



Bern, 18. November 2020

Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulats 18.3506 Abate
vom 12. Juni 2018

Übersicht

Der Anlass für diesen Bericht ist ein von alt Ständerat Fabio Abate am 12. Juni 2018 eingereichtes Postulat (18.3506 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen»), das der Bundesrat am 15. August 2018 zur Annahme empfohlen hat. Der Ständerat hat das Postulat am 19. September 2018 überwiesen.

Das Postulat beauftragt den Bundesrat, die Umwandlung der bisherigen strafrechtlichen Sanktion bei Missachtung der Meldepflicht gemäss der Verordnung vom 22. Mai 2002¹ über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) in eine verwaltungsrechtliche Sanktion zu prüfen, wie sie auch bei einer Missachtung der Meldepflicht nach dem Entsendegesetz vom 8. Oktober 1999² (EntsG) vorgesehen ist. Zudem soll abgeklärt werden, ob bei einem solchen Wechsel zu einer verwaltungsrechtlichen Sanktion die Umwandlung einer nicht bezahlten verwaltungsrechtlichen Busse in eine Ersatzmassnahme sinnvoll wäre.

Zur Durchsetzung der Meldepflicht von Erwerbstätigkeiten sind nach geltendem Recht sowohl verwaltungsrechtliche als auch strafrechtliche Sanktionen vorgesehen. Bei einer Missachtung der Meldepflicht durch Arbeitgeber von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern kommt eine Verwaltungssanktion zur Anwendung. Bei einer Missachtung durch selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer sowie Schweizer Arbeitgeber von Angehörigen der EU/EFTA-Staaten mit einer Erwerbstätigkeit bis zu drei Monaten erfolgt eine strafrechtliche Sanktion; dies gilt auch für fehlbare Arbeitgeber von anerkannten Flüchtlingen, staatenlosen Personen und vorläufig Aufgenommenen. Zudem können auch Grenzgängerinnen und Grenzgänger bei Meldepflichtverletzungen strafrechtlich sanktioniert werden.

Damit besteht keine einheitliche Regelung, und auch die Zuständigkeiten und die Verfahren sind unterschiedlich ausgestaltet. Dadurch können sich Ungleichheiten im Vollzug ergeben, da sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Verwaltungsbehörden für die Sanktionierung von gleichartigen Meldepflichtverletzungen zuständig sind und je nachdem das Verwaltungsverfahren oder das Strafverfahren zur Anwendung kommt.

Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK), die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK), die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM) und den Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden (VSAA) zum Anliegen des Postulats konsultiert. Sie sind mit einer Harmonisierung der Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten grundsätzlich einverstanden. Sie sprechen sich aber dafür aus, dass diese Harmonisierung über das Anliegen des Postulats hinaus auch auf das Meldeverfahren für Arbeitgeber von anerkannten Flüchtlingen und vorläufig Aufgenommenen ausgedehnt wird. Die VKM und der VSAA befürchten allerdings, dass eine solche Harmonisierung zu einem grösseren Verwaltungsaufwand und in der Praxis zu Schwierigkeiten bei der Durchführung von Kontrollen führt.

¹ SR 142.203

² SR 823.20

**Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs.
Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen**

Der Bundesrat unterstützt grundsätzlich das Anliegen einer Harmonisierung der Sanktionen. Der Nationalrat hat jedoch mit dem ebenfalls angenommenen Postulat der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. November 2018 (18.4100 «Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen») den Bundesrat beauftragt aufzuzeigen, wie im Schweizer Recht ein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen sowie die erforderlichen rechtlichen Garantien eingeführt werden können. Damit sind die im vorliegenden Postulat enthaltenen Anliegen auch Gegenstand dieser umfassenden Prüfung gemäss dem Postulat 18.4100. Es ist davon auszugehen, dass der Bericht dazu im Sommer 2021 vorliegen wird. Der Bundesrat wird die Ergebnisse der Diskussionen zu diesem Bericht im Parlament abwarten, bevor er darüber entscheidet, wie die Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten harmonisiert werden können.

1 Inhalt und Ziele des Postulats

Am 12. Juni 2018 reichte Fabio Abate (alt Ständerat, FDP, Tessin) das Postulat 18.3506 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen» mit folgendem Wortlaut ein:

«Der Bundesrat wird beauftragt, sich zu überlegen, wie die Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) so angepasst werden kann, dass bei Nichteinhaltung des Meldeverfahrens durch selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer oder durch Schweizer Arbeitgeber eine Verwaltungssanktion ausgesprochen werden kann, nicht eine strafrechtliche Busse.»

