> Art. 7a Abs. 3 EntsG i.V.m. Art. 16b Abs. 2 Bst. b und 16d EntsV (Entschädigung der Kantone) sowie Art. 7 Abs. 5 EntsG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 EntsV (Entschädigung der Sozialpartner).

<sup>29</sup> Art. 16 BGSA und Art. 7 und 8 der Verordnung vom 6. Sept. 2006 gegen die Schwarzarbeit (VOSA; SR 822.411)

<sup>30</sup> SR 616.1

<sup>31</sup> Botschaft vom 15. Dezember 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (BBI 1987 I 369 S. 397).

(SECO) die bestehenden IT-Instrumente im Hinblick auf eine nationale technische Lösung oder eine nationale Vollzugsdatenbank im Vollzug des EntsG. Als Ergebnis dieser Prüfarbeiten schlug die Expertengruppe vor, angesichts der technischen Vielfalt der bereits verwendeten Instrumente nicht auf eine einheitliche Lösung zu setzen, sondern die Schnittstellen für den Datenaustausch im Rahmen des Transfers von Kontrolldaten unter den Vollzugsorganen festzulegen und Empfehlungen zur Ausgestaltung einer Schnittstelle auszuarbeiten. Anstelle des manuellen Erfassens von Daten aus elektronischen Unterlagen oder auf Papier soll der Import von Datensätzen direkt in die jeweilige Applikation erfolgen. Auf diesem Weg soll der Datenaustausch unter den Organen, die das EntsG vollziehen, optimiert sowie der Arbeitsaufwand und die Fehlerquote reduziert werden.

Der Bundesrat hat am 23. November 2016 im Rahmen der Konkretisierungsmassnahmen zum Aktionsplan im FlaM-Vollzug das WBF bzw. das SECO beauftragt, zusammen mit den Vollzugsorganen ein Schnittstellenkonzept für den Datenaustausch zu erarbeiten.

In der Folge wurde ein Konzept zur Datenübermittlung im Vollzug des EntsG ausgearbeitet, welches Schnittstellen für den Transfer von Datensätzen festlegt. Von Mai 2018 bis April 2020 wurde das Schnittstellenkonzept in einem Pilotprojekt unter Beteiligung einer PK, zweier Kontrollvereine und einer kantonalen Behörde getestet. Das Schnittstellenkonzept wurde technisch in der Form einer Übermittlungs-Plattform umgesetzt, welche im Rahmen des Pilotprojekts entwickelt und getestet wurde.

Durch die standardisierte Definition der Schnittstellen kann eine weitgehende Unabhängigkeit in einer technisch heterogenen Landschaft von bestehenden Applikationen im Vollzug des EntsG gewährleistet werden. Mit dem Plattformservice ist es den Organen möglich, Informationen effizient und ohne Medienbrüche untereinander zu übermitteln.

Laut den Rückmeldungen der Beteiligten am Pilotprojekt wurde mit der medienbruchfreien Übermittlung eine beträchtliche Effizienzsteigerung erzielt. Ebenso konnte die Datenqualität dank der Vermeidung von Kopierfehlern deutlich gesteigert werden. Die Beteiligten waren sich einig, dass die Übermittlungsplattform einen grossen Mehrwert bringt.

Eine Umfrage beim Verband der kantonalen Arbeitsmarktbehörden (VSAA) und der Interessengemeinschaft der PK (IG PBK) ergab weiter, dass eine möglichst flächendeckende Nutzung der Plattform angestrebt werden sollte, damit das bestehende Effizienzpotenzial und Qualitätsoptimierungspotenzial effektiv ausgeschöpft werden kann. Zu diesem Zweck sollte der Bund beim Betrieb der Plattform eine koordinierende respektive fördernde Rolle übernehmen. Vor diesem Hintergrund bietet sich eine Lösung an, in welcher der Bund die Plattform selbst über eine bundeseigene IT-Umgebung betreibt.

Aufgrund der erfolgreichen Testphase und der Ergebnisse der Konsultation soll die Plattform nun definitiv im Vollzug des EntsG eingeführt werden.

Hauptzweck der Plattform ist die Übermittlung von Kontrollergebnissen im Vollzug des EntsG durch die paritätischen und kantonalen Vollzugorgane. Im Rahmen dieses Datenaustausches zwischen den Kontrollorganen können jedoch auch besonders schützenswerte Daten von natürlichen und juristischen Personen bearbeitet werden, insbesondere Informationen über die administrativen und allenfalls strafrechtlichen Verfahren und Sanktionen im Vollzug des EntsG. Stellt der Bund bzw. das SECO eine Plattform für die Datenübermittlung im Vollzug des EntsG zur Verfügung, so ist dafür im EntsG eine entsprechende Grundlage erforderlich (Art. 17 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992<sup>32</sup> über den Datenschutz; DSG). Die Bearbeitung der Vollzugsdaten durch das SECO beschränkt sich auf das Aufbewahren dieser Daten. Allenfalls ist auch ein Zugriff des Bundes zwecks Wartung der Plattform notwendig. Hingegen ist das SECO nicht Vollzugsorgan des EntsG und benötigt keinen Zugriff für die inhaltliche Bearbeitung der Daten.

## **1.4 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung**

### **1.4.1 Umsetzung Motion Abate 18.3473**

Geprüft wurde die Aufnahme der kantonalen Mindestlöhne in Artikel 2 Absatz 1 EntsG. Eine solche Umsetzung wäre grundsätzlich näher am Wortlaut der Motion Abate vom 7. Juni 2018 (18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes»). Aufgrund folgender Argumente wurde auf eine solche Umsetzung verzichtet: Wie in Ziffer 1.1.2 beschrieben, sind die erlassenen Mindestlohngesetze sehr unterschiedlich ausgestaltet. Eine Aufnahme der Einhaltung des kantonalen Mindestlohns ungeachtet der Geltungsbereiche der kantonalen Mindestlöhne im EntsG hätte demnach dazu geführt, dass der kantonale Mindestlohn auch für alle Entsendefirmen zur Anwendung gekommen wäre (auch wenn diese gemäss kantonalem Gesetz nicht unter den Anwendungsbereich fallen). Damit hätten sich Fragen zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen ergeben. Auf diese verfassungsrechtliche Problematik hat der Bundesrat bereits bei seiner Antwort auf die Motion hingewiesen. Er hatte in seiner Antwort festgehalten, dass der Bund keine Kompetenz hat, den Geltungsbereich von kantonalen Mindestlohngesetzen zu erweitern, indem er sie im Sinne des Motionärs in einem Bundesgesetz auf entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für anwendbar erklärt.

Weiter wurde geprüft, wie die Anwendung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsandte durch die Kantone vollzogen werden sollen. Es wurde dabei festgestellt, dass ein Vollzug gemäss den Bestimmungen aus dem EntsG unter Umständen zu Ergebnissen führen würde, die nicht mit dem Diskriminierungsverbot aus dem FZA vereinbar wären. Da die Mindestlohngesetze sehr unterschiedliche Geltungsbereiche und Vollzugsbestimmungen enthalten, hätte eine Verletzung der Mindestlohnvorschriften unterschiedliche Folgen für ausländische Dienstleistungserbringer und Schweizer Fir-

<sup>32</sup> SR 235.1

men. Sofern beispielsweise in den kantonalen Gesetzen keine Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen sind, werden Betriebe mit Sitz im entsprechenden Kanton bei einer Verletzung der Mindestlohnvorschriften nicht sanktioniert. Bei der hier geprüften Umsetzungsvariante hätten die ausländischen Dienstleistungserbringer bei der gleichen Verletzung der Mindestlohnvorschriften gemäss Entsendebestimmungen sanktioniert werden können.

Aufgrund der oben ausgeführten Gefahr einer Diskriminierung von ausländischen Betrieben, wurde in dieser Vorlage die Lösung gewählt, dass für den Vollzug der Bestimmungen über die kantonalen Mindestlöhne und für die Sanktionierung der Verletzungen die Regelungen der kantonalen Mindestlohngesetze zur Anwendung kommen. Damit wird sichergestellt, dass sowohl die inländischen als auch die ausländischen Betriebe, die unter den Geltungsbereich des kantonalen Mindestlohngesetzes fallen, in gleicher Weise kontrolliert werden und dass gegenüber inländischen und ausländischen Betrieben die gleichen Sanktionen ausgesprochen werden können. Zudem spricht auch der Umstand, dass die Vollzugsaufgaben aufgrund eines kantonalen Erlasses entstehen, für die Anwendung der kantonalen Vollzugsbestimmungen.

