



Astrid Epiney / Patrizia Zbinden

## **Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG**

Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im  
Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG

2009

Cahiers fribourgeois de droit européen no 8  
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8



Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg  
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

([http://www.unifr.ch/euroinstitut/n/de/Publikationen/cahiers\\_de.php](http://www.unifr.ch/euroinstitut/n/de/Publikationen/cahiers_de.php))

- 3 Bernhard Hofstötter  
Aspects de droit international public sur l'arpentage et la répartition des terres chypriotes réalisés par la Grande-Bretagne
- 4 Astrid Epiney / Bernhard Waldmann / Andrea Egbuna-Joss / Magnus Oeschger  
Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht, ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens
- 5 Astrid Epiney  
Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU
- 6 Andrea Faeh  
Blut und Blutbestandteile im europäischen und schweizerischen Recht – ein Vergleich der Rechtslage
- 7 Andrea Faeh  
Arzneimittelwerbung im europäischen und schweizerischen Recht – Konvergenzen und Divergenzen der Rechtslage
- 8 Astrid Epiney / Patrizia Zbinden  
Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG : Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG

Astrid Epiney / Patrizia Zbinden

**Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen  
Schweiz - EG**

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

**Editeur / Herausgeber**

Institut de droit européen / Institut für Europarecht  
Avenue de Beauregard 11  
CH-1700 Fribourg

[euroinstitut@unifr.ch](mailto:euroinstitut@unifr.ch)

[www.unifr.ch/euroinstitut](http://www.unifr.ch/euroinstitut)

Mai 2009

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

# INHALT

|           |  |    |
|-----------|--|----|
| <b>A.</b> | <b>Einleitung und Problemstellung</b> .....  | 5  |
| <b>B.</b> | <b>Zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens – unter besonderer Berücksichtigung von die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Aspekten</b> ..... | 7  |
| I.        | Zu den Auslegungsgrundsätzen im Völkerrecht.....   | 7  |
| II.       | Zu den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens maßgeblichen Grundsätzen.....   | 8  |
| III.      | Die Tragweite des Abkommens im Bereich der Dienstleistungsfreiheit.....  | 12 |
| 1.        | <i>Schutzbereich</i> .....   | 13 |
| a)        | Zur „90-Tage-Regel“.....   | 14 |
| b)        | Passive Dienstleistungsfreiheit.....   | 15 |
| 2.        | <i>Tragweite der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot</i> .....   | 17 |
| 3.        | <i>Rechtfertigung</i> .....  | 18 |
| 4.        | <i>Fazit</i> .....   | 19 |
| <b>C.</b> | <b>Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung</b> .....   | 20 |
| I.        | Eröffnung des Schutzbereichs der nach dem FZA gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit.....   | 20 |
| 1.        | <i>Zur Rechtsprechung des EuGH</i> .....   | 20 |
| 2.        | <i>Zur Einschlägigkeit des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung</i> .....   | 21 |
| II.       | Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit.....  | 25 |
| 1.        | <i>Zur Rechtsprechung des EuGH</i> .....   | 25 |
| 2.        | <i>Zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des FZA</i> .....   | 28 |
| a)        | Meldepflicht.....  | 29 |
| b)        | Kontrollverfahren.....   | 33 |
| c)        | Auferlegung gewisser Kosten.....   | 34 |
| aa)       | Zur Auferlegung von Kontroll- und Vollzugskosten.....  | 37 |
| (1)       | Zur Kostendeckung als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls.....   | 37 |
| (2)       | Zur Verhältnismäßigkeit.....   | 39 |
| bb)       | Zur Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions.....   | 41 |
| d)        | Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern.....  | 43 |
| e)        | Sanktionen und Konventionalstrafen.....  | 43 |
| III.      | Zur Tragweite der RL 96/71 im Rahmen des FZA, am Beispiel der Beachtung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen.....                          | 44 |
| <b>D.</b> | <b>Exkurs: zum Rechtsschutz im Rahmen der Durchsetzung des Freizügigkeitsabkommens in der Schweiz</b> .....                                      | 48 |
| <b>E.</b> | <b>Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung</b> .....  | 52 |
| I.        | Zusammenfassung.....   | 52 |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| 1.  | <i>Grundsätze</i> .....  | 52 |
| 2.  | <i>Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens in Bezug auf ausgewählte Aspekte der Arbeitnehmerentsendung</i> ..... | 53 |
| 3.  | <i>Zur Auslegung der RL 96/71</i> .....  | 55 |
| 4.  | <i>Zum Rechtsschutz</i> .....  | 56 |
| II. | Schlussbetrachtung.....  | 56 |
|     | <b>Literatur</b> .....   | 58 |
|     | <b>Materialienverzeichnis</b> .....  | 63 |
|     | <b>Abkürzungen</b> .....   | 64 |

## A. Einleitung und Problemstellung

Das Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits (FZA)<sup>1</sup> verankert in Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA auch die Dienstleistungsfreiheit, wobei diese aber im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht nicht umfassend gewährleistet wird, sondern (zumindest) insofern eine Besonderheit zu beachten ist, als ein Dienstleistungserbringer nur für höchstens 90 Tage im Jahr Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat erbringen darf. Ansonsten nimmt Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA auf die RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen<sup>2</sup> Bezug. In der Schweiz wurde im Zuge bzw. im Vorfeld des Inkrafttretens des Freizügigkeitsabkommens das sog. Entsendegesetz (EntsG)<sup>3</sup> und die dazugehörige sog. Entsendeverordnung (EntsV)<sup>4</sup> erlassen. Diese Rechtsakte sollen – letztlich vergleichbar mit der Umsetzungsgesetzgebung in EU-Mitgliedstaaten – die nach Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA zu beachtenden Vorgaben der RL 96/71 in die schweizerische Gesetzgebung umsetzen.

Es überrascht allerdings nicht, dass offenbar in der Praxis häufig Probleme bei der Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens, des Entsendegesetzes und der Entsendeverordnung im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung auftreten, geht es hier doch um komplexe Rechtsfragen, die auch in der Europäischen Union immer wieder Anlass zu Meinungsverschiedenheiten geben und zu zahlreichen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 49 EGV oder / und der RL 96/71 führten.<sup>5</sup>

Vor diesem Hintergrund will die folgende Studie die Auslegung und Reichweite der die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Regelungen des Freizügigkeitsabkommens im Hinblick auf ihre Tragweite für die Arbeitnehmerentsendung näher analysieren, dies im Hinblick auf eine Konkretisierung der diesbezüglich dem Abkommen zu entnehmenden Vorgaben über die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Beschränkungen der Arbeitnehmerentsendungen. Dabei soll der Akzent auf der Analyse einiger ausgewählter Aspekte bzw. Fallgestaltungen liegen, bei denen sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Abkommens stellt, dies mit Bezug zur Rechtslage und Praxis in der Schweiz.<sup>6</sup> Ausgangspunkt hierfür sind einige grundsätzliche Ausführungen über die bei der Auslegung des Abkommens zu beachtenden Grundsätze und ihre Bedeutung für die im Abkommen geregelte Dienstleistungsfreiheit (B.), bevor auf die Tragweite des Abkommens in Bezug auf die Arbeitnehmerentsendung im Einzelnen eruiert wird (C.). In einem Exkurs (D.) wird noch kurz auf den in der Schweiz im Falle einer möglichen Verletzung des Freizügigkeitsabkommens eröffneten Rechtsweg eingegangen. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schließlich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbetrachtung anschließt (E.).

---

<sup>1</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABl. 2002 L 114, 6 ff.

<sup>2</sup> ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.20.

<sup>4</sup> Verordnung des Bundesrates über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.201.

<sup>5</sup> Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet noch unten C.I., II.1, III.

<sup>6</sup> Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass die Ergebnisse des Gutachtens auch auf die Situation in anderen Vertragsparteien des Freizügigkeitsabkommens übertragbar sind bzw. sein können.

Die vorliegende Untersuchung<sup>7</sup> geht auf ein Gutachten zurück, das die Verfasserinnen im Auftrag von „Außenwirtschaft Vorarlberg“ erstellt, dies im Gefolge von der Auftraggeberin zur Kenntnis gebrachten Schwierigkeiten von in Österreich (und teilweise Deutschland) ansässigen Unternehmen, Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen in die Schweiz zu entsenden. Inhaltlich handelt es sich um ein unabhängiges Gutachten: Die Verfasserinnen wurden beauftragt, die sich in Bezug auf die Auslegung des Abkommens im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern stellenden Fragen in einem unabhängigen Gutachten zu klären.

Im Einzelnen wurden den Verfasserinnen folgende Fragen zur Begutachtung vorgelegt, die auch den Hintergrund für die Schwerpunktsetzung der Untersuchung im Teil C. bilden:

- Stellt die Verpflichtung entsendender Unternehmer zur Vorabmeldung verbunden mit einer unbedingten Wartezeit von acht Tagen eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens dar?
- Stellen die Schweizer Bestimmungen betreffend die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens dar?
- Stellen die Schweizer Bestimmungen zum Kontrollverfahren und die Abwicklung des Kontrollverfahrens eine Verletzung des Abkommens dar?
- Stellen die Schweizer Bestimmungen, welche entsendende Unternehmer zur Zahlung von Kontroll- und Vollzugskosten verpflichten, eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens dar?
- Stellen die jüngst im Kanton Basel Landschaft beschlossenen Bestimmungen, nach denen entsendende Unternehmer für die anfallenden Vollzugskosten eine Kautions hinterlegen müssen, eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens dar?
- Stellt das Nebeneinander der von den paritätischen Kommissionen verhängten (aus dem Verstoß gegen die GAV's abgeleiteten) Konventionalstrafen einerseits und der von den kantonalen Vollzugsbehörden verhängten Bußen andererseits eine Verletzung des Abkommens dar?
- Stellt die Schweizer Verwaltungspraxis zu den Regelungen des Schweizer BG über die Arbeitsvermittlung (indirekte Personalbereitstellung) eine Verletzung des Abkommens dar?
- Sollte es sich in den oben angeführten Punkten um Verletzungen des Abkommens handeln: Welche Möglichkeiten gibt es, um dagegen Abhilfe zu schaffen? Welche Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe können österreichische / deutsche Unternehmer einlegen?

Diese Fragen bildeten – wie erwähnt – den Ausgangspunkt der Untersuchung und beeinflussten auch die Schwerpunktsetzung insbesondere im Teil C. Der Klarheit halber sei aber auch darauf hingewiesen, dass es sich vorliegend um ein rechtswissenschaftliches Gutachten handelt und empirische Aspekte – etwa nach der Handhabung gesetzlicher Vorgaben in einzelnen Kantonen – ausgespart werden mussten. Die Ergebnisse des Gutachtens sollten aber als Leitlinie für die Anwendung der gesetzlichen Grundlagen dienen können.

Die Verfasserinnen danken Rechtsassessor *Robert Mosters*, LL.M., Lektor am Institut für Europarecht, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und seine wertvollen Anregungen.

---

<sup>7</sup>

Wobei Teile derselben (insbesondere bei den allgemeinen Ausführungen unter B.) auf bereits durchgeführten Untersuchungen der Verfasserin beruhen, vgl. insbesondere *Epiney*, ZBJV 2005, 1 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 ff.; *Epiney*, Ausländerklauseln im Amateursport, 6 ff.



## **B. Zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens – unter besonderer Berücksichtigung von die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Aspekten**

Das am 21. Juni 1999 als eines von sieben sog. sektoriellen Abkommen unterzeichnete und am 1. Juni 2002<sup>8</sup> in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen (FZA)<sup>9</sup> bezweckt die Einführung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG bzw. ihren Mitgliedstaaten.<sup>10</sup> Inhaltlich lehnt sich das Abkommen dabei eng an die primär- und sekundärrechtlichen Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts<sup>11</sup> an und übernimmt diese in weiten Teilen. Weiter geht die Zielsetzung des Abkommens auch und gerade dahin, eine der Rechtslage in der Union parallele Garantie der Freizügigkeit zu verwirklichen.

Vor diesem Hintergrund sind denn auch die bei der Auslegung des Abkommens relevanten Grundsätze zu sehen (II.), die auf der Grundlage der hier maßgeblichen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (I.) entwickelt werden und in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit konkretisiert werden können (III.).

In unserem Zusammenhang ist die Frage nach den bei der Auslegung des Abkommens anzulegenden Grundsätzen insbesondere vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass sich auch die Verankerung der Dienstleistungsfreiheit mit dem Verweis auf die RL 96/71 stark an die Rechtslage im Gemeinschaftsrecht anlehnt (wenn auch noch zu erläuternde Besonderheiten zu verzeichnen sind<sup>12</sup>), so dass sich die Frage aufdrängt, ob und inwieweit bei der Auslegung des Abkommens auf die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze zurückzugreifen ist. Die Antwort auf diese Frage bestimmt denn auch maßgeblich die Tragweite des Abkommens in Bezug auf die bei der Arbeitnehmerentsendung heranzuziehenden Grundsätze.

### **I. Zu den Auslegungsgrundsätzen im Völkerrecht**

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevanten Grundsätzen ist die grundsätzliche Maßgeblichkeit völkerrechtlicher Methoden für die Auslegung des Abkommens: Denn das Personenfreizügigkeitsabkommen stellt einen völkerrechtlichen Vertrag dar, und als solcher unterliegt er den einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsregeln, die in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)<sup>13</sup> niedergelegt sind und darüber hinaus

<sup>8</sup> Mit den übrigen sechs Abkommen, die die Bereiche Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen betreffen. Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABl. 2002 L 114, 1 ff.

<sup>9</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABl. 2002 L 114, 6 ff. Vgl. allgemein zum Freizügigkeitsabkommen etwa *Benesch*, Freizügigkeitsabkommen, *passim*; *Kälin*, ZAR 2002, 123 ff.; *Peers*, European Journal of Migration and Law 2000, 127 ff.; *Imhof*, SZS/RSAS 2000, 22 ff.; *Kilian*, ZEuP 2000, 601 ff.; *Kahil-Wolff/Mosters*, in: Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit, 12 ff.; *Hailbronner*, EuZ 2003, 48 ff.; *Breitenmoser*, in: Freizügigkeit im europäischen Sport, 59 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 ff.; *Epiney/Mosters*, in: Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“, 57 ff.

<sup>10</sup> Neben der Schweiz und der EG sind auch deren Mitgliedstaaten Partei des Abkommens, so dass es sich entgegen der verbreiteten umgangssprachlichen Bezeichnung nicht um ein bilaterales, sondern um ein multilaterales Abkommen handelt.

<sup>11</sup> Zu diesen m.w.N. *Bieber/Epiney/Haag-Epiney*, § 11, Rn. 78 ff.

<sup>12</sup> S.u. B.III.

<sup>13</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111 (im Folgenden: WVK).

Völkergewohnheitsrecht formulieren.<sup>14</sup> Nach der Grundregel des Art. 31 WVK ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“.<sup>15</sup> Die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind damit Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext (s. auch Art. 31 Abs. 2, 3 WVK) sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages; daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 WVK).

Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt oder auch Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

## II. Zu den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens maßgeblichen Grundsätzen

Versucht man vor diesem Hintergrund die bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens maßgeblichen Grundsätze zu formulieren, so ist der Ausgangspunkt zunächst, dass das Abkommen in weiten Teilen auf Begriffe oder Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift, wobei teilweise wörtlich gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen im Abkommen übernommen werden, teilweise direkt auf gemeinschaftliches Sekundärrecht verwiesen wird und teilweise sinngemäß dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Garantien formuliert werden. Aus diesem Rückgriff auf dem Gemeinschaftsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind;<sup>16</sup> vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Gemeinschaftsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können,<sup>17</sup> ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Gemeinschaftsrechts zwingend aufgegeben wird. Ein Grundsatz der „parallelen Auslegung“ gewisser völkervertraglicher Regelungen im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht kann sich

---

<sup>14</sup> Vgl. nur Graf Vitzthum-Graf Vitzthum, 57.

<sup>15</sup> Klein, in: Auslegung von Integrationsverträgen, 1 (5), weist zutreffend darauf hin, dass diese Formulierung am Ende wenig geglückt ist und man statt von „Ziel und Zweck“ eher von „Gegenstand und Zweck“ sprechen sollte.

<sup>16</sup> Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Gemeinschaftsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395. S. auch EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 15 ff.

<sup>17</sup> Zur Auslegung im Gemeinschaftsrecht nur *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofes, *passim*; *Seyr*, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, insbes. 21 ff.; *Buck*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofes, *passim*; Bieber/Epiney/Haag- Epiney, § 9, Rn. 11 ff.

jedoch aus der Anwendung der erwähnten völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (Art. 31 ff. WVK) ergeben, insbesondere aus dem Gebot, die Verträge seien unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstandes auszulegen. So können gewisse im Gemeinschaftsrecht anwendbare Auslegungsprinzipien auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sein, wenn diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien.<sup>18</sup>

Im Urteil *Metalsa* formulierte der EuGH diese Grundsätze wie folgt:

„Insgesamt ergibt sich (...), dass die Übertragung der Auslegung einer Vertragsbestimmung auf eine vergleichbar, ähnlich oder übereinstimmend gefasste Bestimmung eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft und einem Drittland insbesondere davon abhängt, welchen Zweck diese Bestimmungen in dem ihnen je eigenen Rahmen verfolgen; insoweit kommt dem Vergleich von Zweck und Kontext des Abkommens mit denjenigen des Vertrages [hier wird auf den EG-Vertrag Bezug genommen] erhebliche Bedeutung zu. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nämlich nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Lichte seiner Ziele auszulegen.“<sup>19</sup>

In Rs. C-465/01<sup>20</sup> führt der EuGH denn auch aus, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des EG-Vertrages. Hieran änderten auch ggf. gegenüber dem Gemeinschaftsrecht abweichende Formulierungen in einem solchen Abkommen nichts. Zur Begründung verweist der Gerichtshof insbesondere auf die Zielsetzungen der Übereinkommen, die mit denjenigen des Vertrages in den erfassten Bereichen übereinstimmen. Verallgemeinert man diesen Ansatz, so sind in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen.<sup>21</sup>

Betrachtet man vor diesem Hintergrund das Freizügigkeitsabkommen, so dürften für die Formulierung allgemeiner Auslegungsgrundsätze des Abkommens – jedenfalls sind aber die jeweiligen konkreten Bestimmungen, ihre Stellung im Gesamtsystem des Abkommens sowie der Zusammenhang mit gemeinschaftsrechtlichen Garantien zu betrachten, so dass immer auch eine Auslegung der einzelnen Bestimmung notwendig ist – drei Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

---

<sup>18</sup> So denn i. Erg. auch EuGH, Rs. C-312/91 (*Metalsa*), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.; EuGH, Rs. C-469/93 (*Chiquita*), Slg. 1995, I-4533. Aus der Literatur etwa *Ott*, EuZW 2000, 293 (294 f., 297).

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-312/91 (*Metalsa*), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Rs. C-467/02 (*Cetinkaya*), Slg. 2004, I-10895.

<sup>21</sup> Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine „Übertragung“ der gemeinschaftlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 22; EuGH, Rs. C-235/99 (*Kondova*), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (*Gloszcuk*), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (*Barkoci und Malik*), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (*Jany*), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (*Pokrzeptowicz-Meyer*), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (*Legros*) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26 (für eine parallele Auslegung). Zu dieser Rechtsprechung instruktiv *Klein*, in: *Auslegung von Integrationsverträgen*, 1 (16 ff.).

- Wie bereits bemerkt,<sup>22</sup> greifen weite Teile des Abkommens wörtlich oder sinngemäß auf gemeinschaftsrechtliche Garantien zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen.
- In der Präambel wird betont, dass die Vertragsparteien bestrebt sind, die Personenfreizügigkeit zwischen ihnen „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“, und nach Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien „alle erforderlichen Maßnahmen (...), damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“.
- Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen.<sup>23</sup>

Art. 16 Abs. 2 FZA:

„Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemäße Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.“<sup>24</sup>

Auch wenn damit zwischen „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung unterschieden wird, kann es die Zielsetzung einer parallelen Rechtsentwicklung nahe legen, dass sich die schweizerischen Rechtsanwendungs- und Rechtsprechungsinstanzen auch an die nach dem 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH „anlehnen“, um diese Parallelität sicherzustellen. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte im Ergebnis – wenn auch nicht in der Begründung, da das Bundesgericht hier einen eher pragmatischen Ansatz zugrundelegt und letztlich ohne nähere dogmatische Untermauerung die meisten Aspekte der neueren Rechtsprechung übernimmt<sup>25</sup> – in diese Richtung gehen,<sup>26</sup> so dass im Zweifel recht viel für eine „Übernahme“ auch der neueren Rechtsprechung spricht, es sei denn, Sinn und Zweck des Abkommens stünden dem klar entgegen.

<sup>22</sup> S.o. A., B., am Anfang.

<sup>23</sup> Dieses Prinzip ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die EG bestrebt war, einheitliche Regeln wie in der Gemeinschaft zu verankern und deren innere Entwicklung sowie die Autonomie der gemeinschaftlichen Rechtsordnung nicht gefährdet werden sollte. Zu diesen Aspekten EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 47; EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821, Rn. 17 ff.

<sup>24</sup> Ausführlich zur Auslegung dieser Bestimmung *Epiney*, ZBJV 2005, 1 ff.

<sup>25</sup> Vgl. ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesgerichts *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 227 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 141 ff.

<sup>26</sup> Vgl. insbesondere Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137. S. auch die Formulierung in BGE 130 II 113 Erw. 5.2. S. auch Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2, Entscheid in Sachen CEP Cortaillod / Swiss Athletics betreffend einstweilige Verfügung, Urt. v. 13.6.2008, wo das Gericht – unter Bezugnahme auf die Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht einerseits und im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens andererseits sicherzustellen – davon ausgeht, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu berücksichtigen ist, soweit und solange nicht gewichtige, im Abkommen selbst angelegte Gründe dagegen sprechen. Ausführlich zu diesem Urteil *Epiney*, AJP 2008, 1233 ff.

Man wird aus der Gesamtheit dieser Bestimmungen ableiten können, dass die Zielsetzung des Abkommens dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz für die erfassten Bereiche grundsätzlich eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen.<sup>27</sup> M.a.W. soll offenbar für einen Teil des *acquis communautaire* eine (völkervertragsrechtlich verankerte) Ausweitung des Anwendungsbereichs desselben auf die Beziehungen zur Schweiz erreicht werden. Damit können zwar die besonderen Auslegungsgrundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts,<sup>28</sup> wie etwa der Grundsatz des *effet utile*, nicht als solche im Rahmen des Abkommens herangezogen werden, handelt es sich doch um einen völkerrechtlichen Vertrag, der eben nach anderen Regeln auszulegen ist als das Gemeinschaftsrecht selbst.<sup>29</sup> Allerdings finden diese genuin gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze insoweit mittelbar Eingang in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, als diesem selbst zu entnehmen ist, dass sich die Tragweite seiner Bestimmungen grundsätzlich an diejenige des Gemeinschaftsrechts anlehnen soll.

Ausgehend von diesem Befund kann der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäß, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Gemeinschaftsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift,<sup>30</sup> und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Gemeinschaftsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.<sup>31</sup>

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung – bislang gibt es noch keine Stellungnahmen zu grundsätzlichen Fragen der Auslegung des FZA durch den EuGH<sup>32</sup> – geht wohl im Ergebnis

---

<sup>27</sup> Zu zurückhaltend und letztlich unklar daher *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002, 1003 (1011), die ausschliesslich auf Art. 16 Abs. 2 FZA abstellen. I. Erg. wie hier wohl *Cottier/Evtimov*, ZBJV 2003, 77 (107 ff.), wobei die von diesen Autoren vorgenommene Differenzierung zwischen der Auslegung in der EU und in der Schweiz insofern nicht zu überzeugen vermag, als doch in jedem Fall die Grundsätze der WVK heranzuziehen sind. Ähnlich wie hier wohl auch *Wüger*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 287 ff.; *Imhof*, ZESAR 2007, 155 ff. 217 ff.; *Mock/Filliez*, SZIER 2006, 237 ff.

<sup>28</sup> Zu diesen die Nachweise in Fn. 17.

<sup>29</sup> Zur Frage der Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Rechtsprechung des EuGH m.w.N. *Epiney/Felder*, ZVglRWiss 2001, 425 (426 f.).

<sup>30</sup> Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 Erw. 6.2 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts dürften hier aber tendenziell zu zurückhaltend sein, so wenn das Bundesgericht meint, es würden insofern teilweise andere Ziele verfolgt, als es nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe (Erw. 6.2). Abgesehen von dem Umstand, dass nicht wirklich ersichtlich ist, wie die (nicht) erfassten Teile zu präzisieren sein sollen, ist dieser Ansatz jedenfalls in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit kaum überzeugend, geht es hier doch offenbar um eine parallele Ausgestaltung der Rechtsregime; hieran ändert auch der Umstand nichts, dass es in der EU zusätzlich die Unionsbürgerschaft gibt.

<sup>31</sup> So ausdrücklich ebenfalls *Spescha*, AJP 2008, 1432 (1433).

<sup>32</sup> Das bislang soweit ersichtlich erste Urteil des EuGH in Bezug auf das FZA (EuGH, Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Urt. v. 22.12.2008) betraf lediglich die Frage, ob das Diskriminierungsverbot des Art. 15 Anhang I FZA auch auf „selbständige Grenzgänger“ im Sinne des Art. 13 Anhang I Anwendung findet, was der EuGH bejahte.