Im Begleittext wird zur Begründung des Postulats Folgendes aufgeführt:

«Das Entsendegesetz (EntsG) regelt neben den minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen auch eine Meldepflicht für Arbeitgeber, die vorübergehend Angestellte in die Schweiz entsenden (Art. 6 EntsG und Art. 6 der Entsendeverordnung, EntsV). Das EntsG sieht ausserdem vor, dass die zuständige Behörde bei Verstössen gegen die Meldepflicht eine Verwaltungssanktion aussprechen kann, die eine Belastung durch einen Betrag bis 5000 Franken vorsieht (Art. 9 Abs. 2 Bst. a EntsG).

Die VEP regelt in Artikel 9 Absatz 1^{bis}, dass das Meldeverfahren nach Artikel 6 EntsV sinngemäss gilt für selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer (die nicht dem EntsG unterstehen) sowie für Schweizer Arbeitgeber, die vorübergehend (für eine Dauer von bis zu drei Monaten) Personen aus dem europäischen Ausland anstellen. Doch gleichzeitig legt die VEP auch Folgendes fest: «Mit einer Busse bis zu 5000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig die Meldepflichten nach Artikel 9 Absatz 1bis verletzt» (Art. 32a VEP). Diese Bestimmung ist strafrechtlicher Natur, anders als Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG (Verwaltungssanktion). Daraus ergibt sich in Bezug auf die Sanktionierung von Verstössen gegen die Meldepflicht eine erhebliche Ungleichbehandlung von ausländischen Arbeitgebern einerseits und inländischen Arbeitgebern und selbstständigen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern andererseits: Für Erstere sind das Verfahren und die Sanktionen verwaltungsrechtlicher Natur, für Letztere hingegen strafrechtlicher Natur. Das Meldeverfahren entspricht aber weder einem Bewilligungsverfahren zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit noch einem Verfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Es geht im Wesentlichen einzig darum, dass die Anwesenheit in der Schweiz mitgeteilt wird – auch wenn diese Mitteilung für die Behörde sehr wichtig ist –, was eine Kontrolle und eine Überwachung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit ermöglicht. Die Einleitung eines Strafverfahrens bei einer Verletzung dieser formalen Pflicht scheint daher offensichtlich unverhältnismässig.

Ein Strafverfahren verlangt nämlich eine umfassende Untersuchung des Falls, eine Beurteilung des subjektiven und des objektiven Elements zur Bestimmung der Schuld, die Ermittlung der verantwortlichen Person usw. Ausserdem können juristische Personen nicht mit einer Busse belegt werden. Das Verwaltungsverfahren hingegen gibt den Behörden weniger strenge Regeln vor, die für diese Art von Verstössen besser geeignet sind und die es ermöglichen, die Sanktion direkt gegenüber der juristischen Person zu verhängen. Mit dem Wechsel zum Verwaltungsverfahren auch für Schweizer Arbeitgeber und selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer, welche die Meldepflicht verletzen, liessen sich ausserdem die Verfahren und Sanktionen für diese identischen Verstösse vereinheitlichen.

Im Übrigen könnte man bei einem Wechsel zum Verwaltungsverfahren einem fehlbaren Unternehmen für eine Dauer von einem bis zu fünf Jahren verbieten, seine Dienstleistungen in der Schweiz anzubieten, wenn es den als Verwaltungssanktion rechtskräftig auferlegten Betrag nicht bezahlt, dies anstelle der Umwandlung einer nichtbezahlten Busse in Haft. Diese Möglichkeit hätte man zumindest bei den selbstständigen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern. Im Hinblick auf die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zwischen schweizerischen und ausländischen Firmen wäre ein solcher Wechsel nutzbringender.»

2 Ausgangslage zur Entstehung des Postulats

Dem Postulat vorausgegangen ist die Motion Abate aus dem Ständerat vom 14. März 2018 (18.3176 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen»). Sie beauftragte den Bundesrat, die Verordnung vom 22. Mai 2002³ über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) derart anzupassen, dass bei Nichteinhaltung der Pflicht zur Meldung durch selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer oder durch Schweizer Arbeitgeber neu eine Verwaltungssanktion ausgesprochen werden kann, und nicht eine strafrechtliche Busse.