#### **1.4.2 Plattform für die elektronische Kommunikation**

Für die Umsetzung der Plattform für die elektronische Kommunikation im Vollzug des EntsG bieten sich organisatorisch verschiedene Möglichkeiten hinsichtlich Anbieter und Betreiber der Plattform an. So könnten die Vollzugsorgane selber einen Dritten mit dem Betrieb der Plattform beauftragen, oder der Bund in seiner Funktion als Koordinator könnte die Plattform betreiben bzw. einen Dritten damit beauftragen. Die Umfrage beim VSAA und bei der IG PBK ergab, dass eine möglichst flächendeckende Nutzung der Plattform angestrebt werden soll. Beide Seiten wiesen u. a. auf die Verantwortung des Bundes zur Förderung der Effizienz der flankierenden Massnahmen hin und sprachen sich dafür aus, dass der Bund eine aktive Rolle hinsichtlich der Plattform einnimmt. Eine dezentrale Lösung basierend auf einer Einigung unter den vielen Vollzugsorganen – ohne Beteiligung des Bundes – würde die genannten Ziele nicht erreichen.

Vor diesem Hintergrund wurde die Lösung gewählt, bei welcher der Bund die Plattform selbst über eine bundeseigene IT-Umgebung betreibt und mit der somit eine möglichst flächendeckende Nutzung erreicht werden kann. Das auf Bundesebene zuständige Fachamt SECO hat das Information Service Center WBF (ISCeco) mit der Einrichtung und dem Betrieb der Plattform beauftragt. Das ISCeco ist der Informatik-Leistungserbringer des WBF und entwickelt, integriert und betreibt Fachanwendungen für dieses. Die Vorteile dieser Lösung sind, dass die Koordination der Übermittlungsplattform im Vollzug des EntsG sichergestellt ist und aufgrund des erfolgreichen Pilotprojekts eine zeitnahe und vergleichsweise kostengünstige Variante umgesetzt werden kann.

## 1.5 Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 29. Januar 2020<sup>33</sup> zur Legislaturplanung 2019–2023 noch im Bundesbeschluss vom 21. September 2020<sup>34</sup> über die Legislaturplanung 2019–2023 angekündigt.

Die Revision wird aufgrund einer vom Parlament angenommenen Motion durchgeführt. Im gleichen Revisionsverfahren werden weitere Änderungen im EntsG vorgeschlagen, die aus folgenden Gründen angezeigt sind:

Einerseits soll im Rahmen der vorliegenden Revision zusätzlich eine explizite Regelung zu den Folgen der Nichterfüllung und der mangelhaften Erfüllung der Vollzugsaufgabe ins EntsG (Art. 7b) und ins BGSA (Art. 16a) aufgenommen werden. Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e Ziffer 3 SuG bestimmt, dass die Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung der Aufgabe in den Bestimmungen über Abgeltungen zu regeln sind. Aktuell sind weder im BGSA und der dazugehörigen Verordnung noch im Bereich der FlaM die Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung explizit geregelt.

Die Verbesserung der Effizienz im Vollzug des EntsG ist ein Daueranliegen des Bundesrates. So wurde im Rahmen der Bestrebungen zur Verbesserung der Arbeitsweise der PK und der Optimierung der Zusammenarbeit zwischen den kantonalen und den paritätischen Vollzugsorganen u. a. überprüft, inwiefern die bestehenden IT-Instrumente vereinheitlicht werden sollten und könnten. Der Bundesrat hat am 23. November 2016 im Rahmen der Konkretisierungsmassnahmen zum Aktionsplan im FlaM-Vollzug das WBF bzw. das SECO beauftragt, zusammen mit den Vollzugsorganen ein Schnittstellenkonzept für den Datenaustausch im Vollzug des EntsG zu erarbeiten. Die Einrichtung der Plattform für die elektronische Kommunikation im Vollzug des EntsG stellt das Ergebnis dieser Arbeiten dar und ist Ausfluss des erwähnten Aktionsplans des Bundesrates.

## 1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Mit der vorliegenden Vorlage wird das Anliegen der Motion Abate vom 7. Juni 2018 (18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes») erfüllt. Mit Inkrafttreten des revidierten EntsG können neu, je nach Ausgestaltung der kantonalen Gesetze und dementsprechend je nach Wille der kantonalen Gesetzgeber, kantonale Mindestlöhne auch auf Entsendefirmen angewendet und ihnen gegenüber durchgesetzt werden. Der Bundesrat beantragt daher die Abschreibung der Motion.

<sup>33</sup> BBI 2020 1777

<sup>34</sup> BBI 2020 8385

## 2 **Vorverfahren, insbesondere Vernehmlassungsverfahren**

### *Vernehmlassungsvorlage*

Das Vernehmlassungsverfahren dauerte vom 23. April bis zum 12. August 2020. Die Kantone, die politischen Parteien, die gesamtschweizerischen Dachverbände der Gemeinden, Städte und Berggebiete, diverse Verbände der Wirtschaft, die kantonalen tripartiten Kommissionen im Bereich der FlaM und weitere Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände wurden eingeladen, sich zum Gesetzesentwurf und zum erläuternden Bericht zu äussern. Insgesamt wurden 107 Adressatinnen und Adressaten angeschrieben. Beim WBF sind insgesamt 50 Stellungnahmen eingegangen.

### *Zusammenfassung der Ergebnisse*

Die überwiegende Mehrheit der Kantone (23) stimmt der vorgeschlagenen Änderung des EntsG betreffend die kantonalen Mindestlöhne (Umsetzung der Motion Abate) ganz oder teilweise zu. Eine kleine Minderheit von zwei Kantonen lehnt die Änderung grundlegend ab. Die Kantone begrüssen die Vorlage, da sie ihrer Ansicht nach zu einer Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Betrieben führe und Wettbewerbsverzerrungen verhindern würde. Von einer kleinen Minderheit der Kantone wurde bemängelt, dass auf den Vollzug der kantonalen Mindestlöhne die Bestimmungen der kantonalen Gesetze zur Anwendung kommen.

Von den Parteien sind vier Stellungnahmen eingegangen. Die Vorlage wird von zwei Parteien begrüsst und von zwei Parteien abgelehnt.

Von den Dachverbänden der Wirtschaft und den weiteren Kreisen wird die Vorlage von neun Teilnehmern begrüsst, während zwölf sie ablehnen. Die ablehnenden Stellungnahmen werden hauptsächlich damit begründet, dass die kantonalen Mindestlöhne die in Gesamtarbeitsverträgen ausgehandelten Löhne übersteuern würden. Bei den zustimmenden Vernehmlassungsteilnehmern steht die Gleichbehandlung der in- und ausländischen Betriebe im Vordergrund.

Von den Kantonen stimmen neun Kantone den Regelungen in den Artikeln 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA teilweise oder vollständig zu und sechzehn Kantone sprechen sich eher gegen die neuen Artikel zur Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung von Vollzugsaufgaben aus. Die befürwortenden Kantone sind der Auffassung, dass die neuen Regelungen eine ordnungsgemässe Verwendung der Bundessubventionen und eine Gleichbehandlung aller Kantone gewährleisten. Bei den ablehnenden Kantonen wird aufgrund der vertraglichen Regelung sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach auch bei fehlender expliziter Rechtsgrundlage die Möglichkeit besteht, zu Unrecht erbrachte finanzielle Leistungen zurückzufordern<sup>35</sup>, die Notwendigkeit der Artikel 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA in Frage gestellt. Einige der ablehnenden Kantone äussern zudem die Befürchtung, dass der Bund über die geplanten Änderungen zu stark in die Vollzugshoheit der Kantone eingreifen wird.

<sup>35</sup> BGE 139 V 82 E. 3.3.2, 138 V 426 E. 5.1, 135 II 274 E. 3.1 und 124 II 570 E. 4b.

Zwei Parteien haben sich zu den Artikeln 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA geäußert und deren Befürwortung ausgesprochen.