(ohne dass jedoch bislang in der Rechtsprechung grundsätzliche methodische Ausführungen zur Auslegung des Abkommens zu finden wären) meist ebenfalls von einer grundsätzlichen Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung der einschlägigen Begriffe des Gemeinschaftsrechts aus, wobei aber gelegentlich ohne ersichtlichen Grund und teilweise auch ohne Begründung gewisse Teile der Rechtsprechung des Gerichtshofs als nicht für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens beachtlich angesehen werden. Weiter weist das Bundesgericht in Bezug auf die nach dem 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung in der Regel darauf hin, diese sei nicht als solche verbindlich, aber als eine Art Auslegungshilfe heranzuziehen; damit wird insgesamt wohl ein eher pragmatischer Ansatz verfolgt, was auch zur Folge hat, dass gewisse Aspekte der neueren Rechtsprechung übernommen werden, gewisse andere Aspekte jedoch nicht, ohne dass die diesbezüglichen Gründe immer klar werden.<sup>33</sup>

Es wäre vor diesem Hintergrund wünschenswert, wenn das Bundesgericht auch aus methodisch-dogmatischer Sicht seinen Ansatz präzisierete, zumal damit auch ein gewisser Gewinn an Rechtssicherheit einherginge. Nichtsdestotrotz bleibt für die Zwecke dieser Untersuchung festzuhalten, dass – auch auf der Grundlage der (pragmatischen) Rechtsprechung des Bundesgerichts – gute Gründe dafür sprechen, diejenigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die gemeinschaftsrechtliche Konzepte bzw. Begriffe aufnehmen, grundsätzlich parallel wie im europäischen Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage der (vor und nach dem 21.6.1999 ergangenen) Rechtsprechung des EuGH auszulegen.

Die Herausforderung bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist damit letztlich die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit tatsächlich auf gemeinschaftliche Grundsätze bzw. Konzepte zurückgegriffen wird und inwieweit – daran anschließend – das Abkommen echte eigenständige Lösungen verankert. Damit wird dann auch die Frage aufgeworfen, welche Teile des *acquis communautaire* übernommen werden, eine Frage, die sich sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht stellt. Diese Problematik ist nachfolgend<sup>34</sup> für die Dienstleistungsfreiheit zu erörtern.

### III. Die Tragweite des Abkommens im Bereich der Dienstleistungsfreiheit

Art. 5, Art. 17-23 Anhang I FZA garantieren die Dienstleistungsfreiheit, wobei jedoch insofern eine Besonderheit im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht zu beachten ist, als ein Dienstleistungserbringer nur für höchstens 90 Tage im Jahr Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat erbringen darf; das Gemeinschaftsrecht kennt eine solche Grenze nicht. Im Einzelnen sind folgende Aspekte der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit hervorzuheben: Schutzbereich (1.) Tragweite der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot (2.) und Rechtfertigung (3.).

Auffallend ist bei der Regelung der Dienstleistungsfreiheit, dass eine weit weniger klare Anlehnung an die gemeinschaftlichen Garantien erfolgt als im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit; allerdings kann daraus sicher nicht geschlossen werden, dass die gemeinschaftlichen Begriffe keine Rolle spielten, ist doch auch in diesem Rahmen die bereits erwähnte Zielsetzung des

---

<sup>33</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BG, 2A247/2006, Urt. v. 3.8.2006; BG, 2A.39/2006, Urt. v. 31.5.2006; BG, 2A.315/2005, Urt. v. 18.10.2005; BGE 130 II 1; BG, 2C\_42/2007, Urt. v. 30.11.2007, BGE 134 II 10; BG, 2A.475/2004, Urt. v. 25.5.2005; BG, 2A.89/2006, Urt. v. 5.5.2006; BG, 2A.131/2005, Urt. v. 14.9.2005. Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 141 ff.; *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 227 ff.

<sup>34</sup> B.III.

Abkommens, eine parallele Rechtslage wie im Gemeinschaftsrecht sicherzustellen,<sup>35</sup> zu beachten, so dass Abweichungen vom Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nur dort anzunehmen sind, wo sie klar zum Ausdruck kommen. Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, im Folgenden den Text des Abkommens (auch) im Einzelnen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage nach Abweichungen von der Garantie der Dienstleistungsfreiheit in der Gemeinschaft zu analysieren.

## 1. Schutzbereich

Im Rahmen des Schutzbereichs kann zwischen aktiver und passiver Dienstleistungsfreiheit sowie sog. Korrespondenzdienstleistungen und der Frage nach den Bereichsausnahmen unterschieden werden.<sup>36</sup> Ausgangspunkt ist dabei, dass der Begriff der Dienstleistung im Abkommen ebenso wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sein dürfte,<sup>37</sup> für einen anderen Ansatz fehlen jegliche Anhaltspunkte und außerdem dürfte sich dies bereits positiv schon aus Art. 16 Abs. 2 FZA<sup>38</sup> ergeben.

Daran anschließend ergibt sich aus dem Abkommen, dass – ebenso wie im Gemeinschaftsrecht – sowohl die passive als auch die aktive Dienstleistungsfreiheit erfasst sind und darüber hinaus auch die sog. „Korrespondenzdienstleistungen“ – die keinen Aufenthalt in einem anderen Staat implizieren – unter das Abkommen fallen.<sup>39</sup> Hierfür finden sich bereits im Text des Abkommens verschiedene Anhaltspunkte: So spricht Art. 19 Anhang I FZA allgemein davon, dass der Dienstleistungserbringer seine Tätigkeit unter Beachtung der 90-Tage-Regel in einem anderen Vertragsstaat „ausüben“ kann. Art. 5 Abs. 1 FZA räumt Dienstleistungserbringern das Recht ein, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen (unter Einhaltung der 90-Tage-Regel), und Art. 5 Abs. 2 FZA spricht von einem „Aufenthaltsrecht“ des Dienstleistungserbringers, nicht einer Pflicht, sich auf das Territorium der anderen Vertragspartei zu begeben (was für den Einbezug der Korrespondenzdienstleistungen spricht). Insgesamt legen diese Formulierungen allesamt den Schluss nahe, dass die Dienstleistungen als solche liberalisiert werden sollen, unabhängig von einem Aufenthalt des Dienstleistungserbringers in einer anderen Vertragspartei.

Gleichwohl stellen sich noch einige punktuelle Auslegungsfragen, wobei die Auslegung der 90-Tage-Regel (a) und die Reichweite der passiven Dienstleistungsfreiheit von besonderer Bedeutung sind (b).

Der Vollständigkeit halber sei noch daran erinnert, dass Tätigkeiten, die die Ausübung hoheitlicher Befugnisse beinhalten, von der Anwendung der die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Bestimmungen des Anhangs ausgenommen sind (Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA). Da hier ersichtlich eine Anlehnung an Art. 45 EGV erfolgt, ist davon auszugehen, dass die diesbezügliche Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>40</sup> auch im Rahmen des Abkommens relevant ist, wobei sich durchaus im Zuge der Rechtsprechungsentwicklung neue Probleme stellen können, so etwa in Bezug auf die Frage, ob Notare unter die Bereichsausnahme des Art. 45 EGV fallen können.

---

<sup>35</sup> S.o. B.II.

<sup>36</sup> Zu diesen Begriffen im Gemeinschaftsrecht etwa (m.w.N.) Calliess/Ruffert-Kluth, Art. 49, 50, Rn. 5 ff., 24 ff.

<sup>37</sup> Ausdrücklich etwa Petersen/Nagel, DAngVers 3/02, 81 ff.; Maritz, in: Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 331 (335).

<sup>38</sup> Zu dieser Bestimmung schon oben B.II.

<sup>39</sup> Ebenso Maritz, in: Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 331 (336 ff.). S. auch noch sogleich im Text zu Einzelheiten der Tragweite dieser Freiheiten.

<sup>40</sup> Vgl. grundlegend EuGH, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631; s. sodann etwa EuGH, Rs. C-42/92 (Thijssen), Slg. 1993, I-4047; EuGH, Rs. C-114/97 (Kommission/Spanien), Slg. 1998, I-6717. Der EuGH geht davon aus, dass Art. 45 EGV nur die unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt erfasst, so dass derjenige, der öffentliche Gewalt ausübt, gegenüber dem Bürger die Möglichkeit haben muss, von Sonderrechten oder Hoheitsprivilegien (wie etwa gewissen Zwangsbefugnissen) Gebrauch zu machen.

## a) Zur „90-Tage-Regel“

Einem Dienstleistungserbringer – der eine natürliche oder juristische Person sein kann (vgl. Art. 18 Anhang I FZA) – steht das Recht zu, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen, sofern deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet (Art. 5 Abs. 1, Art. 17, 21 Anhang I). Damit besteht in Bezug auf diese „90-Tage-Regel“ eine eindeutige Abweichung zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht. Deren genaue Tragweite wirft jedoch mindestens zwei Fragen auf:

- Zunächst ist der Anwendungsbereich der 90-Tage-Regel unklar, wobei es im Kern darum geht, ob sich die 90 Tage nur auf die aktive Dienstleistungserbringung (wofür sie bestimmt gelten) oder darüber hinaus auch auf die Korrespondenzdienstleistungen beziehen. Letzteres implizierte, dass auch Korrespondenzdienstleistungen nicht länger als 90 Tage dauern dürften, obwohl sich der Dienstleistungserbringer zur Erbringung seiner Dienstleistung nicht in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Der Text der Art. 5 Abs. 1, 17 lit. a) Anhang I FZA ist nicht klar, wird dort doch von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage im Jahr nicht überschreitet, gesprochen. Allerdings legen Art. 17 ff. Anhang I FZA die Annahme nahe, dass bei Korrespondenzdienstleistungen die 90-Tage-Regel nicht gilt, denn bei der Regelung der Ausgestaltung bzw. Durchführung dieser Beschränkung wird immer wieder Bezug auf einen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen genommen (insbesondere Art. 20 Abs. 1, 2 Anhang I). Auch dürfte der Hintergrund der 90-Tage-Regel die Beschränkung der Aufenthaltsdauer der Dienstleistungserbringer bzw. seiner Angestellten gewesen sein, wofür auch spricht, dass diese für die Berechnung (auf die sogleich noch zurückzukommen sein wird) der 90 Tage ausschlaggebend ist, so dass die Dienstleistung insgesamt (d.h. inkl. Vorbereitung „zu Hause“) durchaus länger als 90 Tage dauern kann. Im Ergebnis liegt damit die Annahme nahe, dass die 90-Tage-Regel für Korrespondenzdienstleistungen nicht zur Anwendung kommt, so dass diese vollständig liberalisiert sind.

Hinzuweisen ist jedoch auf Art. 22 Abs. 3 Anhang I, wonach die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Vertragsparteien in Bezug auf bestimmte Dienstleistungen (insbesondere Finanzdienstleistungen, für die eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und deren Erbringer einer behördlichen Aufsicht unterliegt) unberührt bleiben, so dass diese gerade nicht liberalisiert sind.

- Sodann ist aus der Regelung im Abkommen nicht ersichtlich, wie genau die Dauer der Dienstleistung zu bestimmen ist bzw. was genau die Berechnungsgrundlage ist. Dabei ist die Situation immer dann klar, wenn es sich um eine einzige Dienstleistung durch einen einzigen Dienstleistungserbringer handelt, wie etwa eine bestimmte Dienstleistung bei einem Hausbau. Ebenso ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 Anhang I, dass bei „unterbrochenen“ Dienstleistungen – also mehreren Leistungen im Rahmen eines Vertrages – die Dauer der verschiedenen Einzelleistungen zusammen zu zählen ist. Unklar ist die Situation aber bei der Erbringung von Dienstleistungen durch Unternehmen, die an eine Vielzahl von Dienstleistungsempfängern jeweils einzelne, an sich getrennte Dienstleistungen erbringen, die jede für sich genommen die 90 Tage im Jahr nicht überschreiten, zusammen genommen jedoch schon. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die 90 Tage sich auf jede einzelne Dienstleistung oder auf die Gesamtheit der von einem Dienstleistungsunternehmen in anderen Vertragsstaaten erbrachten Leistungen beziehen. Der Text der Art. 5 Abs. 1, Art. 17 und 21 Anhang I FZA stellt zwar auf die Dauer der Dienstleistungen ab; allerdings wird in Art. 5 Abs. 1 FZA auf die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Dienstleistungserbringer,



deren Dauer insgesamt 90 Tage nicht überschreitet, Bezug genommen, und der die Berechnung definierende Art. 21 Anhang I FZA spricht von ununterbrochenen oder „aufeinanderfolgenden“ Dienstleistungen, was für das Abstellen auf die Dauer aller Dienstleistungen spricht. Weiter ist zu beachten, dass die 90-Tage-Regel offensichtlich vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass man die Dienstleistungen nur beschränkt liberalisieren wollte; stellte man nun auf die Dauer jeder einzelnen Dienstleistung ab, so wäre die Erbringung von Dienstleistungen letztlich kaum beschränkt bzw. sehr weitgehend liberalisiert. Daher spricht Vieles dafür, dass die 90 Tage Bezug auf die Gesamtheit der von einem Unternehmen oder einer Person erbrachten Dienstleistungen nehmen.

Im Rahmen der „90-Tage-Regel“ stehen dem Dienstleistungserbringer und den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern für die Dauer der Erbringung der Dienstleistung ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat zur Erbringung der Dienstleistung zu. In Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen von „entsandten Arbeitnehmern“ wird auf die „Entsenderichtlinie“ (RL 96/71/EG<sup>41</sup>) verwiesen. Weiter regeln Art. 20, 23 Anhang I FZA noch Fragen der Aufenthaltserlaubnis für den Dienstleistungserbringer und seine Arbeitnehmer. Auf die Tragweite dieser Rechte wird noch im Einzelnen eingegangen werden.<sup>42</sup>

## b) Passive Dienstleistungsfreiheit

Dienstleistungsempfänger – wobei hier wohl nur natürliche Personen erfasst sind (vgl. Art. 5 Abs. 3 FZA) – können sich beliebig lange zum Empfang einer Dienstleistung in einen anderen Vertragsstaat begeben (Art. 5 Abs. 3 FZA, Art. 23 Anhang I FZA).

Die passive Dienstleistungsfreiheit ist im Anschluss an den Wortlaut des Abkommens (Art. 5 Abs. 3, 23 Anhang I FZA) nach der hier vertretenen Ansicht umfassend gewährleistet und unterliegt weder sektoriellen noch zeitlichen Beschränkungen. Für diesen Ansatz spricht auch, dass damit parallele Garantien wie im Gemeinschaftsrecht zugrunde gelegt werden, sind dem Abkommen doch gerade keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass in Bezug auf diesen Aspekt eine abweichende Regelung vorgesehen ist. Von Bedeutung ist dies insbesondere für medizinische Dienstleistungen, deren Bezug durch einen Angehörigen eines Vertragsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates unter die Garantie des Art. 5 Abs. 3 FZA fällt.<sup>43</sup>

Allerdings ist die Rechtsprechung hier nicht ganz einheitlich: Hinzuweisen ist zunächst auf ein am 19.2.2004 ergangenes Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich<sup>44</sup>, das die Kostenerstattung für im Ausland erbrachte medizinische Dienstleistungen im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Kohll*, *Smits und Peerbooms* sowie *Müller-Fauré*<sup>45</sup> betrifft. Das Gericht betonte, dass Art. 5 Abs. 3 FZA die passive Dienstleistungsfreiheit umfassend – also ohne sektorielles oder zeitliche Beschränkungen – gewährleiste, so dass auch die Inanspruchnahme medizinisch-therapeutischer Maßnahmen und die diesbezüglich vorgesehene Kostenerstattung am Maßstab der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit zu prüfen seien. Nur am Rande sei hier bemerkt, dass das Sozialversicherungsgericht hier vollumfänglich auf die einschlägige

---

<sup>41</sup> ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>42</sup> Unten C.

<sup>43</sup> So auch *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU*, 331 (343 f.); *Grossen/Palézieux*, in: *Bilaterale Verträge*, 87 (126); *Breitenmoser/Isler*, *AJP* 2002, 1003 (1012); wohl auch *Grossen/de Coulon*, in: *Bilaterale Verträge I & II*, 135 (171). A.A. aber wohl *Kahil-Wolff*, *SZS* 2004, 578 (580).

<sup>44</sup> Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil v. 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-158/96 (*Kohll*), Slg. 1998 I-1931; EuGH, Rs. C-157/99 (*Smits und Peerbooms*), Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-385/99 (*Müller-Fauré*), Slg. 2003 I-4509. Zu einigen Aspekten dieser Rechtsprechung auch schon *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, *SJER* 2003, 85 (110 ff.).

Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Erstattungsfähigkeit solcher Kosten abstellt, ohne letztlich im Einzelnen zu prüfen, ob es sich um eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA handelt.

Das Bundesgericht ist dieser Ansicht in einer anderen Rechtssache jedoch nicht gefolgt,<sup>46</sup> dies unter Hinweis auf den Umstand, dass das Abkommen eben gerade keinen vollständigen Einbezug in den gemeinschaftlichen Binnenmarkt anstrebe: Die Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Erstattungsfähigkeit medizinischer Dienstleistungen im Ausland habe sich nämlich gerade im Rahmen der Verwirklichung eines „grenzenlosen Binnenmarktes“ entwickelt, während das Freizügigkeitsabkommen eine weniger ambitionöse Regelung enthalte und sich letztlich auf die Frage der Aufenthaltsberechtigung von Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger im jeweils anderen Staat konzentriere. Damit sei die erwähnte Rechtsprechung über die Erstattung von im Ausland empfangener medizinischer Dienstleistungen im Rahmen des Abkommens nicht relevant.

Zu überzeugen vermag dieser Ansatz des Bundesgerichts freilich nicht: Denn aus dem Umstand, dass das Freizügigkeitsabkommen nicht einen vollständigen Einbezug in den gesamten Binnenmarkt bezweckt, folgt gerade nicht, dass im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zudem kaum begründbare „Abstriche“ an der tatbestandlichen Reichweite der Dienstleistungsfreiheit und damit an der zu beachtenden Rechtsprechung gemacht werden. Im Gegenteil ist dem Abkommen gerade zu entnehmen, dass für den Bereich der Personenfreizügigkeit eben parallele Regelungen wie in der Gemeinschaft zum Zuge kommen sollen,<sup>47</sup> ein Umstand, auf den das Bundesgericht erst gar nicht eingeht. Dieser ist aber ganz entscheidend für die Tragweite der im Abkommen geregelten Dienstleistungsfreiheit: Abgesehen von der Beschränkung durch die 90-Tage-Regel im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit ist in keiner Weise im Abkommen erkennbar, welche Aspekte der im Gemeinschaftsrecht zum Zuge kommenden Dienstleistungsfreiheit im Abkommen nicht relevant sein sollen; vielmehr übernimmt das Abkommen in den einschlägigen Bestimmungen ansonsten sinngemäß die gemeinschaftlichen Garantien (die übrigens auch nicht ausdrücklich umfassend die passive Dienstleistungsfreiheit verankern), so dass für die bundesgerichtliche Einschränkung im Rahmen der medizinischen Dienstleistungen keine Grundlage ersichtlich ist,<sup>48</sup> ganz abgesehen davon, dass sie impliziert, dass auf dieser Grundlage für einen bedeutenden Bereich von Dienstleistungen das Abkommen im Wesentlichen leer läuft, spielt doch die Kostentragung bei den medizinischen Dienstleistungen eine zentrale Rolle. Es bleibt vor diesem Hintergrund zu hoffen, dass das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit seine Rechtsprechung korrigiert.

---

<sup>46</sup> BGE 133V 624, insbesondere Erw. 4.3.3 ff.

<sup>47</sup> Vgl. oben B.II.

<sup>48</sup> Vgl. auch die fundierte und ausführliche Kritik an einem solchen Ansatz bei *Imhof*, ZESAR 2007, 217 (220 ff.).

## 2. Tragweite der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot

Im Gemeinschaftsrecht ist aus Art. 49 EGV sowohl ein Diskriminierungs- als auch ein Beschränkungsverbot abzuleiten, so dass nicht nur solche Maßnahmen, die offen oder versteckt nach der Staatsangehörigkeit differenzieren, sondern auch solche, die allgemein für In- und Ausländer die Erbringung von Dienstleistungen erschweren, in den Anwendungsbereich des Art. 49 EGV fallen.<sup>49</sup> Da die Garantie der Dienstleistungsfreiheit im Abkommen etwas anders formuliert ist, wird damit die Frage aufgeworfen, ob auch das Abkommen ein Beschränkungsverbot verankert, eine Frage, die bislang in der Rechtsprechung nicht (eindeutig) geklärt ist.<sup>50</sup>

Der Wortlaut der einschlägigen Abkommensbestimmungen ist in dieser Beziehung nicht eindeutig: Zwar verankert Art. 19 Anhang I FZA ausdrücklich nur ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Dienstleistungserbringung im Verhältnis zu eigenen Staatsangehörigen. Dies steht aber einem Beschränkungsverbot nicht zwingend entgegen, enthält Art. 50 Abs. 2 EGV doch ebenfalls ein Diskriminierungsverbot, dem Art. 19 Anhang I FZA im Übrigen ersichtlich nachgebildet ist, stimmen doch die Formulierungen weitgehend überein. Ansonsten räumt Art. 5 Abs. 1 FZA einem Dienstleistungserbringer allgemein das Recht ein, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen, während Art. 17 lit. a) Anhang I FZA in Bezug auf die Dienstleistungserbringung davon spricht, dass die „Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen“ untersagt ist. In Bezug auf die passive Dienstleistungsfreiheit legt es Art. 5 Abs. 3 FZA nahe, dass auch hier ein Beschränkungsverbot zugrundegelegt wird, spricht diese Bestimmung doch allgemein davon, dass sich der Empfänger einer Dienstleistung in den anderen Vertragsstaat begeben darf, womit wohl vorausgesetzt wird, dass der Empfang dieser Dienstleistung nicht beschränkt werden darf.<sup>51</sup>

Damit schließt der Wortlaut der einschlägigen abkommensrechtlichen Bestimmungen es gerade nicht aus, dass die im Abkommen verankerte Dienstleistungsfreiheit auch als Beschränkungsverbot auszulegen ist; dann aber ist – entsprechend der oben entwickelten Auslegungsgrundsätze<sup>52</sup> – davon auszugehen, dass das Abkommen nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern auch ein Beschränkungsverbot enthält, das jedenfalls für die Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat, aber auch für die passive Dienstleistungsfreiheit und die Korrespondenzdienstleistungen zum Zuge kommt.<sup>53</sup> Denn im Abkommen geht es ja gerade darum, die Schweiz für den Bereich der Personenfreizügigkeit in den Rechtsraum der EG zu „integrieren“. Sowohl die Präambel des Abkommens als auch Art. 16 FZA lassen klar erkennen, dass das in der EU bestehende

<sup>49</sup> Grundlegend EuGH, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299; s. sodann etwa EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279; EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141.

<sup>50</sup> Das Bundesgericht hatte sie in BGE 133 V 33 mangels Relevanz für das letztlich zu fällende Urteil offen gelassen. Auch in BGE 130 II 26 („Ärztstopp“) ging das Bundesgericht auf diese Frage nicht ein. Hingegen könnte BGE 133 V 367 so ausgelegt werden, dass die Geltung eines Beschränkungsverbots im Rahmen des Abkommens zumindest nicht ausgeschlossen wird. Zu diesem Urteil *Imhof*, ZESAR 2008, 425 (430 f.).

<sup>51</sup> Zur passiven Dienstleistungsfreiheit schon oben B.III.1.b).

<sup>52</sup> B.II.

<sup>53</sup> Ebenso *Maritz*, in: Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 331 (342 ff.); *Cardinaux*, Personenfreizügigkeitsabkommen, 38 ff. Tendenziell für die Verankerung eines Beschränkungsverbots im Abkommen auch *Imhof*, ZESAR 2008, 425 ff., wobei er Differenzierungen in Betracht ziehen will, ohne diese jedoch im Einzelnen zu präzisieren.

Regime der Personenfreizügigkeit auf die Schweiz ausgedehnt werden soll.<sup>54</sup> Dieses Ziel könnte aber gerade nicht erreicht werden, wenn man aus den gemeinschaftsrechtlichen Garantien einen Teil – nämlich das Diskriminierungsverbot – herausnimmt und es im Verhältnis zur Schweiz anwendet, während ein anderer Teil – nämlich das Beschränkungsverbot – ausgeklammert wird. Die Zielsetzung des Abkommens würde letztlich vereitelt, wenn man hier eine entsprechende Unterscheidung trafe. Daher kommt hier der oben entwickelte Grundsatz<sup>55</sup> zum Zuge, dass Abweichungen vom in der Gemeinschaft geltenden Rechtsregime ausdrücklich im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, während ansonsten von einer Parallelität der Konzepte und der Maßgeblichkeit der einschlägigen Rechtsprechung nach Art. 16 Abs. 2 FZA auszugehen ist.

Grundlage für das Beschränkungsverbot sind Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 lit. a), b) Anhang I FZA für den Dienstleistungserbringer und Art. 5 Abs. 3 FZA für den Dienstleistungsempfänger. In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit spricht nämlich einiges dafür, die Rechte bereits in Art. 5 FZA selbst, und nicht erst im Anhang, verankert zu sehen, da diese Bestimmung – insoweit im Gegensatz zu Art. 4, 7 FZA in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit – bereits eine Reihe konkreter Rechte formuliert. Für diesen Ansatz spricht auch, dass Art. 5 Abs. 1-3 FZA die jeweils eingeräumten Rechte klar formuliert. Auch Art. 5 Abs. 4 FZA, wonach die in diesem Artikel genannten Rechte „gemäß den Bestimmungen der Anhänge I, II und III eingeräumt“ werden, steht dem wohl nicht entgegen. Diese auch in den Art. 2-9 FZA regelmäßig wiederkehrende Verweisung auf die Anhänge bedeutet nämlich nicht zwingend, dass sich die Rechte erst aus dem Anhang ergeben, sondern kann auch lediglich einen Verweis auf die im Anhang formulierten Bedingungen darstellen.