In seiner Stellungnahme vom 23. Mai 2018 vertritt der Bundesrat die Auffassung, dass die in der Motion vorgesehene rechtliche Umsetzung nicht möglich sei, da eine solche Anpassung der VEP vorab eine Änderung der gesetzlichen Grundlage im Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005⁴ (AIG) erforderlich mache. Mit Verordnungsanpassungen allein könne das verlangte Ziel einer Vereinheitlichung der Sanktionsbestimmungen somit nicht erreicht werden. Der Bundesrat zeigte sich jedoch bereit, zusammen mit den zuständigen Stellen und kantonalen Behörden zu prüfen, ob eine Harmonisierung einem breit abgestützten Anliegen entspricht. Er beantragte am 23. Mai 2018 die Ablehnung der Motion, die am 11. Juni 2018 zurückgezogen wurde. Der Bundesrat beantragte am 15. August 2018 die Annahme des Postulats. Der Ständerat überwies das Postulat am 19. September 2018.

Mit der gleichen Begründung beantragte der Bundesrat auch die Ablehnung der am 8. März 2018 im Nationalrat zusätzlich eingereichten Motion Merlini (18.3108 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der VEP. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen»). Diese Motion wurde am 5. März 2020 im Nationalrat (mit 117 zu 68 Stimmen bei einer Enthaltung) angenommen.

³ SR 142.203

⁴ SR 142.20

3 Sanktionsverfahren bei Meldepflichtverletzungen nach geltendem Recht

3.1 Überblick über die bestehenden Meldeverfahren

Im Gegensatz zu den ausländerrechtlichen Bewilligungs- und Anmeldeverfahren, die die Regel darstellen, gibt es in einigen Bereichen des Ausländerrechts ein vereinfachtes Meldeverfahren bei der Ausübung von bestimmten Erwerbstätigkeiten durch Ausländerinnen und Ausländer. Es kommt dann zur Anwendung, wenn zwar grundsätzlich ein Anspruch auf die Ausübung der Erwerbstätigkeit besteht, ihre Meldung in einem einfachen Verfahren jedoch insbesondere zu Kontrollzwecken und für statistische Erhebungen notwendig ist. Beim Meldeverfahren wird somit für die Aufnahme der betreffenden Erwerbstätigkeit keine vorangehende positive Gesuchsprüfung vorausgesetzt.

Es bestehen Meldeverfahren:

- für Arbeitgeber von vorübergehend anwesenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die in die Schweiz entsendet werden (Art. 6 Entsg und Art. 6 der Verordnung vom 21. Mai 2003⁵ über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Entsg);
- für selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer bei einer Dienstleistungserbringung bis zu 90 Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres (Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP);
- für Schweizer Arbeitgeber, die gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zu einer Dauer von drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres beschäftigen (Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP);
- für Grenzgängerinnen und Grenzgänger bei einem Stellenwechsel (Art. 9 Abs. 3 VEP);
- für Grenzgängerinnen und Grenzgänger aus Nicht-EU/EFTA-Staaten bei einem Stellenwechsel nach einer ununterbrochenen Erwerbstätigkeit von fünf Jahren (Art. 13a der Verordnung vom 24. Oktober 2007⁶ über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, VZAE);
- für Arbeitgeber von vorläufig aufgenommenen Personen und staatenlosen Personen sowie von Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt oder die sie als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen hat (Art. 31 Abs. 3 und 85a AIG sowie Art. 61 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998⁷, AsylG);
- für vorläufig aufgenommene Personen und staatenlose Personen sowie Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt oder die sie als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen hat, bei selbstständiger Erwerbstätigkeit (Art. 31 Abs. 3 AIG, Art. 61 AsylG und Art. 65 VZAE).

⁵ SR 823.201

⁶ SR 142.201

⁷ SR 142.31

3.2 Sanktion nach dem EntsG wegen Meldepflichtverletzung

Das EntsG regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a EntsG) oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört (Art. 1 Abs. 1 Bst. b EntsG). Es regelt ebenfalls die Kontrolle der Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen, und die Sanktion gegen solche Arbeitgeber, wenn sie gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn verstossen, die in einem Normalarbeitsvertrag im Sinne von Artikel 360a des Obligationenrechts⁸ (OR) vorgeschrieben sind. Es besteht zudem eine solidarische Haftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch Subunternehmer (Art. 1 Abs. 2 EntsG).