Von den Dachverbänden der Wirtschaft und den weiteren Kreisen wird die Vorlage von fünf Teilnehmern begrüßt, während acht sich eher dagegen aussprechen. Die zustimmenden Teilnehmer befürworten einen haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln und die Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins Gesetz. Seitens einiger Dachverbände der Wirtschaft und der weiteren Kreise wird die Notwendigkeit der neuen Artikeln 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA aufgrund der vertraglichen Regelungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Frage gestellt.

Für detaillierte Ausführungen wird auf den Bericht vom 28. April 2021<sup>36</sup> über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens verwiesen.

### *Würdigung der Ergebnisse*

#### *Art. 2 Abs 1<sup>bis</sup> VE-EntsG*

Von den diese Bestimmung ablehnenden Kantonen und auch von mehreren Branchenverbänden wurde vorgebracht, dass eine Ausdehnung der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe mittels EntsG die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton verletze, da die Kantone nur im Rahmen von sozialpolitischen Massnahmen, etwa zur Bekämpfung von Armut, befugt seien, selber Mindestlöhne zu erlassen. Bei den kantonalen Mindestlöhnen handle es sich um sozialpolitische Massnahmen, während die Mindestlöhne die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträge als wirtschaftspolitische Mindestlöhne zu verstehen seien. Auch würde die Ausweitung der Anwendbarkeit der kantonalen Mindestlöhne auf Entsendebetriebe die Gefahr bergen, dass Anreize für weitere kantonale Mindestlohngesetze geschaffen würden.

Der Bundesrat weist darauf hin, dass die von gewissen Teilnehmern eingebrachten Punkte bereits in der Antwort des Bundesrates zur Motion Abate aufgezeigt wurden und der Bundesrat die Motion auch aus diesen Gründen abgelehnt hat. Mit dem vorliegenden Entwurf wird eine Umsetzung der Motion vorgeschlagen, die die unterschiedlichen Kompetenzen von Bund und Kantonen achtet.

Der Kanton Tessin begrüßt die Vorlage zwar grundsätzlich, vertritt aber die Position, dass auch Entsandte, die in der Schweiz eine Dienstleistung erbringen können, ihren gewöhnlichen Arbeitsort im Kanton Tessin haben, weshalb sie auch unter den Geltungsbereich des kantonalen Mindestlohngesetzes fallen können<sup>37</sup>. Die Entscheidung über diese Auslegungsfrage wird letztlich bei den Gerichten liegen. Der Bund stützt sich bei der Auslegung betreffend Geltungsbereich der kantonalen Gesetze auf den Wortlaut und die Botschaften bzw. die Erläuterungen der entsprechenden kantonalen Mindestlohngesetze (vgl. Ziff. 1.1.2).

<sup>36</sup> [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2020 > WBF.

<sup>37</sup> Der Gesetzeswortlaut von Art. 2 Legge sul salario minimo, 9, lautet wie folgt: Sono sottoposti alla legge tutti i rapporti di lavoro, compresi quelli riguardanti i lavoratori e le lavoratrici interinali, che si svolgono abitualmente nel Cantone.

*Art 7 Abs 1<sup>bis</sup> VE-EntsG*

Mehrere Kantone, insbesondere Kantone, die bereits ein Mindestlohngesetz erlassen haben, äussern Bedenken zur Regelung des Vollzugs des kantonalen Mindestlohnes gemäss den entsprechenden kantonalen Regelungen. Abgelehnt wird von diesen Kantonen die unterschiedliche Regelung des Vollzugs der kantonalen Mindestlöhne und des Vollzugs der Mindestlöhne, die in allgemeinverbindlich erklärten GAV oder NAV festgehalten sind. Einerseits, weil gewisse Kantone den kantonalen Mindestlohn als Teil der flankierenden Massnahmen sehen. Andererseits wird kritisiert, dass damit die Kosten des Vollzugs der kantonalen Mindestlöhne bei den Kantonen verbleiben.

Der Bundesrat hält dennoch am gewählten Vorschlag fest und zwar aus folgenden Gründen: Der Kanton kann resp. konnte die Mindestlohnregelung gemäss seinen Kompetenzen als sozialpolitische Massnahme erlassen. Wird in den kantonalen Mindestlohngesetzen eine Sanktionierung der Verletzung der kantonalen Mindestlöhne vorgesehen, soll dies gemäss den in diesen Gesetzen vorgesehenen Bestimmungen erfolgen. Nur die Hälfte der bisherigen Gesetze sehen verwaltungs- oder strafrechtliche Sanktionen gegen die Verletzung der Mindestlöhne vor. Es würde deshalb dem Prinzip der Gleichbehandlung widersprechen, wenn in diesen Kantonen ohne eigentliche Regelung des Vollzugs nun ausländische Betriebe gemäss EntsG sanktioniert werden könnten. Aus diesem Grund will der Bundesrat mit der gewählten Umsetzung sicherstellen, dass Vollzug und Sanktionen entsprechend den kantonalen Mindestlohngesetzen durchgeführt werden und nicht gemäss dem EntsG. Damit besteht auch nicht das Risiko, dass das Diskriminierungsverbot gemäss FZA verletzt wird. Was die vorgebrachten Argumente zur Finanzierung des Vollzugs der kantonalen Mindestlöhne betrifft, wird auf die Ziffern 3.3, 5.1 und 5.2 verwiesen.

Die Argumente einiger Kantone betreffend doppelte Verfahren werden in Ziffer 3.3 behandelt.

*Art. 7b VE-EntsG und Art. 16a VE-BGSA*

Von einzelnen Vornehmungsteilnehmern wird die Notwendigkeit der neuen Artikeln 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA in Frage gestellt.

Der Bundesrat hält an den vorgeschlagenen Artikeln 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA fest, weil mit den neuen Artikeln 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA der gesetzliche Auftrag von Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e Ziffer 3 SuG erfüllt wird, welcher verbindlich festhält, dass die Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung der Aufgabe in den Bestimmungen über Abgeltungen zu regeln sind. Zudem wird mit einer expliziten generell-abstrakten Regelung im Gesetz nicht nur dem im Verwaltungsrecht geltenden Legalitätsprinzip Rechnung getragen, sondern auch der Rechtssicherheit gedient und die Gleichbehandlung aller Abgeltungsempfänger sichergestellt. Dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach Zuwendungen, die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund oder im Irrtum über die Leistungspflicht erfolgten, zurückzuerstatten sind<sup>38</sup>, ist eine gewisse Unschärfe

<sup>38</sup> BGE 139 V 82 E. 3.3.2, 138 V 426 E. 5.1, 135 II 274 E. 3.1 und 124 II 570 E. 4b.



und Verallgemeinerung inhärent, welche in der Praxis zu Unklarheiten und Interpretationsdifferenzen führen können. Zumal auch im Bereich des EntsG und des BGSA kein spezifisches Bundesgerichtsurteil zu dieser Thematik vorliegt. Aus diesem Grund ist die Schaffung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage unerlässlich. Zudem gilt es zu beachten, dass bei Nichtabschluss der Vereinbarungen auch die vertragliche Regelung zu den Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung der Vollzugsaufgabe wegfällt.

Von einem Teil der Vernehmlassungsteilnehmern wird weiter der Wortlaut der neuen Artikel 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA als zu offen kritisiert. Generell-abstrakte Regelungen enthalten naturgemäss eine gewisse Anwendungsoffenheit, um möglichst vielen Einzelfällen in der Praxis gerecht zu werden. Zudem lehnt sich der Wortlaut der neuen Artikel 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA an denjenigen von Artikel 28 SuG an, welcher die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung und mangelhafter Erfüllung einer subventionierten Aufgabe für Finanzhilfen regelt. Bei Unklarheiten im konkreten Anwendungsfall kann die Literatur und Rechtsprechung zu Artikel 28 SuG folglich als Auslegungshilfe herangezogen werden.