### 3. Rechtfertigung

Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich und kann damit gerechtfertigt werden (vgl. Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen), wobei – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Aber auch darüber hinaus wird man – als Korrelat zur Verankerung eines Beschränkungsverbots im Dienstleistungsbereich – den Vertragsparteien entsprechend der Rechtslage im Gemeinschaftsrecht<sup>56</sup> die Möglichkeit einräumen müssen, die Dienstleistungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses einzuschränken. Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung und der grenzüberschreitenden Dienstleistungen ist die Frage nach der Rechtfertigung häufig von zentraler Bedeutung, so dass auf die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Gutachten relevanten Aspekte noch im Einzelnen einzugehen sein wird.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Vgl. hierzu schon oben B.II.

<sup>55</sup> S.o. B.II.

<sup>56</sup> Vgl. zu dieser mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung nur *Calliess/Ruffert-Kluth*, Art. 49, 50, Rn. 69 ff.

<sup>57</sup> Unten C.II.

#### **4. Fazit**

Insgesamt zeigt damit eine nähere Betrachtung der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit, dass diese viel weiter liberalisiert ist, als häufig auf den ersten Blick angenommen wird. „Einschränkungen“ im Vergleich zu der Situation in der EU ergeben sich aber in Bezug auf die Gesamtdauer der von einem Unternehmen erbrachten Dienstleistungen, wobei sich diese Beschränkung nur auf die aktive Dienstleistungserbringung mit Aufenthalt in einem anderen Staat, nicht jedoch auf Korrespondenzdienstleistungen, beziehen dürfte, so dass letztere ebenfalls vollständig liberalisiert sind, wobei allerdings die Ausnahme des Art. 22 Abs. 3 FZA zu beachten ist, so dass Dienstleistungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung und von Arbeitsverleihunternehmen sowie Finanzdienstleistungen nicht liberalisiert sind. Die passive Dienstleistungsfreiheit ist im Abkommen nach der hier vertretenen Ansicht (wobei das Bundesgericht einen abweichenden Ansatz zugrundelegt) vollumfänglich – parallel zu der Situation im Gemeinschaftsrecht – verankert, so dass die Dienstleistungsfreiheit im Bereich der medizinischen Leistungen (unter Einschluss der Frage der Kostenerstattung) regelmäßig zum Zuge kommen dürfte. Insofern ist es also nicht zutreffend, davon auszugehen, dass das Abkommen lediglich Einreise- und Aufenthaltsrechte gewährleistet, sondern es enthält – unter Vorbehalt der nicht in jeder Beziehung klaren „90-Tage-Regel“ – die umfassende Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit.

## **C. Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung**

Auf der Grundlage der entwickelten Grundsätze betreffend die Auslegung des Abkommens im Allgemeinen und die Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im Besonderen geht es im Folgenden darum, die sich im Einzelnen aus dem Abkommen ergebenden Rechte in Bezug auf die Arbeitnehmerentsendung im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen zu analysieren, wobei jeweils auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich Bezug genommen wird. Weiter sollen im Rahmen dieser Analyse die Implikationen für Tragweite und Auslegung des „Entsenderechts“ in der Schweiz aufgezeigt werden. Dabei ist zwischen der Einschlägigkeit des Abkommens, also der Eröffnung des Schutzbereichs und dem Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (I.), und der Möglichkeit der Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit zu unterscheiden (II.). Die Tragweite der sog. Entsenderichtlinie ist gesondert zu erörtern (III.), wobei hier eine Konzentration auf die Frage der Beachtung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen erfolgt.

### **I. Eröffnung des Schutzbereichs der nach dem FZA gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat Teil der Dienstleistungsfreiheit ist.<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund stellen mitgliedstaatliche Maßnahmen, die in der einen oder anderen Form die Entsendung von Arbeitnehmern im Zuge der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit beschränken, einen Eingriff in Art. 49 EGV dar, ziehen sie doch die Konsequenz nach sich, dass die Erbringung der jeweiligen Dienstleistung erschwert oder gar verunmöglicht wird. Auf der Grundlage der Auslegung des Art. 49 EGV als Beschränkungsverbot<sup>59</sup> liegt dieser Eingriff unabhängig davon vor, ob die entsprechende Maßnahme diskriminierend ausgestaltet ist oder nicht.

Der EuGH sah z.B. folgende Maßnahmen als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit an:

- Erfordernis einer Arbeitsgenehmigung für aus Drittstaaten stammende entsandte Arbeitnehmer;<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905; EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803; EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; EuGH, Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189; EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095; EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert/Land Niedersachsen), Urt. v. 3.4.2008, EuZW 2008, 306; EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>59</sup> Hierzu schon oben B.III.2.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803.



- Meldepflicht für im Ausland ansässige Zeitarbeitsunternehmen, die neben Beginn und Dauer der Arbeitnehmerüberlassung auch den Einsatzort und jeden Wechsel dieses Ortes umfasst;<sup>61</sup>
- Verpflichtung der Abführung von Beiträgen für „Treumarken“ und „Schlechtwettermarken“ für entsandte Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat;<sup>62</sup>
- Verpflichtung zur Führung von Personalunterlagen und zur Bereithaltung von Personal- und Arbeitsunterlagen im Aufnahmestaat;<sup>63</sup>
- Verpflichtung zur Bestellung eines im Inland ansässigen *ad hoc*-Vertreters zum Zwecke der Hinterlegung der für Kontrollen durch die zuständigen nationalen Stellen notwendigen Unterlagen;<sup>64</sup>
- Verpflichtung zur Zahlung tarifvertraglicher Löhne im Falle der Wahrnehmung öffentlicher Aufträge;<sup>65</sup>
- Verpflichtung zur „Vorabanzeige“ der Erbringung von Dienstleistungen durch entsandte Arbeitnehmer;<sup>66</sup>
- Verpflichtungen, die zusätzliche Kosten bzw. zusätzliche administrative und wirtschaftliche Belastungen für die Dienstleistungserbringer bzw. die Arbeitnehmer entsendenden Unternehmen mit sich bringen.<sup>67</sup>

## 2. Zur Einschlägigkeit des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung

Auf der Grundlage der oben erörterten Tragweite der im Personenfreizügigkeitsabkommen verankerten Dienstleistungsfreiheit<sup>68</sup> ist davon auszugehen, dass diese Grundsätze bzw. diese durch die Rechtsprechung vorgenommenen Präzisierungen in Bezug auf das Vorliegen eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zum Zuge kommen: Dieses gewährt ein Einreise- und Aufenthaltsrecht zu Gunsten von Dienstleistungserbringern, wenn die Dienstleistung die Dauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr nicht übersteigt oder falls eine behördliche Erlaubnis zur Dienstleistungserbringung erteilt wurde (Art. 5 Abs. 1, 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA). Dieses Recht gilt auch zu Gunsten von Gesellschaften (Art. 18 Anhang I FZA). Dabei kann sich der Arbeitgeber bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auch eigener Beschäftigter mit der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei oder eines Drittstaates bedienen. Maßnahmen, die die Einreise oder den Aufenthalt dieser entsandten Arbeitnehmer beschränken, sind verboten (Art. 17 lit. b) Anhang I FZA). Art. 19 Anhang I FZA steht Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern entgegen, müssen diese doch ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben können wie Staatsangehörige des Empfangsstaates. Schließlich sieht Art. 17 lit. a) Anhang I FZA auch ganz allgemein vor, dass

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

<sup>62</sup> EuGH, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905.

<sup>63</sup> EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>65</sup> EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert/Land Niedersachsen), Urt. v. 3.4.2008, EuZW 2008, 306.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>67</sup> EuGH, Rs: C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189, Rn. 24; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831, Rn. 30.

<sup>68</sup> S.o. B.III.

„Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen“ – unter der Voraussetzung der Einhaltung der „90 Tage-Regel“ – untersagt sind.<sup>69</sup>

Zwar lassen Art. 17, 19 Anhang I FZA die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer unberührt (Art. 22 Abs. 2 S. 1 Anhang I FZA); diese „Ausnahme“ ist jedoch insofern von (wenn überhaupt) untergeordneter Bedeutung, als jedenfalls die Entsenderichtlinie (RL 96/71) zu beachten ist (Art. 22 Abs. 2 S. 2 Anhang I FZA),<sup>70</sup> die gerade vorsieht, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch für entsandte Arbeitnehmer aus einer anderen Vertragspartei aufrecht erhalten werden können (und damit auch, welche nicht). Im Übrigen erfasst diese Bestimmung nur Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, so dass von vornherein andere staatliche Vorgaben, die die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung von Dienstleistungen beschränken (wie etwa Kontrollmaßnahmen), von dieser Vorschrift nicht erfasst werden und damit vollumfänglich am Maßstab des Abkommens zu prüfen sind.

Insgesamt ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass die sich aus der Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern ergebenden Rechte für die eine Dienstleistung erbringenden Arbeitgeber im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens parallel zu der Situation im EG-Vertrag ausgestaltet sind. Dabei sind im Ergebnis auch die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des Gerichtshofs bei der Auslegung desselben zu beachten: Denn auch die neueren Urteile bauen auf einer etablierten Rechtsprechung spätestens seit dem Jahr 1994<sup>71</sup> auf und präzisieren diese letztlich.

Vor diesem Hintergrund stellen insbesondere folgende Maßnahmen – die in der Schweiz vorgesehen sind und / oder offenbar angewandt werden – Eingriffe in die durch das Abkommen gewährleistete Dienstleistungsfreiheit dar:

- Eine Meldepflicht für den Arbeitgeber vor Beginn der Aufnahme der im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung durchzuführenden Arbeiten (dies zudem verbunden mit einer grundsätzlichen „Wartefrist“) stellt unzweifelhaft eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs – so wie diese in Art. 5 Abs. 1, 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA verboten ist – dar, so dass die diese Materie betreffenden Vorgaben in Art. 6 EntsG, Art. 6, 7 EntsV und insbesondere ihre Anwendung an den Vorgaben des Abkommens zu prüfen sind. Zu beachten ist dabei, dass diese Meldepflicht nur für ausländische Arbeitgeber gilt, so dass es sich zudem um eine direkt diskriminierende Regelung handelt.
- Kontrollverfahren, die die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben durch die Unternehmen sicherstellen sollen, stellen in aller Regel ebenfalls eine Beschränkung der im Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit dar, da sie für die betroffenen Unternehmen Aufwand und Kosten mit sich bringen. Daher sind auch die Vorgaben des Art. 7 EntsG und ihre Anwendung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu messen.
- Parallele Erwägungen gelten für Sanktionen und Konventionalstrafen im Falle der Nichteinhaltung gesetzlicher Vorgaben.
- Ebenso beschränkt die Auferlegung von Kontroll- und Vollzugskosten (vgl. Art. 8a EntsV) die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen. Gleiches gälte für sonstige Verpflichtungen zu finanziellen Leistungen, wie etwa die Hinterlegung einer Kautions. Denn derartige Verpflichtungen implizieren eine finanzielle Zusatzbelastung

---

<sup>69</sup> Subsidiär ist bei der Anwendung der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA zu beachten, welches direkt anwendbar ist. Zu diesem etwa, m.w.N., *Epiney*, SJZ 2009, 25 ff.

<sup>70</sup> Hierzu noch unten C.III.

<sup>71</sup> S. EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803.



für Unternehmen, die Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen in die Schweiz entsenden, so dass diese von der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit abgehalten werden können bzw. diese erschwert und verteuert wird.

- Fraglich könnte sein, ob und inwieweit die im Abkommen garantierte Dienstleistungsfreiheit auch solchen nationalen Regelungen entgegensteht, die die Entsendung von im Heimatstaat „entliehenen“ Arbeitnehmern im Aufnahmestaat verbietet oder einschränkt.

Jedenfalls dürfte in solchen Konstellationen das Abkommen grundsätzlich einschlägig sein: Zwar erwähnt Art. 17 lit. b)ii) Anhang I FZA nur „Arbeitnehmer eines Dienstleistungserbringers“, so dass Leiharbeiter nicht unter diese Bestimmung fallen; jedoch verbietet Art. 17 lit. a) Anhang I FZA ganz allgemein „Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen“, worunter sicherlich (auch) das Verbot des Einsatzes ausgeliehener Arbeitnehmer fällt.

Diese Problematik ist – da ein Verbot des Einsatzes entliehener Arbeitnehmer grundsätzlich zweifellos eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt – vor dem Hintergrund des Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA zu sehen, wonach „Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen“ nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen bzw. entsprechende nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften von diesem unberührt bleiben. Dieser Bestimmung ist zweifellos zu entnehmen, dass die „Verleihtätigkeit“ von Arbeitsverleihunternehmen selbst nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt, so dass der grenzüberschreitende Arbeitnehmerverleih selbst zweifellos nicht an der Liberalisierung der Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen des Abkommens teilhat.

Eine andere Konstellation könnte jedoch in den Fällen vorliegen, in denen ein aus dem Ausland kommender Dienstleistungserbringer auf Arbeitskräfte zurückgreift, die er in seinem Heimatland „ausgeliehen“ hat und die ihm bei der Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung (etwa in der Schweiz) zu Hand gehen sollen: Denn hier geht es nicht um die grenzüberschreitende Dienstleistung eines Arbeitsverleihunternehmens, sondern um die Dienstleistung des eigentlichen Dienstleistungserbringers, die durch eine Einschränkung bzw. ein Verbot des Einsatzes von im Heimatland entliehener Arbeitnehmer beschränkt wird, so dass Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA nach seinem Wortlaut nicht greift. Gute Gründe könnten denn auch für den Einbezug einer solchen Konstellation in den Anwendungsbereich des Abkommens sprechen: Zunächst ist daran zu erinnern, dass derartige Beschränkungen jedenfalls von Art. 49 EGV erfasst würden, so dass nach den erörterten allgemeinen Auslegungsgrundsätzen des Abkommens<sup>72</sup> abweichende Ansätze klar im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, was jedenfalls nach dem Wortlaut der Bestimmung – wie dargelegt – in Bezug auf die hier zur Debatte stehende Konstellation nicht der Fall ist. Hinzu kommt, dass ein Verbot des Rückgriffs auf im Heimatstaat entliehene Arbeitnehmer die Erbringung der Dienstleistungsfreiheit zumindest für bestimmte Unternehmen, die auf diese angewiesen sind, ggf. sehr stark beschränken kann. Andererseits ist jedoch zu beachten, dass Sinn und Zweck des in der Schweiz in Art. 12 Abs. 2 AVG<sup>73</sup> verankerten Verbots des Einsatzes „ausgeliehener“ Arbeitnehmer in der Schweiz unterlaufen werden könnte, wenn im Rahmen von grenzüberschreitenden

---

<sup>72</sup> S.o. B.II.

<sup>73</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11.

Dienstleistungen solche Arbeitnehmer dann doch eingesetzt werden könnten und der Hintergrund der „Bereichsausnahme“ des Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA gerade darin zu sehen ist bzw. zu sehen sein könnte, dass man der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung bereits bestehenden Regelung des Art. 12 Abs. 2 AVG Rechnung tragen wollte. Auch macht es an sich wenig Sinn, die Tätigkeit von Arbeitsverleihunternehmen vom Anwendungsbereich des Abkommens auszuschließen, andererseits aber den Einsatz von im Ausland „ausgeliehenen“ Arbeitnehmern im Rahmen grenzüberschreitender Dienstleistungen zuzulassen, da diesfalls die im Ausland ansässigen Arbeitsverleihunternehmen indirekt doch an der Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs teilnehmen und im Übrigen der Schutzzweck der Ausnahme vereitelt werden könnte. Allerdings vermögen diese Argumente nicht die dargelegten Gründe für eine eher enge Auslegung der Ausnahmebestimmung auszuhebeln, dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der grenzüberschreitende Arbeitnehmerverleih selbst durchaus eine andere Konstellation darstellt als „lediglich“ der Rückgriff auf im Herkunftsstaat bereits ausgeliehene Arbeitnehmer bei der Erbringung von Dienstleistungen im Bestimmungsland, in dem zudem die im Entsendegesetz festgelegten Anforderungen zu beachten sind. Auch erscheint es nur wenig überzeugend, eine Regel des nationalen Rechts einer Vertragspartei (Art. 12 Abs. 2 AVG) als maßgeblichen Grund für die Auslegung einer Bestimmung eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrages heranzuziehen. Daher dürften insgesamt die besseren Gründe dafür sprechen, dass die Ausnahmeklausel des Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA nur die Tätigkeiten der Arbeitnehmerverleihunternehmen selbst erfasst. Art. 12 Abs. 2 AVG ließe sich übrigens durchaus in diesem Sinn abkommenskonform auslegen: Denn diese Vorschrift bestimmt nur, dass der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz verboten ist; im Falle der Erbringung einer Dienstleistung durch einen ausländischen Dienstleistungserbringer in der Schweiz mittels im Herkunftsstaat „ausgeliehener“ Arbeitnehmer liegt aber an sich gerade keine Ausleihe in die Schweiz vor. Es ist aber zuzugeben, dass diese Frage – soweit ersichtlich – bislang weder im Schrifttum wirklich erörtert noch in der Rechtsprechung geklärt ist oder in der Botschaft zu den „Bilateralen I“<sup>74</sup> problematisiert wird und sich auch Argumente für die Gegenansicht finden lassen.

Insgesamt wird vor diesem Hintergrund deutlich, dass eine Reihe der in der Schweizer „Entsendegesetzgebung“ getroffenen Maßnahmen die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen beschränken und daher am Maßstab des Abkommens – das, wie dargelegt, im Lichte des EG-Vertrages und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH auszulegen ist – zu prüfen ist. Allerdings bedeutet die tatbestandliche Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit bzw. das Vorliegen einer Beschränkung derselben noch nicht die Unvereinbarkeit mit dem Abkommen; vielmehr ist diesfalls die Frage der Rechtfertigung – die nachfolgend zu untersuchen ist<sup>75</sup> – entscheidend.

---

<sup>74</sup> BBl. 1999 6128 ff. S. aber auch das Merkblatt des SECO „Grenzüberschreitender Personalverleih- und Arbeitsvermittlungskonstellationen und deren Zulässigkeit nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)“, 2, wo das SECO ohne Begründung davon ausgeht, die hier erörterte Konstellation falle nicht unter das Freizügigkeitsabkommen.

<sup>75</sup> S. sogleich unten C.II.

## II. Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit können auf der Grundlage der einschlägigen ständigen Rechtsprechung des EuGH durch Art. 55 i.V.m. Art. 46 EGV (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) oder aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.<sup>76</sup> Allerdings können direkt diskriminierende Maßnahmen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur durch Gründe gerechtfertigt werden, die in einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung enthalten sind, so dass im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit nur die (eng auszulegenden) Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit in Betracht kommen.<sup>77</sup> Jedenfalls muss die jeweilige nationale Maßnahme den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen, also insbesondere geeignet und erforderlich zur Verfolgung des jeweiligen Zwecks sein.

In Bezug auf das Verhältnis der Vorgaben der RL 96/71 und der Prüfung nationaler Maßnahmen am Maßstab des Art. 49 EGV ist darauf hinzuweisen, dass die RL 96/71 sicherstellen soll, dass die mitgliedstaatlichen Gesetze einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festlegen, das im Aufnahmestaat von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer entsenden. In diesem Sinn haben die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 Uabs. 1 RL 96/71 dafür zu sorgen, dass für entsandte Arbeitnehmer bezüglich der in dieser Bestimmung genannten Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantiert werden, die in dem Mitgliedstaat zur Anwendung kommen, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird. Die Bestimmung nennt damit abschließend diejenigen Aspekte, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten den im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Vorschriften Vorrang einräumen können. Soweit es allerdings um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung geht, können die Mitgliedstaaten unter Einhaltung des EG-Vertrages auch die Einhaltung dieser Vorschriften im Falle der Arbeitnehmerentsendung vorschreiben (Art. 3 Abs. 10 RL 96/71).<sup>78</sup> Im Übrigen kommt Art. 49 EGV vollumfänglich für diejenigen Bereiche zum Zuge, die gerade nicht die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von entsandten Arbeitnehmern, sondern andere Aspekte der grenzüberschreitenden Dienstleistung mittels entsandten Arbeitnehmern betreffen.

Die Frage der Rechtfertigung nationaler Maßnahmen, die die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung von Dienstleistungen in andere Mitgliedstaaten beschränken, war bereits verschiedentlich Gegenstand von Urteilen des EuGH, wobei folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sein dürften:

- Das Erfordernis einer vorherigen Arbeitsgenehmigung für aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer könne grundsätzlich durch den Schutz der sozialen Sicherheit und das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, gerechtfertigt werden. Eine solche Maßnahme sei aber unverhältnismäßig, da entsprechende Anzeigepflichten genügten. Im Übrigen dürfe der freie Dienstleistungsverkehr in bestimmten Sektoren nicht „illusorisch“ gemacht

<sup>76</sup> Vgl. für den Bereich der Arbeitnehmerentsendung EuGH, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905; EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803; EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; EuGH, Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189; EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095; EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert/Land Niedersachsen), Urt. v. 3.4.2008, EuZW 2008, 306; EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925, Rn. 24; EuGH, Rs. C-451/99 (Cura Anlagen), Slg. 2002, I-3193, Rn. 31; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095, Rn. 86.

<sup>78</sup> Zu diesen Grundsätzen EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

werden.<sup>79</sup> Dieser Ansatz erinnert etwas an das Konzept des Kerngehalts aus der Grundrechtsdogmatik.

- Ebenso sei es unverhältnismäßig, für aus einem anderen EU-Mitgliedstaat zur Erbringung einer Dienstleistung entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten ein Visum zu verlangen, da das damit verfolgte „Kontrollanliegen“ durch ein milderes, aber gleich wirksames Mittel, nämlich die Verpflichtung zur Abgabe einer vorherigen einfachen Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, verfolgt werden könne.<sup>80</sup>
- Die Verpflichtung zu einer „Vorabanzeige“ des Einsatzes von entsandten Arbeitnehmern, verbunden mit der Pflicht der Zugänglichmachung einer Reihe von Informationen, könne zwar grundsätzlich durch das Anliegen, die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften sicherzustellen, gerechtfertigt werden; jedoch scheide eine Rechtfertigung aus, wenn ein solches Vorabanzeigeverfahren unklar ausgestaltet ist (etwa in Bezug auf die Pflicht, vor der Aufnahme der Arbeit eine Reihe von Informationen zugänglich zu machen, wenn der Zeitraum, innerhalb dessen diese Pflicht zu erfüllen ist, unklar ist). Denn dadurch könnten Unternehmen von der Wahrnehmung ihrer Dienstleistungsfreiheit abgehalten werden, jedenfalls dann, wenn die Nichteinhaltung dieser Vorgaben mit nicht unerheblichen Sanktionen verbunden ist.<sup>81</sup> Man wird verallgemeinernd aus diesen Grundsätzen ableiten können, dass eine unklare Ausgestaltung von Kontrollmechanismen bzw. -verpflichtungen grundsätzlich gegen Art. 49 EGV verstößt, jedenfalls soweit ihre Nichteinhaltung mit erheblichen Sanktionen verbunden ist. Andererseits dürfte die Rechtsprechung aber auch den Schluss nahe legen, dass eine Rechtfertigung auch diskriminierender Regelungen (die also nur für im Ausland ansässige Dienstleister zum Zuge kommen) grundsätzlich durch das Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben gerechtfertigt werden kann, wobei dieses Anliegen als Teil der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 46 EGV angesehen werden könnte.

In Bezug auf die Frage der Rechtfertigungsmöglichkeiten diskriminierender Regelungen ist die Rechtsprechung jedoch nicht ganz klar: In der Rs. C-490/04<sup>82</sup> hatte der Gerichtshof nämlich in Bezug auf die gesetzlich verankerte Verpflichtung für im Ausland ansässige Zeitarbeitsunternehmen, neben Beginn und Dauer der Arbeitnehmerüberlassung auch den Einsatzort und jeden Wechsel dieses Ortes zu melden, betont, es handle sich um eine nicht unterschiedslos anwendbare (also offenbar um eine direkt diskriminierende) Maßnahme, die nur durch die in Art. 46 EGV aufgeführten Gründe gerechtfertigt werden könne, von denen aber keiner vorgetragen worden sei, dies obwohl der beklagte Mitgliedstaat auf die Notwendigkeit wirksamer Kontrollen der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften hingewiesen hatte. Interessanterweise aber – und insofern in Übereinstimmung mit der Rs. C-319/06<sup>83</sup>, in der der Gerichtshof i.Erg. davon ausgehen dürfte, dass auch direkt diskriminierende Maßnahmen durch das Anliegen wirksamer Kontrollen gerechtfertigt werden können, wenn auch an die Verhältnismäßigkeit hohe Anforderungen gestellt werden<sup>84</sup> – erachtete der Gerichtshof aber in demselben Urteil die ebenfalls direkt diskriminierende Verpflichtung nur ausländischer Arbeitgeber,

---

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191. S. auch EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803.

<sup>80</sup> EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885.

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>84</sup> S. so auch schon; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831, Rn. 70 ff., wo der EuGH festhält, dass die Pflicht von im Ausland ansässiger Unternehmen zur Erteilung zusätzlicher Auskünfte (im Vergleich zu den einheimischen Unternehmen obliegenden Verpflichtungen) aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könne (unter Vorbehalt der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes).

bestimmte Unterlagen zu übersetzen und auf der Baustelle des Aufnahmemitgliedstaates bereitzuhalten, für gerechtfertigt, da diese Maßnahme der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben diene.