Vor Beginn eines Einsatzes muss der Arbeitgeber einer vom Kanton bezeichneten Behörde schriftlich und in der Amtssprache des Einsatzortes die für die Durchführung der Kontrollen notwendigen Angaben melden (Meldeverfahren nach Art. 6 Abs. 1 EntsG). Die Arbeit darf frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz gemeldet worden ist, aufgenommen werden (Art. 6 Abs. 3 EntsG), sodass genügend Zeit bleibt, um allfällige Kontrollen vorzubereiten und effizient durchzuführen.

Die zuständige kantonale Behörde kann im Fall einer Meldepflichtverletzung gegenüber dem verantwortlichen Betrieb eine Belastung von bis zu 5000 Franken aussprechen (Art. 9 Abs. 2 Bst. a EntsG). Die Verwaltungssanktionen nach Artikel 9 EntsG bilden das eigentliche Kernstück des Durchsetzungsmechanismus des EntsG. Ohne Sanktionen wäre die Meldepflicht nach Artikel 6 EntsG kaum durchsetzbar.⁹

Die Botschaft vom 1. Juli 2015 zur Änderung des EntsG hält fest, dass es sich bei den Sanktionen nach Artikel 9 Absatz 2 EntsG um verwaltungsrechtliche und nicht um strafrechtliche Sanktionen handelt.¹⁰ Mit der Änderung des EntsG vom 30. September 2016¹¹, in Kraft seit 1. April 2017, hat der Gesetzgeber die Sachüberschrift von Artikel 9 EntsG präzisiert; sie lautet neu «Verwaltungssanktionen» statt «Sanktionen». Damit erfolgt auch eine bessere Abgrenzung zu den Strafbestimmungen in Artikel 12 EntsG.¹²

Weiter wurde der in Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG enthaltene Verweis auf Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974¹³ über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) gestrichen, da hier das Verwaltungsstrafrecht nicht zur Anwendung gelangt. Mit diesem Verweis auf Artikel 7 VStrR war es den kantonalen Vollzugsbehörden möglich, bei einer Busse bis 5000 Franken und bei unverhältnismässigen Untersuchungsmassnahmen zur Feststellung der strafbaren Personen von ihrer Verfolgung Umgang zu nehmen und an ihrer Stelle das Unternehmen zur Bezahlung einer Busse zu verurteilen.

⁸ SR 220

⁹ Kurt Pärli, Handkommentar Entsendegesetz (EntsG) 2018, Rz. 1 zu Art. 9 EntsG.

¹⁰ BBI 2015 5845, hier 5854

¹¹ AS 2017 2077

¹² BBI 2015 5845, hier 5856

¹³ SR 313.0

3.3 Sanktion nach der VEP wegen Meldepflichtverletzung

Gemäss Artikel 2 gilt die VEP für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie für Staatsangehörige von Norwegen, Island und des Fürstentums Liechtenstein als Angehörige der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA). Arbeitgeber von solchen Personen, die in der Schweiz eine Stelle bis zu drei Monaten antreten (und damit nicht der Bewilligungspflicht unterliegen), sowie Selbstständige, die während 90 Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres Dienstleistungen erbringen, unterliegen gemäss Artikel 9 Absatz 1^{bis} VEP ebenfalls der Meldepflicht nach Artikel 6 EntsG und Artikel 6 EntsV. Der Lohn muss nicht gemeldet werden. Bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres muss die Anmeldung spätestens am Tag vor Beginn der Tätigkeit erfolgen.

Ein Verstoss gegen diese Meldepflicht kann gestützt auf Artikel 32a Absatz 1 VEP mit Busse von bis zu 5000 Franken bestraft werden. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Artikel 120 Absatz 2 AIG, der im 16. Kapitel «Strafbestimmungen» des AIG enthalten ist. Bei Artikel 32a Absatz 1 VEP handelt es sich folglich um eine Strafbestimmung, und nicht um eine verwaltungsrechtliche Sanktion einer Verwaltungsbehörde, wie dies bei der Sanktion gemäss EntsG der Fall ist. Zuständig für die Verfolgung sind hier deshalb die Strafverfolgungsbehörden. Die Bestrafung erfolgt im Rahmen eines Strafbefehls (Art. 352 Abs. 1 StPO).