Weiter spricht sich ein Teil der Vernehmlassungsteilnehmer gegen die systematische Erhebung eines Vergütungszinses von jährlich 5 Prozent aus. Der Bundesrat orientiert sich bei der Zinsregelung in Artikel 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA ebenfalls an Artikel 28 SuG, gemäss welchem bei einer Rückforderung aufgrund einer Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung bei Finanzhilfen ein Zins von jährlich 5 Prozent seit der Auszahlung geschuldet ist. Zudem entspricht der vorgeschlagene Zinssatz dem vom Bundesgericht auf öffentlich-rechtliche Verzugszinsen angewendeten Zinssatz.<sup>39</sup>

Einige Vernehmlassungsteilnehmer sprechen sich für eine gesetzlich vorgeschriebene Mahnpflicht seitens der Behörde aus. Sowohl im Bereich des EntsG wie auch des BGSA wird den Abgeltungsempfängern der Beitrag des Bundes an die Vollzugskosten gestaffelt ausbezahlt. Im zweiten Semester des Vollzugsjahres x werden 80 % der auf Grund der Mitte Jahr geschätzten Gesamtjahresentschädigung ausbezahlt. Im ersten Semester des Jahres x + 1 wird anschliessend der aufgrund des realen Jahresabschlusses verbleibende Betrag ausbezahlt. Eine fehlerhafte Aufgabenerfüllung zeigt sich in der Regel erst im Rahmen des realen Jahresabschlusses im ersten Semester des Jahres x + 1 oder eines allfälligen Audits durch den Bund und folglich erst nach Ablauf der Aufgabenerfüllung während der entsprechenden Entschädigungsperiode (Jahr x). Aufgrund dieses Entschädigungssystems ist eine Mahnpflicht seitens der Behörde nicht zweckmässig, weshalb der Bundesrat auf eine solche in den Artikel 7b VE-EntsG und 16a VE-BGSA verzichtet.

#### *Art. 8a EntsG*

Bei der Auswertung des Pilotprojekts haben die Vollzugsorgane darauf hingewiesen, dass eine möglichst zeitnahe Umsetzung der Plattform wichtig ist, damit diese mög-

<sup>39</sup> BGE 95 I 258, S. 264

licht nahtlos im Anschluss an das Pilotprojekt weitergeführt werden kann. Aus diesem Grund soll die Grundlage für die Datenbearbeitung durch das SECO in die laufende Revision des Entsendegesetzes in Erfüllung der Motion Abate vom 7. Juni 2018 (18.3473 «Optimierung der flankierenden Massnahmen. Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes») aufgenommen werden. Die Vorlage des Bundesrates an das Parlament wurde deshalb um die erwähnte Bestimmung ergänzt.

Gemäss Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b des Vernehmlassungsgesetzes vom 18. März 2005<sup>40</sup> kann auf ein Vernehmlassungsverfahren verzichtet werden, wenn keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, weil die Positionen der interessierten Kreise bekannt sind, insbesondere, weil über den Gegenstand des Vorhabens bereits eine Vernehmlassung durchgeführt worden ist. Für das vorliegende Vorhaben wurde ein Pilotprojekt durchgeführt, welches von einer Expertengruppe aus Vertretern der betroffenen Vollzugsorgane des EntsG begleitet wurde. Nach Abschluss des Pilotprojekts konsultierte das SECO die interessierten Verbände, den VSAA und die IG PBK, welche sich für eine möglichst flächendeckende Nutzung der Plattform aussprachen, wobei der Bund eine koordinierende respektive fördernde Rolle einnehmen sollte (vgl. Ziff. 1.3).

Durch den Einbezug der betroffenen kantonalen und paritätischen Vollzugsorgane während des Pilotprojekts und für die Festlegung des weiteren Vorgehens haben die interessierten Kreise sich zum Vorhaben geäussert und folglich ist der Ausnahmetatbestand zum Verzicht einer Vernehmlassung im Sinne von Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b des Vernehmlassungsgesetzes erfüllt. Somit sind die Voraussetzungen gegeben, dass die Bestimmung zur Schaffung der Grundlage für die Übermittlungsplattform in das laufende Revisionsverfahren aufgenommen werden kann.

### **3 Grundzüge der Vorlage**

#### **3.1 Die beantragte Neuregelung**

##### *Aufnahme der kantonalen Mindestlöhne ins EntsG*

Zur Umsetzung der Motion 18.3473 Abate schlägt der Bundesrat eine Ergänzung von Artikel 2 des EntsG mit einem Absatz 1<sup>bis</sup> vor. In diesem neuen Absatz werden die Entsendefirmen verpflichtet, die kantonalen Mindestlöhne einzuhalten, sofern die Entsandten unter den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich der kantonalen Mindestlohngesetze fallen.

##### *Vollzug der kantonalen Mindestlohngesetze*

Artikel 7 EntsG wird mit einem neuen Absatz 1<sup>bis</sup> ergänzt, der die Kompetenzen des Vollzugs regelt. Die Kantone sollen die Einhaltung der kantonalen Mindestlohnbestimmungen kontrollieren und den Vollzug gemäss ihren kantonalen Bestimmungen durchführen können. Um dies zu erreichen, werden diejenigen Artikel des EntsG von

<sup>40</sup> SR 172.061

der Anwendung ausgeschlossen, die den Vollzug im EntsG regeln und es wird auf die entsprechenden Bestimmungen im jeweiligen kantonalen Recht verwiesen.

### *Regelung der Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung von Beobachtungs- und Vollzugsaufgaben*

Der Bundesrat schlägt zur Regelung der Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung des Vollzuges des EntsG und des BGSA durch die Vollzugsorgane die Einführung der neuen Artikeln 7b -EntsG und 16a -BGSA vor. Absatz 1 sieht eine angemessene Kürzung oder Nichtzahlung der Abgeltung vor, wenn das Kontrollorgan die Vollzugsaufgabe nicht vereinbarungs- und gesetzeskonform erfüllt und die Abgeltung seitens Bund noch nicht ausbezahlt wurde. In Absatz 2 werden die Folgen einer Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung bei bereits ausbezahlten Abgeltungen und die daraus folgende Rückforderung samt Zins geregelt. Absatz 3 enthält schliesslich eine Ausnahmeregelung für Härtefälle.

Die das Gesetz konkretisierenden Bedingungen der finanziellen Beteiligung des Bundes an den Kosten der Kontroll- und Beobachtungsaufgaben sollen weiterhin partnerschaftlich in den Vereinbarungen zwischen dem WBF und den einzelnen Kantonen bzw. den Sozialpartnern geregelt werden. Dieses in der Praxis bewährte Verfahren sowie die bestehende Autonomie der Vollzugsorgane sollen durch die neuen Regelungen nicht tangiert werden.

Mit den Regelungen in den Artikeln 7b -EntsG und 16a -BGSA soll im Sinne des Subventionsgesetzes sichergestellt werden, dass die Bundesmittel rechtmässig und zweckentsprechend für den Vollzug des EntsG und des BGSA verwendet werden. Es ist einem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sachgerecht, dass bei einer Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung auch die Gegenleistung nicht bzw. nur teilweise erfolgt.

### *Plattform zur elektronischen Kommunikation*

Der Vollzug des EntsG obliegt den PK in Branchen mit einem allgemeinverbindlich erklärten GAV sowie den kantonalen Behörden (Art. 7 Abs. 1 EntsG). Die Zusammenarbeit und der Informationsaustausch unter den Vollzugsorganen sind in Artikel 8 EntsG geregelt. Der Bund finanziert diese Kontrolltätigkeit (Art. 7a EntsG) und nimmt die Oberaufsicht über den Vollzug des EntsG wahr (Art. 14 EntsG). Der neue Artikel 8a schafft eine Grundlage für den Betrieb einer elektronischen Übermittlungsplattform durch das SECO, auf welcher die Vollzugsorgane des EntsG die Daten im Vollzug des EntsG übermitteln können. Die gesetzliche Grundlage erlaubt es dem SECO, die zu diesem Zweck erforderlichen Personendaten und Daten juristischer Personen, welche auch besonders schützenswerte Daten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe c Ziffer 4 DSG (administrative Verfahren und Sanktionen) sein können, zu bearbeiten. Das Bearbeiten beschränkt sich auf das Aufbewahren und Warten der Plattform.