Setzt man diese Rechtsprechung in Bezug zur sonstigen Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung,<sup>85</sup> so kann man wohl grundsätzlich formulieren, dass die Notwendigkeit der Kontrolle der Einhaltung der für die Arbeitnehmerentsendung geltenden Regeln angesichts des Zusammenhangs solcher Regeln und ihrer Einhaltung mit dem sozialen Frieden durchaus im Interesse der Wahrung der öffentlichen Ordnung erfolgen kann, so dass Art. 46 EGV einschlägig sein kann.

- Eine automatische Anpassung anderer Löhne als der von Art. 3 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c) RL 96/71 erfassten Mindestlöhne (etwa die automatische Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten) könne grundsätzlich nicht durch Gründe des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden, da unklar sei, inwiefern eine solche Anpassung tatsächlich zum sozialen Frieden beitragen könne und inwiefern den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werde. Auch könnten unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht allgemein die zwingenden Bestimmungen des nationalen Rechts auf dem Gebiet der Tarifverträge zu zwingenden Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung erklärt werden.<sup>86</sup>
- Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit trage jedenfalls ein Erfordernis bzw. ein Anliegen, dem bereits im Herkunftsstaat entsprochen wird, nicht Rechnung.<sup>87</sup>
- Eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder zwingenden Interessen des Allgemeinwohls komme von vornherein nur dann in Betracht, wenn die betreffenden Anforderungen hinreichend genau und einfach zugänglich sind, so dass (auch) der ausländische Arbeitgeber ihnen leicht nachkommen kann.<sup>88</sup>
- Die Verpflichtung von entsendenden Unternehmen, zum Zwecke der Hinterlegung der für Kontrollen durch die zuständigen nationalen Stellen notwendigen Unterlagen einen im Inland ansässigen *ad hoc*-Vertreter zu bestellen, sei nicht mit Art. 49 EGV vereinbar: Denn diese Verpflichtung bringe einen zusätzlichen Verwaltungs- und Finanzaufwand mit sich, der nicht durch Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt werden könne, da nicht nachgewiesen sei, dass allein die Aufbewahrung der fraglichen Unterlagen durch einen in Luxemburg ansässigen Vertreter den Behörden die ihr obliegenden Kontrollen gestatte, zumal wenn im Aufnahmemitgliedstaat keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt sind.<sup>89</sup>
- Hingegen verbiete es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht, die Beachtung der eigenen allgemeinverbindlichen Mindestregelungen mit geeigneten und erforderlichen Mitteln durchzusetzen. Daher sei die Pflicht zur Übermittlung bestimmter Unterlagen über das Arbeitsverhältnis, entsandte Arbeitnehmer sowie ihre Bereitstellung am Arbeitsort oder an einem anderen Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates zwecks Durchführung behördlicher Kontrollen grundsätzlich

---

<sup>85</sup> Wonach die öffentliche Ordnung nur dann betroffen ist, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft berührt ist, das über diejenige Gefährdung hinausgeht, die notwendigerweise mit jedem Verstoß gegen nationale Rechtsvorschriften einhergeht, vgl. grundlegend EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999, Rn. 33/35, vgl. sodann etwa EuGH, Rs. C-514/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2006, I-963, Rn. 23 ff.

<sup>86</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>87</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008. S. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453.

<sup>88</sup> EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008; s. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453.



zulässig; auch die Erteilung zusätzlicher Auskünfte sowie die Bereithaltung der Unterlagen in der Sprache des Aufenthaltsstaates könne verlangt werden.<sup>90</sup>

## 2. Zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des FZA

Ausgehend von den entwickelten Auslegungsgrundsätzen des Freizügigkeitsabkommens<sup>91</sup> ist davon auszugehen, dass die skizzierte Rechtsprechung in Bezug auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens greift: Denn Art. 5 Abs. 1 Anhang I verweist auf die Rechtfertigungsmöglichkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit, und Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA ist die Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu entnehmen. Da hiermit ersichtlich die Terminologie des EG-Vertrages bzw. der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH aufgenommen wird, sind die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit aufgrund des Freizügigkeitsabkommens Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zulässig sind, heranzuziehen, wobei auch hier<sup>92</sup> grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die diesbezüglichen Grundsätze bereits vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens am 21.6.1999 entwickelt und durch die nachfolgende Rechtsprechung präzisiert wurden.

Vor dem Hintergrund dieses Grundsatzes sollen im Folgenden – auch im Anschluss an die den Verfasserinnen zur Begutachtung vorgelegten Fragen,<sup>93</sup> wobei die nachfolgend erörterten Aspekte aber durchaus unabhängig von diesen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung sein dürften – ausgewählte Vorgaben des schweizerischen Rechts bzw. Maßnahmen schweizerischer Behörden auf ihre Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen geprüft werden. Im Einzelnen geht es um folgende Themenkomplexe: Meldepflicht (a), Kontrollverfahren (b), Auferlegung gewisser Kosten (c), Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern (d) sowie ausgewählte Aspekte der Sanktionen (e).

Die Rechtsgrundlagen dieser Maßnahmen sind Teil der sog. „flankierenden Maßnahmen“, die befürchtete (möglicherweise) negative Auswirkungen der Einführung der Personenfreizügigkeit „abfedern“ sollen und im Wesentlichen folgende Bereiche bzw. Rechtsakte umfassen:<sup>94</sup>

- Bundesgesetz über die minimalen Arbeit- und Lohnbedingungen für die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer und flankierende Maßnahmen (Entsendegesetz<sup>95</sup>) und die dazu gehörende Verordnung (Entsendeverordnung<sup>96</sup>);
- Art. 360a-360f OR: ergänzende Bestimmungen über den Normalarbeitsvertrag im Obligationenrecht;
- Art. 1a, Art. 2 Ziff. 3<sup>bis</sup>, Art. 6 und Art. 20 Abs. 2 AVEG: ergänzende und geänderte Bestimmungen im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen<sup>97</sup>;

<sup>90</sup> EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

<sup>91</sup> Oben B.II.

<sup>92</sup> Vgl. bereits bezüglich des Vorliegens eines Eingriffs oben C.I.2.

<sup>93</sup> Vgl. oben A.

<sup>94</sup> Vgl. ausführlich zu diesen „flankierenden Maßnahmen“ *Portmann*, in: *Bilaterale Verträge I & II*, 327 ff.; *Tiefenthal*, *Flankierende Maßnahmen, passim*. Beide Autoren problematisieren jedoch nicht die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen (bzw. zumindest mancher dieser Maßnahmen) mit dem Freizügigkeitsabkommen.

<sup>95</sup> SR 823.20.

<sup>96</sup> SR 823.201.

- Art. 115 Abs. 3 IPRG: ergänzende Bestimmungen über den Gerichtsstand im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht.

Das Entsendegesetz lehnt sich an die RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen<sup>98</sup> an, welche die Entsendeproblematik innerhalb der Europäischen Union regelt. Da das Freizügigkeitsabkommen in Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA direkt Bezug auf diese Richtlinie nimmt, ist davon auszugehen, dass sich das Entsendegesetz an den Vorgaben dieser Richtlinie orientierte, so dass diese sowie die vom EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 49 EGV entwickelten Grundsätze zur Auslegung des Entsendegesetzes heranzuziehen sind.<sup>99</sup>

Das Entsendegesetz will verhindern, dass die Ausführung von (öffentlichen oder privaten) Aufträgen durch entsandte Arbeitnehmer zu einem „Lohn- und/oder Sozialdumping“, zu Lasten der Arbeitnehmer in der Schweiz, führt. Zu diesem Zweck zählt das Gesetz die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen auf, die den entsandten Arbeitnehmern gewährt werden müssen, indem sie eine bestimmte Anzahl der in der Schweiz geltenden Regelungen auf diese Arbeitnehmer anwendbar erklärt. Die Liste der einzuhaltenden Normen und der betroffenen Bereiche entspricht derjenigen der RL 96/71. Es handelt sich um die folgenden Bereiche:

- Arbeits- und Ruhezeit;
- Mindestdauer der Ferien;
- minimaler Lohn;
- Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz;
- Schutz von Jugendlichen, Kindern, Schwangeren und Wöchnerinnen;
- Gleichbehandlung von Mann und Frau.

Allerdings müssen diese Regelungen in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, in für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder in Normalarbeitsverträgen enthalten sein.

Die Aufsicht über den Vollzug ist in Art. 14 EntsG geregelt. Die zuständige Bundesbehörde zur Beaufsichtigung des Gesetzesvollzugs ist das SECO. Das SECO kann den in Art. 7 EntsG aufgeführten Kontrollorganen verbindliche Weisungen erteilen (Art. 14 EntsG, Art. 17 EntsV).

Die bisher ergangenen Weisungen des SECO<sup>100</sup> beinhalten Folgendes:

- Die Kantone müssen sicherstellen, dass die kantonalen tripartiten Kommissionen ihre Aktivitäten mit jenen der paritätischen Kommissionen koordinieren.<sup>101</sup>
- Die kantonalen tripartiten Kommissionen müssen in denjenigen Branchen, in denen kein GAV besteht, bei gemeldeten entsandten Arbeitnehmenden mit einer angemessenen hohen Kontrolldichte ihre Lohn- und Arbeitszeitbedingungen kontrollieren. Sie müssen in den „Risikobranchen“ (wie z.B. Transport, Detailhandel, Landwirtschaft und Temporärarbeit) regelmäßig von sich aus Stichproben bezüglich der Lohn- und Arbeitszeitbedingungen durchführen sowie den eingegangenen Anzeigen Folge leisten.<sup>102</sup>
- Die paritätischen Kommissionen müssen dafür sorgen, dass in den Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten GAV in einer angemessenen hohen Dichte Kontrollen betreffend Lohn- und Arbeitszeitbedingungen der entsandten Arbeitnehmenden durchgeführt werden.<sup>103</sup>
- An ausländische Arbeitgeber gerichtete Schriftstücke mit Verfügungscharakter sind grundsätzlich auf dem diplomatischen Weg zuzustellen.<sup>104</sup>
- Vorgehen beim internationalen Lohnvergleich.<sup>105</sup>

## a) Meldepflicht

Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen im Entsendegesetz und in der Entsendeverordnung (Art. 6 EntsG, Art. 6 EntsV) sehen eine Meldepflicht, im Rahmen derselben ein

<sup>97</sup> SR 221.215.311.

<sup>98</sup> ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>99</sup> Teilweise wird gar davon gesprochen, dass das Entsendegesetz *de facto* die RL 96/71 umsetze, vgl. *Tiefenthal*, Flankierende Maßnahmen, 117.

<sup>100</sup> Vgl. auch die Liste der Weisungen im Materialeinverzeichnis zu dieser Studie.

<sup>101</sup> Weisung des SECO vom 20.12.2004/ 14.1.2005 an die Kantone und die kantonalen tripartiten Kommissionen.

<sup>102</sup> Weisung des SECO vom 20.12.2004/ 14.1.2005 an die Kantone und die kantonalen tripartiten Kommissionen.

<sup>103</sup> Weisung des SECO vom 20.12.2004 an die zentralen paritätischen Organisationen.

<sup>104</sup> Weisung des BFM und des SECO vom 25.2. 2005 an die Kantone.

<sup>105</sup> Weisung des SECO vom 11.11.2008 über den internationalen Lohnvergleich.

Meldeverfahren einzuhalten ist, vor. Im Einzelnen sind folgende Elemente der geltenden gesetzlichen Regelung hervorzuheben:

- Die Meldepflicht nach Art. 6 EntsG, Art. 6 EntsV kann von vornherein nur dann greifen, wenn ein im EU-Ausland ansässiger Arbeitgeber zur Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung „seine“ Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet.
- Die Meldung hat vor Beginn der Erbringung der Dienstleistung an die zuständige kantonale Behörde in schriftlicher Form mit dem amtlichen Formular in der Amtssprache des Einsatzortes zu erfolgen. Sie muss insbesondere die Identität der entsandten Personen, die in der Schweiz ausgeübte Tätigkeit und den Ort, an dem die Arbeit ausgeführt wird, enthalten. Zusätzlich muss der ausländische Arbeitgeber eine Erklärung beilegen, in der er bestätigt, die minimalen Arbeits- und Lohnbestimmungen nach Art. 2, 3 EntsG zur Kenntnis genommen zu haben und sich verpflichtet diese einzuhalten (Art. 6 Abs. 2 EntsG).<sup>106</sup>
- Das Meldeverfahren ist grundsätzlich für alle Arbeiten obligatorisch, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern. Es gibt jedoch Branchen bei welchen immer eine Meldung erfolgen muss, und zwar unabhängig von der Dauer der Arbeiten (Art. 6 Abs. 1, 2 EntsV). Dies gilt für folgende Wirtschaftszweige: das Bauhaupt- und das Baunebengewerbe, das Gastgewerbe, das gewerbliche und das private Reinigungsgewerbe, das Reisengewerbe, den Sicherheits- und Überwachungsdienst sowie das Erotikgewerbe (Art. 5, Art. 6 Abs. 2 lit. a)-d) EntsV).
- Nach Art. 6 Abs. 3 EntsG darf die Arbeit frühestens acht Kalendertage nach der Meldung des Einsatzes aufgenommen werden. Der Meldetag wird für die Fristberechnung nicht mitgezählt. Die Absicht des Gesetzgebers bei der Schaffung dieser Norm war, ein ausdrückliches Verbot der vorzeitigen Arbeitsaufnahme zu schaffen und nicht eine bloße Ordnungsvorschrift.<sup>107</sup> Es darf grundsätzlich erst dann mit der Arbeit begonnen werden, wenn die acht Tage abgelaufen sind. Eine Arbeitsaufnahme vor Ablauf der achttägigen Frist ist aber (ausschließlich) in den in Art. 6 Absatz 3 EntsV genannten Fallgestaltungen zulässig, die nach dem Wortlaut der Verordnung auf „Notfälle“ (wie Reparaturen, Unfälle oder Naturkatastrophen) sowie andere nicht vorhersehbare Ereignisse beschränkt sind; frühestens kann die Arbeit jedoch am Tag der Meldung aufgenommen werden.
- Im Falle des Verstoßes gegen die genannten Vorgaben kann die zuständige Behörde eine Verwaltungsbuße bis zu CHF 5'000 aussprechen (Art. 9 EntsG).

Diese Regelungen dienen in erster Linie dazu, die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch den Arbeitgeber zu ermöglichen. Die „Wartefrist“ von acht Tagen soll es den kantonalen Behörden ermöglichen, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben auch tatsächlich zu überprüfen.<sup>108</sup>

Wendet man die durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Kriterien bzw. Vorgaben für die Zulässigkeit einer solchen Meldepflicht bzw. „Vorabanzeige“ auf die skizzierten Vorgaben an und fragt dementsprechend nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen, so ist zwischen zwei Problemkreisen zu unterscheiden:

- Erstens fragt es sich grundsätzlich, ob für die Meldepflicht ein Rechtfertigungsgrund greifen kann: Da es sich nämlich um eine direkt diskriminierende Maßnahme handelt (sind doch nur im Ausland ansässige Dienstleistungsunternehmen dieser Pflicht

<sup>106</sup> Art. 6 Abs. 1 EntsG und Art. 6 Abs. 4, 5 EntsV. Die Bundesverwaltung hat in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein offizielles Meldeformular für entsandte Arbeitnehmende ausgearbeitet. Dieses Meldeformular kann auf der Homepage des Bundesamtes für Migration heruntergeladen werden.

<sup>107</sup> SECO, Kommentar, Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 27.

<sup>108</sup> Vgl. *Wiegelt*, in NZZ Online, 2.8.2008.



unterworfen), könnten grundsätzlich nur die in Art. 46 EGV aufgeführten Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit greifen, nicht aber sonstige zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls.<sup>109</sup> Das Anliegen wirksamer Kontrollen im Hinblick auf die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben dürfte jedoch nicht in jedem Fall unter diese eng auszulegende Ausnahmvorschrift fallen, die eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft, das über diejenige Gefährdung hinausgeht, die notwendigerweise mit jedem Verstoß gegen nationale Rechtsvorschriften einhergeht, voraussetzt.<sup>110</sup> Andererseits ist aber daran zu erinnern, dass der EuGH auch direkt diskriminierende „Kontrollregelungen“ im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung durchaus grundsätzlich als einer Rechtfertigung zugänglich angesehen hat,<sup>111</sup> so dass es nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, dass mit der skizzierten Regelung im Entsendegesetz und in der Entsendeverordnung verfolgte Ziel einer wirksamen Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben als zulässigen Rechtfertigungsgrund im Rahmen des Anliegens der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung anzusehen,<sup>112</sup> jedenfalls soweit es – was in Bezug auf die bei einer Arbeitnehmerentsendung zu beachtenden Vorgaben vertretbar sein dürfte – um ein Grundinteresse der Gesellschaft berührende Vorgaben geht.

- Zweitens muss die nationale Maßnahme aber den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen, wobei in Bezug auf die hier zur Debatte stehenden Regelungen die Geeignetheit im Hinblick auf das verfolgte Ziel einer wirksamen Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften unproblematisch sein dürfte. Darüber hinaus fragt es sich jedoch, ob die geltende Regelung auch erforderlich ist, also das (in Bezug auf die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit) mildeste Mittel zur Verfolgung des angestrebten Zwecks darstellt. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH dürften hier folgende Elemente entscheidend sein:
  - Zunächst ist die geltende Regelung hinreichend klar ausgestaltet.<sup>113</sup> Denn die Frist von acht Tagen ist klar geregelt, und auch die in Art. 6 Abs. 3 EntSV vorgesehenen Ausnahmen, verbunden mit der Auflage, die Arbeiten frühestens am Tag der Anzeige aufzunehmen, sind hinreichend klar formuliert.
  - Weiter lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass Anzeigepflichten im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern nicht *a priori* unverhältnismäßig sind, hat er sie doch in mindestens zwei Urteilen als im Vergleich zu Visumpflichten oder dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis als mildere Mittel angesehen.<sup>114</sup> Dies überzeugt auch insofern, als solche Erklärungen – und bei der hier zur Debatte stehenden Meldepflicht handelt es sich um eine einfache Erklärung, da sich die Pflicht in der Meldung erschöpft und

<sup>109</sup> Vgl. in diesem Sinn EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095. Aus diesem Grund könnte man die Unvereinbarkeit der Meldepflicht mit Art. 46 EGV vertreten, vgl. *Epinney/Mosters*, SJER 2007/2008, 55 (78 f.).

<sup>110</sup> Vgl. EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999, Rn. 33/35, vgl. sodann etwa EuGH, Rs. C-514/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2006, I-963, Rn. 23 ff.

<sup>111</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008. S. hierzu schon oben C.II.1.

<sup>112</sup> In diese Richtung wohl auch KOM (2006)159 endg., 5 f.

<sup>113</sup> Dies etwa im Gegensatz zu der in der Rs. C-319/06 zur Debatte stehenden luxemburgischen Regelung, die lediglich vorsah, dass eine Art Vorabanzeige „vor Aufnahme der Arbeit“ zu erfolgen hat, da aus dieser Formulierung der Zeitraum gerade nicht hervorgehe, vgl. EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008.

<sup>114</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885.

keine behördliche Genehmigung vorgesehen ist – die Behörden in die Lage versetzen sollen, die über die Entsendung mitgeteilten Informationen zu überprüfen, dies ggf. auch bei Kontrollen vor Ort. Da es den Behörden keinesfalls möglich ist, einen auch nur ungefähren Überblick über alle Arbeitnehmerentsendungen zu haben, die eine Kontrolle ermöglichen, ist auch kein milderer Mittel ersichtlich, das solche Kontrollen erlaubte. Insofern dürfte also der Grundsatz der Meldepflicht mit dem Abkommen im Einklang stehen.

Zu beachten ist jedoch, dass sich eine solche Meldefrist nur in dem Fall rechtfertigen lässt, in dem das dienstleistende Unternehmen tatsächlich Arbeitnehmer einsetzt; sofern die Arbeiten jedoch von dem selbständigen Unternehmer selbst durchgeführt werden, kann das Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben von vornherein nicht greifen, da sich diese ja nur auf Arbeitnehmer beziehen. Insofern ist es folgerichtig, dass die in Art. 6 EntsG verankerte Meldepflicht nur dann zum Zuge kommt, wenn es um den Einsatz von entsandten Arbeitnehmern geht.

- Fraglich ist hingegen, ob die „Wartefrist“ von acht Tagen ab der Meldung bis zur Aufnahme der Tätigkeit – die neben der Meldepflicht selbst eine zusätzliche Erschwerung der Aufnahme der Dienstleistung impliziert – den Anforderungen der Erforderlichkeit genügt. Dafür könnte sprechen, dass diese acht Tage notwendig sind, um es der Behörde zu ermöglichen, im Vorfeld der Durchführung der Arbeiten die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zu kontrollieren. Auch könnte eine Kontrolle bei sehr kurzen, aber gleichwohl meldepflichtigen Dienstleistungen während der Dauer der Entsendung schwierig bis unmöglich sein. Auch wenn diese Erwägungen im Einzelfall zutreffen mögen, fällt es doch schwer zu erkennen, warum sie eine generalisierte Wartefrist – mit Ausnahme der jedoch sehr eng umschriebenen „Notfälle“ und unvorhersehbaren Ereignisse – zu begründen vermag. Denn in vielen Fällen ist davon auszugehen, dass eine Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben ohne weiteres während der Durchführung der Dienstleistung möglich ist,<sup>115</sup> so dass jedenfalls eine generalisierte Wartefrist von acht Tagen den Anforderungen der Erforderlichkeit nicht entspricht.

Diese Schlussfolgerung wird noch dadurch bestätigt, dass es Konstellationen gibt, in denen die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit bzw. die Erbringung von Dienstleistungen vom Ausland aus mit entsandten Arbeitnehmern letztlich illusorisch ist, wenn die Wartefrist eingehalten werden muss; zu denken ist hier insbesondere an die Situation auf Baustellen, wo eine nahtlose Durchführung von Arbeiten in der Regel schon aus Termingründen von höchster Bedeutung ist, gewisse Arbeiten jedoch erst nach Abschluss von Vorarbeiten durchgeführt werden können, deren Dauer häufig nicht genau geplant werden kann. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich jedoch, dass eine Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit jedenfalls

<sup>115</sup>

S. in diesem Sinn auch die Ausführungen in EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191, Rn. 31: „Würde ein Dienstleistungsunternehmen verpflichtet, den örtlichen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die der Entsendung zugrunde liegende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen, so wäre dies eine Maßnahme, die ebenso wirksam wäre wie die fragliche Bedingung und zugleich weniger einschneidend. Sie würde es den betreffenden Behörden ermöglichen, die Einhaltung der luxemburgischen Vorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Regeln auf diesem Gebiet unterliegt“. Ähnlich EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-19.1.2006, Rn. 41.

dann nicht in Betracht kommen kann, wenn der freie Dienstleistungsverkehr in bestimmten Sektoren „illusorisch“ gemacht wird.<sup>116</sup>

Vor diesem Hintergrund müssten also entweder die Ausnahmen in Art. 6 Abs. 3 EntsV erheblich erweitert oder die Regelung in Art. 6 EntsG modifiziert werden.

- Soweit es um die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen geht, dürften diese soweit den Anforderungen des Freizügigkeitsabkommens entsprechen, als die Primärpflichten ebenfalls mit diesem im Einklang stehen; soweit dies nicht der Fall ist, untermauern sie noch den beschränkenden Charakter der nicht mit dem Abkommen vereinbaren nationalen Regelungen.

## b) Kontrollverfahren

Die Einhaltung der Anforderungen des Entsendegesetzes obliegt nach Art. 7 Abs. 1 EntsG je nach anwendbarer Rechtsquelle den jeweils spezifisch mit der Kontrolle beauftragten Organen.

Bei Bestimmungen eines Normalarbeitsvertrages über Minimallöhne im Sinne von Art. 360a OR sind die durch den Bund oder die Kantone eingesetzten tripartiten Kommissionen für diese Kontrolle zuständig, bei Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages sind dies die paritätischen Organe und bei den übrigen Bestimmungen sind subsidiär die durch die Kantone bezeichneten Organe verantwortlich. Gemäß Art. 9 Abs. 1 EntsG haben die jeweiligen Kontrollorgane, im Falle der Feststellung eines Verstoßes gegen das Entsendegesetz diese der zuständigen Behörde zu melden.

Die jeweiligen Kommissionen sind jedoch nicht befugt, den fehlbaren Arbeitgeber zur Zahlung der festgestellten Lohndifferenz zu verurteilen, dies bleibt allein dem Zivilrichter vorbehalten. Die Kompetenz der tripartiten und der paritätischen Kommissionen beschränken sich einzig darauf, den fehlbaren Arbeitgeber auf den Verstoß hinzuweisen und ihn zur Einhaltung der anwendbaren Bestimmung aufzufordern.<sup>117</sup>

In unserem Zusammenhang sind insbesondere die dem dienstleistenden Unternehmen im Zusammenhang mit der Kontrolle obliegenden Verpflichtungen relevant:

- Nach Art. 7 Abs. 2 EntsG hat der Arbeitgeber den Kontrollorganen auf deren Verlangen alle Dokumente zuzustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen für die entsandten Arbeitnehmenden belegen. Diese Bestimmung dürfte – auch im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 3 EntsG gesehen – davon ausgehen, dass es genügt, wenn die erforderlichen Angaben in bestehenden Unterlagen enthalten sind und den Behörden in verständlicher und geordneter Form vorgelegt werden können.
- Falls die notwendigen Unterlagen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 EntsG nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so hat der Arbeitgeber das Einhalten der gesetzlichen Bestimmungen auf andere Art und Weise zu beweisen, es sei denn, ihn treffe am Verlust der Unterlagen kein Verschulden (Art. 7 Abs. 3 EntsG).
- Der Arbeitgeber muss den Kontrollorganen jederzeit freien Zutritt zum Arbeitsplatz und den Verwaltungsräumen gewähren, Art. 7 Abs. 4 EntsG.
- Schließlich sieht Art. 8 EntsV spezifisch in Bezug auf den Nachweis der Zahlung der Sozialbeiträge im Ausland vor, dass in bestimmten Fallkonstellationen – im Wesentlichen bei Vorliegen von Verdachtselementen – vom ausländischen Arbeitgeber der Nachweis zu erbringen ist, dass er die Zahlung der Sozialbeiträge im Ausland effektiv geleistet hat.

