

BGE 147 II 375

Bundesgericht (BGE), 2021-03-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147 II 375](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_II_375)

FR: ATF 147 II 375

IT: DTF 147 II 375

Regeste

Regeste a Art. 2 Abs. 3 und Art. 3 Satz 2 EntsG; Voraussetzungen für den Abzug von Unterkunfts- und Verpflegungskosten vom Lohn im ortsüblichen Mass. Das Abzugsverbot von Unterkunfts- und Verpflegungskosten gemäss Art. 2 Abs. 3 EntsG gilt für alle Entsendekonstellationen. Als Spezialnorm geht diese Norm sowohl Art. 327a OR als auch Art. 13 des L-GAV vor, insofern diese davon abweichende Vorgaben enthalten. Das Abzugsverbot ist jedoch nicht absolut: Abzüge für Verpflegung und Unterkunft, welche den Mindestlohn nicht verletzen, sind grundsätzlich erlaubt, dürfen jedoch gemäss Art. 3 Satz 2 EntsG das ortsübliche Mass nicht überschreiten (E. 4.6)

Regeste b Art. 2 FZA; Tragweite des Diskriminierungsverbots bei richtlinienkonformer Umsetzung. Die Auslegung von Art. 2 Abs. 3 EntsG erfolgt im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71/EG. Der angefochtene Entscheid ist deshalb auch im Hinblick auf Art. 2 FZA nicht zu beanstanden. (E. 5.5)

Erwägungen

E. 3.1

Zur Abfederung der Auswirkungen des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) auf den Arbeitsmarkt hat der schweizerische Gesetzgeber so genannte flankierende Massnahmen erlassen. Diese bezwecken namentlich den Schutz vor Sozial- und Lohndumping und sollen für die hiesigen Anbieter und diejenigen der EU/EFTA-Staaten, die von der beschränkten Dienstleistungsfreiheit des Freizügigkeitsrechts profitieren, gleiche Bedingungen ("gleich lange Spiesse") schaffen (BGE 143 II 102 E. 2.1; Botschaft vom 23. Juni 1999 zur BGE 147 II 375 S. 378 Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6392).

E. 3.2

Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA bestimmt, dass Art. 17 und Art. 19 Anhang I FZA sowie darauf abgestützte Massnahmen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer unberührt lässt, wobei gemäss Art. 16 FZA auf die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 018 vom 21. Januar 1997 S. 1-6, Bezug genommen wird. Dies bedeutet, dass im Anwendungsbereich dieser Richtlinie eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem

FZA und dem Unionsrecht angestrebt wird (Art. 16 Abs. 1 FZA ; BGE 136 II 329 E. 2.3) und die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999 in Bezug auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe für deren Auslegung verbindlich ist (Art. 16 Abs. 2 FZA). Was die Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nach dem Unterzeichnungsdatum des FZA anbelangt, weicht das Bundesgericht von der Rechtsprechung des EuGH nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen "triftiger" Gründe ab (BGE 140 II 447 E. 4.3).

E. 3.3

Im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen ist am 1. Juni 2004 das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20) in Kraft getreten. Dieses regelt gemäss Art. 1 Abs. 1 EntsG die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet. Die Bedingungen werden in Art. 2 Abs. 1 näher definiert. Gemäss dieser Bestimmung müssen die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmenden mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a OR vorgeschrieben sind (Urteil 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.4). Zu diesen Bedingungen gehören gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a EntsG die Bestimmungen zur minimalen Entlohnung inklusive Zuschläge, die in Art. 1 der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die BGE 147 II 375 S. 379 in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV; SR 823.201) näher konkretisiert worden sind.

E. 3.4

Vom sachlichen Anwendungsbereich des Entsendegesetzes wird nur die Entsendung im eigentlichen Sinn erfasst, bei welcher eine Arbeitgeberin mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet, damit diese, für einen bestimmten Zeitraum, auf Rechnung und unter Leitung dieser Arbeitgeberin und im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen dieser Arbeitgeberin und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung in der Schweiz erbringen (Art. 1 Abs. 1 lit. a EntsG) oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb in der Schweiz arbeiten, der zur Unternehmensgruppe dieser Arbeitgeberin gehört (Art. 1 Abs. 1 lit. b EntsG). Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin als Gesellschaft mit Sitz in England, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kurzfristig in die Schweiz entsendet, unter das Entsendegesetz fällt. Die Tatsache, dass der Arbeitsvertrag auf die Dauer der Beschäftigung in der Schweiz befristet und weder vor noch nach der Entsendung eine Beschäftigung im Herkunftsstaat bei der Beschwerdeführerin vorgesehen ist, steht dessen Anwendung nicht entgegen.