Sinnbildlich lassen sich das Schnittstellenkonzept und die Übermittlungsplattform am besten mit einem Briefkastensystem veranschaulichen. Das erste Kontrollorgan lädt die von ihm auf seiner IT-Umgebung bearbeiteten Daten über eine Schnittstelle auf

die Übermittlungsplattform und legt diese damit in den Briefkasten eines anderen Vollzugsorgans. Dieses holt die Daten dort ab und lädt sie zur Bearbeitung auf seine eigene IT-Umgebung herunter. Nach dessen Bearbeitung lädt das Vollzugsorgan das Dossier erneut auf die Übermittlungsplattform und sendet es in den Briefkasten des folgenden Vollzugsorgans, welches dieses zum Zweck der Bearbeitung abholen und auf seine IT-Umgebung herunterladen kann.

### **3.2 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen**

Die Finanzierung der Übermittlungsplattform soll durch den Bund erfolgen. Diese wird aus dem Globalbudget des SECO finanziert, und ist im Voranschlag mit integriertem Aufgaben- und Finanzplan (IAFP) enthalten.

### **3.3 Umsetzungsfragen**

#### *Umsetzung Motion Abate*

Bei der Umsetzung können sich Fragen zum Vorrang bzw. zur Anwendbarkeit von verschiedenen geltenden Mindestlöhnen (allgemeinverbindlich erklärten GAV, NAV) stellen. So ist beispielsweise in gewissen kantonalen Mindestlohngesetzen der kantonale Mindestlohn nicht anwendbar, wenn ein Mindestlohn in einem Gesamtarbeitsvertrag oder einem Normalarbeitsvertrag existiert<sup>41</sup>. In anderen Gesetzen wird definiert, dass der kantonale Mindestlohn vorgeht, sofern er höher ist als andere Mindestlöhne.<sup>42</sup> Enthält das kantonale Recht jedoch keine Kollisionsregelungen über die Anwendbarkeit verschiedener geltender Mindestlöhne bzw. bezüglich der Sanktionierung (kantonale Mindestlöhne, Mindestlöhne in allgemeinverbindlich erklärtem GAV oder NAV), so könnte grundsätzlich das Risiko einer ungerechtfertigten, doppelten Sanktionierung einer Entsendefirma bestehen. Gestützt auf das bestehende EntsG kann eine Firma durch die sozialpartnerschaftlichen Vollzugsorgane sanktioniert werden, wenn es einen Mindestlohn eines allgemeinverbindlich erklärten GAV nicht einhält. In diesem Zusammenhang ist Artikel 358 OR zu berücksichtigen, wonach zwingendes Recht der Kantone den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vorgeht. Es können jedoch zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Folglich gelangt ein Mindestlohn in einem GAV, der tiefer ist als der Mindestlohn nach kantonalem Recht, nicht zur Anwendung. Diesen Grundsatz übernimmt auch das Bundesgesetz vom 28. September

<sup>41</sup> Legge sul salario minimo des Kantons Tessin, Art. 3 Bst. i und Loi sur le salaire minimum cantonal des Kantons Jura, Art. 3 Abs. 3

<sup>42</sup> LIRT, Art. 39L oder LEmpl, Art. 32b.

1956<sup>43</sup> über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen in Artikel 2 Ziffer 4. Demnach können Bestimmungen in einem GAV, die zwingendem kantonalen Recht widersprechen, nicht allgemeinverbindlich erklärt werden.

In jedem Fall müssen die Kantone grundsätzliche Verfahrensvorschriften beachten, wie das Verbot einer ungerechtfertigten Doppelsanktionierung. Zudem wird es in einer Mehrzahl der Fälle die gleiche Behörde sein, die sowohl die kantonalen Mindestlöhne kontrolliert, als auch allfällige Sanktionen wegen der Nicht-Einhaltung anderer Mindestlöhne aussprechen kann. Aus dem gleichen Grund kann auch nicht auf die Argumente der Vernehmlassungsteilnehmer eingegangen werden, die vorgebracht haben, dass durch die Regelung des Vollzugs nach kantonalem Recht die Verfahren doppelt durchgeführt werden. Bereits heute werden die Verletzungen von Mindestlöhnen im Rahmen der Arbeitsmarktbeobachtung festgestellt und nicht bei separaten Kontrollen (z. B. Kanton Neuenburg).<sup>44</sup>

### *Umsetzung der Plattform in der EntsV*

Der vorgeschlagene Artikel 8a EntsG regelt die Grundzüge für den Betrieb und die Bearbeitung der Daten im Zusammenhang mit der Plattform. Der Betrieb der Plattform durch das SECO erfordert, dass dieses gewisse Tätigkeiten für die Wartung der Plattform und die Aufbewahrung der Daten vornehmen kann. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten in der EntsV. Diese beinhalten die Verantwortung des SECO als Betreiber der Plattform für die Datensicherheit, insbesondere die technischen Anforderungen an die Plattform und die Schnittstelle, die Zugriffsrechte der Kontrollorgane nach Artikel 7 auf die Daten und die Dauer, während der diese auf der Plattform aufbewahrt werden können. Die Aufbewahrungsdauer soll zwölf Monate betragen. Die Übermittlung der Daten soll in verschlüsselter Form erfolgen. Als Betreiber der Plattform trägt das SECO zudem die Verantwortung für die eigene Bearbeitung der Daten. Mit der Plattform ändert sich einzig die Art der Übermittlung zwischen den Vollzugsorganen, nicht die Datenbearbeitung. Demnach sind die PK und die kantonalen Behörden in ihrem gesetzlichen Aufgabenbereich für die Richtigkeit der Datenbearbeitung und für die Behandlung von Auskunfts- und Berichtigungsbegehren verantwortlich. Für die kantonalen Behörden ist das kantonale Datenschutzrecht massgebend. Dabei ist zu beachten, dass die Übermittlungsplattform nicht den gesamten Vollzugsprozess des EntsG von der Meldung des Dienstleistungserbringers vor Beginn seines Einsatzes bis hin zu einer allfälligen Verwaltungssanktion wegen Verstosses gegen das EntsG abdeckt. Die Plattform bringt im Stadium der Kontrolle den grössten Nutzen, da in diesem Rahmen am häufigsten Daten zwischen der kantonalen Behörde, dem Kontrollverein und der PK übermittelt werden.

Die Übermittlungsplattform wird auf einem Server des ISCeco angesiedelt. Damit ist die technische und fachliche Betreuung an der geeigneten Stelle gewährleistet. Die in

<sup>43</sup> SR 221.215.311

<sup>44</sup> Rapport de la Commission "salaire minimum" vom 5.11.2019, zu finden auf [www.ne.ch](http://www.ne.ch)  
>Accueil >Médias >Le salaire minimum est globalement appliqué dans le Canton de Neuchâtel, zuletzt besucht am 18.12.2020.

der EntsV definierten und vom SECO zu erfüllenden Anforderungen gelten auch für das von ihm beauftragte ISCeco.

## 4 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

### *Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup>*

Gemäss dem neuen Absatz 1<sup>bis</sup> von Artikel 2 E-EntsG müssen Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem Ausland in die Schweiz entsenden, einen geltenden kantonalen Mindestlohn garantieren, sofern die Entsandten unter den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich eines kantonalen Mindestlohngesetzes fallen.

Im neuen Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> wird der Grundsatz festgehalten, dass das kantonale Gesetz für die Festlegung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des kantonalen Mindestlohnes massgebend ist. Sofern das kantonale Gesetz den Mindestlohn für alle auf dem Kantonsgebiet tätigen Personen anwendbar erklärt, sind damit zukünftig auch ausländische Arbeitgeber zur Einhaltung der kantonalen Mindestlohnvorschriften verpflichtet, wenn sie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden (persönlicher Anwendungsbereich). Sind hingegen in einem kantonalen Mindestlohngesetz Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, welche nicht regelmässig auf Kantonsgebiet tätig sind, von der Mindestlohnregelung ausgenommen, so sind diese auch nicht von den Bestimmungen im Entsendegesetz, die sich auf den kantonalen Mindestlohn beziehen, erfasst. Weiter ist auch der sachliche Anwendungsbereich der kantonalen Mindestlöhne zu beachten. Sind im Gesetz diejenigen Branchen vom kantonalen Mindestlohn ausgenommen, in denen bereits ein Mindestlohn in einem GAV, einem allgemeinverbindlich erklärten GAV oder einem NAV existiert, gilt dies auch für Entsendebetriebe dieser Branchen.