Mit der Änderung vom 20. September 2019 wurde Artikel 32a VEP mit einem zweiten Absatz ergänzt, in Kraft seit dem 1. November 2019, der die ausgebliebene Meldung eines Stellenwechsels von Grenzgängerinnen und Grenzgängern (Art. 9 Abs. 3 VEP) bestraft. Diese Strafbestimmung richtet sich an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer («Grenzgängerinnen und Grenzgänger», Art. 9 Abs. 3 VEP), und nicht an die Arbeitgeber.

3.4 Sanktion nach dem AIG wegen Meldepflichtverletzung

Seit dem 1. Januar 2019¹⁴ können anerkannte Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen eine Erwerbstätigkeit ausüben, wenn sie gemeldet wurde (Art. 85a Abs. 2 AIG) und die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AIG). Artikel 61 AsylG wurde analog zu Artikel 85a AIG angepasst. Wie die vorläufig aufgenommenen Personen, können Personen, denen Asyl gewährt wurde oder die als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen wurden, in der ganzen Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben. Auch staatenlose Personen unterstehen dem Meldeverfahren (Art. 31 Abs. 3 und Art. 61 AsylG).

Bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit nimmt der Arbeitgeber die Meldung vor (Art. 65 Abs. 2 VZAE). Bei selbstständiger Erwerbstätigkeit muss die Meldung durch die betreffende Person selber erfolgen (Art. 65 Abs. 3 VZAE). Sie sind verpflichtet, die Aufnahme und Beendigung der Erwerbstätigkeit sowie einen Stellenwechsel vorgängig den zuständigen Behörden des Arbeitsortes zu melden. Sie müssen zudem bestätigen, dass sie die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhalten. Mit diesen Regelungen wird einem möglichen Lohn- und Sozialdumping entgegengewirkt. Mit der Meldung wird automatisch die Ausübung der Erwerbstätigkeit erlaubt.

¹⁴ AS 2018 3173

Die Aufnahme und Beendigung der Erwerbstätigkeit sowie ein Stellenwechsel müssen ebenfalls vorgängig der vom Kanton bezeichneten Behörde des Arbeitsortes gemeldet werden; das Meldeverfahren richtet sich nach Artikel 85a Absätze 2–6 AIG. Die Verletzung der Meldepflicht wird mit einer strafrechtlichen Busse bestraft (Art. 120 Bst. f AIG).

Seit dem 1. November 2019¹⁵ müssen Grenzgängerinnen und Grenzgänger aus Drittstaaten nach einer ununterbrochenen Erwerbstätigkeit von fünf Jahren einen Stellenwechsel melden (Art. 13a VZAE). Die Verletzung der Meldepflicht wird mit einer strafrechtlichen Busse bis zu 1000 Franken bestraft (Art. 90a VZAE i. V. m Art. 120 Abs. 2 AIG).

4 Ergebnis der Konsultation

Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK), die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK), die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM) und den Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden (VSAA) zur Harmonisierung der Sanktionen konsultiert. Die Konsultation dauerte vom 11. Mai bis zum 5. Juni 2020.

Die KKJPD und VDK befürworten die Stossrichtung des Berichtsentwurfs zur Harmonisierung der Sanktionen. Allerdings weisen sie auf den Einwand der VKM hin, wonach bei der Umsetzung des Postulats die Schaffung einer neuen sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zu vermeiden sei. Im Übrigen verweisen die KKJPD und VDK bezüglich der administrativen Konsequenzen der Harmonisierung auf die Stellungnahme des VSAA. Die SSK hat den Berichtsentwurf zustimmend zur Kenntnis genommen und ist mit den darin gezogenen Schlüssen einverstanden.