<sup>116</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191. S. schon oben C.II.1.

<sup>117</sup> Vgl. *Tiefenthal*, Flankierende Maßnahmen, 125 f.

Diese Verpflichtungen sollen es den Kontrollbehörden ermöglichen, tatsächlich die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben überprüfen zu können, so dass sich die Frage nach der Rechtfertigung dieser Verpflichtungen – die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen<sup>118</sup> – stellt.

Da es sich auch hier um direkt diskriminierende Vorschriften handelt, da sie – wie sich schon aus dem Anwendungsbereich des Entsendegesetzes ergibt – nur auf im Ausland ansässige Arbeitgeber Anwendung findet, stellt sich entsprechend der Problematik in Bezug auf die Meldepflicht die Frage der grundsätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit, von der im Folgenden im Anschluss an die oben angestellten Überlegungen<sup>119</sup> ausgegangen wird.

Entscheidend dürfte in diesem Zusammenhang die Frage nach der Verhältnismäßigkeit dieser „Kontrollpflichten“ sein: Während von ihrer Geeignetheit zur Erreichung dieser Zielsetzung grundsätzlich auszugehen ist, könnte die Erforderlichkeit hingegen fraglich sein, da die Einreichung der Unterlagen möglicherweise über das hinausgeht, was tatsächlich zur Verifizierung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben notwendig ist. Auch der jederzeitige Zugang zum Arbeitsplatz könnte insofern zu weit gehen, als auch ein angemeldeter Besuch die notwendigen Kontrollen ermöglichen könnte.

Analysiert man jedoch die gesetzlichen Vorgaben selbst, so dürften diese den Anforderungen der Erforderlichkeit entsprechen: Denn der Gesetzgeber verlangt lediglich, dass diejenigen Dokumente vorzulegen sind, die „die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ belegen (Art. 7 Abs. 2 EntsG). Man wird daraus folgen dürfen, dass eben nur solche Dokumente verlangt werden können, so dass Dokumente, die zum Nachweis der Einhaltung dieser Bedingungen nicht notwendig sind, gerade nicht verlangt werden dürfen. Auch muss die Vorlage eines Dokuments – sofern daraus die gewünschten Nachweise bzw. Informationen hervorgehen – genügen, so dass nicht zusätzliche Dokumente über dieselbe Frage verlangt werden dürfen. Insofern dürfte diese Vorlagepflicht daher den Anforderungen der Erforderlichkeit entsprechen, da nur über die Vorlage solcher Dokumente die Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewährleistet werden kann. Was den jederzeitigen Besuch am Arbeitsplatz betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass wohl nur auf diesem Weg tatsächlich die Einhaltung der Bestimmungen über die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz kontrolliert werden können.

Im Ergebnis steht daher Art. 7 EntsG mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens im Einklang. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung auch in der Praxis entsprechend (abkommenskonform) anzuwenden ist.

Auch die Rechtsprechung des EuGH dürfte die hier vertretene Ansicht bestätigen: Denn der Gerichtshof geht grundsätzlich davon aus, dass die Hinterlegung oder Zurverfügungstellung gewisser Unterlagen im Hinblick auf die Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben mit Art. 49 EGV im Einklang steht.<sup>120</sup>

### **c) Auferlegung gewisser Kosten**

Nach Art. 8a S. 1 EntsV haben ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, die Beiträge an die Kontroll- und Vollzugskosten, die ein für allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Arbeitgebern und

---

<sup>118</sup> S.o. C.I.2.

<sup>119</sup> Vgl. C.II.2.a).

<sup>120</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Urt. v. 19.6.2008; s. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453. S. oben C.II.1.

Arbeitnehmern auferlegt, zu entrichten. Weiter müssen sie gegenüber den durch den GAV eingesetzten paritätischen Organen für die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerbeiträge aufkommen (Art. 8a S. 2 EntsV).

Der Hintergrund dieser Verpflichtung ist darin zu sehen, dass die entsandten Arbeitnehmer bzw. deren Arbeitgeber der Verpflichtung unterstellt werden sollen, die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen festgelegten Vollzugskostenbeiträge zu entrichten. Diese Unterstellung wird durch zwei Erwägungen gerechtfertigt: Auf der einen Seite ergibt sich aus der Anwesenheit der entsandten Arbeitnehmer ein Mehraufwand an Arbeit für die Sozialpartner, welche damit betraut sind, über die Anwendung der Bestimmungen „ihrer“ Gesamtarbeitsverträge zu wachen. Auf der anderen Seite sollten diejenigen Maßnahmen ergriffen werden, die zur Gewährleistung einer fairen Konkurrenz zwischen nationalen und ausländischen Unternehmen notwendig sind.<sup>121</sup>

Neben den paritätischen Kommissionen, kontrollieren auch die kantonalen Behörden die Einhaltung des Entsendegesetzes. Die kantonalen Behörden können den fehlbaren Arbeitgebern, gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. c) EntsG, die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen. Es handelt sich dabei um die Kontrollkosten der kantonalen Behörden. Diese Verfahrenskosten richten sich nach kantonalen Gesetzen und sind nicht Gegenstand des Entsendegesetzes oder seiner Verordnung. Eine verbindliche Weisung des SECO zur Bemessung der Kontrollkosten liegt nicht vor.<sup>122</sup> Die kantonalen Stellen, welche die Kontrollkosten in Rechnung stellen, sind die für den Vollzug der flankierenden Maßnahmen zuständigen Stellen. Meist handelt es sich dabei um die kantonalen Arbeitsämter.<sup>123</sup>

Eines der größten Probleme im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmern betrifft die Vollstreckung von Forderungen, die in Anwendung des Gesetzes gegen einen Arbeitgeber entstehen, dessen Geschäftssitz im Ausland ist. Die Schweiz hat sich zur Lösung dieses Problems für eine durch die Sozialpartner ausgehandelte Branchenlösung entschieden. Bereits vor der Einführung des Art. 2 Abs. 2<sup>ter</sup> EntsG konnte eine Branche von den Arbeitgebern fordern, dass diese einen Betrag zur Deckung von Forderungen hinterlegen, die auf Grund der Nichteinhaltung des Gesamtarbeitsvertrags entstehen. Nach dem Gesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen können solche Klauseln für allgemeinverbindlich erklärt werden (vgl. Art. 3 AVEG). Jede Branche ist bei der Festlegung der Höhe sowie der Form der Kautions frei. Bei der Kautions handelt es sich wohlgermerkt nicht um einen Betrag, der vor Ausführung jedes einzelnen Auftrags hinterlegt werden muss, sondern vielmehr um einen einmal zu leistenden Betrag, der für alle von einem Arbeitgeber ausgeführten Aufträge gilt. Mit der Einführung des Art. 2 Abs. 2<sup>ter</sup> EntsG wurden die Bestimmungen des Gesetzes zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen auch auf ausländische Arbeitgeber ausgedehnt, die Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden.<sup>124</sup>

Derartige Bestimmungen können aber nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Parteien des GAV die notwendige Gewähr für eine geordnete Durchsetzung bieten. Nach der Lehre<sup>125</sup> handelt es sich dabei um folgende Punkte:

- die Kautions muss ausschließlich der Sicherung der Vertragseinhaltung dienen;

<sup>121</sup> Erläuternder Bericht zum Verordnungsentwurf über die Revision der Verordnung zum Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003, 4.

<sup>122</sup> Vgl. *SECO*, Kommentar, Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 46.

<sup>123</sup> Vgl. die Übersicht der kantonalen Arbeitsämter unter [www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/die\\_oe/kontakt/kantonale\\_behoerden/adressen\\_kantone\\_und.html](http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/die_oe/kontakt/kantonale_behoerden/adressen_kantone_und.html).

<sup>124</sup> Vgl. Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 13 f.

<sup>125</sup> Vgl. Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 26; *Schweingruber/Bigler*, Kommentar, 114.



- die Kautionsleistung muss bei einer Bank hinterlegt werden, und zwar auf den Namen des Kautionsleistenden;
- die Fälle, in denen auf die Kautionsleistung zurückgegriffen werden kann, sind genau zu regeln;
- ebenso ist die Frage, wer die Kautionsleistung in Anspruch nehmen kann und wann dies geschehen kann, genau zu regeln;
- schließlich müssen Bestimmungen vorhanden sein, aus denen sich die Art und Weise der Rückzahlung der Kautionsleistung ergibt.

Die Kautionsleistung kann grundsätzlich sowohl zur Deckung der individuellen Lohnansprüche der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als auch zur Deckung ausstehender Beiträge an Weiterbildungskosten oder Kontrollkosten sowie im Zusammenhang mit Konventionalstrafen verwendet werden. Da es sich um eine rein vertragliche Lösung handelt, ist es im Gegenzug den kantonalen Behörden untersagt, die hinterlegte Kautionsleistung zur Begleichung von Bußen oder Kontrollkosten zu verwenden, die sie den ausländischen Arbeitgebern auferlegt haben.<sup>126</sup>

Obwohl es sich bei den hier zur Debatte stehenden Maßnahmen letztlich um (zunächst) vertraglich ausgehandelte Regelungen geht, sind sie am Maßstab des Freizügigkeitsabkommens zu messen: Denn unabhängig von der Frage einer direkten Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit<sup>127</sup> ist es in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass jedenfalls kollektive Regelungen – worunter solche Regelungen zu verstehen sind, die nicht individuell ausgehandelt werden – am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen sind.<sup>128</sup> Dieser Grundsatz ist vor dem Hintergrund des Prinzips der parallelen Auslegung von Abkommen und EG-Vertrag – soweit im Abkommen gemeinschaftsrechtliche Begriffe übernommen werden – und auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 2 FZA auf das Abkommen übertragbar.<sup>129</sup>

In Bezug auf die Frage, ob die skizzierten Regelungen gerechtfertigt werden können und damit mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens in Einklang stehen, ist zwischen der Auferlegung der Kontroll- und Vollzugskosten (aa) und der Frage der Kautionsleistung (bb) zu unterscheiden.

Da diese Maßnahmen alle nach dem Inkrafttreten des Abkommens eingeführt wurden (im Rahmen der sog. „flankierenden Maßnahmen II“<sup>130</sup>) könnte noch ein Verstoß gegen die sog. Stillhaltepflicht des Art. 13 FZA vorliegen. Nach dieser Bestimmung dürfen die Vertragsparteien „keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragsstaaten einführen“. Schon der Wortlaut dieser Bestimmung legt aber nahe, dass es hier nur um diskriminierende Regelungen geht, wird doch spezifisch auf Beschränkungen für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten Bezug genommen. Hierfür spricht auch der Umstand, dass es wohl kaum die Absicht der Vertragsparteien gewesen sein kann, umfassend neue Beschränkungen der im Abkommen geregelten Freiheiten zu verbieten, da dies letztlich der Neueinführung all derjenigen Regelungen entgegenstünde, die in irgendeiner Weise die Personenverkehrsfreiheiten beschränken (etwa auch alle neuen Auflagen an die Ausübung von Berufen), womit die Weiterentwicklung sowohl des gemeinschaftlichen Besitzstandes als auch der nationalen Rechtsordnungen in den vom Abkommen geregelten Bereichen verunmöglicht wäre. Daher dürfte Art. 13 FZA nur der Neueinführung diskriminierender Maßnahmen entgegenstehen. Da es sich bei den hier zur Debatte stehenden Maßnahmen jedoch jedenfalls nicht um formell diskriminierende Maßnahmen handelt, dürfte Art. 13 FZA hier nicht einschlägig sein.

<sup>126</sup> Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 23, 26 f.

<sup>127</sup> Vgl. in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-281/98 (Angonse), Slg. 2000, I-4161.

<sup>128</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. C-51/96 (Deliège), Slg. 2000, I-2549; EuGH, Rs. C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2681; EuGH, Rs. 309/99 (Wouters), Slg. 2002, I-1577.

<sup>129</sup> Ebenso mit ausführlicher Begründung *Martenet/Boillat*, SJER 2007/2008, 311 (327 ff.).

<sup>130</sup> Vgl. zu diesen *Portmann*, in: Bilaterale Verträge I & II, 327 (329 ff.).

## **aa) Zur Auferlegung von Kontroll- und Vollzugskosten**

Durch die Auferlegung der Kontroll- und Vollzugskosten sollen – wie erwähnt – in erster Linie die den Sozialpartnern durch die Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen Verpflichtungen entstehenden Kosten gedeckt werden, womit einerseits die Frage nach der Einschlägigkeit dieses Anliegens als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls (1), andererseits – im Falle der Bejahung dieser Frage – diejenige nach der Verhältnismäßigkeit der skizzierten Maßnahmen (2) aufgeworfen wird.

### (1) Zur Kostendeckung als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls

Fraglich könnte hier zunächst sein, ob das Anliegen der „Kostendeckung“ ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses darstellt, da es sich hier um einen sogenannten „wirtschaftlichen Grund“ handeln könnte, welcher Einschränkungen der Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermag.<sup>131</sup> Der EuGH sah etwa auch das Anliegen der (vollständigen) Kostendeckung öffentlicher Einrichtungen als wirtschaftlichen Grund an, dies allerdings im Zusammenhang mit dem Argument, im Inland ansässige Personen trügen über das Zahlen von Steuern bereits zur Kostendeckung der entsprechenden Einrichtungen bei.<sup>132</sup> Auch geht der Gerichtshof im Zusammenhang mit Art. 25 EGV (Verbot von Abgaben gleicher Wirkung wie Ein- und Ausfuhrzölle) in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Gebühren, die für Tätigkeiten erhoben werden, die im Allgemeinwohl liegen, nicht als Gegenleistung für eine tatsächlich erbrachte Leistung angesehen werden könnten, würden hier doch allgemeine öffentliche Aufgaben wahrgenommen, so dass es nicht um einen im Interesse des Importeurs geleisteten tatsächlichen Dienst gehe, was etwa bei gesundheitspolizeilichen Kontrollen der Fall sei.<sup>133</sup> Diese Rechtsprechung bezieht sich durchwegs auf staatliche Aktivitäten, wobei sich der Staat seinen (gemeinschaftsrechtlichen) Bindungen aber nicht dadurch entziehen kann, dass er staatliche Aufgaben auf Private überträgt, so dass im Rahmen der Art. 23, 25 EGV auch solche Gebühren nicht überwältzt werden dürfen, die sich aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch einen Privaten ergeben, auch wenn die Gebühr nicht vom Staat eingeführt bzw. erhoben wird, sondern auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Privaten beruht.<sup>134</sup>

Im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit – oder auch mit anderen Grundfreiheiten – hat sich der EuGH bislang (soweit ersichtlich) noch nicht ausdrücklich zur Problematik, ob der Staat oder gewisse Private für im öffentlichen Interessen liegende Leistungen Gebühren verlangen dürfen bzw. ob in einem solchen Fall ein wirtschaftlicher Grund im Sinne der Rechtsprechung vorliegt, geäußert.<sup>135</sup> Es ist aber höchst zweifelhaft, ob sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 25 EGV auf die Auslegung derjenigen Gründe, die als wirt-

---

<sup>131</sup> Hierzu nur EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), Slg. 1997, I-3091.

<sup>132</sup> EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

<sup>133</sup> EuGH, Rs. 132/78 (Denkavit), Slg. 1979, 1923, Rn. 7; EuGH, Rs. 314/82 (Kommission/Belgien), Slg. 1984, 1543, Rn. 12.

<sup>134</sup> EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois), Slg. 1995, I-2421, Rn. 21.

<sup>135</sup> Hingegen stellte er auch im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern klar, dass wirtschaftliche Gründe (zu denen der Schutz einheimischer Unternehmen gegen den steigenden Wettbewerbsdruck im europäischen Binnenmarkt gehöre) keine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könnten, vgl.; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831, Rn. 38 f.

schaftliche Gründe in dem Sinn anzusehen sind, dass sie von vornherein keine Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können, übertragen lässt. Denn im Rahmen von Art. 25 EGV geht es um das Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung, also um die Verpflichtung zu einer finanziellen Leistung aus Anlass des Grenzübertritts. Hingegen haben die Grundfreiheiten – insbesondere auch in ihrer Auslegung als Beschränkungsverbote – einen wesentlich weiteren materiellen Anwendungsbereich, und ihr Schutzzweck ist auch umfassender angelegt, was auch zu einer Ausweitung der Rechtfertigungsgründe führte, während ein Verstoß gegen Art. 25 EGV von vornherein keiner Rechtfertigung zugänglich ist.<sup>136</sup> Insofern weisen die Grundfreiheiten einerseits und Art. 25 EGV andererseits doch in Bezug auf ihre dogmatische Struktur erhebliche Unterschiede auf, die es verbieten, in Bezug auf die tatbestandliche Reichweite des Art. 25 EGV entwickelte Grundsätze auf die Frage der Reichweite der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten zu übertragen. In der Sache dürften die besseren Gründe dagegen sprechen, bei dem Anliegen der Beteiligung der Wirtschaftsteilnehmer an den Kontroll- und Vollzugskosten – so wie sie hier zur Debatte stehen – von wirtschaftlichen Gründen auszugehen: Zwar handelt es sich bei den Kontrollen durch die Kommissionen<sup>137</sup> durchaus um öffentliche Aufgaben, werden die Kommissionen doch durch Gesetz eingesetzt, das auch ihre Aufgaben umreißt, woran dann auch der Umstand nichts ändert, dass es um Privaten anfallende Kosten geht, zumal ihre Grundlage in Kollektivvereinbarungen zu suchen ist.<sup>138</sup> Andererseits aber hat der EuGH den Begriff der wirtschaftlichen Gründe im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten bislang in erster Linie im Sinne von protektionistischen Gründen ausgelegt,<sup>139</sup> soweit die Frage zur Debatte stand, ob man Ortsansässige von gewissen Gebühren für öffentliche Einrichtungen befreien kann, hat er bislang eine Rechtfertigung nur dann abgelehnt, wenn dies mit dem allgemeinen Steueraufkommen durch Ortsansässige (ohne dass für eine bestimmte Leistung eine Gebühr zur Debatte stand) begründet wurde.<sup>140</sup> Hingegen ist nicht ersichtlich, dass der EuGH bislang allgemein eine (staatliche oder von durch ihn ermächtigte oder beauftragte Personen erhobene) Gebühr für eine bestimmte staatliche Leistung als allgemein wegen ihrer Qualifizierung als wirtschaftlicher Grund keiner Rechtfertigung zugänglich erachtet hätte. So existieren denn auch in den Mitgliedstaaten zahlreiche Gebühren für staatliche Leistungen (etwa für die Ausstellung von Ausweisen oder die technische Kontrolle von Kraftfahrzeugen). Insofern dürfte die Erhebung einer Gebühr für eine bestimmte staatliche Leistung – auch wenn die Betroffenen sich dieser kaum oder nicht entziehen können – schon deshalb nicht als „wirtschaftlicher Grund“ angesehen werden, weil es hier nicht *per se* um eine protektionistische Maßnahme, sondern um die (teilweise) Auferlegung bzw. Überwälzung bestimmter Kosten auf die Verursacher derselben geht.<sup>141</sup>

Es ist aber zuzugeben, dass für die Gegenansicht – wonach die Kontrolle und Vollzug in diesem Zusammenhang letztlich Aufgaben im staatlichen Interesse darstellen, so dass ihre „Überwälzung“ auf Private nicht mit dem Anliegen der Kostendeckung gerechtfertigt werden kann, da es sich um einen wirtschaftlichen Grund handelte – durchaus gewisse Argumente sprechen; jedenfalls ist diese Frage bislang weder im Sekundärrecht geregelt noch hat sich der EuGH im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung oder parallelen Fragestellungen – soweit ersichtlich – hierzu geäußert.

<sup>136</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-355/00 (Freskot), Slg. 2003, I-5263.

<sup>137</sup> Vgl. zu den Kommissionen und ihrer Rolle *Portmann*, in: Bilaterale Verträge I & II, 327 (332 ff.).

<sup>138</sup> Zur grundsätzlichen Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit zumindest in Bezug auf kollektive Regelungen schon oben C.II.2.c), am Anfang.

<sup>139</sup> EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikou), Slg. 1997, I-3091.

<sup>140</sup> EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

<sup>141</sup> Selbstredend sind aber bei der Ausgestaltung solcher Gebühren die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beachten, s. noch sogleich unten C.II.2.c)aa)(2).



## (2) Zur Verhältnismäßigkeit

Damit ist aber noch nicht die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme beantwortet, wobei von der Geeignetheit der Verpflichtung zur Kostentragung im Hinblick auf die Deckung der durch die Kontrollen entstehenden Kosten jedenfalls auszugehen ist. In Bezug auf die Erforderlichkeit sind jedoch folgende Punkte zu beachten:

- Erstens dürfen die insgesamt erhobenen Kostenbeiträge die Höhe der effektiv anfallenden Kosten nicht übersteigen, würde doch in einem solchen Fall ein höherer Betrag als tatsächlich verursacht eingenommen.
- Zweitens muss darüber hinaus die Verteilung der Kosten auf die Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich in Abhängigkeit von den durch diese jeweils verursachten Kosten bzw. dem Umfang der von diesen erbrachten Dienstleistungen und Tätigkeiten erfolgen; m.a.W. ist bei der Berechnung der von jedem Unternehmen geschuldeten Kosten zu berücksichtigen, welchen Kontrollaufwand dieses jeweils (potentiell) verursacht. Damit muss die Kostenberechnung den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes und insbesondere des auch in Art. 19 Anhang I FZA niedergelegten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit entsprechen.<sup>142</sup> Unproblematisch sind vor diesem Hintergrund insbesondere solche Gebühren, die für alle in der Schweiz tätigen Betriebe gelten und die Abgaben pro Tag und Umfang der Dienstleistungserbringung vorsehen, sofern damit insgesamt die anfallenden Kosten nicht überschritten werden.

Fraglich könnte hingegen sein, ob daneben auch sog. Grundbeiträge, die für die jeweiligen Branchen an die paritätischen Kommissionen in Form einer jährlichen Abgabe zu leisten sind, mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sind. Denn die im Ausland niedergelassenen Dienstleistungserbringer verursachen grundsätzlich nur Kosten während maximal 90 Tagen, während die im Inland niedergelassenen Unternehmen das ganze Jahr tätig sind. Vor diesem Hintergrund könnte die Erhebung solcher Grundbeiträge diskriminierend und damit mit dem Abkommen unvereinbar sein. Es ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht möglich, diese Frage allgemein und abschließend für alle Branchen zu beantworten. Hinzuweisen ist aber auf zwei Elemente, die für die Beurteilung eines konkret zur Debatte stehenden Grundbeitrags relevant sind:

- Erstens dürfte die Erhebung eines solchen Grundbeitrags nicht schon *per se* mit dem Diskriminierungsverbot unvereinbar sein: Denn ein solcher kann auch dazu bestimmt sein, die jedenfalls anfallenden „Grundkosten“ für die Zurverfügungstellung der „Kontrollinfrastruktur“ zu decken, so dass sich insoweit gute Gründe für die Zulässigkeit einer Typisierung<sup>143</sup> anführen lassen. Gewisse Typisierungen und Pauschalisierungen können nämlich durchaus mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar sein, so insbesondere, wenn die zur Anwendung kommenden Kriterien sachlich begründet sind, was bei der Erhebung gewisser Grundbeiträge zur Deckung von Fixkosten jedenfalls vertretbar erscheint, fallen diese Fixkosten doch im Sinne der Zurverfügungstellung einer gewissen „Infrastruktur“

<sup>142</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung des EuGH zur Maßgeblichkeit der gemeinschaftlichen Grundrechte im Rahmen der Rechtfertigung von die Grundfreiheiten beeinträchtigenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3709; EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9609.

<sup>143</sup> Zur Zulässigkeit von Typisierungen bzw. ihrer Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz – wobei diese Grundsätze auch auf die entsprechende Problematik im Zusammenhang mit der Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit übertragen werden können – Waldmann, Diskriminierungsverbot, insbes. 69 ff.

unabhängig davon an, ob Dienstleistungen erbracht bzw. Arbeiten durchgeführt werden. Dann aber könnte es durchaus vertretbar sein, dass alle Unternehmen in gleichem Maß an der Deckung dieser Kosten teilhaben, unabhängig davon, wie viele Tage sie tatsächlich eine Dienstleistung erbringen. Zu beachten ist zudem, dass auch inländische Betriebe unabhängig von der Dauer der von ihnen durchgeführten Arbeiten die Grundbeiträge zu entrichten haben.