Der Verweis auf die kantonalen Mindestlohnvorschriften in Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> E-EntsG soll den ausländischen Entsendebetrieben auch signalisieren, dass die kantonalen Gesetze zu den Mindestlöhnen zu konsultieren sind. Damit trägt dieser Artikel auch zur Transparenz bei. Die Entsendebetriebe können dadurch einfach abklären, welchen Mindestlohn oder welchen orts- und branchenüblichen Lohn sie ihren entsandten Mitarbeitenden gewährleisten müssen.

### *Art. 7 Abs. 1<sup>bis</sup>*

Für den Vollzug des kantonalen Mindestlohngesetzes verweist das EntsG auf das kantonale Recht, insbesondere auf die Mindestlohngesetze. Demnach regelt das kantonale Recht, durch wen die Einhaltung der kantonalen Mindestlöhne kontrolliert werden und ob beziehungsweise welche Sanktionen vorgesehen sind, wenn der kantonale Mindestlohn nicht eingehalten wird. Sieht das kantonale Mindestlohngesetz Vollzugsvorschriften vor, sind diese auf alle Arbeitsverhältnisse anwendbar, die unter den

Anwendungsbereich der Mindestlohnbestimmungen fallen, sowohl inländische als auch ausländische Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Damit kann sichergestellt werden, dass alle Personen, die unter den Anwendungsbereich der kantonalen Mindestlohngesetze fallen, grundsätzlich auch gleich kontrolliert und allenfalls sanktioniert werden.

Dies bedeutet, dass das kantonale Mindestlohngesetz gemäss den kantonalen Regeln und nicht gemäss den Bestimmungen des EntsG vollzogen wird, beziehungsweise dass der Vollzug dem Kanton übertragen wird. Aus diesem Grund werden im zweiten Satz dieses Absatzes diejenigen Artikel des EntsG ausgenommen, die sich auf den Vollzug der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss EntsG beziehen. Es wird somit festgelegt, dass sich die Kontrolle, die Finanzierung und die Sanktionierung von kantonalen Mindestlöhnen nach dem entsprechenden kantonalen Recht richtet. Damit liegt auch die Aufsicht über den Vollzug der Gesetze bei den Kantonen.

Sowohl die Anwendungsbereiche als auch die Vollzugsregelungen der einzelnen kantonalen Mindestlohngesetze unterscheiden sich stark. In Kantonen, in welchen das kantonale Mindestlohngesetz nicht anwendbar ist, wenn ein Mindestlohn in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV, einem GAV oder einem NAV festgelegt ist, besteht kein Risiko einer doppelten Kontrolle oder einer doppelten Sanktionierung. In denjenigen Kantonen, in welchen grundsätzlich der kantonale Mindestlohn allen anderen Mindestlöhnen vorgeht, muss der Kanton in seinen Vollzugsregeln sicherstellen, dass die Firmen nicht doppelt kontrolliert und sanktioniert werden.

Ungeachtet der neuen Bestimmungen und der kantonalen Mindestlöhne, können die Kantone respektive die kantonalen TPK gemäss ihren Arbeitsmarktbeobachtungskonzepten weiterhin entscheiden, die orts- und branchenüblichen Löhne zu prüfen und Verständigungsverfahren durchzuführen (Art. 360b OR).

#### *Artikel 7b E-EntsG und Artikel 16a E-BGSA*

Absatz 1 dieser Bestimmungen regelt die Kürzung oder den Rückbehalt von noch nicht ausbezahlten Abgeltungen und Absatz 2 die Rückforderung von bereits ausgerichteten Abgeltungen infolge Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung der Vollzugsaufgabe. Absatz 3 enthält schliesslich eine Ausnahmeregelung für Härtefälle.

Der Wortlaut von Artikel 7b E-EntsG und Artikel 16a E-BGSA orientiert sich an Artikel 28 SuG, welcher die Nichterfüllung oder die mangelhafte Erfüllung bei Finanzhilfen regelt. Im konkreten Einzelfall kann Artikel 28 SuG und die dazugehörige Rechtsprechung und Literatur als Auslegungshilfe dienen.

Eine *mangelhafte Erfüllung nach Artikel 7b E-EntsG* liegt vor, wenn das Vollzugsorgan die Beobachtungs- und Vollzugsaufgabe nicht gemäss den anwendbaren rechtlichen Bestimmungen (insbesondere EntsG, EntsV, OR und SuG) und nach dem ihm in den Vereinbarungen über den Vollzug der flankierenden Massnahmen zwischen dem WBF und den Kantonen resp. den paritätischen Organen auferlegten Bedingungen erfüllt. Eine mangelhafte Erfüllung liegt vor, wenn ohne achtenswerte Gründe unverhältnismässig wenige oder kostenintensive Kontrollen durchgeführt werden.

Achtenswerte Gründe sind beispielsweise, wenn die Meldungen für kurzfristige Erwerbstätigkeit in der Schweiz massgeblich zurückgehen oder die Kontrolltätigkeit aufgrund von ausserordentlichen, unvorhersehbaren Ereignissen reduziert werden musste. Von einem Rückbehalt oder einer Rückforderung des Bundesbeitrags soll beispielsweise abgesehen werden, wenn objektiv hinreichend begründet werden kann, weshalb die in den Vereinbarungen über den Vollzug der flankierenden Massnahmen definierten Kontrollzahlen in einem bestimmten Vollzugsjahr nicht erreicht wurden. Mit anderen Worten soll eine Nichterreichung der definierten Kontrollzahlen nicht automatisch zu einer Reduktion oder einer Rückforderung des Bundesbeitrages führen.

Eine *mangelhafte Erfüllung nach Artikel 16a E-BGSA* liegt vor, wenn das Vollzugsorgan die Vollzugsaufgabe nicht gemäss den anwendbaren rechtlichen Bestimmungen (insbesondere BGSA, VOSA und SuG) und nach dem ihm in den Vereinbarungen über den Vollzug des BGSA zwischen dem WBF und den Kantonen auferlegten Bedingungen erfüllt. Die Vollzugsaufgabe wird beispielsweise mangelhaft erfüllt, wenn nicht alle erforderlichen Kontrollgegenstände geprüft werden oder hinsichtlich Zeit, Ort, Risiko oder Person unzweckmässige Kontrollen durchgeführt werden.

Eine *Nichterfüllung* liegt vor, wenn das Kontrollorgan keine Kontrollen im Sinne des BGSA bzw. EntsG vornimmt, beispielsweise, wenn die Kontrollorgane die Ressourcen für andere als die im Gesetz vorgesehenen Zwecke einsetzt.

Auf die bereits ausbezahlten Abgeltungen, die aufgrund einer Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung (teilweise) zurückzuerstatten sind (Abs. 2), erhebt der Bund einen Vergütungszins von 5 Prozent. Der vorgesehene Zinssatz von 5 Prozent entspricht dem Verzugszins der bei einer Rückforderung aufgrund einer Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung bei Finanzhilfen geschuldet ist (Art. 28 SuG) sowie dem vom Bundesgericht auf öffentlich-rechtliche Verzugszinsen angewendeten Zinssatz.<sup>45</sup>

Ebenfalls in Analogie zur entsprechenden Regelung für Finanzhilfen im Subventionsgesetz (Art. 28 SuG) wird der Beginn des Zinsenlaufs auf den Auszahlungstermin gesetzt.

#### *Art. 8 Abs. 2 Satz 2*

Die bisherige Grundlage für die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch unter den Vollzugsorganen des EntsG wird um einen Verweis auf Artikel 8a ergänzt, wonach diese zum Zweck des Informationsaustausches die Plattform für die elektronische Kommunikation nach Artikel 8a verwenden können.

#### *Art. 8a*

Der neue Artikel 8a schafft eine Grundlage für den Betrieb einer elektronischen Übermittlungsplattform durch das SECO, auf welcher die Vollzugsorgane des EntsG die

<sup>45</sup> BGE 95 I 258, S. 264.