Die VKM erklärt, die überwiegende Mehrheit ihrer Mitglieder sei von der vorgeschlagenen Harmonisierung lediglich am Rande betroffen, da sie keine verwaltungs- oder strafrechtlichen Sanktionen verhängen würden. Sie unterstützen aber die Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verfahren. Einzelne kantonale Migrationsbehörden würden jedoch zwei gewichtige Nachteile geltend machen:

- Kritisiert wird, dass die Verletzung der Meldepflicht im Bereich der Erwerbstätigkeit von vorläufig aufgenommenen Personen und anerkannten Flüchtlingen weiterhin im Rahmen eines Strafverfahrens sanktioniert werden soll. Es sei bei der Umsetzung des Anliegens des Postulats unbedingt zu vermeiden, dass eine neue, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung geschaffen werde. Sofern diese nicht vermieden werden könne, sei die Beibehaltung der aktuellen Rechtslage vorzuziehen.
- Ausserdem bringe die Aufhebung des heutigen Strafverfahrens zugunsten der Verwaltungssanktion Nachteile bezüglich der zeitlichen Dauer der Verfahren mit sich. Strafrechtliche Bussen könnten bei Meldepflichtverletzungen mit dem Beizug der Polizei und den Strafverfolgungsbehörden sowie unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Schritte (rechtliches Gehör, Einvernahme, Strafbefehl) sofort verhängt werden. Verwaltungssanktionsverfahren würden hingegen aufgrund der bekannten Probleme (z. B.

¹⁵ AS 2019 3041

inexistente Firmen, falsche oder wechselnde Firmenadressen, unzustellbare Post, aufwendige, rechtskonforme Zustellung von Verfahrensakten ins Ausland) regelmässig viel länger dauern und entsprechend einen Mehraufwand verursachen.

Der VSAA begrüsst grundsätzlich die durch das Postulat angestrebte Harmonisierung der Sanktionen, auch wenn für die kantonalen Arbeitsmarktbehörden damit ein Mehraufwand anfallt. Er spricht sich auch dafür aus, die Meldepflichtverletzung von Arbeitgebern im Bereich der Erwerbstätigkeit von vorläufig aufgenommenen Personen, staatenlosen Personen und anerkannten Flüchtlingen in eine verwaltungsrechtliche Sanktion umzuwandeln. Der VSAA befürchtet jedoch eine Verlängerung der Verwaltungsverfahren, einen höheren Verwaltungsaufwand und Schwierigkeiten bei der Durchführung der Kontrollen durch die Behörden.

5 Verwaltungssanktionen

Verwaltungssanktionen können die Betroffenen in ihren Rechten stark berühren.¹⁶ Auf Verwaltungssanktionen sind die allgemeinen Verfahrensgarantien nach den Artikeln 29, 29a und 30 der Bundesverfassung¹⁷ (BV) anwendbar. Dazu gehören insbesondere der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren, auf rechtliches Gehör und auf unentgeltliche Rechtspflege, die Rechtsweggarantie, das Beschleunigungsgebot oder im Streitfall eine Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Daneben sind auch die (strafprozessualen) Verfahrensgarantien nach Artikel 6 Ziffern 1–3 (Recht auf ein faires Verfahren, insbesondere Verbot des Selbstbelastungszwangs und Unschuldsvermutung) und Artikel 7 (Keine Strafe ohne Gesetz) der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁸ (EMRK) anwendbar, sofern verwaltungsrechtliche Sanktionen als «strafrechtliche Anklagen» qualifiziert werden.¹⁹ Für die Qualifizierung des strafrechtlichen Charakters wendet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die sogenannten «Engel»-Kriterien an.²⁰

Diese Kriterien umfassen: (1) die Zuordnung der Tat nach nationalem Recht, (2) die Natur des Vergehens und (3) die Natur und Schwere der Sanktion.²¹ Die Kriterien sind alternativ, das heisst es genügt, wenn ein Kriterium erfüllt ist. Die Einordnung der Sanktion nach nationalem Recht hat relatives Gewicht, sodass die Einordnung der Sanktion als verwaltungsrechtlich die Anwendung der strafprozessualen Garantien der EMRK nicht ausschliesst.²² Im BGE 140 II 384 stellte das Bundesgericht fest, dass eine spielbankenrechtliche Verwaltungssanktion in den Anwendungsbereich der strafrechtlichen Verfahrensgarantien im Sinne von Artikel 6 Ziffer 1 EMRK fällt. Es stellte klar, dass eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Artikel 6 EMRK vorliegt, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens oder der Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen. Im BGE 139 I

¹⁶ Janina Aufrichtig, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, in: LeGes 29 (2018) 1, Rz. 11.

¹⁷ SR 101

¹⁸ SR 0.101. Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) wurde von der Bundesversammlung am 3. Oktober 1974 genehmigt und trat am 28. November 1974 für die Schweiz in Kraft.

¹⁹ Tobias Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich, Basel, Genf, 2002, S. 166; Christoph Errass, Carrier Sanctions als Beispiel ausgelagerter und exterritorialer Grenzkontrolle und als Beispiel von Verwaltungssanktionen, in: Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Herausforderungen, 2018, S. 179–214, hier S. 208; Janina Aufrichtig, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, in: LeGes 29 (2018) 1, Rz. 11.

²⁰ Janina Aufrichtig, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, in: LeGes 29 (2018) 1, Rz. 13; EGMR-Urteil *Engel und andere gegen die Niederlande* vom 8. Juni 1976, Nr. 5100/71, Ziff. 8 ff.

²¹ EGMR-Urteil *Engel und andere gegen die Niederlande* vom 8. Juni 1976, Nr. 5100/71 etc., § 82.

²² EGMR-Urteil *Grande Stevens gegen Italien* vom 4. März 2014, Nr. 18640/10, § 94 und 95.

72 qualifizierte das Bundesgericht kartellrechtliche Sanktionen als strafrechtliche Anklage im Sinne von Artikel 6 EMRK.²³

Die Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Strafsanktionen bereitet im konkreten Anwendungsfall Schwierigkeiten. Zudem können bei Verwaltungssanktionen, die strafrechtliche Anklagen im Sinne von Artikel 6 EMRK darstellen, Unsicherheiten in Bezug auf den Umfang der verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten bestehen, die sich insbesondere auf die spätere Verwertbarkeit von Beweismitteln in einem Verwaltungssanktions- oder Strafverfahren auswirken. Während die strafprozessualen Garantien von Artikel 6 EMRK im Kernstrafrecht voll gelten, können in den Randbereichen bzw. den strafrechtsähnlichen Bereichen gewisse Abstriche zulässig sein (z. B. die Verhängung von Verwaltungssanktionen zunächst durch eine Verwaltungsbehörde²⁴). Das fall- und praxisbasierte Ausräumen von verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und strafprozessualen Garantien ist der Rechtssicherheit jedoch nicht zuträglich.

Angesichts der Bedeutung von Verwaltungssanktionen in der Schweizer Rechtsordnung drängte sich daher eine umfassende rechtliche Klärung auf. Der Bundesrat wurde daher mit dem Postulat der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. November 2018 (18.4100 «Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen») beauftragt aufzuzeigen, wie im Schweizer Recht ein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen sowie die erforderlichen rechtlichen Garantien eingeführt werden können. Auslöser dieses Postulats waren die Beratungen zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes (17.059).²⁵ Der Bundesrat beantragte am 19. Dezember 2018 die Annahme des Postulats; es wurde am 4. März 2019 im Nationalrat angenommen. Mit den Arbeiten betraut wurde das Bundesamt für Justiz. Der Bericht des Bundesrates soll im Sommer 2021 verabschiedet werden.

6 Schlussfolgerungen

Der Bundesrat nimmt zur Kenntnis, dass die Vollzugsbehörden einer Harmonisierung der Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten grundsätzlich positiv gegenüberstehen. Er unterstützt dieses Anliegen ebenfalls, soweit damit die Einhaltung der erforderlichen Verfahrensgarantien angemessen sichergestellt werden kann. Der Bundesrat wird deshalb die Ergebnisse der Diskussionen zum Bericht in Erfüllung des Postulats 18.4100 «Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen» im Parlament abwarten, bevor er darüber entscheidet, ob und gegebenenfalls wie die Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten harmonisiert werden können.

* * *

²³ Jeremias Fellmann, Luzia Vetterli, «Nemo tenetur» light bei strafähnlichen Verwaltungssanktionen? in: *forumpoenale* 1/2015 S. 43–49, hier S. 44.

²⁴ Meier-Ladewig, Nettesheim, Raumer, EMRK – Handkommentar, 4. Aufl., 2017, Rz. 30 zu Art. 6,

²⁵ Medienmitteilung vom 16. August 2019 «Kommission schliesst Beratungen der Revision des Datenschutzgesetzes ab», abrufbar unter: www.parlament.ch > Services > News (Stand: 1.10.2020).