Allerdings vermögen diese Erwägungen lediglich die grundsätzliche Zulässigkeit eines Pauschalbetrages bzw. eines Grundbeitrags zu begründen; hingegen ändert diese grundsätzliche Möglichkeit nichts daran, dass bei der Festsetzung der Höhe dieses Beitrags selbst wiederum die Vorgaben des allgemeinen Gleichheitssatzes anzuwenden sind.<sup>144</sup> In diesem Zusammenhang ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum diejenigen Unternehmen, die potentiell während des ganzen Jahres in beliebigem Umfang in dem betreffenden Gebiet Dienstleistungen erbringen können, denselben Anteil an den „Grundkosten“ tragen sollen wie diejenigen Unternehmen, die von vornherein während des gleichen Zeitraums viel weniger lange (nämlich während eines Jahres nur höchstens 90 Tage) in demselben Gebiet tätig sein können. Denn auch Typisierungen müssen ggf. bestehenden Unterschieden zwischen verschiedenen Gruppen von Personen Rechnung tragen; bei der vorliegenden Fallgestaltung ist ein solcher relevanter Unterschied aber darin zu sehen, dass der von den Dienstleistenden verursachte (potentielle) Aufwand bei im Inland und im Ausland ansässigen Dienstleistenden unterschiedlich hoch ist und dass letztere nicht in gleichem Maß entsprechende Arbeiten verrichten können wie erstere. Daher dürften ein pauschalisierter Grundbeitrag, der der „90-Tage-Regelung“ in keiner Weise Rechnung trägt, nicht mit den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen und daher nicht mit dem Abkommen vereinbar sein. Denkbar wäre hier etwa eine Berechnung der Grundbeiträge *pro rata* – in Abhängigkeit von den potentiellen Möglichkeiten der Tätigkeit in dem betreffenden Gebiet – berechnet werden.

Insgesamt erscheint es somit vertretbar, wenn die Beiträge zu den Grundkosten in pauschalisierter Form erfolgen. Allerdings müsste bei der Festsetzung dieses Pauschalbetrags wegen der „90-Tage-Regel“ zwischen Inländern und grenzüberschreitend tätigen Dienstleistern differenziert werden, etwa durch eine Berechnung *pro rata* (in Abhängigkeit von den potentiellen Möglichkeiten der Tätigkeit in dem betreffenden Gebiet).

- Zweitens – und daran anschließend – werden damit auch die darüber hinaus zum Zuge kommenden Grenzen der Erhebung solcher Grundgebühren deutlich: Sie dürfen nur so hoch festgesetzt werden, dass mit ihnen die unabhängig von konkreten Kontrollen anfallenden Fixkosten gedeckt werden, was plausibel nachgewiesen werden muss. Insbesondere darf es bei diesen Grundgebühren nicht um eine Art „versteckte Zwangsmitgliedschaft“ in einer Branchen- oder Berufsorganisation auch für im Ausland ansässige Dienstleistungsunternehmen gehen: Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs kann von nur vorübergehend im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Unternehmen grundsätzlich nicht verlangt werden, dass dieses Mitglied einer Berufsorganisation ist oder in ein bestimmtes Register eingetragen ist, jedenfalls

---

<sup>144</sup> Aus der Rechtsprechung des EuGH ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Rechtsprechung zu Fragen der Besteuerung zu erwähnen, bei der der Gerichtshof davon ausgeht, dass die Höhe des Steuersatzes jedenfalls im Verhältnis zur Beschäftigungs- bzw. Wohnsitzdauer in dem betreffenden Mitgliedstaat zu berechnen sei, vgl. etwa EuGH, Rs. C-175/88 (Biehl), Slg. 1990, I-1779.

dann nicht, wenn das Unternehmen im Heimatstaat bereits die entsprechende gewerbliche Tätigkeit ausübt.<sup>145</sup> Diese Grundsätze sind vollumfänglich – in Anwendung der dargelegten Auslegungsgrundsätze des Freizügigkeitsabkommens<sup>146</sup> – bei der Bestimmung der Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Abkommens anwendbar.<sup>147</sup> Deutlich wird damit, dass der Erhebung solcher Grundbeiträge – selbst wenn man von der grundsätzlichen Zulässigkeit derselben ausgeht – durch das Abkommen enge Grenzen gesetzt sind, die letztlich nicht nur implizieren, dass die Höhe der Gebühren tatsächlich in Verbindung mit den notwendigen Fixkosten gebracht werden, sondern auch, dass diese Grundgebühren angesichts der dargelegten Schranken nicht sehr hoch ausfallen dürfen und jedenfalls – angesichts der „90-Tage-Regel“ – zwischen Inländern und im Ausland ansässigen Dienstleistungserbringern zu differenzieren ist (etwa durch eine Berechnung *pro rata*).

- Schließlich kann aus der Rechtsprechung allgemein abgeleitet werden, dass Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern (aber wohl auch allgemein) transparent und klar ausgestaltet sein müssen,<sup>148</sup> so dass sie nicht nur hinreichend genau formuliert, sondern auch einfach zugänglich sein müssen, damit (auch) der ausländische Arbeitgeber ihnen leicht nachkommen kann. Daher müssen die Höhe der Beiträge und ihre Berechnung (handle es sich nun um Grundbeiträge oder um Beiträge in Abhängigkeit von der Zeit der Dienstleistungserbringung) sowie die hierfür einschlägigen Rechtsgrundlagen (in der Regel der einschlägige Gesamtarbeitsvertrag) transparent und allgemein sowie einfach zugänglich sein. Weiter dürfen solche Gebühren nicht so (hoch) ausgestaltet sein, dass sie die Wahrnehmung der Grundfreiheiten übermäßig erschweren oder gar illusorisch machen.

Insgesamt ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass zwar die Erhebung von Kontrollgebühren – einschließlich der Differenzierung nach Grundgebühren und in Abhängigkeit von der Dienst- bzw. Arbeitsleistung – grundsätzlich mit dem Abkommen vereinbar ist, wobei jedoch bei der Ausgestaltung des Systems die vom Abkommen gezogenen engen Grenzen zu beachten sind. Ob und inwieweit dies der Fall ist, müsste für jede Branche und in der Regel für jeden Kanton im Einzelnen nachgeprüft werden, was im Rahmen der vorliegenden Studie nicht geleistet werden kann. Immerhin dürfte sich allgemein aus dem Abkommen ergeben, dass pauschalisierte Grundgebühren wegen der „90-Tage-Regel“ ohne Unterscheidung zwischen Inländern und im Ausland ansässigen Unternehmen nicht mit dem Abkommen vereinbar sind. Hinzuweisen ist ergänzend noch auf den Umstand, dass die gesetzlichen Vorgaben bzw. die Regelungen in den Gesamtarbeitsverträgen jedenfalls abkommenskonform auszulegen und anzuwenden sind.

### **bb) Zur Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions**

Die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions – die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, soweit im Ausland ansässige Unternehmen, die in der Schweiz Dienstleistungen erbringen, betroffen sind – kann grundsätzlich durch das Anliegen

---

<sup>145</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-58/98 (Corsten), Slg. 2000, I-7919; EuGH, Rs. C-215/01 (Schnitzer), Slg. 2003, I-14847; EuGH, Rs. C-131/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-1659.

<sup>146</sup> Oben B.II.

<sup>147</sup> S. schon *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2003, 85 (107 ff.).

<sup>148</sup> Vgl. etwa EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; zur Rechtsprechung auch schon oben C.II.1.

der Durchsetzung von sich aus dem Gesetz oder Gesamtarbeitsverträgen ergebenden Forderungen gerechtfertigt werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dies sogar für diskriminierende Maßnahmen (also wenn die Kautionspflicht nur von im Ausland ansässigen Unternehmen verlangt wird), dies immer soweit nachgewiesen ist, dass die Vollstreckung von Forderungen im Ausland (insbesondere mangels entsprechender internationaler Vereinbarungen) im Vergleich zur Situation im Inland erheblich erschwert ist.<sup>149</sup>

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auch eine (kantonale) Regelung, die für alle in ihrem Gebiet ansässigen Unternehmen sowie für im EU-Ausland ansässige Dienstleistungsunternehmen gilt, während in anderen Kantonen ansässige Unternehmen eine solche Pflicht nicht trifft, eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Sinne des EG-Vertrages und des Freizügigkeitsabkommens darstellt, dies auch für den Fall, dass die „Begünstigung“ der außerkantonalen Betriebe auf einer Bundesregelung (etwa dem Binnenmarktgesetz) beruht. Denn die Entscheidung der „Schlechterstellung“ u.a. der im Ausland ansässigen Unternehmen im Vergleich zu den inländischen außerkantonalen Betrieben beruht auf der entsprechenden Entscheidung der zuständigen kantonalen Instanz,<sup>150</sup> woran auch der Umstand nichts ändert, dass im territorialen Anwendungsbereich der einschlägigen kantonalen Regeln die dieser Rechtsordnung unterworfenen Unternehmen und im Ausland ansässige Unternehmen gleich behandelt werden, denn eine Diskriminierung bestimmter Inländer rechtfertigt noch nicht die Diskriminierung von Ausländern.

Allerdings ist zu beachten, dass die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautionsleistung die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit nicht *de facto* verunmöglichen darf, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn die Sicherheitsleistung eine für die Unternehmen nicht aufbringbare Höhe erreicht. Weiter darf die Höhe des zu entrichtenden Betrages nicht außer Verhältnis zu den möglicherweise sicherzustellenden Forderungen stehen.<sup>151</sup> Schließlich wird man im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme auch verlangen dürfen, dass grundsätzlich eine Gefahr der Nichtdurchsetzbarkeit von Forderungen besteht, was jedenfalls dann nicht mehr oder nur beschränkt der Fall ist, wenn diesen bereits entsprochen wurde (wie etwa im Falle der bereits erfolgten Entrichtung von Beiträgen zu den Kontrollkosten). Wie auch sonstige, die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Maßnahmen, muss die Pflicht zur Kautionshinterlegung – inklusive die Berechnungsgrundlagen für ihre Höhe – sodann hinreichend transparent und klar kommuniziert werden.

Damit bleibt auch in Bezug auf die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautionsleistung festzuhalten, dass eine solche nicht grundsätzlich mit dem Freizügigkeitsabkommen unvereinbar ist (immer auch soweit, wie die zu sichernden Forderungen mit diesem im Einklang stehen); jedoch sind bei der Festlegung ihrer Höhe und der Hinterlegungsmodalitäten die Anforderungen des Abkommens zu beachten, die hier – in Anlehnung an die Rechtslage in der Gemeinschaft – relativ enge Grenzen kennen. Ob und inwieweit diesen Vorgaben in einem Einzelfall bzw. in den verschiedenen Kantonen Rechnung getragen wird, erforderte eine Untersuchung der Modalitäten und Ausgestaltung der Kautionsregelungen im Einzelnen, die im Rahmen dieser Studie nicht geleistet werden kann.

---

<sup>149</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-29/95 (Pastoors), Slg. 1997, I-285.

<sup>150</sup> Insofern ist die Situation also mit derjenigen der unter dem Stichwort „Inländerdiskriminierung“ im Gemeinschaftsrecht bekannten Konstellation zu vergleichen, in der der Umstand, dass eine bestimmte Behandlung von EU-Ausländern durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben ist, nichts daran ändert, dass nationale Regeln, die die Inländer im Verhältnis schlechter stellen, am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen ist, vgl. hierzu ausführlich *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 426 ff.

<sup>151</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-29/95 (Pastoors), Slg. 1997, I-285.

#### d) Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern

Geht man davon aus, dass auch die Konstellation, bei der ein im Ausland ansässiger Arbeitgeber zur Erbringung einer Dienstleistung im Bestimmungsland auf im Heimatland „ausgeliehene“ Arbeitnehmer zurückgreift, in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt,<sup>152</sup> stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung des in der Schweiz offenbar praktizierten Verbots des Rückgriffs auf Leiharbeitnehmer in dieser Fallgestaltung (dies in entsprechender Anwendung bzw. Auslegung des Art. 12 Abs. 2 AVG).

Angesichts des Umstandes, dass das Entsendegesetz und die Entsendeverordnung jedoch die im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz zu beachtenden Anforderungen formulieren, ist nicht ersichtlich, welches öffentliche (nicht wirtschaftliche) Interesse mit einem allgemeinen und ausnahmslosen Verbot des Rückgriffs auf im Heimatstaat „ausgeliehene“ Arbeitnehmer für die Erbringung von Dienstleistungen im Bestimmungsland greifen könnten. Daher dürfte ein solches Verbot gegen das Freizügigkeitsabkommen verstoßen, und es wäre wünschenswert, wenn Art. 12 Abs. 2 AVG im oben dargelegten Sinn<sup>153</sup> abkommenskonform ausgelegt würde.

#### e) Sanktionen und Konventionalstrafen

Art. 9 Abs. 2 EntsG sieht vor, dass die zuständigen kantonalen Behörden im Falle der Verletzung gewisser Vorgaben des Entsendegesetzes Sanktionen ergreifen können. Daneben erschließt sich aus Art. 2<sup>quater</sup> EntsG, dass ein allgemein verbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag die Verhängung von „Konventionalstrafen“ durch die mit der Durchsetzung des Vertrages betrauten paritätischen Organe vorsehen kann, die auch für Arbeitgeber, die ihre Arbeitnehmer in die Schweiz senden, zum Zuge kommen. Damit schließt es der Wortlaut des Gesetzes nicht aus, dass für bestimmte Verstöße (Art. 2 EntsG) gegen die Vorgaben des Entsendegesetzes sowohl Konventionalstrafen als auch Bußen durch die zuständigen kantonalen Organe verhängt werden können.<sup>154</sup> Aufgeworfen wird damit die Frage, ob es mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist, wenn wegen desselben Verstoßes gegen eine gesetzliche Vorgabe sowohl eine Konventionalstrafe als auch eine Buße verhängt wird.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten wirksame und verhältnismäßige Sanktionen im Gefolge von Gesetzesverletzungen verhängen können bzw. müssen.<sup>155</sup> Grundsätzlich ist es auch nicht ausgeschlossen, dass zivilrechtliche Sanktionen und verwaltungs(straf)rechtliche Sanktionen nebeneinander bestehen, da es sich in beiden Fallkonstellationen um unterschiedliche Rechtsgrundlagen und auch Zielsetzungen handelt.<sup>156</sup> Es sind jedoch immer der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot zu beachten. Daher darf die insgesamt verhängte Sanktion nicht außer Verhältnis zum Gesetzes- und Vertragsverstoß stehen, was jedenfalls bei der Höhe der Festsetzung der Sanktionen zu beachten ist. Weiter ist demnach danach zu fragen, ob im Falle vergleichbaren Verhaltens einheimischer

<sup>152</sup> So die hier vertretene Ansicht, s.o. C.I.2.

<sup>153</sup> C.I.2.

<sup>154</sup> Insoweit im Gegensatz zu den Kontrollkosten, die jedenfalls nur einmal auferlegt werden können, vgl. Art. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> S. 2 EntsG.

<sup>155</sup> Vgl. im Zusammenhang mit dem Entsenderecht etwa EuGH, Rs. C-60/03 (Wolff & Müller GmbH), Slg. 2004, I-9553.

<sup>156</sup> So können auch strafrechtliche Sanktionen und zivilrechtliche Ansprüche wegen desselben Verhaltens nebeneinander geltend gemacht werden.



Unternehmen auch vergleichbare Konventionalstrafen bzw. Sanktionen verhängt werden. Während diese Frage in Bezug auf die Konventionalstrafe schon aufgrund des Art. 2<sup>quater</sup> EntsG zu bejahen ist, wäre die Frage, ob und inwieweit auch gegen im Inland ansässige Unternehmen bei vergleichbaren Verstößen darüber hinaus verwaltungsrechtliche Sanktionen ergriffen werden können, im Einzelnen zu klären, was den Rahmen dieser Studie sprengen würde. Soweit diese Frage aber bejaht werden kann und die Sanktionen insgesamt verhältnismäßig sind, verstößt das Nebeneinander von Konventionalstrafen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen nicht gegen das Freizügigkeitsabkommen.

### **III. Zur Tragweite der RL 96/71 im Rahmen des FZA, am Beispiel der Beachtung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen**

Nach Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA ist die Entsenderichtlinie 96/71<sup>157</sup> im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des Abkommens anwendbar, so dass die Schweiz die Vorgaben dieser Richtlinie zu beachten hat und damit die einschlägige schweizerische Gesetzgebung (insbesondere das Entsendegesetz und die Entsenderichtlinie) im Lichte der Vorgaben der RL 96/71 – dies grundsätzlich in der Auslegung, die diese Richtlinie in der Rechtsprechung erfahren hat – auszulegen und anzuwenden ist. Soweit gewisse Fragen in der RL 96/71 geregelt sind, ist grundsätzlich die Richtlinie – und nicht Art. 49 EGV oder die im Abkommen verankerte Dienstleistungsfreiheit – heranzuziehen, wobei die Richtlinie aber im Licht des Art. 49 EGV auszulegen ist.<sup>158</sup>

Von besonderer Bedeutung im Zusammenhang mit den den Arbeitgebern bei der Entsendung von Arbeitnehmern obliegenden Verpflichtungen ist selbstverständlich die Verpflichtung, gewisse minimale Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten, wozu insbesondere auch der Minimallohn gehört. Dieser in Art. 3 RL 96/71 formulierte Grundsatz – der auch gewisse eng umrissene Ausnahmen kennt – wird in Art. 2 Abs. 1, 2 EntsG aufgegriffen, wobei sich diese Bestimmung eng an die RL 96/71 anlehnt. Gleiches gilt für die in Art. 4 EntsG vorgesehenen Ausnahmen.

Die in Art. 2 Abs. 1 EntsG vorgesehene Pflicht der Arbeitgeber zur Einhaltung der minimalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erfährt indessen – im Einklang mit der RL 96/71 – eine Beschränkung betreffend Rechtsquellen und Sachbereichen: Die einzuhaltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen sind nur zu berücksichtigen, wenn sie in Verordnungen des Bundesrates, Bundesgesetzen, allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen nach Art. 360a OR enthalten sind. Die Einschränkung auf die genannten Rechtsquellen stützt sich auf das Diskriminierungsverbot, weshalb auf entsandte Arbeitnehmende nur Vorschriften angewendet werden können, die auch für Arbeitnehmende von schweizerischen Arbeitnehmern gelten und auch für diese verbindlich sind.<sup>159</sup>

Bei den anzuwendenden Bundesgesetzen und Verordnungen des Bundesrates handelt es sich im Wesentlichen um öffentliches Recht, teilweise ist aber auch Privatrecht betroffen. Gesetze und Verordnungen auf Kantons- oder Gemeindeebene sind nicht eingeschlossen. Ferner gelten nur die allgemeinverbindlich erklärten GAV – die nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV entfalten für die Entsandten keine direkte Wirkung.

Was zu den Bestimmungen über die minimale Entlohnung und über die Arbeits- und Ruhezeit gehört, ist abschließend in Art. 1, 2 EntsV geregelt. Bei allgemeinverbindlich erklärten GAV setzt sich die Minimalentlohnung aus den vorgeschriebenen Mindestlöhnen (Stundenlohn, Monatslohn), den geregelten Zuschlägen, dem allfällig vorgesehenen anteilmäßigen 13. Monatslohn und den weiteren in Art. 1 EntsV aufgelisteten Lohnbestandteilen zusammen.

---

<sup>157</sup> RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>158</sup> Ausdrücklich EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert), Urt. v. 3.4.2008, EuZW 2008, 306.

<sup>159</sup> Vgl. *Tiefenthal*, Flankierende Maßnahmen, 121 f.



Am 11. November 2008 hat das SECO eine verbindliche Weisung an alle Kontrollorgane, die gemäß Art. 7 EntsG die Einhaltung des Entsendegesetzes überwachen, erlassen.<sup>160</sup> Diese Weisung ist auf die Kontrolle der Minimallöhne in den Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen durch die paritätischen Kommissionen (Art. 7 EntsG) und auf die Tätigkeiten der tripartiten Kommissionen, im Rahmen von Arbeitsmarktbeobachtungen in Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag und von Kontrollen der Minimallöhne in Normalarbeitsverträgen gemäß Art. 360a Abs. 1 OR anwendbar. Die Weisung stützt sich auf Art. 14 EntsG und hat gegenüber den Kontrollorganen gemäß Art. 7 EntsG verbindlichen Charakter. Sie gilt auch gegenüber den kantonalen Behörden im Sanktionsverfahren bei Verstößen gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 9 EntsG). Sie ist am 1. Januar 2009 in Kraft getreten.

In Bezug auf die Berechnung der Lohnbestandteile könnte fraglich sein, ob der nunmehr<sup>161</sup> vollumfängliche Ausschluss der Berücksichtigung von durch den Arbeitgeber gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen (abgestellt wird in der Schweiz auf den den Sozialversicherungen deklarierten Bruttolohn) mit der RL 96/71 vereinbar ist, könnten diese doch als Teil des Lohnes im Sinne der RL 96/71 bzw. der Art. 2 Abs. 1 EntsG, Art. 1 EntsV angesehen werden. Dafür könnte angeführt werden, dass die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers den Arbeitnehmenden letztlich auch zugute kommen, so dass sie im Ergebnis Teil des Lohnes sein könnten. Allerdings ist zu beachten, dass eine umfassende Berücksichtigung von Sozialversicherungsbeiträgen der Arbeitgeber kaum praktikabel wäre und dass sie wohl auch den unterschiedlichen Systemen – es gibt solche, in denen gewisse Sozialversicherungen durch Steuern (auch der Unternehmen) getragen werden, während dasselbe Risiko in anderen Staaten durch Versicherungen, die über gewisse Arbeitgeberbeiträge finanziert werden, abgedeckt werden – kaum Rechnung tragen könnten, da sich die Sozialversicherungsbeiträge von Arbeitgebern häufig nicht als eigentlicher, dem Arbeitnehmer direkt zufließender Lohn bezeichnen lassen. Diese Erwägungen gelten grundsätzlich auch für Systeme, in denen Arbeitgeber einen Anteil an den Krankenversicherungsprämien der Arbeitnehmer tragen (müssen). Daher ist der Ansatz, der in der hier einschlägigen Weisung des SECO verfolgt wird und letztlich die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers aus der Berechnung der Mindestlohnsätze ausklammert, grundsätzlich mit dem Abkommen vereinbar.

Dieser Ansatz wird durch Art. 3 Abs. 1 Uabs. 2 RL 96/71 – wonach der Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und / oder Praktiken desjenigen Mitgliedstaates bestimmt wird, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird – bestätigt, legt es diese Bestimmung doch nahe, dass den Mitgliedstaaten hier ein gewisser Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, wobei sie jedoch jedenfalls den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten haben.<sup>162</sup>

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich die bislang zur Frage der Berechnung des Mindestlohnes ergangenen Urteile des EuGH nicht auf die Frage der Sozialversicherungsbeiträge beziehen: So hielt der Gerichtshof in der Rs. C-341/02<sup>163</sup> fest, dass die Nichtberücksichtigung (bei der Entlohnung von aus dem Ausland entsandten Arbeitnehmern) von Zulagen oder Zuschlägen gegen die RL 96/71 verstößt, woraus geschlossen werden kann, dass jedenfalls alle direkt dem Arbeitnehmer zukommenden Leistungen bei der Berechnung des Mindestlohnes zu berücksichtigen sind. In der Rs. C-165/98<sup>164</sup> betonte der EuGH (auf der Grundlage des Art. 49 EGV, da die RL 96/71 auf den Ausgangssachverhalt noch nicht anwendbar war), dass es dem Aufnahmestaat freistehe, bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen das Ziel eines gleichen sozialen Schutzniveaus für einheimische und entsandte Arbeitnehmer zu verfolgen, so dass er auch von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, das Dienstleistungen im Hoheitsgebiet des erstgenannten

<sup>160</sup> Vgl. den Nachweis im Materialienverzeichnis.

<sup>161</sup> Während zunächst noch die Krankenversicherungsbeiträge des Arbeitgebers, die etwa in Österreich entrichtet werden, als Teil des Lohns angesehen wurden (in der Schweiz ist die Krankenversicherung durch den Versicherten zu decken), wurde dies durch die neue, im Text erwähnte Weisung modifiziert (Ziff. 3.10), so dass nunmehr auch der vom ausländischen Arbeitgeber entrichtete Anteil an den Krankenversicherungsprämien nicht mehr zu berücksichtigen ist.

<sup>162</sup> Vgl. hierzu auch noch sogleich im Text.

<sup>163</sup> EuGH, Rs. C-341/02 (Kommission/Deutschland), Slg. 2005, I-2733.

<sup>164</sup> EuGH, Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189.

Staats erbringt, verlangen kann, seinen Arbeitnehmern die durch die nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen. Dem Urteil sind jedoch keine Aussagen über die Berechnung dieses Mindestlohns zu entnehmen.

Allerdings könnte sich die Frage stellen, ob die durch die neue Weisung erfolgte Modifizierung der „Anrechnungsmöglichkeit“ von Sozialversicherungsbeiträgen zu Lasten der ausländischen Dienstleistungserbringer einen Verstoß gegen Art. 13 FZA (*stand still*-Verpflichtung) darstellt. Dies muss wohl vor dem Hintergrund bejaht werden, dass durch die Streichung der von im Ausland ansässigen Arbeitgebern geleisteten Krankenversicherungsbeiträgen von den anrechenbaren Lohnanteilen für die Berechnung des im Ausland gezahlten Lohns unbestreitbar eine Verschlechterung der Situation der im Ausland ansässigen Dienstleistungserbringer verursacht wurde. Die *stand still*-Verpflichtung dürfte sich nämlich nicht nur auf natürliche Personen, sondern auch auf Unternehmen beziehen, und hier liegt auch eine formell diskriminierende Regelung vor, sind doch die Berechnungsmethoden – jedenfalls soweit der hier in Frage stehende Arbeitgeberbeitrag zu Krankenversicherungsprämien betroffen ist – von vornherein nur für im Ausland ansässige Arbeitgeber relevant. Damit dürfte hier ein Verstoß gegen Art. 13 FZA zu bejahen sein, woran übrigens auch der Umstand nichts ändert, dass es sich hier „nur“ um eine Weisung des SECO handelt, da diese erstens verbindlich ist und zweitens das Verhalten des SECO jedenfalls als staatliches Verhalten anzusehen ist.