Daten im Vollzug des EntsG übermitteln können. Die Aufgabe des SECO beschränkt sich auf das Aufbewahren der Daten und Warten der Plattform (Abs. 2). Dies schliesst auch Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen des EntsG mit ein. Letztere sind besonders schützenswerte Daten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe c Ziffer 4 DSG und müssen gemäss Artikel 17 Absatz 2 DSG in einem Gesetz im formellen Sinne verankert sein. Insgesamt handelt es sich um (gewöhnliche und besonders schützenswerte) Daten sowohl von natürlichen Personen als auch von juristischen Personen.

Im revidierten Datenschutzgesetz vom 25. September 2020<sup>46</sup> (nDSG) ist vorgesehen, dass der Begriff der Personendaten nach Artikel 5 Buchstabe a nDSG inskünftig nur noch Angaben erfasst, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen. Allerdings regelt eine Übergangsbestimmung die Bearbeitung von Daten juristischer Personen durch Bundesorgane (Art. 71 nDSG). Gemäss dieser Bestimmung finden die Vorschriften in Bundeserlassen, die sich auf Personendaten beziehen, während fünf Jahren nach Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes Anwendung auf die Daten juristischer Personen. Gestützt auf Artikel 71 nDSG erfasst der in Artikel 8a E-EntsG verwendete Begriff der Personendaten vorerst auch noch die Daten juristischer Personen. Während der in Artikel 71 nDSG vorgesehenen Übergangsfrist soll eine vom Bundesamt für Justiz koordinierte Überprüfung und Anpassung der spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen für Daten juristischer Personen stattfinden. In diesem Rahmen wird auch Artikel 8a E-EntsG überprüft und angepasst. Das revidierte DSG wird möglicherweise erst nach dem revidierten EntsG in Kraft treten. In diesem Fall gelten die Daten juristischer Personen zunächst gestützt auf Artikel 3 Buchstaben a und b des aktuellen DSG als Personendaten. Sobald das nDSG in Kraft tritt, findet alsdann die Übergangsbestimmung in Artikel 71 nDSG auf Artikel 8a EntsG Anwendung. Tritt das revidierte EntsG nach dem revidierten DSG in Kraft, ist Artikel 71 nDSG gleichwohl auf Artikel 8a EntsG anwendbar.

Die Übermittlung der Daten erfolgt in verschlüsselter Form (Abs. 3). Wie in Ziffer 3.3 erwähnt, soll der Bundesrat die Einzelheiten zur Datensicherheit wie die Zugriffsberechtigung der Vollzugsorgane des EntsG, die technischen Anforderungen an die Plattform und an die Schnittstelle sowie die Dauer der Aufbewahrung der Daten in der EntsV regeln (Abs. 4). Die gesetzlichen Anforderungen gelten auch für das IS-Ceco, welches die Plattform im Auftrag des SECO betreibt.

#### *Art. 9 Abs. 3*

Es handelt sich lediglich um eine redaktionelle Anpassung: Da das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) weiter oben in Artikel 8a Absatz 1 erstmals genannt wird, kann in Artikel 9 direkt die Abkürzung verwendet werden.

<sup>46</sup> BBI 2020 7639

## 5 Auswirkungen

### 5.1 Auswirkungen auf den Bund

Der Vollzug der kantonalen Mindestlöhne wird in den kantonalen Mindestlohngesetzen geregelt und durch die Kantone durchgeführt.

Grundsätzlich haben die Kantone den administrativen Vollzug von Bundesrecht entschädigungslos durchzuführen. Eine Abgeltung seitens des Bundes rechtfertigt sich u. a., wenn die Kantone Aufgaben erfüllen müssen, die über den administrativen Vollzug von Bundesrecht hinausgehen. Eine Abgeltung seitens des Bundes ist insbesondere zu prüfen, wenn der Bund den Kantonen bezüglich des Vollzuges des Bundesgesetzes engmaschige Vorgaben macht. Bei den kantonalen Mindestlohngesetzen handelt es sich um kantonale Bestimmungen. Auch der Vollzug wird durch das kantonale Recht geregelt. Eine Abgeltung durch den Bund ist demnach nicht vorgesehen.

Da der Vollzug der kantonalen Mindestlöhne bei den Kantonen liegt, können diese dementsprechend ein Vollzugsorgan definieren. Teilweise werden gewisse Aufgaben auch den bereits bestehenden TPK zugewiesen. Sofern die Kontrolle der Einhaltung des Mindestlohnes dabei aus Effizienzgründen im Rahmen der Arbeitsmarktbeobachtung gemäss Artikel 360b OR durchgeführt wird, was in gewissen Kantonen der Fall ist (vgl. Ziff. 3.3, Beispiel Kanton Neuenburg), wird diese bereits jetzt im Rahmen der Leistungsvereinbarungen durch den Bund mitfinanziert – daran ändert sich nichts. Der Bund finanziert den Vollzug der flankierenden Massnahmen in den Kantonen mit jährlich 8 Millionen Franken mit. Jedoch darf der Vollzug der kantonalen Gesetze als solche dem Bund keine zusätzlichen Kosten generieren, da es sich dabei um kantonale Aufgaben handelt.

Die Massnahmen haben für den Bund keine personellen Auswirkungen, da keine neuen Aufgaben geschaffen werden.

#### *Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung von Beobachtungs- und Vollzugsaufgaben*

Die finanziellen Auswirkungen der Regelungen zu den Folgen der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung von Beobachtungs- und Vollzugsaufgaben sind nicht abschätzbar, weil naturgemäss nicht antizipiert werden kann, ob die Bundesbeiträge gemäss den gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben eingesetzt werden. Eine allfällige Kürzung, Streichung oder Rückforderung der Abgeltung bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Artikel 7b E-EntsG oder 16a E-BGSA hätte jedoch positive Auswirkungen auf die Bundesfinanzen.

Die Artikel 7b E-EntsG und 16a E-BGSA haben keine personellen Auswirkungen.

#### *Plattform für die elektronische Kommunikation*

Die Plattform ist ein technisches Instrument, welches die administrativen Abläufe im Vollzug des EntsG effizienter und sicherer werden lässt. Es sind keine Auswirkungen

auf das Vollzugssystem des EntsG und auf die Funktion des Bundes in seiner Oberaufsicht über den Vollzug des EntsG (Art. 14 EntsG) damit verbunden. Der Bund ist heute schon verpflichtet, den Austausch und die Zusammenarbeit unter den Vollzugsorganen des EntsG und der FlaM durch geeignete Mittel zu fördern, namentlich durch Zurverfügungstellen des erforderlichen Materials und durch Schaffung adäquater Austauschstellen (Art. 13 Abs. 2 EntsV).

Da die Übermittlungsplattform bereits im Rahmen des Pilotprojekts entwickelt und getestet wurde und das SECO die Eigentümerrechte an der Plattform innehat, sind die Kosten für die Bereitstellung durch das ISCeco relativ gering. Die erstmalige Bereitstellung und Finanzierung der Anschlusskosten der kantonalen und paritätischen Vollzugsorgane werden auf rund 650 000 Franken (inkl. Bundesbeteiligung an Umrüstkosten) veranschlagt. Hinzu kommen die jährlichen Betriebskosten und Kosten für die Betreuung der Nutzerinnen und Nutzer von insgesamt rund 125 000 Franken. Die Kosten für die erstmalige Bereitstellung und den Betrieb der Plattform werden durch die bestehenden Mittel im Globalbudget des SECO getragen. Die Errichtung und der Betrieb der Plattform können mit den bestehenden Personalressourcen des SECO bewältigt werden.

## 5.2 Auswirkungen auf Kantone

Die bisher in Kraft getretenen kantonalen Mindestlohngesetze stützen sich auf kantonale Verfassungsinitiativen. Diese sind als sozialpolitische Massnahmen vorgesehen. In verschiedenen Gesetzen werden auch die Kontrolle und der Vollzug geregelt. Das bedeutet, dass der Kanton bereits mit Einführung der jeweiligen Gesetze die finanziellen Auswirkungen des kantonalen Mindestlohnes zu evaluieren hatte. Falls im Gesetz grundsätzlich vorgesehen ist, dass auch Entsandte unter den Anwendungsbereich fallen und auch kontrolliert werden, wurde auch das bereits im Gesetzgebungsprozess berücksichtigt. Für den Kanton entstehen aufgrund der Anpassung des EntsG keine zusätzlichen Aufgaben.