E. 4

Umstritten und im Folgenden näher zu prüfen ist, ob die in Grossbritannien ansässige Beschwerdeführerin, die in Grossbritannien Personen für kurzfristige Arbeitseinsätze in der Schweiz rekrutiert und gemäss englischem Recht anstellt, berechtigt ist, die Kosten für Unterkunft und Verpflegung vom Lohn ihrer entsandten Arbeitnehmer abzuziehen.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Einsätze ihrer Mitarbeiter als Entsendungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. b EntsG zu qualifizieren seien, d.h. dass es sich um Arbeitsleistungen handle, die in ihren Betriebsstätten in der Schweiz erfolgen. Im Gegensatz zu Entsendungen im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung (Art. 1 Abs. 1 lit. a EntsG), für welche Entschädigungen für Unterkunft und Verpflegung nicht vom Lohn in Abzug gebracht werden dürften (Art. 2 Abs. 3 EntsG), seien Abzüge für solche Leistungen bei Arbeitseinsätzen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b EntsG unter Einhaltung der Vorgaben von Art. 3 Satz 2 EntsG und entsprechend Art. 327a OR (e contrario) und Art. 13 des Landes-Gesamtarbeitsvertrags des Gastgewerbes (L-GAV) zulässig. Die unterschiedliche Behandlung der zwei Entsendearten rechtfertige sich BGE 147 II 375 S. 380 dadurch, dass bei Entsendungen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a EntsG der gewöhnliche Arbeitsort der Arbeitnehmer in der Regel bei der ausländischen Arbeitgeberin liege, während bei Entsendungen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b EntsG die Arbeit am gewöhnlichen Arbeitsort der Arbeitnehmenden verrichtet werde.

E. 4.2

Art. 327a OR bestimmt, dass die Arbeitgeberin den Arbeitnehmern bei Arbeiten an auswärtigen Arbeitsorten die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen hat. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Unterhaltseinsparungen des Arbeitnehmers geringfügig sind und die Arbeitgeberin für die durch den auswärtigen Einsatz entstehenden Mehrkosten aufzukommen hat (Urteil 2C_316/2020 vom 20. Oktober 2020 E. 3; PORTMANN/ RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 2 zu Art. 327a OR). Der gleiche Gedanke liegt auch Art. 2 Abs. 3 EntsG zugrunde, wonach die im Zusammenhang mit der Entsendung gewährten Entschädigungen nur als Lohnbestandteil gelten, sofern sie keinen Ersatz für tatsächlich getätigte Aufwendungen wie solche für Reise, Verpflegung und Unterkunft darstellen. Bei Entsendungen wird vermutet, dass der Arbeitnehmende seinen Wohnort bzw. seinen Lebensmittelpunkt im Ausland beibehält und dass ihm aufgrund dessen dort weiterhin Kosten entstehen. Aus diesem Grund bestimmt Art. 2 Abs. 3 EntsG , dass Unterkunfts- und Verpflegungskosten kein Lohnbestandteil sind und die Arbeitgeberin diese insofern nicht vom Lohn abziehen darf (vgl. KURT PÄRLI, in: Entsendegesetz [EntsG], 2018, N. 46 ff. zu Art. 2 EntsG).

E. 4.3

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin bietet das Entsendegesetz keinen Anhaltspunkt, die Abzugsfähigkeit der Unterhalts- und Verpflegungskosten je nach Art der Entsendung unterschiedlich zu handhaben. Die Anwendung von Art. 2 Abs. 3 EntsG wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die entsandten Arbeitnehmenden ausschliesslich am Ort der schweizerischen Betriebsstätte der Beschwerdeführerin zum Einsatz kommen. In allen Konstellationen werden die Arbeitnehmenden nach den Bestimmungen des Staates entlohnt und sozialversichert, in dem sie gewöhnlich ihre Arbeitsleistung erbringen (vgl. dazu auch Botschaft zum Entsendegesetz, BBl 1999 6394). Dies ist auch vorliegend der Fall. Die Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin behalten ihren rechtlichen Wohnsitz in England und sind dem dortigen Sozialversicherungsrecht unterstellt. Auszugehen ist insofern auch vorliegend davon, dass die BGE 147 II 375 S. 381 Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin ihren Lebensmittelpunkt im Ausland beibehalten und ihnen aufgrund der Entsendung höhere Lebenshaltungskosten entstehen, welche von der Beschwerdeführerin zu entschädigen sind. Offenbleiben kann mithin, ob der Ort der