Darüber hinaus dürfte die „Umsetzung“ der Vorgaben der RL 96/71 bezüglich der einzuhaltenden minimalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Entsendegesetz und in der Entsendeverordnung den Vorgaben der RL 96/71 aus den angeführten Gründen entsprechen.

Hinzuweisen ist aber auf den Umstand, dass – in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 49 EGV<sup>165</sup> – die im Einzelnen maßgeblichen Regelungen hinreichend transparent und klar ersichtlich sein müssen. Grundsätzlich dürfte diesem Erfordernis durch die Regelung in Art. 1, 2 EntsV und dem Erlass der Weisung des SECO über diese Fragen entsprochen worden sein, da sich aus diesen Erlassen relativ klar ergibt, um welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen es genau geht; dies gilt auch für die Frage, wie der Minimallohn zu berechnen ist. Da der RL 96/71 keine Vorgaben darüber zu entnehmen sind, wie genau der Minimallohn berechnet wird (bzw. Art. 3 Abs. 1 Uabs. 2 RL 96/71 gar auf die Rechtslage im Aufnahmestaat verweist) und der Einbezug der verschiedenen Bestandteile in der erwähnten Weisung im Einzelnen begründet wird, ist davon auszugehen, dass die Rechtslage mit dem Abkommen im Einklang steht.

Zu beachten ist jedoch die Schwierigkeit, dass trotz der relativ klaren Auflistung der zu beachtenden Lohnbestandteile bzw. der für die Berechnung des Mindestlohns maßgeblichen Faktoren aufgrund der unterschiedlichen Systeme in verschiedenen Staaten (insbesondere soweit die Sozialversicherungen und die Lohnnebenkostenstrukturen betroffen sind) die Vergleichbarkeit der Löhne in zwei Staaten schwer fallen und damit mit Unsicherheiten behaftet sein kann. In diesen Fällen sind die zuständigen Behörden jedenfalls zu einer größtmöglichen Transparenz verpflichtet, damit die betroffenen Betriebe ohne größere Umstände den maßgeblichen Mindestlohn ermitteln können; ggf. ist in nützlicher Frist auch eine verbindliche Auskunft zu erteilen. Es kann im Rahmen dieser Studie nicht im Einzelnen geprüft werden, ob und inwieweit die kantonalen Behörden und die Kommissionen diese Vorgaben beachten, wobei es aber durchaus möglich erscheint, dass diese bereits aus Art. 49 EGV ableitbaren Anforderungen nicht immer eingehalten werden. Denn maßgeblich muss immer sein, ob es einem im Ausland ansässigen Dienstleistungsunternehmen wirklich

---

<sup>165</sup> Oben C.II.1.

möglich ist, innerhalb einer nützlichen Frist und ohne größeren Aufwand die entsprechenden Informationen zu erhalten (wobei die im Ausland ansässigen Unternehmen aber selbstredend die Zusammensetzung und die Höhe des von ihnen geleisteten Lohns nachweisen müssen). Insgesamt dürfte also die Verschlechterung der Situation der im Ausland ansässigen Unternehmen durch die Streichung der Berücksichtigung der vom ausländischen Arbeitgeber geleisteten Krankenversicherungsbeiträge gegen das Abkommen verstoßen. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass die Art und Weise der Regelung der zu beachtenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen einen Verstoß gegen das Abkommen implizieren. Allerdings ist an die Pflicht der Behörden zur transparenten und die Dienstleistungsfreiheit möglichst wenig beeinträchtigenden Anwendung der einschlägigen Bestimmungen zu erinnern.

## D. Exkurs: zum Rechtsschutz im Rahmen der Durchsetzung des Freizügigkeitsabkommens in der Schweiz

Sollte es zu Streitigkeiten über die Anwendung oder Auslegung des Freizügigkeitsabkommens bzw. der einschlägigen nationalen Gesetzgebung kommen, stellt sich die Frage, ob der Rechtsweg eröffnet ist.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die in Art. 11 FZA verankerte Rechtsweggarantie: Danach müssen die unter das Abkommen fallenden Personen die Möglichkeit haben, gegen Entscheidungen über Beschwerden (bei den zuständigen Behörden ist der Beschwerdeweg zu garantieren) oder das Nichtergehen einer Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist bei einem zuständigen Gericht zu klagen.<sup>166</sup> Diese Rechtsweggarantie bedeutet jedoch nicht, dass eigene Gerichte geschaffen werden müssten; vielmehr kann der Rechtsschutz – wie dies auch in der Schweiz geschieht – im Rahmen der ordentlichen Verfahren gewährleistet werden.<sup>167</sup>

Dabei ist der Rechtsweg aber nur insoweit zu gewährleisten, als sich aus dem Abkommen Rechte Einzelner ergeben bzw. deren Bestand und Reichweite festgestellt werden soll, eine Voraussetzung, die im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit erfüllt ist. Ebenso ist davon auszugehen, dass diejenigen Abkommensbestimmungen, die Einzelnen Rechte einräumen, hinreichend klar und bestimmt formuliert und damit unmittelbar anwendbar sind, so dass sich diese direkt gegenüber Behörden und vor Gerichten auf die Abkommensbestimmungen berufen können.<sup>168</sup> Dieser Grundsatz gilt auch und gerade für die in dieser Studie aus der Dienstleistungsfreiheit abgeleiteten Rechte und – im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf parallel gelagerte Vorschriften<sup>169</sup> – für die *stand still*-Klausel des Art. 13 FZA, soweit diese in Bezug auf Rechte Einzelner (möglicherweise) verletzt ist.<sup>170</sup>

Soweit gesetzliche Bestimmungen nicht im Einklang mit den durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechten stehen (wie dies nach der hier vertretenen Ansicht teilweise der Fall ist), stellt sich die Frage, welche Bestimmungen anwendbar sind, womit die Frage nach dem Rang des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht aufgeworfen wird. Ohne dass dieser komplexen Frage<sup>171</sup> hier

<sup>166</sup> Vgl. zu dieser Rechtsweggarantie etwa *Cardinaux*, Personenfreizügigkeitsabkommen, 58 ff.; *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002, 1003 (1014 f.).

<sup>167</sup> Vgl. zum Rechtsschutz im Rahmen der Bilateralen Abkommen etwa *Jaag/Zihlmann*, in: Bilaterale Verträge I & II, 65 (76 ff.); spezifisch zum Rechtsschutz im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002, 1003 ff., die im Einzelnen die verschiedenen Rechtswege in Abhängigkeit des jeweils betroffenen Bereichs bzw. der agierenden Behörde erörtern (wobei hier allerdings die teilweise eingetretenen Gesetzesmodifikationen zu beachten sind, was aber nichts an der grundsätzlichen Relevanz des Beitrages ändert).

<sup>168</sup> Vgl. etwa *Grossen/de Coulon*, in: Bilaterale Verträge I & II, 135 (142); *Cardinaux*, Personenfreizügigkeitsabkommen, 19 ff. Auch das Bundesgericht geht von diesem Grundsatz aus, vgl. etwa BG, 2C\_334/2007, Urt. v. 14.1.2008 (in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit); BG, 2A.475/2004, Urt. v. 25.5.2005 (in Bezug auf Art. 3 Abs. 1, 2, 6 Anhang I FZA); BGE 129 II 257, Erw. 3.3; BGE 129 I 392, Erw. 3.2.3 (in Bezug auf Art. 2 FZA). S. allgemein zu den Voraussetzungen der direkten Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge BGE 118 Ia 116 f. Erw. 2b; BGE 124 III 91 Erw. 3a. Aus der Literatur umfassend zum Problembereich *Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität, *passim*; *Hangartner*, ZSR 2007 I, 137 ff.

<sup>169</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-37/98 (Savas), Slg. 2000, I-2927.

<sup>170</sup> So denn auch *Cardinaux*, Personenfreizügigkeitsabkommen, 20; *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002, 1003 (1008).

<sup>171</sup> Umfassend zur Problematik *Achermann*, in: Staatsvertrag, 33 ff.

nachgegangen werden kann, kann doch festgehalten werden, dass die schweizerische Bundesverfassung die Frage nach dem Vorrang bzw. dem Rang des Völkerrechts zwar nicht ausdrücklich beantwortet; gute Gründe sprechen aber dafür, aus der Verfassung – insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip – eine implizite Verankerung des Vorrangs abzuleiten.<sup>172</sup> Aber unabhängig von dieser grundsätzlichen Frage gehen sowohl das Bundesgericht als auch die herrschende Lehre von einem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts aus; dieser gilt jedenfalls für das Verhältnis von Völkerrecht und kantonalem Recht, Erlassen unterhalb der Stufe von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen sowie (vgl. Art. 190 BV) früheren Bundesgesetzen und früherem Verfassungsrecht. Aber auch im Verhältnis von Völkerrecht einerseits und (jüngerem) Verfassungsrecht sowie jüngeren Bundesgesetzen andererseits kommt ein grundsätzlicher Vorrang zum Zuge,<sup>173</sup> der allerdings im Falle der Bundesgesetze durch die in der Praxis jedoch kaum relevante „Schubert-Rechtsprechung“<sup>174</sup> – wonach der Vorrang dann nicht zum Zuge kommen soll, wenn der Gesetzgeber „bewusst“ gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstoßen wollte – etwas und in dogmatisch kaum überzeugender Weise relativiert wird.<sup>175</sup>

Wendet man diese Grundsätze auf das Freizügigkeitsabkommen an, so ist festzuhalten, dass diesem (Anwendungs-) Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht jeder Stufe zukommt: Denn selbst wenn man den Grundsatz des Vorrangs im Sinne der „Schubert-Rechtsprechung“ relativierte, lägen jedenfalls deren Voraussetzungen nicht vor, da nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber beim Erlass der hier untersuchten Bundesgesetze gegen das Freizügigkeitsabkommen verstoßen wollte; im Gegenteil deutet alles darauf hin, dass man bestrebt war, das schweizerische Recht abkommenskonform auszugestalten. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Vorrang des Völkerrechts auch impliziert, dass grundsätzlich eine abkommenskonforme Auslegung und Anwendung der innerstaatlichen Gesetzgebung zu erfolgen hat.

Ausgehend von diesen allgemeinen, für die Tragweite des Rechtsschutzes zentralen Grundsätzen ist im Folgenden kurz auf den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Maßnahmen gegen im Ausland ansässige Unternehmen, die in der Schweiz mit entsandten Arbeitnehmern Dienstleistungen erbringen, einzugehen. Dabei ist grundsätzlich zwischen Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern mit Sitz im Ausland und den paritätischen Kommissionen und solchen zwischen Arbeitgebern mit Sitz im Ausland und staatlichen Behörden zu unterscheiden:

- Im erstgenannten Fall ist der ordentliche zivilrechtliche Rechtsweg in dem jeweiligen Kanton eröffnet. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei den (wirklichen oder vermeintlichen) Ansprüchen der paritätischen Kommissionen um einen Anspruch deliktischen Charakters handelte, so dass in Bezug auf den Gerichtsstand Art. 5 Ziff. 3 LugÜ greifen dürfte,<sup>176</sup> wobei aber zu betonen ist, dass diese Frage bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre abschließend geklärt ist. Hinzuweisen ist in

<sup>172</sup> Vgl. mit ausführlicher Begründung *Epiney*, ZBl. 1994, 537 ff. Vgl. aber auch das Plädoyer für einen „generellen Vorrang des Völkerrechts mit Abwägungsvorbehalt in Ausnahmefällen“ bei *Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, 79 ff.

<sup>173</sup> Vgl. etwa die Formulierung in BGE 125 II 417 Erw. 4d: „Diese völkerrechtlichen Prinzipien sind in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar (...). Daraus ergibt sich, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht.“ S. weiter zum grundsätzlichen Vorrang der EMRK BGE 117 Ib 367. Die Schubert-Praxis dürfte damit jedenfalls im Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und EMRK oder zwingendem Völkerrecht nicht mehr zum Zuge kommen.

<sup>174</sup> Vgl. BGE 99 Ib 39.

<sup>175</sup> Ausführlich hierzu *Achermann*, in: Staatsvertrag, 33 (43 ff.).

<sup>176</sup> So jedenfalls *Portmann*, in: Bilaterale Verträge I & II, 327 (376).



diesem Zusammenhang aber darauf, dass das betroffene Unternehmen selbst auch warten kann, bis die paritätische Kommission dieses beim Zivilgericht wegen einer Konventionalstrafe verklagt; denn da es sich hier um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handelt, kann allein die Konventionalstrafe doch keinen vollstreckbaren Titel darstellen.

Die Nichtbezahlung von Kontroll-, Vollzugs- oder Weiterbildungskostenbeiträgen (Art. 8a EntsV und Art. 2 Abs. 2<sup>bis</sup> EntsG) stellt eine Verletzung der gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen dar. Sie hat ausschließlich zivilrechtliche Sanktionen bzw. eine zivilrechtliche Klage zur Folge, sofern die Kontrolle nicht ergibt, dass noch weitere Verletzungen vorliegen. Solche weiteren Verletzungen könnten z.B. ein Verstoß gegen die Meldepflicht oder gegen die arbeitsgesetzlichen Vorschriften sein. Beide Fälle haben die Sanktionierung durch die kantonale Behörde zur Folge.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass zwar in den Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen die durch die GAV eingesetzten paritätischen Kommissionen zuständig sind, detaillierte Kontrollen der Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß GAV durchzuführen (Art. 7 Abs. 1 lit. a) EntsG). Die Sanktionskompetenz gemäß Entsendegesetz bleibt aber ausschließlich bei den Kantonen. Die in Art. 2 Abs. 2<sup>quater</sup> EntsG eingeführte Möglichkeit der Verhängung von Konventionalstrafen (es handelt sich um Vertragsstrafen) ändert nichts an der Ausschließlichkeit der öffentlich-rechtlichen Sanktionskompetenz der Kantone (vgl. Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. d) EntsG).

Für den betroffenen Arbeitgeber kann dies bedeuten, dass ihn die paritätische Kommission, wegen einer gegen ihn verhängten Konventionalstrafe, beim Zivilgericht einklagt, während er die staatlich verhängte Sanktion beim Verwaltungsrechtspflegeorgan anfechten muss.<sup>177</sup>

- Soweit es um Sanktionen oder sonstige Verfügungen geht, die durch kantonale Behörden ausgesprochen werden, kommt – da es sich bei administrativen Sanktionen durchweg um anfechtbare Verfügungen handelt<sup>178</sup> – der Verwaltungsrechtsweg zum Zug.<sup>179</sup>

Verfügungen müssen grundsätzlich schriftlich eröffnet werden (Art. 34 Abs. 1 VwVG). Zudem muss eine Verfügung eine Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Die Rechtsmittelbehörde muss das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz sowie die Rechtsmittelfrist bezeichnen (Art. 35 Abs. 1 und 2 VwVG).

Vollstreckbar ist eine Verfügung laut Art. 39 Abs. 1 lit. a)-c) VwVG dann, wenn sie nicht mehr mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann, ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hätte oder diese Wirkung entzogen wurde.

Der Verwaltungsrechtsweg in den Kantonen ist unterschiedlich geregelt, wobei die Kantone aber durch Art. 29a BV und Art. 191b BV verpflichtet sind, für die Beurteilung von Streitigkeiten eine richterliche Beurteilung vorzusehen.<sup>180</sup> Die meisten Kantone sehen denn auch eine eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Die Regelung der möglichen Vorinstanzen eines kantonalen (Verwaltungs-) Gerichtsverfahrens ist Teil der funktionellen Zuständigkeitsordnung, die den Weg

<sup>177</sup> *SECO*, Kommentar, Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 42 f.

<sup>178</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 VwVG, wonach die Verfügung ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt ist, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird.

<sup>179</sup> Die Verfügung hat nämlich neben ihrer materiellrechtlichen auch eine verfahrensrechtliche Funktion. Diese liegt darin, dass das Vorliegen einer Verfügung, Voraussetzung für den Zugang zum Rechtsschutz gegen staatliches Handeln ist, da das Verfahrensrecht in der Regel eine Verfügung als Anfechtungsobjekt verlangt. Vgl. nur *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 854 ff.

<sup>180</sup> Darüber hinaus schreibt Art. 86 Abs. 2 BGG vor, dass Kantone zur Beurteilung von Streitigkeiten, die mit Beschwerde in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts angefochten werden können, als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts obere Gerichte einsetzen.



einer Streitsache durch die verschiedenen Instanzen festlegt. Der in den Verfahrensgesetzen und in den Spezialgesetzen vorgegebene Instanzenzug muss durchlaufen worden sein, damit das kantonale Verwaltungsgericht auf eine Beschwerde eintritt.

Die Voraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht werden in den verschiedenen Kantonen in unterschiedlicher Weise – Generalklausel oder Enumeration – umschrieben. Die entsprechenden Zuständigkeitsbestimmungen finden sich in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen. In den meisten Kantonen können mit Verwaltungsbeschwerde nur Verfügungen angefochten werden.

Mit der Umschreibung der Vorinstanzen werden in der Regel (sozusagen negativ) auch Behörden bestimmt, deren Entscheide nicht an das kantonale Verwaltungsgericht weitergezogen werden können, sondern endgültig sind; diese Ausnahmen sind jedoch im Zusammenhang mit die Einzelnen belastenden Verfügungen grundsätzlich nicht einschlägig. Als Vorinstanzen der Verwaltungsgerichte treten im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde meist Verwaltungsbehörden auf, die als verfügende Behörde oder Beschwerdeinstanz entschieden haben. Konkret ist die Regelung unter den in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen umschriebenen Beschwerdevoraussetzungen der Kantone zu suchen.

Ist der kantonale Instanzenzug ausgeschöpft, bleibt die Möglichkeit des Weiterzugs auf Bundesebene, wobei eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und/oder eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht in Betracht kommen. In Bezug auf kantonale Entscheide ist in der Regel die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht eröffnet (Art. 86 ff. BGG). Es muss sich nach Art. 82 lit. a) BGG um Entscheide in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten handeln, worunter Anordnungen der Behörden, die sich an einen bestimmten oder bestimmbaren Adressantenkreis richten und konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehungen in verbindlicher Weise regeln, zu verstehen sind. Es kann sich dabei um Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG handeln, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen. Möglich ist aber auch die Anfechtung von Verfügungen, die in Anwendung von kantonalem öffentlichem Recht ergangen sind. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht (worunter das Freizügigkeitsabkommen fällt), kantonalen verfassungsmäßigen Rechten, sowie anderen kantonalen Bestimmungen über die Volkswahlen und die Stimmberechtigung gerügt werden (Art. 95 BGG).<sup>181</sup>

Insgesamt steht damit in jedem Fall einer kantonalen Verfügung – wobei eine solche in den in dieser Studie untersuchten Fallgestaltungen in der Regel vorliegt – grundsätzlich der Rechtsweg nach den skizzierten Grundsätzen offen, wobei sich die konkret zuständigen Behörden in den einzelnen Kantonen unterscheiden.

---

<sup>181</sup> Vgl. m.w.N. ausführlich zum Verwaltungsrechtsschutz *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1849 ff.

## **E. Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung**

### **I. Zusammenfassung**

Die Ergebnisse des Gutachtens können nachfolgend thesenartig zusammengefasst werden, wobei zwischen den Grundsätzen (1.), den Implikationen derselben für ausgewählte Aspekte der Arbeitnehmerentsendung vom EG-Ausland in die Schweiz (2.), der Tragweite der RL 96/71 (3.) sowie Aspekten des Rechtsschutzes (4.) unterschieden werden kann.

#### **1. Grundsätze**

- Die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens richtet sich nach den völkerrechtlichen Auslegungsmethoden. Diese lassen – insbesondere angesichts der im Abkommen erfolgten weitgehenden Anlehnung an gemeinschaftsrechtliche Grundsätze und der Zielsetzung des Abkommens – den Schluss zu, dass von einem Grundsatz der parallelen Auslegung des Gemeinschaftsrechts einerseits und des Freizügigkeitsabkommens andererseits auszugehen ist, soweit letzteres auf Begriffe des Gemeinschaftsrechts zurückgreift. Jedenfalls sind aber die jeweiligen konkreten Bestimmungen, ihre Stellung im Gesamtsystem des Abkommens sowie der Zusammenhang mit gemeinschaftsrechtlichen Garantien zu betrachten, so dass immer auch eine Auslegung der einzelnen Bestimmung notwendig ist.
- Auch wenn Art. 16 Abs. 2 FZA nur die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens als für die Auslegung desselben verbindlich bezeichnet (immer soweit Begriffe und Konzepte des Gemeinschaftsrechts im Abkommen übernommen werden), sprechen die besseren Gründe dafür, grundsätzlich auch die neuere Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigen bzw. zugrunde zu legen.
- Die Dienstleistungsfreiheit ist im Abkommen grundsätzlich umfassend liberalisiert (unter Einschluss der passiven Dienstleistungsfreiheit), so dass nicht nur Einreise- und Aufenthaltsrechte gewährleistet werden. Vorbehalten bleiben allerdings die im Abkommen selbst verankerten Bereichsausnahmen (Arbeitsvermittlung, Arbeitsverleihunternehmen, Finanzdienstleistungen) sowie die „90-Tage-Regel“ (bei deren Berechnung wohl auf die Gesamtdauer der von einem Unternehmen in einem bestimmten anderen Vertragsstaat während eines Jahres erbrachten Dienstleistungen abzustellen ist). Ebenso wie im Gemeinschaftsrecht ist die im Abkommen gewährleistete Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot ausgestaltet, wobei aber Eingriffe in den Schutzbereich aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit sowie aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein können, soweit die Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingehalten werden.
- Damit sind die sich aus der Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern ergebenden Rechte für die eine Dienstleistung erbringenden Arbeitgeber im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens parallel zu der Situation im EG-Vertrag ausgestaltet. Gleiches gilt für die Rechtfertigungsmöglichkeiten, so dass bei der Analyse, ob und inwieweit schweizerische Regelungen oder Praktiken im Bereich der Arbeitnehmerentsendung mit dem Abkommen vereinbar sind, von der einschlägigen Rechtsprechung des

EuGH auszugehen ist, deren Grundzüge bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens am 21.6.1999 entwickelt und in der nachfolgenden Rechtsprechung (lediglich) präzisiert wurden.

## **2. Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens in Bezug auf ausgewählte Aspekte der Arbeitnehmerentsendung**

- Eine Meldepflicht für den Arbeitgeber über die Entsendung von Arbeitnehmern vor Beginn der Aufnahme der im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung durchzuführenden Arbeiten (dies zudem verbunden mit einer grundsätzlichen „Wartefrist“, vgl. die Regelungen in Art. 6 EntsG, Art. 6, 7 EntsV) stellt eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (vgl. Art. 5 Abs. 1, 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA) dar.

Zwar lässt sich der Grundsatz der Meldepflicht mit dem Abkommen im Einklang bringen, da diese eine verhältnismäßige Maßnahme im Hinblick auf die Ermöglichung der Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch die im Ausland ansässigen, Arbeitnehmer entsendenden Arbeitgeber darstellt. Dies gilt jedoch nur insoweit, als das dienstleistende Unternehmen tatsächlich Arbeitnehmer einsetzt; sofern die Arbeiten jedoch von dem selbständigen Unternehmer selbst durchgeführt werden, kann das Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben von vornherein nicht greifen, da sich diese ja nur auf Arbeitnehmer beziehen.

Jedenfalls unverhältnismäßig ist jedoch die generalisierte „Wartefrist“ von acht Tagen ab dem Zeitpunkt der Meldung, da sie nicht das mildeste Mittel zur Verfolgung des angestrebten Zwecks darstellt und damit den Anforderungen der Erforderlichkeit nicht entspricht.

- Kontrollverfahren, die die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben durch die Unternehmen sicherstellen sollen (vgl. die Vorgaben des Art. 7 EntsG), stellen in aller Regel ebenfalls eine Beschränkung der im Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit dar, da sie für die betroffenen Unternehmen Aufwand und Kosten mit sich bringen.

Allerdings können die in Art. 7 EntsG formulierten Verpflichtungen der Arbeitgeber mit dem Anliegen einer effektiven Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben gerechtfertigt werden, dürften sie doch als solche – auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH – erforderlich zur Erreichung dieses Zwecks sein. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung auch in der Praxis entsprechend (abkommenskonform) anzuwenden ist, so dass insbesondere nicht mehrere Belege für dieselbe Information oder aber Dokumente, die zur Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben nicht beitragen können (weil sie etwa andere Fragen betreffen), verlangt werden dürfen.

- Ebenso beschränkt die Auferlegung von Kontroll- und Vollzugskosten (vgl. Art. 8a EntsV) die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen. Gleiches gälte für sonstige Verpflichtungen zu finanziellen Leistungen, wie etwa die Hinterlegung einer Kautions. Denn derartige Verpflichtungen implizieren eine finanzielle Zusatzbelastung für Unternehmen, die Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen in die Schweiz entsenden, so dass diese von der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit abgehalten werden können bzw. diese erschwert und verteuert wird.