Die Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen sieht vor, dass Kontrollen, die durch kantonale Gesetze erforderlich werden, von den Kantonen vollzogen und finanziert werden. Dies bedeutet, dass die Mehrkosten, die allenfalls durch die Einführung von kantonalen Mindestgesetzen entstanden sind oder entstehen, durch den Kanton zu tragen sind. Wie unter Ziffer 5.1 ausgeführt, beteiligt sich der Bund gemäss EntsG und OR an den Kosten, die durch den Vollzug dieser Gesetze anfallen.

Da die Vorlage keine spezifischen Auswirkungen auf Gemeinden, urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete hat, wurden die entsprechenden Fragen nicht vertieft untersucht.

### *Anschluss an die Plattform im Vollzug des EntsG*

Die einmaligen Anschlusskosten der kantonalen und paritätischen Vollzugsorgane an die Plattform des Bundes werden gemäss vorherigem Abschnitt durch den Bund finanziert. Seitens der Kantone fallen für die Nutzung der Plattform keine zusätzlichen

Betriebskosten an. Zusätzliche personelle Ressourcen sind nicht erforderlich. Mittelfristig ist bei den Kantonen und bei den paritätischen Vollzugskommissionen aufgrund der Effizienzsteigerung durch die Plattform weniger administrativer Aufwand im Vollzug des EntsG zu erwarten.

### **5.3 Auswirkungen auf weitere Bereiche**

Die Bemessung der Auswirkungen der kantonalen Mindestlöhne auf die kantonale Wirtschaft hat im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung zu erfolgen oder ist bereits erfolgt. Auf nationaler Ebene sind in den Bereichen Volkswirtschaft, Gesellschaft und Umwelt keine darüber hinausgehenden Auswirkungen zu erwarten. Die entsprechenden Fragen wurden daher nicht weiter geprüft.

## **6 Rechtliche Aspekte**

### **6.1 Verfassungsmässigkeit**

Bei den Regelungen zu den minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen, auf die im EntsG verwiesen wird, sowie bei den Verpflichtungen, diese einzuhalten, handelt es sich um Bestimmungen, die einerseits im Zivilrecht anzusiedeln sind und andererseits dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dienen. Gemäss den Artikeln 110 und 122 BV ist das private und das öffentliche Arbeitsrecht grundsätzlich Sache des Bundes. Gemäss Bundesgericht lassen sich aber die Mindestlohnbestimmungen den auf öffentlichem Recht basierenden Schutzbestimmungen zuordnen, deren Erlass den Kantonen weiterhin offensteht. (vgl. dazu Ziff. 1.1.1). Entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind grundsätzlich keine Adressaten dieser sozialpolitischen Massnahme, zumal sie nicht unter den geografischen Geltungsbereich fallen.

Im Sinne einer verfassungskonformen Umsetzung und mit Blick auf den Bundesgerichtsentscheid vom 21. Juli 2017 sollen die Kantone für die Festlegung des Anwendungsbereiches dieser Gesetze und deren Vollzug zuständig sein. Im neuen Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> E-EntsG wird deshalb für die Anwendbarkeit der kantonalen Mindestlohnbestimmungen auf Entsandte auf die kantonalen Mindestlohngesetze verwiesen. Es ist demnach Sache der Kantone, den Anwendungsbereich ihrer kantonalen Gesetze in diesem Bereich zu bestimmen.

Mit dem neuen Artikel 7 Absatz 1<sup>bis</sup> E-EntsG wird die Zuständigkeit der Kontrolle der Einhaltung der kantonalen Mindestlohngesetze den Kantonen übertragen. Damit wird die Kompetenz zum Erlass von kantonalen Mindestlohngesetzen des Kantons respektiert. Andererseits erfolgt die Durchsetzung gemäss dem gesetzgeberischen Willen des Kantons und unter Berücksichtigung der Ausgestaltung des kantonalen Gesetzes sowie der Vollzugslandschaft des jeweiligen Kantons.

Die Verfassungsgrundlage für Artikel 8a E-EntsG findet sich in Artikel 110 BV.

## **6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

Wird der Vollzug des kantonalen Mindestlohngesetzes in einem Kantonsgebiet einheitlich und für alle, die unter den Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes fallen gleich durchgeführt, kann auch das im FZA verankerte Nichtdiskriminierungsgebot eingehalten werden.

Mit der Regelung, dass für die Anwendbarkeit auf Entsandte die kantonalen Bestimmungen massgebend sind, kann zudem verhindert werden, dass ausländische Entsandte anders als inländische Entsandte behandelt werden, was gegen Artikel 2 FZA in Verbindung mit den Artikeln 17 und 19 von Anhang I FZA verstossen würde. Dem Einhalten von völkerrechtlichen Verträgen sind auch die Kantone bei der Gesetzgebung verpflichtet.

## **6.3 Erlassform**

Da mit diesem Entwurf geltende Bundesgesetze geändert werden, ist der Erlass im Sinne von Artikel 164 BV in die Form eines Bundesgesetzes zu kleiden.

## **6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse**

Mit der Vorlage werden weder neue Subventionsbestimmungen geschaffen, die Ausgaben über einem der Schwellenwerte nach sich ziehen, noch neue Verpflichtungskredite oder Zahlungsrahmen mit Ausgaben über einem der Schwellenwerte beschliessen.

## **6.5 Einhaltung der Grundsätze des Subventionsgesetzes**

Die geltende Finanzierungsregelung wird unverändert beibehalten.

## **6.6 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen**

Die Regelung der datenschutzrechtlichen Anforderungen hinsichtlich des Zurverfügungstellens der Plattform für die elektronische Kommunikation wird an den Bundesrat delegiert. Das SECO als Betreiber der Plattform trägt die Verantwortung für die Datensicherheit (Art. 7 DSGVO). In der EntsV sind daher insbesondere die technischen Anforderungen an die Plattform und die Schnittstelle sowie der Zugriff der Kontrollorgane auf die Daten zu regeln. In der EntsV wird zudem die Dauer, während der die Daten auf der Plattform aufbewahrt werden dürfen, auf 12 Monate beschränkt.

## 6.7 **Datenschutz**

Da auf der elektronischen Plattform auch besonders schützenswerte Daten, insbesondere über Verwaltungssanktionen und Sanktionsverfahren gemäss Artikel 9 EntsG, übermittelt werden können, ist für die Aufbewahrung der Daten auf der Plattform durch den Bund eine explizite Grundlage im EntsG erforderlich (Art. 17 Abs. 2 DSG).

Der Bund ist zudem für die Datensicherheit auf der Plattform verantwortlich (Art. 7 DSG). Die Anforderungen an die Datensicherheit wie die technischen Anforderungen an die Plattform und die Schnittstelle sowie der Zugriff der Kontrollorgane des EntsG werden in der EntsV präzisiert (vgl. Ziff. 6.6).

Es sind keine Abgrenzungsschwierigkeiten in Bezug auf die Verantwortung für die Datenbearbeitung durch die Vollzugsorgane des EntsG zu erwarten. Der Bund ist nicht am Vollzug des EntsG beteiligt und nimmt daher nicht am Austausch von Vollzugsdaten zwischen den PK und den kantonalen Behörden teil. Die Zusammenarbeit und der Informationsaustausch unter den PK und den kantonalen Behörden ist in Artikel 8 EntsG geregelt. In Artikel 8 Absatz 2 wird neu ein Verweis auf die Nutzung der elektronischen Plattform gemäss Artikel 8a im Vollzug des EntsG eingeführt. Die PK und die kantonalen Behörden sind in ihrem gesetzlichen Aufgabenbereich für die Datenbearbeitungsprinzipien, wie die Rechtmässigkeit der Bearbeitung, die Datenrichtigkeit und die Behandlung von Auskunfts- und Besichtigungsbegehren, verantwortlich. Für die kantonalen Behörden ist das kantonale Datenschutzrecht massgebend, für die Tätigkeiten der PK ist das DSG anwendbar. An dieser Ausgangslage ändert sich durch den Betrieb der Plattform nichts. Als Betreiber der Plattform trägt der Bund primär die Verantwortung für die Sicherheit der Plattform, die PK und die kantonalen Behörden sind gemäss den jeweils anwendbaren Erlassen für die Datenbearbeitung verantwortlich.