schweizerischen Betriebsstätte, an dem die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin ihre Arbeit verrichten, als gewöhnlicher Arbeitsort im Sinne von Art. 327a OR zu qualifizieren ist. Als spezialgesetzliche Regelung geht Art. 2 Abs. 3 EntsG dieser Norm vor, insofern diese etwas anderes bestimmt. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Entsendung von Arbeitnehmenden zu keinem unerwünschten Lohn- und Sozialdumping in der Schweiz führt.

E. 4.4

Fehl geht die Beschwerdeführerin auch, wenn sie geltend macht, dass mit dem in Art. 2 Abs. 3 EntsG verankerten Abzugsverbot Art. 13 L-GAV verletzt werde. Diese Bestimmung hält fest, dass der Arbeitgeber die Unterkunfts- und Verpflegungskosten von im Gastgewerbe arbeitenden Mitarbeitenden grundsätzlich abziehen dürfe. Art. 13 L-GAV ist zugeschnitten auf am Arbeitsort angestellte und dort tätige Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die in aller Regel selbst für ihre Unterkunft und Verpflegung zu sorgen haben. Die Situation von Arbeitnehmenden, die aufgrund ihrer Entsendung aus dem Ausland höhere Lebenshaltungskosten zu bestreiten haben, ist mit solchen Angestellten nicht vergleichbar.

E. 4.5

Das durch Art. 2 Abs. 3 EntsG statuierte Abzugsverbot der Unterkunfts- und Verpflegungskosten von entsandten Arbeitnehmern gilt jedoch nicht absolut. Es kommt nur insoweit zum Tragen, als dadurch der durch Art. 2 Abs. 1 EntsG garantierte Mindestlohn gefährdet wird. Abzüge für Verpflegung und Unterkunft, welche diesen nicht tangieren, sind grundsätzlich erlaubt. Sie dürfen jedoch gemäss Art. 3 Satz 2 EntsG nicht das ortsübliche Mass überschreiten. Diese auf einen parlamentarischen Antrag zurückgehende Bestimmung wurde eingeführt, weil die Praxis aufgezeigt hatte, dass Minimallohne durch hohe Abzüge für Unterkunft und Verpflegung auf einfache Weise missbräuchlich umgangen werden können (Antrag Ständerat Jenny, AB 1999 S 667). Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bringt insofern klar zum Ausdruck, dass mit ihr keine Schwächung des Lohnschutzes, sondern dessen Verbesserung erreicht werden sollte. Zudem widerlegt sie die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass mit Art. 3 Satz 2 EntsG der Grundsatz der Abzugsfähigkeit der Kosten für Kost und Logis verankert wird bzw. bei Arbeitseinsätzen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b EntsG zur Anwendung kommt. BGE 147 II 375 S. 382

E. 4.6

Zusammenfassend kann insofern festgehalten werden, dass das Abzugsverbot von Unterkunfts- und Verpflegungskosten gemäss Art. 2 Abs. 3 EntsG für alle Entsendekonstellationen gilt. Als Spezialnorm geht diese Norm sowohl Art. 327a OR als auch Art. 13 L-GAV vor, insofern diese davon abweichende Vorgaben enthalten. Das Abzugsverbot ist jedoch nicht absolut: Abzüge für Verpflegung und Unterkunft, welche den Mindestlohn nicht verletzen, sind grundsätzlich erlaubt, dürfen jedoch gemäss Art. 3 Satz 2 EntsG das ortsübliche Mass nicht überschreiten.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht ferner geltend, dass die Verweigerung eines Abzugs für Unterkunft und Verpflegung zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führe, welche Art. 9 Anhang I FZA und Art. 8 BV verletze. Sie begründet dies namentlich damit, dass ihre Situation identisch sei mit derjenigen von schweizerischen Arbeitgebern,

welche ausländische Mitarbeiter gestützt auf eine Kurzaufenthaltsbewilligung anstellen. Im Gegensatz zu ihr seien diese berechtigt, die Kosten für Verpflegung und Unterkunft vom Lohn ihrer Arbeitnehmenden abzuziehen, was zu einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führe.

E. 5.2

Insoweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 9 Anhang I FZA rügt, ist ihr nicht zu folgen, da mit dieser Bestimmung die Diskriminierung von ausländischen gegenüber inländischen Arbeitnehmern verhindert werden soll. Als Dienstleistungserbringerin kann sie sich nicht darauf berufen (vgl. BGE 140 II 364 E. 5.2 f.). Art. 9 Anhang I FZA bildet keine Grundlage, um zu beurteilen, ob das Abzugsverbot von Unterkunfts- und Verpflegungskosten diskriminierend ist. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich insofern in dieser Hinsicht als unbegründet.

E. 5.3

Wenn auch nicht explizit, so macht die Beschwerdeführerin jedoch sinngemäss mit ihrer Rüge mit genügender Deutlichkeit eine Verletzung des in Art. 2 FZA verankerten Diskriminierungsverbots geltend, weshalb eine Verletzung ihrer Rechte unter diesem Abkommen zu prüfen ist. Gemäss Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden.

E. 5.4

Eine nationale Bestimmung verstösst jedoch in aller Regel nicht gegen das Diskriminierungsverbot, wenn sie sekundärrechtlichen BGE 147 II 375 S. 383 unionsrechtlichen Bestimmungen entspricht (vgl. Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2004 C-475/01 Kommission gegen Griechenland, Slg. 2004 I-08923 Randnrn. 18 und 24). Dies ist vorliegend der Fall. Art. 2 Abs. 3 EntsG ist sinngemäss Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71/EG nachgebildet, auf welche Art. 22 Anhang I FZA gemäss Art. 16 FZA Bezug nimmt.

E. 5.4.1

Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung hielt der EuGH in seinem Urteil Sähköalojen ammattiliitto fest, dass die Mitgliedsstaaten grundsätzlich berechtigt seien, die Bestandteile, aus denen sich der Mindestlohn zusammensetze, in ihrem Recht festzulegen, sofern diese Definition nicht zu einer Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedsstaaten führe (vgl. Urteil des EuGH vom 12. Februar 2015, C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto, Randnr. 34). Vorliegend stellte sich dem EuGH die Frage, ob die Essensgutscheine sowie die von der polnischen Arbeitgeberin den entsandten Arbeitnehmenden zur Verfügung gestellte Unterkunft bei der Beurteilung, ob der in Finnland garantierte Minimallohn eingehalten worden sei, berücksichtigt werden durften.

E. 5.4.2

Der EuGH bestimmte, dass sowohl Wortlaut als auch Zweck von Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71/EG gebieten, Unterbringungs- und Verpflegungskosten nicht als Bestandteil des Mindestlohns zu qualifizieren (Urteil Sähköalojen ammattiliitto, Randnrn. 58 ff.). Gemäss den Schlussanträgen des Generalanwalts, auf welche der EuGH in diesem Urteil verwies, sollte mit Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71/EG die Möglichkeit

ausgeräumt werden, dass bei der Berechnung des Mindestlohns Leistungen im Zusammenhang mit Unterbringung und Verpflegung derart berücksichtigt werden, dass den betroffenen Arbeitnehmern der wirtschaftliche Gegenwert ihrer Arbeitsleistung vorenthalten werde.

E. 5.4.3

Der Generalanwalt kam deshalb zum Schluss, dass sowohl Unterkunfts- als auch Verpflegungszuschüsse Leistungen darstellen, die untrennbar mit der Entsendung der Arbeitnehmer verbunden seien und ihr Einbezug bei der Berechnung des Mindestlohns dazu führen könne, dass der Lohn der betroffenen Arbeitnehmer unter das akzeptierte Mindestmass falle (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts vom 18. September 2014 C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*, Randnrn. 110 ff.).

E. 5.5

Da die vorliegende Auslegung von Art. 2 Abs. 3 EntSG im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71/EG steht, ist der angefochtene Entscheid insofern auch im Hinblick auf Art. 2 FZA nicht zu beanstanden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.