In Bezug auf die Rechtfertigung ist zu unterscheiden:

- Soweit es um die „Überwälzung“ der Kontroll- und Vollzugskosten geht, sprechen die besseren Gründe für die grundsätzliche Möglichkeit der Rechtfertigung, soweit es um die Überwälzung auf die betroffenen und damit die Kosten „verursachenden“ Wirtschaftsteilnehmer geht. Diese Frage wurde aber bislang noch nicht durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt, und es lassen sich auch Gründe für die Gegenansicht anführen. Jedenfalls aber ist die Verhältnismäßigkeit zu wahren. Unproblematisch sind vor diesem Hintergrund insbesondere solche „Gebühren“, die für alle in der Schweiz tätigen Betriebe gelten und die Abgaben pro Tag und Umfang der Dienstleistungserbringung vorsehen, sofern damit insgesamt die anfallenden Kosten nicht überschritten werden. Es erscheint aber auch vertretbar, wenn die Beiträge zu den Grundkosten in pauschalisierter Form erfolgen. Allerdings müsste bei der Festsetzung dieses Pauschalbetrags wegen der „90-Tage-Regel“ zwischen Inländern und grenzüberschreitend tätigen Dienstleistern differenziert werden, etwa durch eine Berechnung *pro rata* (in Abhängigkeit von den potentiellen Möglichkeiten der Tätigkeit in dem betreffenden Gebiet). Zudem müssen auch „Grundbeiträge“ den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen, so dass mit ihnen nur die jedenfalls anfallenden „Grundkosten“ für die Zurverfügungstellung der „Kontrollinfrastruktur“ gedeckt werden dürfen mit der Folge, dass diese Kosten jedenfalls nicht zu hoch ausfallen und keine „versteckte Zwangsmitgliedschaft“ in Branchen- oder Berufsorganisationen implizieren dürfen. Schließlich müssen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern (aber wohl auch allgemein) transparent und klar ausgestaltet sein, so dass sie nicht nur hinreichend genau formuliert, sondern auch einfach zugänglich sein müssen, damit (auch) der ausländische Arbeitgeber ihnen leicht nachkommen kann. Daher müssen die Höhe der Beiträge und ihre Berechnung (handle es sich nun um Grundbeiträge oder um Beiträge in Abhängigkeit von der Zeit der Dienstleistungserbringung) sowie die hierfür einschlägigen Rechtsgrundlagen (in der Regel der einschlägige Gesamtarbeitsvertrag) transparent und allgemein sowie einfach zugänglich sein; jedenfalls dürfen die Gebühren nicht so ausgestaltet sein, dass die Wahrnehmung der Grundfreiheit illusorisch oder übermäßig erschwert wird.

Insgesamt ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass zwar die Erhebung von Kontrollgebühren – einschließlich der Differenzierung nach Grundgebühren und in Abhängigkeit von der Dienst- bzw. Arbeitsleistung – grundsätzlich mit dem Abkommen vereinbar ist, wobei jedoch bei der Ausgestaltung des Systems die vom Abkommen gezogenen engen Grenzen zu beachten sind. Ob und inwieweit dies der Fall ist, müsste für jede Branche und in der Regel für jeden Kanton im Einzelnen nachgeprüft werden, was im Rahmen der vorliegenden Studie nicht geleistet werden kann. Jedenfalls sind die gesetzlichen Vorgaben bzw. die Regelungen in den Gesamtarbeitsverträgen aber abkommenskonform auszulegen und anzuwenden.

- Auch in Bezug auf die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions ist festzuhalten, dass eine solche nicht grundsätzlich mit dem Freizügigkeitsabkommen unvereinbar ist (immer auch soweit, wie die zu sichernden Forderungen mit diesem im Einklang stehen); jedoch sind bei der Festlegung ihrer Höhe und der Hinterlegungsmodalitäten die Anforderungen des Abkommens zu beachten, die hier – in Anlehnung an die Rechtslage in der Gemeinschaft – relativ enge Grenzen kennen. Deren Beachtung müsste in Bezug auf jeden Einzelfall bzw. jede einzelne Regelung untersucht werden.

- Die in Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA enthaltene Bereichsausnahme – wonach u.a. „Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen“ nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen bzw. entsprechende nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften von diesem unberührt bleiben – findet keine Anwendung auf die Entsendung von im Heimatstaat „entliehenen“ Arbeitnehmern“ im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung. Daher stellt ein entsprechendes Verbot eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, das zumindest in einer allgemeinen Form auch keiner Rechtfertigung zugänglich ist, da bereits das Entsendegesetz und die Entsendeverordnung die im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz zu beachtenden Anforderungen formulieren. Art. 12 Abs. 2 AVG sollte vor diesem Hintergrund abkommenskonform ausgelegt und angewandt werden, was angesichts des Wortlauts der Vorschrift ohne weiteres möglich ist.
- Sanktionen und Konventionalstrafen im Falle der Nichteinhaltung gesetzlicher Vorgaben beschränken ebenfalls den freien Dienstleistungsverkehr, sofern sie sich auf Vorgaben beziehen, die in den Schutzbereich derselben fallen.  
In Bezug auf die Rechtfertigung ist zu betonen, dass die Mitgliedstaaten wirksame und verhältnismäßige Sanktionen im Gefolge von Gesetzesverletzungen verhängen können bzw. müssen, und grundsätzlich ist es auch nicht ausgeschlossen, dass zivilrechtliche Sanktionen und verwaltungs(straf)rechtliche Sanktionen nebeneinander bestehen, da es in beiden Fallkonstellationen um unterschiedliche Rechtsgrundlagen und auch Zielsetzungen geht. Es sind jedoch immer der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot zu beachten. Daher darf die insgesamt verhängte Sanktion nicht außer Verhältnis zum Gesetzes- und Vertragsverstoß stehen, was jedenfalls bei der Höhe der Festsetzung der Sanktionen zu beachten ist. Weiter ist demnach danach zu fragen, ob im Falle vergleichbaren Verhaltens einheimischer Unternehmen auch vergleichbare Konventionalstrafen bzw. Sanktionen verhängt werden. Während diese Frage in Bezug auf die Konventionalstrafe schon aufgrund des Art. 2<sup>quater</sup> EntsG zu bejahen ist, wäre die Frage, ob und inwieweit auch gegen im Inland ansässige Unternehmen bei vergleichbaren Verstößen darüber hinaus verwaltungsrechtliche Sanktionen ergriffen werden können, im Einzelnen zu klären, was den Rahmen dieser Studie sprengen würde. Soweit diese Frage aber bejaht werden kann und die Sanktionen insgesamt verhältnismäßig sind, verstößt das Nebeneinander von Konventionalstrafen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen nicht gegen das Freizügigkeitsabkommen.

### **3. Zur Auslegung der RL 96/71**

- Die durch die neue Weisung des SECO erfolgte Modifizierung der „Anrechnungsmöglichkeit“ von Sozialversicherungsbeiträgen zu Lasten der ausländischen Dienstleistungserbringer (die vom Arbeitgeber im Ausland geleisteten Krankenversicherungsbeiträge werden bei der Berechnung des Mindestlohnes nicht mehr berücksichtigt) stellt einen Verstoß gegen Art. 13 FZA (*stand still*-Verpflichtung) dar.
- Darüber hinaus ist aber nicht ersichtlich, dass die „Umsetzung“ der Vorgaben der RL 96/71 bezüglich der einzuhaltenden minimalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Entsendegesetz und in der Entsendeverordnung den Vorgaben der RL 96/71 nicht entsprechen, dies insbesondere auch angesichts des Umstandes, dass die RL 96/71 den (Mitglied-) Staaten bei der Frage, was zum Minimallohn zu zählen ist, einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt. Allerdings



ist auf die Pflicht der Behörden zur transparenten und die Dienstleistungsfreiheit möglichst wenig beeinträchtigenden Anwendung der einschlägigen Bestimmungen hinzuweisen, so dass es den betroffenen Betrieben ohne größere Umstände möglich sein muss, den maßgeblichen Mindestlohn zu ermitteln.

#### **4. Zum Rechtsschutz**

- Die die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens sowie die *stand still*-Klausel des Art. 13 FZA (letztere soweit diese in Bezug auf Rechte Einzelner verletzt sein könnte) räumen Einzelnen Rechte ein und sind hinreichend klar und bestimmt formuliert und damit unmittelbar anwendbar, so dass sich Einzelne direkt gegenüber Behörden und vor Gerichten auf die einschlägigen Abkommensbestimmungen berufen können.
- Sowohl das Bundesgericht als auch die herrschende Lehre gehen von einem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts auch gegenüber Bundesgesetzen und der Verfassung aus, so dass dem Freizügigkeitsabkommen – auch vor dem Hintergrund, dass die Voraussetzungen der sog. „Schubert-Rechtsprechung“ nicht vorliegen – ein Anwendungsvorrang gegenüber innerstaatlichem Recht jeder Stufe zukommt.
- In Bezug auf den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Maßnahmen gegen im Ausland ansässige Unternehmen, die in der Schweiz mit entsandten Arbeitnehmern Dienstleistungen erbringen, ist grundsätzlich zwischen Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern mit Sitz im Ausland und den paritätischen Kommissionen und solchen zwischen Arbeitgebern mit Sitz im Ausland und staatlichen Behörden zu unterscheiden:
  - Im erstgenannten Fall ist der ordentliche zivilrechtliche Rechtsweg in dem jeweiligen Kanton eröffnet. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei den (wirklichen oder vermeintlichen) Ansprüchen der paritätischen Kommissionen um einen Anspruch deliktischen Charakters handelte, so dass in Bezug auf den Gerichtsstand Art. 5 Ziff. 3 LugÜ greift. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber darauf, dass das betroffene Unternehmen im Falle der Verhängung von Konventionalstrafen auch warten kann, bis die paritätische Kommission ihn beim Zivilgericht verklagt; denn da es sich hier um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handelt, kann allein die Konventionalstrafe keinen vollstreckbaren Titel darstellen.
  - Soweit es um Sanktionen oder sonstige Verfügungen geht, die durch kantonale Behörden ausgesprochen werden, kommt – wobei es sich bei administrativen Sanktionen durchweg um anfechtbare Verfügungen handelt – der Verwaltungsrechtsweg zum Zug, zunächst auf kantonaler Ebene (wobei sich hier die Zuständigkeiten und Verfahren im Einzelnen unterscheiden), sodann auf Bundesebene.

## **II. Schlussbetrachtung**

Die in der vorliegenden Untersuchung im Zentrum des Interesses stehende Problematik der Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung und die sich daraus ergebende Frage nach der Vereinbarkeit gewisser Vorgaben und (möglicher) Praktiken in der Schweiz mit dem Abkommen, illustriert einmal mehr die kaum zu überschätzende Bedeutung des Personenfreizügigkeitsabkommens und die große Relevanz der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH in diesem Zusammenhang.



Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass es – abgesehen von der Frage der Meldepflicht, bei der die Vereinbarkeit der gesetzlichen Bestimmung selbst mit dem Abkommen höchst zweifelhaft ist – bei den hier erörterten (möglichen) Konfliktfeldern zwischen schweizerischer Rechtsetzung und Rechtsanwendung und dem Personenfreizügigkeitsabkommen im Wesentlichen um eine abkommenskonforme Auslegung und Anwendung der einschlägigen rechtlichen Vorgaben geht, eine Vorgabe, die auch und gerade von den kantonalen Vollzugsbehörden zu beachten ist, für die es aber teilweise schwierig ist, immer die volle Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zu erfassen. Umso mehr ist darauf zu hoffen, dass das SECO als die zuständige Bundesbehörde in diesem Zusammenhang, der auch eine gewisse Weisungsbefugnis gegenüber den Kantonen zukommt, die Auswirkungen und Reichweite des Abkommens im Einzelnen evaluiert und den Kantonen entsprechende Hilfestellung leistet.

Schließlich ist aber auch zu beachten, dass die Konstruktion des Abkommens selbst – „Übernahme“ eines Teils des *acquis communautaire* bei gleichzeitiger Ausgestaltung des Abkommens als „gewöhnlicher“ völkerrechtlicher Vertrag – zahlreiche Unsicherheiten in Bezug auf seine Auslegung (unter Einschluss der genauen Relevanz der Rechtsprechung des EuGH) aufwirft. Diese können zwar auf der Grundlage der nach der hier vertretenen Ansicht gegebenen Parallelität der Rechtslage im Gemeinschaftsrecht und im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens in Bezug auf die in dieser Studie analysierten Fragen wesentlich relativiert werden; gewisse Unschärfen werden aber notwendigerweise bestehen bleiben, was zu einer häufig unterschätzten Rechtsunsicherheit führt.<sup>182</sup> So wird es in vielen Fällen – sollte keine Einigung mit den involvierten Behörden erzielt werden können – notwendig sein, die Klärung dieser Fragen auf dem Rechtsweg herbeizuführen, was letztlich (angesichts der damit verbundenen Kosten und dem Aufwand) keine sehr befriedigende Situation darstellt, auch wenn der Rechtsweg – wie gezeigt – eröffnet ist.

---

<sup>182</sup> Vgl. zu diesem Aspekt ausführlich die Überlegungen bei *Epiney/Meier/Mosters*, in: *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg*, 77 (177 ff.).

## Literatur

- Achermann, Alberto*: Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Bern 2000, 33 ff.
- Anweiler, Jochen*: Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt, Bern 1997.
- Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel*: Droit constitutionnel suisse, vol. II. Les droits fondamentaux, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2006.
- Benesch, Sebastian*: Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel*: Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 8. Aufl., Baden-Baden 2009 (zitiert: Bieber/Epiney/Haag-*Verfasser*).
- Breitenmoser, Stephan*: Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf Nicht-EU-Staaten, in: Urs Scherrer/Marco Del Fabro (Hrsg.), Freizügigkeit im europäischen Sport, Zürich 2002, 59 ff.
- Breitenmoser, Stephan/Isler, Michael*: Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 ff.
- Buck, Carsten*: Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt u.a. 1998.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV, 3. Aufl., München 2006 (zitiert: Calliess/Ruffert-*Verfasser*).
- Cardinaux, Basile*: Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge, Zürich 2008.
- Cottier, Thomas/Evtimov, Erik*: Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77 ff.
- Dubey, Jean-Philippe*: La libre circulation des sportifs en Europe, Berne u.a. 2000.
- Ehlers, Dirk*: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005 (zitiert: *Verfasser*, in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten).
- Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A.* (Hrsg.): Die Schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2 Bde., 2. Aufl., Sankt Gallen/Zürich 2008 (zitiert: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-*Verfasser*).
- Epiney, Astrid*: Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl. 1994, 537 ff.
- Epiney, Astrid*: Umgekehrte Diskriminierungen, Köln u.a. 1995.
- Epiney, Astrid*: Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 45 ff.

*Epiney, Astrid*: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 141 ff.

*Epiney, Astrid*: Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

*Epiney, Astrid*: Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV – einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger -, in: Astrid Epiney/Marcel Haag/Andreas Heinemann (Hrsg.), FS Roland Bieber, Baden-Baden 2007, 661 ff.

*Epiney, Astrid*: Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport - Anmerkung zu einem Entscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008 -, AJP 2008, 1233 ff.

*Epiney, Astrid*: Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 5, Freiburg 2008.

*Epiney, Astrid*: Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, 25 ff.

*Epiney, Astrid/Civitella, Tamara*: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, Bern 2008, 227 ff.

*Epiney, Astrid/Felder, Andreas*: Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVglRWiss 2001, 425 ff.

*Epiney, Astrid/Meier, Annekathrin/Mosters, Robert*: Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht / Les cantons entre adhésion à l'UE et „voie bilatérale“: appréciation d'options sélectionnées de politique européenne du point de vue juridique, in: Konferenz der Kantonsregierungen / Conférence des gouvernements cantonaux (Hrsg. / éd.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht / Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale: réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons. Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“ / Rapports d'experts commandés par le groupe de travail „Europe – Réformes des cantons“, Zürich 2006, 77 ff.

*Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 57 ff.

*Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, Zürich, Bern 2007, 101 ff.

*Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, Zürich, Bern 2008, 55 ff.

*Epiney, Astrid/Mosters, Robert/Theuerkauf, Sarah*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Zürich, Bern 2004, 85 ff.

*Förster, Philipp*: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Frankfurt u.a. 2007.

- Ganten, Ted Oliver*: Die Drittwirkung der Grundfreiheiten – Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Berlin 2000.
- Graber, Rasso*: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, München 2002.
- Grossen, Dieter W./de Palézieux, Claire*: Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz – EG, 2002, 87 ff.
- Grossen, Dieter W./de Coulon, Claire*: Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EG, Handbuch, Zürich 2007, 135 ff.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008.
- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006.
- Hailbronner, Kay*: Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, 48 ff.
- Hangartner, Yvo*: Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EU-/EG-Vertrag), 4 Bde., 6. Aufl., Baden-Baden 2003-2004 (zitiert: von der Groeben/Schwarze-Verfasser).
- Imhof, Edgar*: Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, SZS 2000, 22 ff.
- Imhof, Edgar*: Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.
- Jaag, Tobias/Zihlmann, Magda*: Institutionen und Verfahren, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zürich 2007, 65 ff.
- Kahil-Wolff, Bettina*: Heilkuren an südeuropäischen Ständen und andere Entwicklungen rund um die EG-Verordnung 1408/71, SZS 2004, 578 ff.
- Kahil-Wolff, Bettina/Mosters, Robert*: Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: René Schaffhauser/Christian Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, Sankt Gallen 2001, 12 ff.
- Kälin, Walter*: Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.
- Kälin, Walter*: Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, Bern 2002, 11 ff.
- Kilian, Matthias*: Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte, ZEuP 2000, 601 ff.

- Klein, Eckart*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 1 ff.
- Maritz, Daniel*: Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 2001, 331 ff.
- Martenet, Vincent/Boillet, Véronique*: L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, Zürich, Bern 2008, 311 ff.
- Mock, Hanspeter/Filliez, Fabrice*: Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, SZIER 2006, 237 ff.
- Ott, Andrea*: Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (Acquis communautaire), EuZW 2000, 293 ff.
- Peers, Steve*: The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis, European Journal of Migration and Law 2000, 127 ff.
- Petersen, Ulrich/Nagel, Ralf*: Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, DAngVers 3/02, 81
- Portmann, Wolfgang*: Die flankierenden Maßnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Protmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zürich 2007, 327 ff.
- Preedy, Kara*: Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005.
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009 (zitiert: Schwarze-Verfasser, EU-Kommentar).
- Seyr, Sibylle*: Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2008.
- Spescha, Marc*: Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht? Das EuGH-Urteil vom 25. Juli 2008 in der Rechtssache *Metock u.a.* und seine Folgen für die Schweiz, AJP 2008, 1432 ff.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV / EGV, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft, München 2003 (zitiert: Streinz-Verfasser).
- Thürer, Daniel*: Kosmopolitisches Staatsrecht, Zürich 2005.
- Tiefenthal, Jürg Marcel*: Flankierende Maßnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes, Bern 2008.
- Vitzthum, Wolfgang Graf* (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., Berlin 2007 (zitiert: Graf Vitzthum-Verfasser).



- Waldmann, Bernhard:* Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003.
- Weigelt, Kurt:* Problematische flankierende Maßnahmen, in NZZ Online, 2.8.2008, [www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/problematische\\_flakierende\\_massnahmen\\_1.797033.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/problematische_flakierende_massnahmen_1.797033.html).
- Wüger, Daniel:* Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern/Zürich 2005, 287 ff.
- Wüger, Daniel:* Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005.

## Materialienverzeichnis

Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Maßnahmen zur Personenfreizügigkeit, 1. Oktober 2004, ([www.admin.ch/ch/d/ff/2004.6565.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004.6565.pdf), zuletzt konsultiert am 30.3.2009).

Erläuternder Bericht zum Verordnungsentwurf über die Revision der Verordnung zum Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, 21. Mai 2003, ([www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachements/6147.pdf](http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachements/6147.pdf), zuletzt konsultiert am 30.3.2009).

SECO, Merkblatt „Grenzüberschreitender Personalverleih- und Arbeitsvermittlungskonstellationen und deren Zulässigkeit nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)“, ([www.treffpunkt-arbeit.ch/dateien/Private-Arbeitsvermittlung/merkblatt-pav.pdf](http://www.treffpunkt-arbeit.ch/dateien/Private-Arbeitsvermittlung/merkblatt-pav.pdf), zuletzt konsultiert am 31.3.2009).

SECO, Kommentar, Flankierende Maßnahmen zur Personenfreizügigkeit, 2008, [www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A--](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--), zuletzt konsultiert am 30.3.2009).

Weisung des SECO vom 20.12.2004 an die zentralen paritätischen Organisationen, ([www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A--](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--), zuletzt konsultiert am 30.3.2009).

Weisung des SECO vom 20.12.2004 / 14.1.2005 an die Kantone und die kantonalen paritätischen Organisationen, ([www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A), zuletzt konsultiert am 30.3.2009).

Weisung des SECO und des BFM vom 25.2.2005 an die Kantone, ([www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A--](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--), zuletzt konsultiert am 30.3.2009).

Weisung des SECO vom 11.11.2008 über den internationalen Lohnvergleich, ([www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A--](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t...gmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--), zuletzt konsultiert am 30.3.2009).

## Abkürzungen

|        |  |
|--------|--|
| AJP    | Aktuelle Juristische Praxis  |
| Aufl.  | Auflage  |
| ABl.   | Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)     |
| Abs.   | Absatz   |
| Art.   | Artikel  |
| AVEG   | Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311 |
| AVG    | Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11                    |
| AVV    | Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.111                     |
| BBl    | Bundesblatt (Schweiz)  |
| Bd.    | Band   |
| Bde.   | Bände  |
| BGG    | Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110   |
| BV     | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101                                 |
| bzw.   | beziehungsweise  |
| CDE    | Cahiers de droit européen  |
| d.h.   | das heisst   |
| EG     | Europäische Gemeinschaft   |
| EGV    | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft   |
| EntsG  | Entsendegesetz, SR 823.20  |
| EntsV  | Entsendeverordnung, SR 823.201   |
| EuGH   | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften  |
| EuR    | Europarecht (Zeitschrift)  |
| EU     | Europäische Union  |
| EUV    | Vertrag über die Europäische Union   |
| EuZ    | Zeitschrift für Europarecht  |
| EuZW   | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht   |
| EWG    | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft  |
| EWS    | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht  |
| f./ff. | folgende   |
| FS     | Festschrift  |
| FZA    | Freizügigkeitsabkommen   |
| GA     | Generalanwalt  |
| GAV    | Gesamtarbeitsvertrag   |
| ggf.   | gegebenenfalls   |
| HAVE   | Haftung und Versicherung (Zeitschrift)   |
| Hrsg.  | Herausgeber  |
| i.e.S. | im engeren Sinne   |
| IPRG   | Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, SR 291                                       |

|           |   |
|-----------|---|
| i.S.      | im Sinne  |
| i.V.m.    | in Verbindung mit   |
| i.w.S.    | im weiteren Sinne   |
| KOM       | Dokumente der Europäischen Kommission                                     |
| lit.      | litera  |
| m.a.W.    | mit anderen Worten  |
| m.w.N.    | mit weiteren Nachweisen   |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift  |
| Nr.       | Nummer  |
| NZZ       | Neue Zürcher Zeitung  |
| OR        | Obligationenrecht, SR 220   |
| RDUE      | Revue du Droit de l'Union Européenne                                      |
| RL        | Richtlinie  |
| Rn.       | Randnummer  |
| Rs.       | Rechtssache   |
| s.        | siehe   |
| SECO      | Staatssekretariat für Wirtschaft  |
| SJER      | Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht                                  |
| SJZ       | Schweizerische Juristenzeitung  |
| Slg.      | Sammlung der Rechtsprechung des EuGH                                      |
| s.o.      | siehe oben  |
| sog.      | sogenannt   |
| SR        | Systematische Sammlung des Bundesrechts                                   |
| StGB      | Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0                                 |
| SZIER     | Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht     |
| SZS       | Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge |
| u.a.      | unter anderem   |
| UA        | Unterabsatz   |
| VGG       | Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 173.32                                      |
| vgl.      | vergleiche  |
| VStrG     | Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0                     |
| VwVG      | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021                    |
| WVK       | Wiener Vertragsrechtskonvention   |
| ZAR       | Zeitschrift für Ausländerrecht  |
| z.B.      | zum Beispiel  |
| ZBJV      | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins                                |
| ZBl.      | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht             |
| ZESAR     | Zeitschrift für europäisches Arbeits- und Sozialrecht                     |
| ZEuP      | Zeitschrift für europäisches Privatrecht                                  |
| Ziff.     | Ziffer  |
| ZSR       | Zeitschrift für Schweizerisches Recht                                     |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft                          |





Das vorliegende Cahier befasst sich mit der Frage, nach der Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung und deren Vereinbarkeit mit gewissen Vorgaben und Praktiken in der Schweiz.

Es erörtert Konfliktfelder zwischen der schweizerischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, welche in der Praxis häufig durch Probleme bei der Auslegung und der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens, des Entsendegesetzes und der Entsendeverordnung im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung entstehen.

Le cahier suivant traite la question de la portée de l'accord sur la libre circulation des personnes dans le domaine du détachement temporaire, ainsi que de la compatibilité avec certains objectifs et pratiques en Suisse.

Il aborde les conflits entre la création et l'application du droit Suisse et l'accord sur la libre circulation des personnes. Ces conflits surviennent dans la pratique, suite aux problèmes d'interprétation et d'application de l'accord sur la libre circulation des personnes, de la loi sur les travailleurs détachés et de l'ordonnance sur les travailleurs détachés.

**Astrid Epiney**, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Freiburg und Neuenburg.

**Patrizia Zbinden**, MLaw, Assistentin, Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue.