

bedürfe es im Grunde – so Frau Kopp – dieser Motion nicht mehr.

Die weitere Diskussion förderte dann aber einiges an Unzufriedenheit mit den zurzeit obwaltenden Umständen zutage. Insbesondere wurde die striktere Anwendung der Artikel 13 und 14 des Asylgesetzes, d.h. der Bestimmungen über die Asylgesuche an der Grenze und im Inland, verlangt. Die Befürworter einer Überweisung erblickten in ihr einen – auch psychologisch zu verstehenden – Impuls an die Adresse der Bundesverwaltung, an der Grenze striktere und umfassendere Vorkehrungen zu treffen, wie dies ja zum Beispiel auch gegen die illegale Einfuhr von Drogen gehandhabt wird. Die Gegner der Überweisung verwiesen auf die Schwierigkeiten der praktischen Durchführung des von der Motion Angestrebten: Wer sich der Untersuchung entzieht und in einer Weise verschwindet, dass er nicht mehr aufgefunden wird, kann eben nicht erfasst werden, und die Zusage, Arbeitsämter erteilten Bewilligungen nur nach stattgefundener sanitärischer Kontrolle, greift überall dort nicht, wo Asylbewerber gar nicht zum Arbeitsmarkt zugelassen werden. Hinzu kam das Bedenken, mit einer Motion der Landesregierung Aufträge im Hinblick auf den Vollzug eines Gesetzes zu erteilen, die Frage, die wir immer wieder diskutieren.

Schliesslich obsiegten die Befürworter einer Überweisung mit dem knappsten möglichen Mehr, nämlich mit 5 zu 4 Stimmen. In diesem Sinne stelle ich Ihnen als Kommissionspräsident Antrag, die Motion zu überweisen. Ich selbst werde mit der Minderheit gegen Überweisung stimmen.

#### Abstimmung – Vote

Für die Überweisung der Motion	15 Stimmen
Dagegen	17 Stimmen

84.579

### Motion Miville

#### Ausländische Arbeitnehmer ohne Bewilligung. Sozialschutz

#### Travailleurs étrangers sans permis.

#### Protection sociale

#### Wortlaut der Motion vom 28. November 1984

Die eidgenössischen Räte haben einer Motion zugestimmt, wonach die Strafen für Arbeitgeber, welche ausländische Schwarzarbeiter beschäftigen, verschärft werden sollen.

Nicht beantwortet ist damit die Frage, wie weit ein solcher Schwarzarbeiter, wenn er entdeckt und gemäss Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern Artikel 23 Absatz 2 ausgeschafft wird, rückwirkend seine Ansprüche auf Lohn und Sozialleistungen geltend machen kann. Artikel 320 Absatz 3 des Obligationenrechts billigt bei einem Vertrag, der sich nachträglich als nichtig erweist, dem gutgläubigen Arbeitnehmer alle zivilrechtlichen Ansprüche (Lohn, Sozialleistungen, Kündigungsfrist) zu, wie wenn der Vertrag gültig gewesen wäre. Nun hat aber das Bundesgericht in zwei kürzlichen Entscheiden die Frage offengelassen, ob dieser Anspruch auch für ausländische Schwarzarbeiter gegeben ist.

Daraus können sich unglaubliche Härten ergeben. Dem Schwarzarbeiter bei dessen fristloser Entlassung und Ausschaffung auch noch den geschuldeten Lohn zu verweigern, hiesse, den Schwarzarbeitgeber zu prämiieren und somit die Schwarzarbeit zu fördern. Auch würden durch eine solche Praxis die arbeitsmarktlichen Bestimmungen der Verordnung zum ANAG vom 26. Oktober 1983, Artikel 21 und 22, sowie der Verordnung des EVD über die Begren-

zung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer vom 26. Oktober 1983, Artikel 8 und 9, umgangen. Diese Bestimmungen schreiben die Gewährung orts- und berufsüblicher Löhne und Arbeitsbedingungen vor.

Der Bundesrat wird daher eingeladen, Bericht und Antrag im Hinblick auf eine Änderung des Artikels 23 Absatz 2 ANAG zu erstatten. Festzuhalten wäre, dass die im ersten Satz erwähnte sofortige Ausschaffung unter Wahrung sämtlicher, auch rückwirkender Ansprüche auf Lohn und Sozialleistungen zu erfolgen hat.

#### Texte de la motion du 28 novembre 1984

Les Chambres fédérales ont adopté une motion demandant que les employeurs qui occupent des travailleurs étrangers clandestins soient punis plus sévèrement.

Cependant, cela ne résout pas la question de savoir dans quelle mesure un travailleur clandestin, expulsé conformément à l'article 23, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) après avoir été découvert, peut faire valoir rétroactivement son droit au salaire et aux prestations sociales. L'article 320, 3<sup>e</sup> alinéa, du code des obligations accorde tous les avantages découlant du droit civil (salaire, prestations sociales, délai de résiliation) au travailleur de bonne foi, même si le contrat se révèle nul en fin de compte. Or, dans deux arrêts rendus récemment, le Tribunal fédéral n'a pas précisé si ce droit s'applique également aux travailleurs étrangers clandestins.

Il peut en résulter des rigueurs incroyables. Refuser tout salaire à un travailleur clandestin qui a été congédié et expulsé sur-le-champ signifierait favoriser l'employeur qui l'a recruté et, par conséquent, encourager le travail non déclaré. En agissant de la sorte, on éluderait aussi les dispositions du règlement d'exécution de la LSEE du 26 octobre 1983 (art. 21 et 22), ainsi que celles de l'ordonnance du DFJP du 26 octobre 1983 limitant le nombre des étrangers (art. 8 et 9). Ces dispositions prescrivent qu'il faut accorder à ceux-ci des salaires et des conditions de travail selon les usages locaux et les tarifs appliqués dans la profession.

Vu ce qui précède, le Conseil fédéral est invité à présenter un rapport et des propositions concernant une modification de l'article 23, 2<sup>e</sup> alinéa, LSEE. Il conviendrait de préciser que le refoulement immédiat dont il est question dans la première phrase implique la sauvegarde de tous les droits au salaire et aux prestations sociales, même avec effet rétroactif.

Mitunterzeichner – Cosignataires: Belser, Bühler, Piller, Weber (4)

**Miville:** Es geht mir mit meiner Motion nicht darum, die illegale Schwarzarbeit von Ausländern in der Schweiz zu bagatellisieren. Auch bin ich durchaus der Meinung, die Wegweisung aus unserem Lande sei in einem solchen Fall eine adäquate Sanktion. Hingegen bin ich der Überzeugung, ein solcher Arbeitnehmer dürfe trotz der fremdenpolizeilichen Illegalität in seinen Rechten als Arbeitnehmer nicht geschmälert werden. Vor seiner Wegweisung muss er ausstehende Guthaben noch geltend machen können. Andernfalls kann sein Arbeitgeber, der ihn illegal beschäftigt und ihm wahrscheinlich einen geringen Lohn bezahlt hat, noch einen Sonderprofit einstreichen. Für ein Dumping dieser Art sollte eigentlich niemand in diesem Saale Verständnis aufbringen.

Den Ausgangspunkt meines Vorstosses bilden zwei Bundesgerichtsurteile. Artikel 20 des Obligationenrechts erklärt Verträge mit widerrechtlichem Inhalt für nichtig. Nach Artikel 320 des Obligationenrechts hat indessen ein gutgläubiger Arbeitnehmer alle zivilrechtlichen Ansprüche (Lohn, Kündigungsfrist usw.) wie bei einem gültigen Vertrag. Es stellt sich also hier die Frage der Gutgläubigkeit.

Die Genfer Richter hatten im Falle eines italienischen Schwarzarbeiters die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages bejaht und ihm für die Dauer der Kündigungsfrist den Lohn verweigert, als er fristlos entlassen wurde. Entsprechend der Höhe

der Streitsumme blieb nur die staatsrechtliche Beschwerde als Rechtsmittel übrig. Das Bundesgericht konnte somit nur die Frage der Willkür prüfen und lehnte die Beschwerde ab. Das Urteil lässt aber erkennen, dass auch ein gegenteiliger kantonaler Entscheid nicht willkürlich gewesen wäre. Das Bundesgericht bedauert weiter in seinem Urteil, dass es die Frage der Gutgläubigkeit nicht überprüfen konnte, weil die Anwältin des Schwarzarbeiters eine entsprechende Rüge unterlassen hatte. Kurz darauf konnte sich in einem ähnlich gelagerten Fall das Bundesgericht mit der Frage der Gutgläubigkeit befassen. Es hat sie nicht entschieden, aber es hat in der Urteilsbegründung interessante Erwägungen angestellt, zum Beispiel, jene Juristen gingen zu weit, welche dem Schwarzarbeiter den guten Glauben absprechen, wenn er in seiner Unkenntnis gar nicht wusste, dass es in der Schweiz eine Arbeitsbewilligung braucht. Ja, sogar wenn er das wisse, könne ihm guter Glaube nicht ohne weiteres abgesprochen werden, weil nämlich der Nachweis fehle, dass er auch darüber im Bilde gewesen sei, dass das Fehlen der Bewilligung den Vertrag zunichte macht. Schliesslich deuten die Lausanner Richter noch an, der in Artikel 320 OR geforderte gute Glaube könnte sich allenfalls gar nicht auf die Gültigkeit des Vertrages, sondern auf die Arbeitsleistung beziehen.

Wie dem auch sei, hier sollte Klarheit geschaffen werden. Mir scheint, ausländische Schwarzarbeiter seien durchaus zu massregeln, wegzuweisen, aber sie sind immerhin keine Sklaven. Was sie an Lohn und weiteren Leistungen erarbeitet haben, das soll ihnen zustehen. Im 1984 erschienenen Zürcher Kommentar zum Arbeitsrecht von Prof. Adrian Staehelin wird das rechtswidrige Verhalten des Arbeitgebers untersucht. Auch wenn der Arbeitnehmer selbst wissentlich gegen ein Verbot verstösst, ist Prof. Staehelin der Meinung: «... so wäre die Berufung des Arbeitgebers auf fehlenden guten Glauben rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich, wenn er selbst bösgläubig ist. Er soll aus seinem eigenen, bewusst rechtswidrigen Verhalten keinen Vorteil ziehen.» Lassen Sie mich noch aus dem Kommentar des «Luzerner Tagblatts» vom 21. Juli 1984 zu den fraglichen Bundesgerichtsurteilen folgendes zitieren: «Dem Schwarzarbeiter bei fristloser Entlassung den Lohn zu verweigern, hiesse, den Schwarzarbeiter zu prämiieren und damit die Schwarzarbeit zu fördern. – Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht in seinen beiden Urteilen nicht nur juristische Gedankenakrobatik betreiben wollte, sondern bereit ist, die aufgezeichneten Möglichkeiten in einem konkreten Fall auch zu rechtlicher Praxis werden zu lassen. Dem Schwarzarbeiter im Normalfall Gutgläubigkeit zu attestieren, dürfte kaum schwerfallen. Die neuere Lehre und Rechtsprechung bejaht sie dann, wenn eine rechtliche Lage so unklar ist, dass niemand weiss, was Rechts gelten soll. Wenn das Bundesgericht der Genfer Justiz nicht Willkür vorwerfen will, weil sich die Rechtslehre in der Frage nicht einig ist, dann kann man den ausländischen Schwarzarbeiter doch wohl auch nicht bösgläubig schimpfen, wenn er sich über die Folge seines Tuns irrt.»

Ich ersuche Sie um Überweisung meiner Motion.

**Bundesrätin Kopp:** Herr Ständerat Miville hat sich in seiner Begründung jetzt auf Artikel 20 und Artikel 320 des Obligationenrechts berufen und hat uns ausgiebig aus verschiedenen Bundesgerichtsurteilen zitiert. Ich muss Sie aber darauf aufmerksam machen, dass der Text seiner Motion nicht auf eine Änderung oder Ergänzung des Obligationenrechts lautet, sondern folgendermassen:

«Der Bundesrat wird eingeladen, Bericht und Antrag im Hinblick auf eine Änderung des Artikels 23 Absatz 2 des ANAG zu erstatten.»

Er verlangt also nicht eine Ergänzung des Obligationenrechts, sondern des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer. Ein Bundesgesetz, das sich auf den Artikel 69ter der Bundesverfassung abstützt, hat sich auf die Regelung der mit der Zulassung und der Anwesenheit in der Schweiz verbundenen Stellung des Ausländers zu beschränken. Die Frage, ob und allenfalls welche

Ansprüche auf Lohn und Sozialleistungen einem Ausländer beim Wegzug ins Ausland zustehen, beurteilt sich nach dem Arbeits- und dem Sozialversicherungsrecht. Ihre Frage wäre einerseits durch die Gerichte weiterzuverfolgen oder, wenn sich ein Ungenügen herausstellen sollte, durch eine Revision des Obligationenrechts, aber sicher nicht durch eine Revision des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer. Da wäre die verfassungsrechtliche Basis mit dem Artikel 69ter der Bundesverfassung nicht gegeben.

Nun bin ich aber mit dem Motionär einverstanden, dass die Situation zweifellos unbefriedigend sein kann. Es hindert den ausgewiesenen Schwarzarbeiter aber nichts daran, dass er, noch während er in der Schweiz ist, jemanden beauftragt, seine rechtmässigen Ansprüche geltend zu machen. Der Motionär hat uns ja dargelegt, dass der Rechtsgrundsatz des guten Glaubens auch für Schwarzarbeiter gilt. Nach geltendem Recht ist die Anwesenheit in der Schweiz zur Einleitung eines zivilen oder verwaltungsrechtlichen Anspruchs nicht erforderlich, es sei denn, dass Sie morgen etwas ganz anderes beschliessen.

Ich muss Ihnen also aus rechtlichen Gründen beantragen, diese Motion abzulehnen.

Ich darf Ihnen aber immerhin noch mitteilen, dass dem weiteren stossenden Punkt, nämlich dass der Arbeitgeber Vorteile erzielen könnte, weil er den Lohn nicht auszahlen müsste, mit der Überweisung der Motion Zehnder bereits Rechnung getragen wurde. Wir sind daran, die diesbezüglichen Strafbestimmungen zu verschärfen und werden dem Parlament im Laufe des nächsten Jahres eine diesbezügliche Vorlage unterbreiten.

Zusammenfassend beantrage ich Ihnen aus den Überlegungen, die ich darlegen durfte, Abweisung der Motion.

**Miville:** Frau Bundesrätin, Sie haben recht in der Frage, dass ich mit meinem Motionstext ein Gesetz, das ANAG, ansture und dass ich heute mit einem anderen Gesetz, nämlich dem Obligationenrecht, argumentiert habe. Es ist eben manchmal so, dass man einen Text verfasst – vor allem als Nichtjurist –, und bis zur Begründung kommt einem dann allerdings in den Sinn.

Ich frage Sie nun, Frau Bundesrätin – ich werde diese Sache weiter verfolgen, weil es mir um die Gerechtigkeit geht –, ob nicht die Möglichkeit besteht, meinen Vorstoss wenigstens als Postulat entgegenzunehmen, was erlauben würde, nicht genau in der von mir vorgeschlagenen Weise, sondern in einer etwas anderen Weise meinen Erwägungen Rechnung zu tragen.

**Bundesrätin Kopp:** Da der Bundesrat auch die Postulate ernst nimmt, die ihm von den Räten überwiesen werden, muss ich einfach festhalten, dass dieses Postulat einmal mehr zu einer Gesetzesrevision führen würde, die mir im Moment nicht dringend erscheint. Denn Sie haben richtig ausgeführt, dass der ausgewiesene Schwarzarbeiter, wenn er gutgläubig gearbeitet hat, einen Anspruch sowohl auf den Lohn wie auch auf die Sozialversicherung hat und dass er jemanden beauftragen kann, diesen durchzusetzen. Ich würde meinen, dass es Aufgabe des Bundesgerichts ist, hier die Praxis, die er bereits eingeschlagen hat und die Sie zitiert haben, nun weiterzuverfolgen, und dass wir nicht im jetzigen Zeitpunkt ein Postulat entgegennehmen sollten, das den Bundesrat wieder beauftragt, eine Gesetzesänderung zu prüfen.

In diesem Sinne beantrage ich Ihnen auch Ablehnung eines Postulates.

**Muheim:** Wenn der Motionär einverstanden ist, kann ein Mitglied des Rates Antrag auf Überweisung als Postulat stellen. Ich tue dies hiermit. Wenn ich den Fall als solchen vor Augen halte, glaube ich, dass es durchaus zulässig ist, in der Form eines Postulates, also zur Überprüfung, eine solche Frage zu überweisen. Das sage ich als Jurist, obwohl ich mit dem Bundesrat überzeugt bin, dass das ANAG die falsche *sedes materiae* ist, sondern dass das OR anvisiert

werden müsste. Aber es kann mich nicht befriedigen, hier einfach nein zu sagen, und dies bei einem Problem, das besteht und das vielleicht in absehbarer Zeit durch die Gerichte im Sinne der Motionsbegründung entschieden wird. Aber für den Fall, dass die Gerichte es nicht so tun, würde der Bundesrat verpflichtet, sich der Sache zur gesetzlichen Überprüfung anzunehmen. Ich möchte Sie bitten, diesen Vorstoss als Postulat zu überweisen.

**Präsident:** Darf ich annehmen, dass Herr Miville einverstanden ist, seinen Vorstoss in ein Postulat umzuwandeln?

**Miville:** Ich bin einverstanden.

*Abstimmung – Vote*

Für die Überweisung des Postulates  
Dagegen

15 Stimmen  
21 Stimmen

*Schluss der Sitzung um 18.10 Uhr*

*La séance est levée à 18 h 10*

## Sechste Sitzung – Sixième séance

**Dienstag, 12. März 1985, Vormittag**

**Mardi 12 mars 1985, matin**

8.00 h

*Vorsitz – Présidence: Herr Gerber*

82.072

### Internationales Privatrecht. Bundesgesetz

### Droit international privé. Loi

Botschaft und Beschlussentwurf vom 10. November 1982

(BBl 1983 I, 263)

Message et projet d'arrêté du 10 novembre 1982 (FF 1983 I, 255)

#### *Antrag der Kommission*

##### *Mehrheit*

Eintreten

##### *Minderheit*

(Affolter, Hefti)

Rückweisung an den Bundesrat mit dem Auftrag, einen Entwurf vorzulegen, der im wesentlichen die NAG-Bereiche abdeckt, gegebenenfalls unter Einfügung eines knapp gehaltenen allgemeinen Teils.

#### *Proposition de la commission*

##### *Majorité*

Entrer en matière

##### *Minorité*

(Affolter, Hefti)

Renvoi au Conseil fédéral avec le mandat de présenter un projet qui, pour l'essentiel, couvre les matières réglées par la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC); le cas échéant, avec l'insertion d'une partie générale conçue de façon succincte.

**Gadient, Berichterstatter:** Das internationale Privatrecht, kurz IPR genannt, ist für viele – und ich schliesse dabei die Juristen nicht aus – ein Buch mit sieben Siegeln. Das kann auch nicht verwundern, denn neben dem aus dem Jahre 1891 stammenden NAG, das seinem Ursprung nach eine ganz andere Funktion hatte, hat der Gesetzgeber in verschiedenen Spezialgesetzen international-privatrechtliche Bestimmungen erlassen. Andererseits sind wichtige Bereiche überhaupt nicht kodifiziert, wie das internationale Sachen- und Obligationenrecht, und auch ein allgemeiner Teil des internationalen Privatrechts fehlt. Im internationalen Zivilprozessrecht und ähnlich auch auf den Gebieten der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen überlagern sich die Gesetzgebungen des Bundes und der Kantone derart, dass eine Abgrenzung im Einzelfall Mühe bereitet. Wer sich heute mit einem IPR-Fall zu befassen hat, muss in der Regel eine ausserordentlich umfangreiche Bundesgerichtspraxis konsultieren und in zahlreichen möglicherweise anwendbaren Gesetzen und Staatsverträgen die IPR-Bestimmungen suchen. Im grenzüberschreitenden Privat- und Verkehrsverkehr unseres Landes sind rund 300 zwei- und mehrseitige Staatsverträge zu beachten. Da diese nur eng umgrenzte Sachfragen regeln, wird die Anwendung des schweizerischen IPR durch diese nur bedingt vereinfacht. Dem gewöhnlichen Bürger ist und war das internationale Privatrecht im Grunde wohl immer fremd. Neben seiner relativen Kompliziertheit mag dafür eine Viel-

## **Motion Miville Ausländische Arbeitnehmer ohne Bewilligung. Sozialschutz**

## **Motion Miville Travailleurs étrangers sans permis. Protection sociale**

In	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Dans	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
In	Bollettino ufficiale dell'Assemblea federale
Jahr	1985
Année	
Anno	
Band	II
Volume	
Volume	
Session	Frühjahrssession
Session	Session de printemps
Sessione	Sessione primaverile
Rat	Ständerat
Conseil	Conseil des Etats
Consiglio	Consiglio degli Stati
Sitzung	05
Séance	
Seduta	
Geschäftsnummer	84.579
Numéro d'objet	
Numero dell'oggetto	
Datum	11.03.1985 - 17:00
Date	
Data	
Seite	109-111
Page	
Pagina	
Ref. No	20 013 376

Dieses Dokument wurde digitalisiert durch den Dienst für das Amtliche Bulletin der Bundesversammlung.

Ce document a été numérisé par le Service du Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale.

Questo documento è stato digitalizzato dal Servizio del Bollettino ufficiale dell'Assemblea federale.