

Prof. Dr. Christa Tobler

Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts

Im August 2013 umriss der Schweizerische Bundesrat die Konturen eines möglichen Mandats für Verhandlungen mit der Europäischen Union über eine Reform der Funktionsweise des bilateralen Rechts. Der Beitrag beleuchtet dieses Modell anhand des Beispiels der flankierenden Massnahmen, von denen der Bundesrat angekündigt hat, dass er ihren Erhalt unbedingt sicherstellen will.

Rechtsgebiet(e): Bilaterale Abkommen CH-EU; Arbeitsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Christa Tobler, Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts, in: Jusletter 30. September 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die wesentlichen Elemente des Mandatsentwurfs im Überblick
- III. Einführende Bemerkungen zu den flankierenden Massnahmen der Schweiz
- IV. Platz im System des bilateralen Rechts zwischen der Schweiz und der EU
- V. Zu den Reformstichworten
 1. Aufdatieren bzw. fortlaufende Anpassung des Rechtsbestands
 2. Auslegung: Homogenitätsprinzip und Verfahren (Überblick)
 3. Das Homogenitätsprinzip und die flankierenden Massnahmen
 4. Streitbeilegungsmechanismus
 5. Überwachung
 6. Auslegung in einem allfälligen Vorabentscheidungsverfahren
- VI. Zum Schluss

I. Einleitung

[Rz 1] Am 21. August 2013 umriss der Schweizerische Bundesrat die Konturen eines möglichen Mandats für Verhandlungen mit der EU über eine Reform der Funktionsweise des bilateralen Rechts, welche durch den Abschluss eines neuen Rahmenabkommens erreicht werden soll.¹ Nach der zurzeit laufenden Konsultation bei den Aussenpolitischen Kommissionen des Bundesparlaments und bei den Kantonen soll das Mandat fertig ausformuliert und verabschiedet werden. Parallel dazu erarbeitet auch die EU ein Verhandlungsmandat.

[Rz 2] Bekanntlich wünscht die EU seit einigen Jahren eine solche Reform.² Ziel ist es, mehr Homogenität zwischen dem EU-Binnenmarktrecht und dem bilateralen Recht in diesem Bereich zu erreichen, sowohl im Rechtsbestand als auch in seiner Auslegung und Anwendung. Konkret regte die EU an, dass sich das neue System an jenem des EWR orientiert, und benannte dazu vier Bereiche, nämlich: 1) ein homogener Rechtsbestand durch systematisches Aufdatieren des bilateralen Rechts, d.h. eine fortlaufende Anpassung an neues EU-Recht im relevanten Bereich, soweit er vom bilateralen Recht abgedeckt ist, 2) Auslegung des bilateralen Binnenmarktrechts gleich wie im entsprechenden EU-Recht, von dem es ja abgeleitet ist, 3) eine überstaatliche Überwachung der Einhaltung dieses Rechts sowie 4) ein effizienter Gerichtsmechanismus bzw. ein Mechanismus zur Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien über Auslegung und Anwendung des bilateralen Rechts. Die EU machte mehrmals deutlich, dass sie ohne eine Erneuerung der Funktionsweise des bilateralen Rechts nicht bereit ist, neue Abkommen im Bereich des Zugangs zum Binnenmarkt abzuschliessen, d.h. Abkommen über den freien Verkehr von

Waren (dazu gehört das seit Jahren in Verhandlung stehende Strom-/Energieabkommen),³ Personen, Dienstleistungen und Kapital (wobei Letzteres bisher vom bilateralen Recht nicht erfasst wird).

[Rz 3] Der Bundesrat legte der EU erstmals im Juni 2012 Vorstellungen zu den genannten vier Punkten dar.⁴ Sie wurden von der Europäischen Kommission als ungenügend zurückgewiesen,⁵ hatten jedoch laut Bundesrat den Vorteil, Bewegung in die verfahrenre Situation zu bringen (Bundesrat Burkhalter: «ce qu'on appelle «a gear changer», qui bouge les choses»⁶). In der ersten Hälfte des laufenden Jahres erarbeiteten sodann die Chefdiplomaten der beiden Parteien im Rahmen von Sondierungsgesprächen bzw. eines technischen Dialoges drei Handlungsoptionen. Es handelte sich um ein sog. *Non-paper*, das seinem Charakter entsprechend nicht veröffentlicht, über das aber in der Presse berichtet wurde (wobei naturgemäss einiges unklar blieb).⁷ Im Juni 2012 kündigte der Bundesrat an, dass er sein Mandat aufgrund der dritten im *Non-paper* genannten Option auszuarbeiten gedenke, und nannte dazu erste, konkrete Aspekte.⁸ Am 21. August 2013 stellte er sodann, wie bereits erwähnt, die Konturen des inzwischen erarbeiteten Mandatsentwurfs vor und benannte zugleich einige weitere Elemente seiner Strategie.⁹

[Rz 4] In diesem Rahmen erwähnte der Bundesrat einige sog.

¹ Zur bisherigen Entwicklung des bilateralen Rechts seit den 1950er Jahren CHRISTA TOBLER/JACQUES BEGLINGER, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände (Text: Christa Tobler, Tafeln: Christa Tobler/Jacques Beglinger); insbes. Band 1, Rz. 9 ff., sowie Band 2, Tafel 8, mit weiteren Hinweisen.

² Siehe neuestens die Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, Rz. 29 ff., <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/13/st05/st05101.de13.pdf>, zuletzt besucht am 26. September 2013. Zum Hintergrund Tobler/Beglinger (Fn. 1), Band 1, Rz. 101 ff.

³ Von dem Bundesrätin Leuthard glaubt, dass es im Jahr 2014 abgeschlossen werden kann: «Auf weitere Analysen zu warten, wäre fatal». Bundesrätin Doris Leuthard über die Unsicherheiten des Atomausstiegs und die weitere Öffnung des Strommarktes», NZZ vom 13. September 2013. Zum geplanten Abkommen siehe <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00563/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁴ Brief Bundespräsidentin Widmer-Schlumpf an den Präsidenten der Europäischen Kommission vom 15. Juni 2012; <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁵ Brief des Präsidenten der Europäischen Kommission an Bundespräsidentin Widmer-Schlumpf vom 21. Dezember 2012; <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁶ Medienkonferenz von Bundesrat Burkhalter vom 21. August 2013, http://www.tv.admin.ch/de/archiv?year=2013&month=8&video_id=878, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁷ Siehe hierzu CHRISTA TOBLER, «Die Erneuerung des bilateralen Wegs: Eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen», Jusletter 3. Juni 2013. Der vorliegende Beitrag baut z.T. fort auf diesem früheren Artikel, wobei sich einzelne Wiederholungen nicht vermeiden lassen.

⁸ Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Juni 2013 («Bundesrat verfolgt eine mittelfristige Strategie für die Konsolidierung des bilateralen Weges», <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=49450>, zuletzt besucht am 26. September 2013).

⁹ Medienmitteilung des Bundesrats vom 21. August 2013 («Europa: Bundesrat schickt Entwurf für ein Verhandlungsmandat über institutionelle Fragen in die Konsultation», <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=49947>, zuletzt besucht am 26. September 2013).

«rote Linien», welche er bei der Reform der Funktionsweise des bilateralen Systems nicht überschreiten will.¹⁰ Dazu gehört u.a. die Sicherung der schweizerischen flankierenden Massnahmen (FlaM) im Rahmen der Personenfreizügigkeit. Der Bundesrat schreibt dazu in seiner Pressemeldung vom 21. August 2013:¹¹ «Es wird sichergestellt, dass die Schweiz die flankierenden Massnahmen in Rahmen der Personenfreizügigkeit beibehalten kann.»

[Rz 5] Der vorliegende Beitrag wählt das Thema der flankierenden Massnahmen, um die Funktionsweise eines erneuerten bilateralen Systems nach dem Mandatsentwurf des Bundesrates darzustellen. Ziel ist es deshalb, mit diesem praktischen Beispiel zum besseren Verständnis der rechtlichen Aspekte der zurzeit diskutierten Systemänderung beizutragen. Dabei kann es sich allerdings nicht um mehr als eine Momentaufnahme handeln, weil die definitiven Konturen des Verhandlungsmandats noch nicht feststehen und es letztendlich auch von den Verhandlungen selber abhängt, was erreicht werden kann. Dennoch kann der Schluss gezogen werden, dass der Bundesrat in einem erneuerten System zwar die flankierenden Massnahmen als solche erhalten könnte, aber wohl nicht in allen Punkten in ihrer heutigen Ausgestaltung.

[Rz 6] Zum Aufbau des vorliegenden Beitrags: Vorab erfolgt ein knapper Überblick über die wesentlichsten Elemente des vom Bundesrat laut Mandatsentwurf favorisierten Modells für die Erneuerung des bilateralen Rechts. Anschliessend wird der Begriff der flankierenden Massnahmen eingeführt und ihr Platz im bilateralen Recht dargestellt. Schliesslich werden die vier oben erwähnten Stichworte der Systemerneuerung näher beleuchtet und auf die flankierenden Massnahmen angewendet.

II. Die wesentlichen Elemente des Mandatsentwurfs im Überblick

[Rz 7] Die grundlegende Leitlinie des Bundesrats ist die Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des bilateralen Rechts (Homogenität) und der Unabhängigkeit der Schweiz als Nicht-EU-Mitglied.¹² Diese Unabhängigkeit bedingt nach

der Auffassung des Bundesrates im Wesentlichen dreierlei: keine Automatismen in der Aufdatierung des bilateralen Rechtsbestandes, keine Schaffung neuer, supranationaler Institutionen für das bilaterale Recht (insbes. keine für die Schweiz zuständige, übernationale Überwachungsbehörde) und keine direkte Verpflichtung oder gar Verurteilung der Schweiz durch ein übernationales Gericht.

[Rz 8] Vor diesem Hintergrund zielt der Mandatsentwurf auf Verhandlungen über ein Rahmenabkommen, das für alle (bisherige und zukünftige) bilateralen Abkommen zum Marktzugang gelten und das im Vergleich zum heutigen System zwei grundsätzliche Neuerungen aufweisen soll. Zum einen handelt es sich um die Einführung einer systematischen (aber nicht automatischen) Aufdatierung bzw. fortlaufenden Anpassung des bilateralen Rechtsbestandes («*Acquis*»), allerdings nur mit Bezug auf künftige Gesetzgebung der EU (dazu unten Rz. 26 ff.). Zum anderen geht es um ein neues Element im politischen Streitbeilegungsmechanismus in den Gemischten Ausschüssen in der Gestalt von «autoritativen Gutachten» über die Auslegung des bilateralen Rechts (bzw. in der Diktion des Bundesrats: des ins bilaterale Recht integrierten EU-Rechts) durch den Gerichtshof der Europäischen Union (kurz: Europäischer Gerichtshof, EuGH; dazu unten Rz. 63 ff.). Als mögliches, aber offenbar nicht unbedingt erstrebenswertes Verhandlungsthema erwähnt der Bundesrat zudem die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens, ebenfalls vor dem EuGH (dazu unten Rz. 80 ff.).

[Rz 9] Im Folgenden soll das neue Modell am Beispiel der flankierenden Massnahmen und insbes. der umstrittenen 8-Tage-Regel dargestellt werden.

¹⁰ Aus dem Englischen, wo die «red lines» Sicherheitslinien bezeichnen, z.B. auf einem Messgerät (ähnlich dem deutschen Ausdruck des «roten Bereichs»).

¹¹ «Europa: Bundesrat schickt Entwurf für ein Verhandlungsmandat über institutionelle Fragen in die Konsultation», <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=49947>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

¹² Die Aussagen in diesem Text über den die dem Mandatsentwurf zugrundeliegenden Vorstellungen des Bundesrats stützen sich im Wesentlichen auf die folgenden Quellen: Medienmitteilungen des Bundesrats vom 26. Juni 2013 («Bundesrat verfolgt eine mittelfristige Strategie für die Konsolidierung des bilateralen Weges», <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=49450>, zuletzt besucht am 26. September 2013) und vom 21. August 2013 («Europa: Bundesrat schickt Entwurf

für ein Verhandlungsmandat über institutionelle Fragen in die Konsultation», <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=49947>, zuletzt besucht am 26. September 2013); Medienkonferenz von Bundesrat Burkhalter vom 21. August 2013 (http://www.tv.admin.ch/de/archiv?year=2013&month=8&video_id=878, zuletzt besucht am 26. September 2013); Antwort des Bundesrats vom 20. August 2013 auf das Schreiben von 15 Professorinnen und Professoren (darunter die Schreibende) vom 26. Juli 2013 betr. die Erneuerung des bilateralen Rechts; Informationsblatt zu den institutionellen Fragen vom 21. August 2013, <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 26. September 2013; Bundesrat Burkhalter «Weitsicht und Verantwortung: Wir erneuern den bilateralen Weg, um ihn für eine Generation zu sichern», Ansprache anlässlich des Tages der Wirtschaft «Multinational verwurzelt: Ein Schweizer Erfolgsmodell?», <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=50060>, zuletzt besucht am 26. September 2013, sowie Dokumentation zu den institutionellen Fragen vom September 2013, <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

III. Einführende Bemerkungen zu den flankierenden Massnahmen der Schweiz

[Rz 10] Der Begriff der flankierenden Massnahmen bezeichnet im vorliegenden Zusammenhang eine Reihe von Vorschriften und Massnahmen der Schweiz, welche Erwerbstätige vor der missbräuchlichen Unterschreitung der hierzulande geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen schützen und gleiche Wettbewerbsbedingungen für inländische und ausländische Unternehmen sichern sollen.¹³ Es geht dabei insbes. um den Fall der Entsendung, bei welcher ein ausländisches, nicht in der Schweiz niedergelassenes Unternehmen hierzulande eine Dienstleistung erbringt und dazu seine eigenen Arbeitskräfte aus dem Ausland mitbringt.¹⁴

[Rz 11] Die einschlägigen Regelungen finden sich im Entsendegesetz (EntsG)¹⁵, der Entsendeverordnung (EntsV),¹⁶ dem Obligationenrecht (OR),¹⁷ dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)¹⁸ und dem Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG).¹⁹ Während OR und AVEG allgemeine Massnahmen zur Kontrolle der Einhaltung der orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen vorsehen, welche auch für schweizerische Arbeitgebende gelten, beziehen sich die Massnahmen nach der Entsendegesetzgebung spezifisch auf die Entsendung durch ausländische Arbeitgebende.

[Rz 12] Zwei bekannte Beispiele von konkreten flankierenden Massnahmen sind das Erfordernis des Nachweises der Selbständigkeit und die sog. 8-Tage-Regel. Erstere zielt auf die Vermeidung von Scheinselbständigkeit, mit der die Qualifikation als Arbeitskraft und damit die Schutzvorschriften umgangen werden könnten (Art. 1 Abs. 2 EntsG). Letztere soll gegenüber Entsendebetrieben Kontrollen der Einhaltung der schweizerischen Vorschriften ermöglichen. Sie umfasst

die grundsätzliche Pflicht der vorherigen Anmeldung einer geplanten, grenzüberschreitenden Dienstleistung in der Schweiz, verbunden mit einem Tätigkeitsverbot während der ersten acht Tage nach der Meldung (Art. 6 EntsG, Art. 6 EntsV). Die Rechtmässigkeit der 8-Tage-Regel ist zwischen der Schweiz und der EU umstritten (dazu unten Rz. 46 ff.).

[Rz 13] Für die Überwachung und Durchsetzung der Schutzmassnahmen sind verschiedene Behörden und Kommissionen zuständig. Auf der Bundesebene erstattet das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) regelmässig Bericht über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen (sog. FlaM-Berichte).²⁰

IV. Platz im System des bilateralen Rechts zwischen der Schweiz und der EU

[Rz 14] Der arbeitsrechtliche Schutz von entsandten Arbeitskräften sowie gleicher Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen im Aufnahmestaat gehört thematisch zur Dienstleistungsfreiheit. Bekanntlich sehen die bilateralen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz keine dem EU- oder dem EWR-Recht entsprechende, umfassende Dienstleistungsfreiheit vor. Zwei Abkommen betreffen die Erbringung von Dienstleistungen in spezifischen Sektoren, nämlich dem Landverkehr²¹ und dem Luftverkehr.²² Weitere, im Vergleich zu EU- und EWR-Recht allerdings sehr eingeschränkte Regelungen finden sich im Freizügigkeitsabkommen (FZA).²³ Letztere sind vorliegend relevant.

[Rz 15] Nach Art. 5 Abs. 1 FZA erfasst das Abkommen nur Dienstleistungen mit einer tatsächlichen Dauer von höchstens 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr, die im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei erbracht werden. Für Arbeitsvermittlungs- und Verleihunternehmen sowie

¹³ Siehe hierzu die Informationen des Bundesverwaltung «Freier Personenverkehr CH-EU und flankierende Massnahmen», <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/>, zuletzt besucht am 26. September 2013, sowie Tobler/Beglinger (Fn. 1), Band 1, Rz. 131 ff.

¹⁴ Hierzu insbes. ASTRID EPINEY/PATRICIA ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Freiburg: Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ü. 2009.

¹⁵ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer), SR 823.20.

¹⁶ Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV), SR 823.201.

¹⁷ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR), SR 220.

¹⁸ Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), SR 221.215.311.

¹⁹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG), SR 823.11.

²⁰ Letztmals: FlaM – Bericht vom 26. April 2013. Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union 1. Januar – 31. Dezember 2012, <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30432.pdf>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

²¹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, für die Schweiz SR 0.740.72, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/91.

²² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/73.

²³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG (heute die EU) und ihre Mitgliedstaaten ABl. 2002 L 114/6.

genehmigungspflichtige und unter Aufsicht stehende Finanzdienstleistungen gilt das Abkommen nur mit Bezug auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die nach seiner Unterzeichnung (also nach dem 1. Juni 1999) erlassen wurden (Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA).

[Rz 16] Im vorliegenden Zusammenhang interessiert spezifisch die Möglichkeit von Unternehmen, in diesem Rahmen grenzüberschreitend Dienstleistungen zu erbringen und dabei Personal aus dem Ausland mitzubringen, sowie die Rechtsstellung dieses Personals in der Schweiz. Grundsätzlich muss hier wie im EU- und EWR-Recht gelten, dass der Aufnahmestaat auf kurzzeitig, vorübergehend oder unregelmässig auf seinem Territorium tätige, ausländische Unternehmen anders als auf niedergelassene, ausländische Unternehmen nicht einfach seine gesamte Gesetzgebung anwenden darf, weil so die Dienstleistungsfreiheit ihres Sinnes entleert würde (EUGH-Entscheidung *Säger*).²⁴ Für den Fall der Entsendung enthält das Freizügigkeitsabkommen jedoch gleich wie das EU- und das EWR-Recht eine Spezialregelung.

[Rz 17] Nach Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA lassen die Bestimmungen des Abkommens über die Dienstleistungsfreiheit «die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer unberührt.» Dabei wird auf die sog. Entsende-Richtlinie der EU (Richtlinie 96/71/EG)²⁵ Bezug genommen, was nach Art. 16 Abs. 1 FZA bedeutet, dass die Schweiz mit den Vorschriften dieser Richtlinie gleichwertige Regelungen haben muss. Die schweizerische Entsendegesetzgebung nennt die EU-Richtlinie nicht explizit. In der Botschaft zur Revision des Entsendegesetzes von 2004 ist aber festgehalten, dass sich das Gesetz auf die Richtlinie stützt und dass die durch die Revision vorgesehenen Änderungen des Gesetzes der Entsende-Richtlinie entsprechen.²⁶ Es ist daher deutlich, dass der schweizerische Gesetzgeber mit der Entsendegesetzgebung faktisch den Inhalt der Richtlinie übernehmen wollte.

[Rz 18] Die Entsende-Richtlinie dient der Koordinierung der nationalen Regelungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der entsandten Arbeitskräfte (woraus sich umgekehrt ergibt, dass andere Aspekte von der Richtlinie nicht erfasst werden). Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie listet bestimmte inhaltliche Bereiche auf, bezüglich derer der Aufnahmestaat das eigene Recht auch auf ausländische Dienstleistende (d.h. die Entsendebetriebe und die von ihnen mitgebrachten Arbeitskräfte) anwenden kann, *sofern* diese Regelungen in einem von der Richtlinie vorgesehenen

Modus eingeführt worden sind, d.h. aufgrund eines Gesetzes oder eines allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages oder Schiedsspruches (für Länder, in denen es kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen oder Schiedssprüchen gibt, bietet Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie einen Ausweg, der für die Schweiz aber nicht relevant ist und deshalb vorliegend nicht weiter behandelt wird).

[Rz 19] Der Grundgedanke hinter dieser Regelung ist der, dass die Schutzregelungen im betreffenden Staat für alle gleich gelten müssen bzw. dass es ungerecht wäre, den ausländischen Unternehmen Regelungen aufzuerlegen, die nicht zugleich auch für alle inländischen Unternehmen gelten.

[Rz 20] Im Einzelnen nennt Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie die folgenden Bereiche:

- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;
- bezahlter Mindestjahresurlaub;
- Mindestlohnsätze einschliesslich der Überstunden-sätze (unter Ausschluss der zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme);
- Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbes. durch Leiharbeitsunternehmen;
- Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;
- Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
- Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

[Rz 21] Sofern in einem in der Richtlinie erwähnten Modus erlassen, können demnach die Bestimmungen des Aufnahmestaates zu diesen Bereichen grundsätzlich ohne Weiteres auf Entsendebetriebe und ihr Personal angewendet werden. Die Richtlinie harmonisiert die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erwähnten Bereiche nicht, sondern äussert sich lediglich zur Anwendbarkeit des jeweiligen nationalen Rechts in diesen Bereichen. In der EU und im EWR bestehen aber z.T. aufgrund weiterer Gesetzgebung Vorgaben, welche für die Mitgliedstaaten verbindlich sind, z.B. zum Gesundheitsschutz der Arbeitskräfte.²⁷ Diese Gesetzgebung gehört im allgemeinen nicht zum bilateralen Rechtsbestand, weil das bilaterale Recht – anders als das EWR-Recht – mit Ausnahme des Koordinationsrechts zu den Sozialversicherungen

²⁴ Rs. C-76/90 *Manfred Säger gegen Dennemeyer & Co. Ltd.*, Slg. 1991, I-4221, E. 13.

²⁵ Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

²⁶ Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, Bbl. 2004 6565, S. 6588.

²⁷ Dazu gehört z.B. die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. 1992 L 348/1.

das Sozialrecht der EU grundsätzlich nicht übernommen hat (Ausnahmen finden sich im bilateralen Verkehrsrecht).²⁸

[Rz 22] Für andere als die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erwähnten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sieht Art. 3 Abs. 10 eine detailliertere Prüfung vor. Nach dem ersten Teil dieser Bestimmung berührt die Richtlinie nicht das Recht der Staaten, unter Einhaltung des Vertrags für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise (also unterschiedslos) Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vorzuschreiben, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt (der zweite Teil der Vorschrift bezieht sich auf Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie, der für die Schweiz nicht relevant ist).

[Rz 23] Im EU-Recht zeigt die Rechtsprechung, dass sich die Nennung «des Vertrags» in erster Linie auf die Bestimmungen über die (aktive) Dienstleistungsfreiheit im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (d.h. im früheren EG-Vertrag) bezieht, also die Vorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen (im Gegensatz zum Empfang von Dienstleistungen bzw. passive Dienstleistungsfreiheit). Im Kontext des bilateralen Rechts geht es dementsprechend um die Vorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen im Freizügigkeitsabkommen (Art. 5 FZA, Art. 17 ff. Anhang I FZA). Im Rahmen von Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie muss deshalb geprüft werden, ob die Vorschriften oder Massnahmen des Aufnahmestaates für alle in diesem Staat tätigen Unternehmen in gleicher Weise gelten, im Bereich der öffentlichen Ordnung liegen und den Anforderungen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nach den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens genügen.

[Rz 24] Schliesslich gelten für Massnahmen, welche weder unter Art. 3 Abs. 1 noch unter Art. 3 Abs. 10 der Entsende-Richtlinie fallen, schlicht die allgemeinen Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit. Das bilaterale Recht geht wie das EU- und das EWR-Recht davon aus, dass die Anwendung von Vorschriften des Aufnahmestaates auf den Entsendebetrieb bzw. seine Arbeitskräfte die Dienstleistungsfreiheit des Unternehmens einschränken können; dies nicht zuletzt deswegen, weil das ausländische Unternehmen zugleich dem Recht des Herkunftsstaates untersteht (sog. doppelte Regulierung).

[Rz 25] Nach dieser knappen Umschreibung des rechtlichen Rahmens der Entsendung im Freizügigkeitsabkommen soll im Folgenden anhand des Beispiels der flankierenden Massnahmen und insbes. der 8-Tage-Regel illustriert werden, was eine Erneuerung der Funktionsweise des bilateralen Rechts, so wie sie im Mandatsentwurf des Bundesrats umrissen ist, in der Praxis bedeuten könnte. Vorab wird jeweils das entsprechende Stichwort näher beleuchtet. Einzelheiten zur Auslegung des erwähnten Rechtsrahmens für die flankierenden Massnahmen werden später im Zusammenhang

mit dem Homogenitätsprinzip folgen (unten Rz. 46 ff.). Als erstes Reformstichwort folgt nun das Aufdatieren des Rechtsbestandes.

V. Zu den Reformstichworten

1. Aufdatieren bzw. fortlaufende Anpassung des Rechtsbestands

[Rz 26] Laut Mandatsentwurf will der Bundesrat die Homogenität des Rechtsbestandes zwischen dem EU-Binnenmarktrecht und dem bilateralen Binnenmarktrecht, soweit dieses eine bestimmte Thematik umfasst, durch die systematische Aufdatierung des bilateralen Rechts erreichen. Zur Zeit gilt ein solches System für das Schengenabkommen²⁹, das Dublinabkommen³⁰ und das Zollsicherheitsabkommen³¹, verbunden mit dem Mitspracherecht der Schweiz im Gesetzgebungsprozess der EU (sog. gestaltende Mitwirkung oder *decision shaping*) und mit Vorschriften über die Wahrung des demokratischen Systems der Schweiz (Letzteres in den Schengen- und Dublinabkommen). Zudem sieht eine den Bilateralen I beigefügte Erklärung weitgehende Beteiligungsrechte der Schweiz an den die Abkommen betreffenden Ausschüssen vor.

[Rz 27] Diese beiden Punkte – Recht auf gestaltende Mitwirkung und Wahrung des demokratischen Systems – sind für den Bundesrat auch für ein neu zu schaffendes, allgemeines System der fortlaufenden Anpassung entscheidend. Man wird sich daran erinnern, dass die Bundesverwaltung und der Bundesrat 1992 dem EWR gegenüber kritisch eingestellt waren, weil er «nur» eine Teilnahme am *decision shaping* (gestaltende Mitwirkung) und nicht am *decision making* (Mitentscheidung) vorsieht. Diese Bedenken gelten für das bilaterale Recht offenbar nicht.

[Rz 28] Im Falle von anderen als den erwähnten drei Abkommen ist heute ein Aufdatieren des Rechtsbestandes z.T. via den Gemischten Ausschuss und in jedem Fall durch Revision des Abkommens möglich. In vielen Fällen erfolgen

²⁸ Dazu TOBLER/BEGLINGER (Fn. 1), Band 2, Tafeln 26, 58 und 61.

²⁹ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, für die Schweiz SR 0.362.31, für die EU und die EG (heute nur noch die EU) ABl. 2008 L 53/52.

³⁰ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, für die Schweiz SR 0.142.392.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2008 L 53/5.

³¹ Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, für die Schweiz SR 0.631.242.05, für die EG (heute die EU) ABl. 2009 L 199/24.

regelmässig Anpassungen, aber eben nicht unbedingt umfassend. So hat sich die Schweiz z.B. geweigert, die sog. Unionsbürger-Richtlinie³² zu übernehmen. Diese Richtlinie ist zum grössten Teil eine Fortsetzung des früheren Rechts zum freien Personenverkehr und beruht zu einem kleinen Teil auf der Unionsbürgerschaft (z.B. betr. Studienbeihilfen, Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie).

[Rz 29] Eine Übernahme der Unionsbürger-Richtlinie schliesst der Bundesrat auch für die Zukunft aus, und zwar basierend auf der Absicht, in einem erneuerten System des bilateralen Rechts nur künftiges EU-Recht übernehmen zu wollen, nicht aber solches, das von der EU bereits vor dem Abschluss des neuen Rahmenabkommens erlassen wurde (keine «Rückwirkung» betreffend den Rechtsbestand). Hierzu gehört nun eben die aus dem Jahr 2004 stammende Unionsbürger-Richtlinie. Die Schweiz würde wohl auch eine allfällige Revision mit neuerem Datum als irrelevant betrachten, solange es sich nur um eine Anpassung der Richtlinie von 2004 handeln würde. Eine interessante Konstellation würde sich dann ergeben, wenn die EU die bisherige Richtlinie durch eine neue ersetzen würde.

[Rz 30] Aus dem Gesagten wird deutlich, dass mit dem Modell des Bundesrates keine vollständige Homogenität im Rechtsbestand zu erreichen ist. Vielmehr ist von vornherein sozusagen institutionell eine Art «Homogenitätsloch» eingebaut. Es bleibt abzuwarten, was die Vorstellungen der EU zu diesem Punkt sind.

[Rz 31] Was nun die flankierenden Massnahmen betrifft, so wird in der EU zurzeit das Entsenderecht revidiert.³³ Je nachdem, wann das angestrebte bilaterale Rahmenabkommen unterzeichnet und die neue Richtlinie angenommen wird, könnte sich das Problem des «Homogenitätslochs» auch hier stellen. In diesem Fall würde wohl das bisherige Verfahren zur Aufdatierung des Freizügigkeitsabkommens zur Anwendung gelangen, wobei es durchaus möglich ist, dass die Schweiz einer Übernahme zustimmen würde.

[Rz 32] Würde die Richtlinie nach dem Abschluss des Rahmenabkommens angenommen, so käme das neue Verfahren zur Anwendung. Der erste Schritt wäre dann die Identifikation der Revisions-Richtlinie als «bilateralrelevant» im Gesetzgebungsprozess der EU. Hier stünde wohl die Qualifikation durch die Kommission zur Zeit der Erstellung des

Richtlinienentwurfs am Anfang. Anschliessend könnte sich die Schweiz im Rahmen ihres Mitspracherechtes materiell dazu äussern. Nach Annahme der Richtlinie durch die EU würde der Entscheid zur Übernahme beim Gemischten Ausschuss liegen, unter Wahrung der für den demokratischen Prozess in der Schweiz nötigen Fristen (vermutlich ähnlich, wie dies heute in den Schengen- und Dublinabkommen vorgesehen ist). Der Bundesrat betont zu Recht, dass eine automatische Übernahme ausgeschlossen ist – sie ist aber auch im EWR-Recht nicht vorgesehen und von der EU nie gefordert worden.

[Rz 33] Im EWR ist es bereits vorgekommen, dass sich die EWR/EFTA-Staaten gegen die Relevanz von EU-Recht aussprachen, welches die EU in den EWR-Rechtsbestand einbeziehen wollte. Aus diesem Grund wurden die Richtlinien 2000/43/EG³⁴ und 2000/78/EG³⁵ nicht Teil des EWR-Rechts. Liechtenstein war dagegen; Island und Norwegen passten später ihr nationales Recht auf dem Weg des autonomen Nachvollzuges an die beiden Richtlinien an. Liechtenstein wehrte sich ursprünglich auch gegen den Einbezug der Unionsbürger-Richtlinie, gab diesen Widerstand aber später auf. Der Übernahmeentscheid erfolgte mit der Einschränkung, dass via die Richtlinie das Unionsbürgerrecht nicht in den EWR übernommen wird. In seiner Auslegung des EWR-Rechts trägt der EFTA-Gerichtshof dem mit Bezug auf den bereits erwähnten Art. 24 der Unionsbürger-Richtlinie (Gleichbehandlung, Studienbeihilfen) ausdrücklich Rechnung.³⁶

[Rz 34] Für den Fall, dass eine Gesetzgebungsmassnahme der EU im dynamischen Aufdatierungssystem nicht übernommen wird, sieht das EWR-Recht Sanktionen vor (Art. 102 Abs. 5 und 6 EWR-Abkommen). Solche Sanktionen könnten laut Bundesrat auch im auszuhandelnden Rahmenabkommen bezüglich der Schweiz aufgenommen werden, bis hin zur Suspendierung eines Teils oder des ganzen betreffenden Abkommens.

[Rz 35] Insgesamt ergibt sich, dass das Modell des Bundesrates laut Mandatsentwurf mit Ausnahme des «Homogenitätslochs» dem Modell des EWR entspricht, ein Modell das z.B. von Alt-Staatsekretär Blankart mit besonderer Betonung der gestaltenden Mitwirkung als gut auch für die Schweiz bezeichnet worden ist.³⁷ Die nun folgenden Ausführungen

³² Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 und 93/96, ABl. 2004 L 158/77.

³³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Kom(2012) 131 endg. Für den Stand des Verfahrens, siehe http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DoslId=201462, zuletzt besucht am 26. September 2013.

³⁴ Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22.

³⁵ Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

³⁶ Case E-15/12 *Jan Anfinn Wahl v The Icelandic State*, Urteil vom 22. Juli 2013, noch nicht im EFTA Court Report veröffentlicht. Siehe hierzu die Besprechung von Christa Tobler im *European Law Reporter* (noch nicht veröffentlicht).

³⁷ FRANZ BLANKART in seinem Vortrag «L'EEE en perspective» an der Fondation Jean Monnet pour l'Europe, Universität Lausanne, 4. Oktober 2012. Für

wenden sich von der Schaffung eines homogenen Rechtsbestandes hin zur Auslegung des bilateralen Rechts. Mit Bezug auf das Beispiel der flankierenden Massnahmen beruhen sie (naturgemäss) auf dem heutigen Rechtsstand.

2. Auslegung: Homogenitätsprinzip und Verfahren (Überblick)

[Rz 36] Die Auslegung des bilateralen Rechts erfolgt – gleich wie im EU- und EWR-Recht – in der Praxis auf verschiedenen Ebenen, nämlich durch die nationalen Behörden, Gerichte und die Rechtsunterworfenen ebenso wie (auf der Seite der EU-Mitgliedstaaten) durch die europäischen Behörden und Gerichte. Dabei stellt sich die Frage, wie im Falle von Meinungsunterschieden rechtsverbindlich festgestellt werden soll, was die richtige Auslegung ist.

[Rz 37] Für das bilaterale Binnenmarktrecht stellt sich diese Frage gleich wie im EWR-Recht vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es sich um ein Rechtssystem handelt, das sich inhaltlich eng an das EU-Recht anlehnt bzw. mit dem aus der Sicht der EU der EU-Binnenmarkt bis zu einem gewissen Grad über die EU hinaus ausgedehnt wird. Aus dieser Sicht ist deshalb entscheidend, dass das durch die Nichtmitgliedstaaten von der EU übernommene Binnenmarktrecht gleich wie in der EU auslegt wird.

[Rz 38] Das EWR-Recht sieht hierfür verschiedene Elemente vor, zu welchen das heutige bilaterale Recht nur sehr selektiv Entsprechungen aufweist. Im Zentrum steht das allgemeine Homogenitätsprinzip nach Art. 6 EWR-Abkommen (ergänzt durch die Art. 105 ff. EWR-Abkommen). Danach werden die Bestimmungen des Abkommens, soweit sie in ihrem wesentlichen Gehalt mit entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts identisch sind, «bei ihrer Durchführung und Anwendung im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen ausgelegt, die der Gerichtshof der [Europäischen Union] vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat». In seiner Praxis folgt der EFTA-Gerichtshof im Interesse der Homogenität praktisch durchweg dem EuGH, unabhängig von dieser Datumsgrenze (teleologisch begründete, weite Auslegung von Art. 6 EWR-Abkommen über den Wortlaut hinaus).³⁸ Andererseits hat der EFTA-Gerichtshof in der Mehrzahl seiner Fälle neue Rechtsfragen zu entscheiden

und übt so seinerseits einen nicht unbedeutenden Einfluss auf den EuGH aus.

[Rz 39] Dazu kommen verschiedene Verfahren, in welchen die homogene Auslegung des EWR-Rechts eine wichtige Rolle spielt, darunter insbes. das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs)³⁹ und das Vertragsverletzungsverfahren (Art. 108 ff. EWR-Abkommen), zumindest in der Theorie aber auch der Streitschlichtungsmechanismus im Gemeinsamen EWR-Ausschuss (Art. 111 EWR-Abkommen; er ist in der Praxis noch nie angewendet worden). Für die Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren besteht im EWR ein Zwei-Säulen-System: Auf der Seite der EU-Staaten ist der EuGH (und im Vertragsverletzungsverfahren die Europäische Kommission) zuständig, auf der Seite der EWR/EFTA-Staaten der eigens für diese Zwecke geschaffene EFTA-Gerichtshof (und im Vertragsverletzungsverfahren die EFTA-Überwachungsbehörde, kurz ESA, von der englischen Bezeichnung *EFTA Surveillance Authority*).

[Rz 40] Im heutigen bilateralen Recht sehen nur zwei Abkommen formell eine Homogenitätsregel vor, nämlich das Luftverkehrsabkommen (Art. 1 Abs. 2) und das Freizügigkeitsabkommen (Art. 16 Abs. 2 FZA), in beiden Fällen mit einer Art. 6 EWR-Abkommen sinngemässen Datumsgrenze. Wie der EFTA-Gerichtshof bewertet das Schweizerische Bundesgericht das Ziel der Homogenität hoch und wendet deshalb im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens die Homogenitätsregel grundsätzlich unabhängig von der Datumsgrenze an (BGE 136 II 5; zum Luftverkehrsabkommen fehlt bisher einschlägige Praxis). Die Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren werden im heutigen bilateralen Recht nicht erwähnt. Sie gelangen auf der Seite der EU-Mitgliedstaaten als Folge ihres internen EU-Rechts zur Anwendung, weil Abkommen mit Drittstaaten Teil des EU-Rechtsbestandes sind. Insofern besteht hier ein Ungleichgewicht in den das bilaterale Recht betreffenden, verfahrensrechtlichen Mechanismen.⁴⁰

[Rz 41] Zu ergänzen bleibt, dass die parallele Auslegung unter dem Vorbehalt des sog. Polydor-Prinzips steht.⁴¹ Danach kann ein unterschiedlicher Kontext der Regelungen dazu führen, dass selbst gleich lautende Bestimmungen unterschiedlich ausgelegt werden müssen. In seiner Rechtsprechung

eine detaillierte Analyse siehe EVELINE GUGGER BRUCKDORFER, *Decision shaping: Echte Alternative zu Decision making oder Feigenblatt? Modellvergleich Schengen – Dublin – EWR*, Masterarbeit im Studienprogramm Master of Advanced Studies in European Integration, Basel: EuropaInstitut / Institute for European Global Studies 2013.

³⁸ Allgemein zur Homogenität im EWR-Recht z.B. CARL BAUDENBACHER, «The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts but Winning Together», in: Allan Rosas/Egils Levits/Yves Bot (eds), *La cour de justice et la construction de l'Europe: Analyses et perspectives de 60 ans de jurisprudence/The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on 60 years of case-law*, Den Haag: Asser Press/Springer 2013, 183–2013, S. 185 ff.

³⁹ Als Alternative sieht Art. 107 EWR-Abkommen vor, dass die EFTA-Staaten einem Gericht oder Gerichtshof gestatten können, den EuGH um die Auslegung einer EWR-Bestimmung zu ersuchen. Dies ist allerdings toter Buchstabe, was sich nicht zuletzt darin zeigt, dass der EuGH sämtlich diesbezüglichen Bestimmungen aus seiner Verfahrensordnung gestrichen hat.

⁴⁰ TOBLER/BEGLINGER (Fn. 1), Band II, Tafeln 23 und 24.

⁴¹ So benannt nach der Leitentscheidung über diese Thematik, Rs. 270/80 *Polydor Limited und RSO Records Inc. gegen Harlequin Records Shop und Simons Records Limited*, Slg. 1982, 329; TOBLER/BEGLINGER (Fn. 1), Band I, Rz. 95.

zum bilateralen Recht legt der EuGH grosses Gewicht auf Systemunterschiede zwischen dem EU- und EWR-Recht einerseits und dem bilateralen Recht mit der Schweiz andererseits, insbes. auf die Tatsache, dass das EU- und das EWR-Recht im Unterschied zum bilateralen Recht einen umfassenden Binnenmarkt schaffen (grundsätzlich hierzu *Grimme*).⁴² Die Entscheidung des EuGH im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland über die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Luftverkehrsabkommens im Vergleich zum EU-Recht ist ein sprechendes Beispiel für die Anwendung des Polydor-Prinzips.⁴³

[Rz 42] Die im Mandatsentwurf des Bundesrats anvisierten Verfahren werden später besprochen (unten Rz. 63 ff.). An dieser Stelle geht es vorab um die Homogenitätsregeln im oben erwähnten Sinne. Sie erscheinen im Mandatsentwurf nicht. Offenbar ist bisher nicht vorgesehen, dass durch das neue Rahmenabkommen ein für alle Binnenmarktverträge gleichzeitig geltendes, solches Prinzip eingeführt würde. Es ist aber durchaus denkbar und sogar wahrscheinlich, dass die EU das Thema in die Verhandlungen einbringen und auf die Einführung eines möglichst umfassenden Homogenitätsprinzips (ohne Datumsgrenze) hinarbeiten wird.

[Rz 43] Dies hätte je nach Abkommen einschneidende Folgen. Als Beispiel sei das Freihandelsabkommen⁴⁴ erwähnt, das heute vom Bundesgericht bewusst autonom ausgelegt wird. Hier könnte ein umfassendes Homogenitätsprinzip für die Auslegung u.U. (d.h. unter dem Vorbehalt des bereits erwähnten Polydor-Prinzips) zur Einführung des «ganzen» *Cassis de Dijon*-Prinzips, der unmittelbaren Wirkung der Bestimmungen zum freien Warenverkehr und der Anerkennung der EuGH-Rechtsprechung zu staatlichen Beihilfen durch steuerliche Massnahmen führen – alles Aspekte, welche die Schweiz bisher abgelehnt hat.⁴⁵

[Rz 44] Für die flankierenden Massnahmen gilt heute schon

die Homogenitätsregel nach Art. 16 Abs. 2 FZA in der weiten Auslegung des Bundesgerichts. Allerdings kam es bisher nicht zu Verfahren, in welchen sie durch das Bundesgericht hätte angewandt werden können. Eine Klage vor einem schweizerischen Gericht z.B. wegen der 8-Tage-Regel dürfte für ausländische Dienstleistungsbetriebe viel zu aufwändig sein, und ein Vertragsverletzungsverfahren nach dem Muster des EU- und des EWR-Rechts besteht auf der Seite der Schweiz nicht. Ein Vorabentscheidungsverfahren ist heute nur auf Veranlassung eines Gerichts eines EU-Mitgliedstaates möglich, und der bestehende Streitbeilegungsmechanismus via die Gemischten Ausschüsse enthält kein gerichtliches Element.

[Rz 45] Wie bereits erwähnt, sieht der Mandatsentwurf des Bundesrates in diesem letzten Punkt eine Änderung vor und erwähnt zudem ein Vorabentscheidungsverfahren als mögliches Verhandlungsthema. Bevor auf diese verfahrensrechtlichen Elemente näher eingegangen wird, soll kurz geschildert werden, was das Homogenitätsprinzip für die flankierenden Massnahmen und speziell für die 8-Tage-Regel bedeutet. Anschliessend kann der diesbezügliche Befund auf die verfahrensrechtlichen Vorschläge des Bundesrats angewandt werden.

3. Das Homogenitätsprinzip und die flankierenden Massnahmen

[Rz 46] Wie erwähnt, müssen die schweizerischen flankierenden Massnahmen einschliesslich der 8-Tage-Regel an den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens gemessen werden (Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA, Entsende-Richtlinie 96/71/EG, allgemeine Vorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen im Freizügigkeitsabkommen).

[Rz 47] Das Homogenitätsprinzip bedeutet, dass diejenigen dieser Bestimmungen, zu welchen das EU-Recht Entsprechungen enthält, gleich wie dort ausgelegt werden müssen, d.h. so, wie es der EuGH in seiner Rechtsprechung festgehalten hat. Die im Folgenden als Beispiele erwähnten EuGH-Entscheidungen sind alle *nach* dem Datum der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen. Im Rahmen der weiten Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu Art. 16 Abs. 2 FZA sind sie dennoch bereits im heutigen bilateralen Recht relevant. Sie wären es auch, wenn durch das neue Rahmenabkommen ein umfassendes Homogenitätsprinzip eingeführt würde.

[Rz 48] Aus der Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 86/71/EG ergibt sich vorab in Ergänzung zum bereits Ausgeführten, dass die Richtlinie die Entsendung von Arbeitskräften mit der Staatsangehörigkeit von Drittstaaten nicht erfasst (*Kommission gegen Luxemburg*,⁴⁶ E. 25). Im Rahmen

⁴² Rs. C-351/08 *Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, Slg. 2009, I-10777; hierzu CHRISTA TOBLER, «Die EuGH-Entscheidung Grimme – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenzen des bilateralen Rechts», in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern: Stämpfli und Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2010, 369–384.

⁴³ Rs. C-547/10 P *Schweiz gegen Kommission*, Entscheidung vom 7. März 2013, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht. Hierzu z.B. CHRISTA TOBLER, «Luftverkehrsrecht: Auslegung des Luftverkehrsabkommens EU-Schweiz – Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit», Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, 432–434; SAMUEL SCHWEIZER/CHRISTA TOBLER, «Das Verbot der indirekten Diskriminierung im bilateralen Recht – Insbes. im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland», in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Bern: Stämpfli und Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2013, 335–344.

⁴⁴ Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, für die Schweiz SR 0.632.401, für die EWG (heute die EU) ABI. 1972 L 300/189.

⁴⁵ Vgl. hierzu TOBLER/BEGLINGER (Fn. 1), Band 1, Rz. 59 f., 93 f. und 410.

⁴⁶ Rs. C-445/03 *Kommission gegen Luxemburg*, Slg. 2004, I-10191. Der Gerichtshof weist hier darauf hin, dass der Vorschlag einer Richtlinie zu dieser Materie nicht angenommen wurde. Zu diesem Vorschlag siehe <http://>

des bilateralen Rechts bezieht sich dies auf Personen mit der Staatsangehörigkeit von anderen Staaten als jenen der EU und der Schweiz. Für die Entsendung von solchem Personal gelten ausschliesslich die allgemeinen Bestimmungen über die Erbringung von Dienstleistungen (gleich wie für Massnahmen, welche nicht die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen betreffen).

[Rz 49] Weiter zeigt sich in den EuGH-Entscheidungen die oben erwähnte Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Massnahmen zum Schutz der entsandten Arbeitskräfte, nämlich erstens solche, die nach Art. 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie zu beurteilen sind, zweitens solche, die unter Art. 3 Abs. 10 dieser Richtlinie fallen und schliesslich drittens solche, die gar nicht von der Richtlinie erfasst werden und deshalb direkt den allgemeinen Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit unterstehen.

[Rz 50] Als erstes Beispiel sei die Rechtssache *Laval*⁴⁷ genannt. Der Fall betraf kollektive Massnahmen von schwedischen Gewerkschaften, mit welchen diese gegenüber einem lettischen Entsendebetrieb die Lohnvorschriften eines schwedischen Baurarifvertrages durchsetzen wollten. Das lettische Unternehmen Laval arbeitete auf den Baustellen einer schwedischen Gesellschaft, deren Kapital es vollumfänglich hielt. Weil es ihm nicht möglich war, im Voraus Kenntnis über die für es im Falle der Unterstellung unter den schwedischen Tarifvertrag geltenden Lohnverpflichtungen zu erhalten, weigerte sich Laval, diesem Vertrag beizutreten und anschliessend Lohnverhandlungen zu führen. Daraufhin ergriffen die Gewerkschaften kollektive Massnahmen in der Form von Baustellenblockaden und später eines Boykotts sämtlicher Baustellen, auf denen Laval in Schweden tätig war. Dies führte dazu, dass die erwähnte schwedische Gesellschaft insolvent wurde.

[Rz 51] Zur Tatsache, dass der Fall *Laval* Gewerkschaften betraf, sei auf das frühere Urteil *Viking*⁴⁸ verwiesen (das nicht die Entsendung, sondern die Niederlassungsfreiheit von Unternehmen betraf). Danach besitzen Gewerkschaften zwar ein Grundrecht auf Koalition und auf die Ergreifung von kollektiven Massnahmen, müssen sich aber bei der Ausübung dieses Rechts an die Vorgaben des EU-Rechts halten, insbes. an die Vorschriften über den Binnenmarkt. Sie dürfen deshalb das Recht auf die grenzüberschreitende Tätigkeit der Entsendebetriebe nur (aber immerhin) im Rahmen der vom EU-Recht vorgegebenen Grenzen einschränken.

[Rz 52] Im Fall *Laval* waren diese Grenzen durch die

Entsendegesetzgebung der EU vorgegeben. Dabei gehört die Durchsetzung von Mindestlohnvorschriften zwar zur Liste nach Art. 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie. Allerdings waren die fraglichen Lohnvorschriften nicht in einem von der Richtlinie vorgesehenen Modus angenommen worden (da es in Schweden keine Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen gibt, war der Modus nach Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie relevant). Schweden hatte für alle anderen der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erwähnten Aspekte eine gesetzliche Regelung erlassen, nur nicht über Mindestlohnsätze. Aus diesem Grund konnte sich das Land nicht auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie berufen, sondern gelangte Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie zur Anwendung.

[Rz 53] Die schwedischen Lohnvorschriften galten innerhalb ihres Anwendungsbereichs für in- und ausländische Unternehmen gleichermassen. Im Folgenden hatte der EuGH deshalb zu prüfen, ob eine Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit oder eine sonstige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorlag. Der Gerichtshof hielt fest, dass Baustellenblockaden zur Erzwungung von Lohnverhandlungen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von Laval darstellen. Zwar ist die Durchsetzung von Vorschriften auf dem Gebiet des Mindestlohns im Interesse des Schutzes der Arbeitskräfte grundsätzlich zulässig, nicht aber in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die Vorschriften über die Löhne nicht ausreichend klar waren.

[Rz 54] Ebenfalls um die Löhne ging es im zweiten Beispiel, *Rüffert*.⁴⁹ Diese Rechtssache betraf Rechtsvorschriften des deutschen Bundeslandes Niedersachsen, mit denen dem öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben wurde, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichteten, ihren Arbeitskräften mindestens das am Ort ihrer Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Mindestentgelt zu zahlen. Da der im Fall *Rüffert* relevante Tarifvertrag nicht allgemein verbindlich war, konnte sich das Land Niedersachsen nicht auf Art. 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie stützen. Der EuGH entschied, dass eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht als durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt angesehen werden kann, wenn der durch den Tarifvertrag festgelegte Lohnsatz aufgrund der fraglichen Rechtsvorschriften nur für einen Teil der Bautätigkeit gilt und kein Hinweis darauf vorliegt, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags für Bauleistungen und nicht bei seiner Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags des Schutzes bedarf, der sich aus einem solchen Lohnsatz ergibt. Aus den gleichen Gründen lehnte der EuGH auch eine Rechtfertigung durch den Zweck ab, den Schutz der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen zu gewährleisten.

[Rz 55] Im Interesse der Deutlichkeit sei nochmals betont,

ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=142182, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁴⁷ Rs. C-341/05 *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*, Slg. 2007, I-11767.

⁴⁸ Rs. C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti*, Slg. 2007, I-10779.

⁴⁹ Rs. C-346/06 *Dirk Rüffert gegen Land Niedersachsen*, Slg. 2008, I-1989.

dass in beiden Fällen, *Laval* und *Rüffert*, die Mindestlohnregelungen ohne Weiteres – also ohne Prüfung ihrer allenfalls die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Wirkung und ihrer Rechtfertigung – hätten durchgesetzt werden können, wenn sie in einem von der Richtlinie vorgesehenen Modus eingeführt worden wären, wenn sie also für alle Betriebe der betreffenden Branchen in gleicher Weise gegolten hätten. Anders lagen die Dinge im Fall *Kommission gegen Luxemburg*,⁵⁰ welcher die automatische Anpassung der Löhne an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten betraf. Der EuGH hielt fest, dass Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie entsprechend seinem Wortlaut nur die Mindestlohnsätze betrifft. Hier konnte deshalb in jedem Fall nur Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie relevant sein.

[Rz 56] Gänzlich ausserhalb des Anwendungsbereichs der Entsende-Richtlinie liegen Kontroll- und Überwachungsmechanismen zur Einhaltung der von der Richtlinie erfassten Arbeitsschutzaspekte. Sie können unter Beachtung der allgemeinen Bestimmungen des EU-Rechts – darunter insbes. jene über die Dienstleistungsfreiheit – frei bestimmt werden (*Dos Santos Palhota*, E. 25 f., mit weiteren Hinweisen).⁵¹

[Rz 57] Vor diesem Hintergrund entschied der EuGH, dass ein vorheriges Anmeldeverfahren, in welchem der Beginn der Entsendung davon abhängig gemacht wird, dass das Unternehmen eine Registrierungsnummer zugeteilt erhält, wofür die Behörden 5 Werktag Zeit haben, unzulässig ist (im Fall *Dos Santos Palhota*). Ebenfalls unzulässig ist ein mit Unklarheiten behaftetes Vorabanzeigeverfahren, mit dem die Behörden unter Androhung der Anordnung der Einstellung der Dienstleistungstätigkeit sowie strafrechtlicher Sanktionen die Vorlage von Informationen verlangen können (*Kommission gegen Luxemburg*).⁵²

[Rz 58] Zulässig ist es dagegen, eine einfache Erklärung über die ordnungsgemässe Beschäftigung im Aufnahmestaat vor Erbringung der Dienstleistung zu verlangen. Sie stellt zwar grundsätzlich eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Entsendebetriebs dar, beruht aber auf einem legitimen Ziel (nämlich wiederum dem Schutz der Arbeitskräfte) und ist verhältnismässig, d.h. geeignet und erforderlich für die Erreichung dieses Ziels (*Kommission gegen Luxemburg*,⁵³ *Kommission gegen Deutschland*,⁵⁴ *Kommission gegen Belgien*).⁵⁵

[Rz 59] Die Parallele der 8-Tage-Regel mit dem Fall *Dos Santos Palhota* ist offensichtlich. Allerdings muss hier auf eine Komplikation im bilateralen Recht hingewiesen werden, welche sich aus einem Vergleich mit dem EU- und dem

EWR-Recht ergibt. In den soeben erwähnten Entscheiden stützte sich der EuGH jeweils auf das Verbot von (auch nicht diskriminierenden) Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Es handelt sich um einen auf der Rechtsprechung des EuGH beruhenden Rechtsbegriff,⁵⁶ durch welchen das Recht auf freien Personen- und Dienstleistungsverkehr deutlich verstärkt worden ist. Der Begriff der Beschränkung umfasst jegliche Massnahme, welche den freien Verkehr erschwert oder unattraktiv macht, auch wenn sie nicht zwischen in- und ausländischen Staatsangehörigen diskriminiert, ausser, es liege eine objektive Rechtfertigung vor. Letztere erfordert ein legitimes Ziel und die Verhältnismässigkeit der ergriffenen Massnahme.⁵⁷

[Rz 60] Für das bilaterale Recht ist nun aber mangels klärender Rechtsprechung bisher offen, ob es nur ein Diskriminierungsverbot oder auch ein Beschränkungsverbot umfasst.⁵⁸ Sollte nur Letzteres der Fall sein, so wäre die oben erwähnte Rechtsprechung des EuGH nur beschränkt relevant. Entscheidend wäre dann, ob eine Massnahme wegen ihrer Staatsangehörigkeit gegen ausländische Entsendebetriebe diskriminiert (wobei anzumerken ist, dass der EuGH manchmal in Fällen auf den Beschränkungs begriff zurückgreift, in welchen auch mit einer indirekten Diskriminierung argumentiert werden könnte)⁵⁹ und ob sie entweder nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) oder aber nach Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA (zwingende Gründe des Allgemeininteresses) gerechtfertigt werden kann. Der Schutz der Arbeitnehmenden kann unter beiden Bestimmungen als legitimes Ziel untergebracht werden. Weiter wäre erforderlich, dass die zu prüfende Massnahme verhältnismässig, d.h. zur Erreichung ihres Ziels geeignet und erforderlich ist, dass also das Ziel mit einer weniger einschneidenden Massnahme nicht hätte erreicht werden können. Spezifisch für Dienstleistungen ergibt sich ausserdem aus der Rechtsprechung des EuGH, dass Rechtfertigungen im Allgemeininteresse nur insoweit möglich sind, als diesem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften des Herkunftsstaates des Dienstleistenden (hier: des Entsendebetriebs) Rechnung getragen wird (*Kommission gegen Frankreich*).⁶⁰

[Rz 61] Daraus ergibt sich, dass die 8-Tage-Regel auch unter

⁵⁰ Rs. C-319/06 *Kommission gegen Luxemburg*, Slg. 2008, I-4323.

⁵¹ Rs. C-515/08 *Vitor Manuel dos Santos Palhota und andere*, Slg. 2010, I-9133.

⁵² Rs. C-319/06 *Kommission gegen Luxemburg*, Slg. 2008, I-4323.

⁵³ Rs. C-445/03 *Kommission gegen Luxemburg*, Slg. 2004, I-10191.

⁵⁴ Rs. C-244/04 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 2006, I-885.

⁵⁵ Rs. C-219/08 *Kommission gegen Belgien*, Slg. 2009, I-9213.

⁵⁶ Hierzu CHRISTA TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerp/Oxford: Intersentia 2005, S. 372 ff.

⁵⁷ Siehe unter den klassischen Leitentscheidungen z.B. Rs. C-19/92 *Dieter Kraus gegen Land Baden-Württemberg*, Slg. 1993, I-1663, E. 32.

⁵⁸ Bezüglich Dienstleistungen, siehe TOBLER/BEGLINGER (Fn. 1), Band 1, Rz. 327, mit weiteren Hinweisen, befürwortend etwa PINEY/ZBINDEN (Fn. 14), S. 17 f. Grundsätzlich und für die Freizügigkeit der Arbeitskräfte CHANTAL DELLI, *Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende. Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten*, Basel: Helbing Lichtenhahn 2009.

⁵⁹ Hierzu TOBLER (Fn. 56), S. 397 ff.

⁶⁰ Rs. C-154/89 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 1992, I-659, E. 14.

der Annahme, dass im bilateralen Recht «nur» ein Diskriminierungsverbot gilt, als unzulässig zu beurteilen ist. Da sie ausschliesslich für ausländische Betriebe gilt, führt sie prima facie zu einer direkten Diskriminierung dieser Betriebe wegen ihrer Staatsangehörigkeit. Eine Rechtfertigung scheidet angesichts der erwähnten Rechtsprechung des EuGH zu Kontrollmassnahmen aus, weil auch eine weniger einschneidende Massnahme genügt hätte (Verletzung des Verhältnis mässigkeitsprinzips).⁶¹ Mit anderen Worten: In ihrer heutigen Form widerspricht die schweizerische 8-Tage-Regel dem Freizügigkeitsabkommen. Sie wäre im Lichte der EuGH-Rechtsprechung aber dann mit dem Abkommen vereinbar, wenn sie in eine einfache Meldepflicht ohne Arbeitsverbot umgewandelt würde. Ähnlich würde die Analyse im Übrigen für bestimmte andere flankierende Massnahmen ausfallen.⁶²

[Rz 62] Ergänzend sei festgehalten, dass das Schweizerische Bundesgericht, wenn es dazu die Gelegenheit hätte, aufgrund der von ihm weit gehandhabten heute schon geltenden Homogenitätsregel nach Art. 16 Abs. 2 FZA wohl ebenso entscheiden würde.⁶³ Dazu ist es aber bisher nicht gekommen und wird es aus praktischen Gründen wohl auch in Zukunft eher nicht kommen, weil eine Klage für die Unternehmen zu aufwändig ist. Im Folgenden stellt sich deshalb die Frage, was der vom Bundesrat anvisierte Streitschlichtungsmechanismus daran ändern könnte.

4. Streitbeilegungsmechanismus

[Rz 63] Die Vorstellungen des Bundesrates zum Streitbeilegungsmechanismus erscheinen als das Kernstück des Mandatsentwurfs. Das hier entwickelte Modell wird vom Bundesrat selber denn auch als besonders erfolgversprechende Neuerung betrachtet und von anderer Seite als die gelungene Quadratur des Kreises bezeichnet.⁶⁴ Es ist allerdings auch heftig kritisiert worden. Hier soll es mit einer gewissen Ausführlichkeit besprochen werden.

[Rz 64] Der Vorschlag des Bundesrats betrifft die Situation, in welcher zwischen den Vertragsparteien eine Meinungsverschiedenheit über die Auslegung oder die Anwendung des bilateralen Rechts entsteht. Nach dem Recht der bilateralen Abkommen, wie es heute besteht, ist für die Schlichtung

eines solchen Streites der für das jeweilige Abkommen zuständige Gemischte Ausschuss zuständig. Für den Fall, in welchem hier keine Lösung gefunden werden kann, besteht keine Möglichkeit, ein Gericht anzurufen, das für beide Parteien verbindlich und endgültig über den Streitfall entscheiden könnte.

[Rz 65] Die 8-Tage-Regel bietet ein Beispiel: Während sie von den Organen der EU kritisiert wird, weil dadurch die Dienstleistungserbringung während 8 Tagen faktisch verunmöglicht wird,⁶⁵ hält die Schweiz sie im Interesse des Arbeitsschutzes für rechtmässig.⁶⁶ Die Frage wird seit einigen Jahren im Gemischten Ausschuss kontrovers erörtert, wo es aber bis heute nicht gelungen ist, formell eine Lösung zu finden.⁶⁷ Aus der Bundesverwaltung ist zu hören, dass die 8-Tage-Regel heute in Notfällen flexibel gehandhabt wird. Da die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aber noch immer bestehen, ist das Problem nicht wirklich gelöst: Das Gesetz kann auf ausländische Betriebe, welche über die mildere Praxis nicht informiert sind, noch immer eine abschreckende Wirkung haben. Im Übrigen reicht aus der Sicht der EU eine blosser Praxisänderung, selbst wenn sie konsequent angewendet wird, nicht aus, weil es an der erforderlichen Rechtssicherheit fehlt.⁶⁸ Die 8-Tage-Regel könnte deshalb durchaus ein Anwendungsfall für das erneuerte Streitschlichtungsverfahren werden.

[Rz 66] Nach den Vorstellungen des Bundesrates würde dem heute bestehenden Streitbeilegungsmechanismus ein neues

⁶¹ So auch schon EPINEY/ZBINDEN (Fn. 14), S. 22 ff.

⁶² EPINEY/ZBINDEN (Fn. 14), S. 29 ff.

⁶³ Die soweit ersichtlich einzige Erwähnung der flankierenden Massnahmen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich im Fall des Zürcher Ärzttestops, BGE 130 I 26, E. 3.1. Danach liegt in der Tatsache allein, dass die Schweiz Massnahmen getroffen hat, um unerwünschten Auswirkungen der bilateralen Abkommen zu begegnen (darunter die flankierenden Massnahmen) noch keine unzulässige Diskriminierung. Auch neue EU-Mitgliedstaaten mildern regelmässig über verschiedene Massnahmen negative Konsequenzen ihres EU-Beitritts ab. Solche Vorkehren gelten laut Bundesgericht nicht schon wegen dieser Zielsetzung als diskriminierend.

⁶⁴ ASTRID EPINEY, «Quadratur des Kreises in der Europapolitik gelungen», NZZ vom 23. August 2013.

⁶⁵ Vgl. z.B. die Entschliessung des Parlaments vom 7. September 2010, EWR-Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0300+0+DOC+XML+V0//DE>, zuletzt besucht am 26. September 2013, Punkt 12, die Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, 3060. Allgemeine Angelegenheiten Tagung des Rates, Brüssel, den 14. Dezember 2010, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/DE/foraff/118466.pdf, zuletzt besucht am 26. September 2013, Punkt 41, sowie die Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, Rz. 35, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/13/st05/st05101.de13.pdf>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁶⁶ Schlussfolgerungen des Rates der EU zum Verhältnis zur Schweiz vom 14. Dezember 2010, Stellungnahme des Integrationsbüros EDA/EVD vom 14. Dezember 2010, <http://www.europa.admin.ch/aktuell/00429/00700/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 26. September 2013 (Archiv der Medienmitteilungen). – Das frühere Intergrationsbüro EDA/EVD ist heute die Direktion für Europaangelegenheiten des EDA.

⁶⁷ Dazu z.B. Medienmitteilung vom 25. Juni 2008, «Siebtes Treffen des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU», <http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2008/2008-06-250.html>, zuletzt besucht am 26. September 2013, sowie Medienmitteilung vom 14. Juni 2011, «Schweiz-EU: Elftes Treffen des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommen», http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/ref_2011-06-14.html, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁶⁸ Vgl. hierzu Rs. 167/73 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 1974, 359, E. 41/42.

Element für den Fall hinzugefügt, dass der Streit die Auslegung von Bestimmungen des bilateralen Rechts betrifft, die in ihrem wesentlichen Gehalt mit den entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts (bzw. in der bereits erwähnten Diktion des Bundesrats: mit Bestimmungen des EU-Binnenmarktrechts, welche in das bilaterale Recht integriert wurden) identisch sind. Dies wäre für die 8-Tage-Regel wohl der Fall, geht es doch hier um die Auslegung der Entsende-Richtlinie und der Dienstleistungsfreiheit, welche jedenfalls in wichtigen Elementen jener des EU-Rechts entspricht. Es wäre aber nach der Vorstellung des Bundesrates z.B. nicht der Fall bezüglich der sog. Ventilklausel (Art. 10 FZA), weil das EU-Recht über den freien Personenverkehr keine solchen Regelungen enthält.

[Rz 67] Das neue Element im revidierten Streitschlichtungsmechanismus besteht darin, dass nach einer bestimmten Zeit, in welcher es dem Gemischten Ausschuss nicht gelungen ist, den Streit beizulegen, eine der Vertragsparteien an den EuGH gelangen kann. Der EuGH erstellt ein «autoritatives Gutachten» zur Auslegung dieser Bestimmungen, welches in der Folge dem Gemischten Ausschuss als Grundlage für die weitere Erörterung des Streitfalles dienen würde. In dem Fall, dass sich dabei eine der Parteien nicht mit der vom EuGH als richtig festgestellten Auslegung einverstanden erklären kann, soll die andere Partei noch näher zu definierende Ausgleichsmassnahmen ergreifen können (z.B. die Aussetzung oder Beendigung des Abkommens).

[Rz 68] Die 8-Tage-Regel könnte ein Anwendungsfall sein: Wie oben gezeigt wurde, wäre im Falle der Anrufung des EuGH durch die EU als «autoritative Gutachtensinstanz» davon auszugehen, dass er gegen die Schweiz entscheiden würde. Würde sich die Schweiz im Gemischten Ausschuss diesem Urteil nicht beugen, so könnte die EU die im Rahmenabkommen vorgesehenen Sanktionen ergreifen. Allerdings ist angesichts der schon jetzt gelockerten Praxis auch denkbar, dass im Gemischten Ausschuss doch eine Lösung gefunden und die Ausgestaltung der 8-Tage-Regel im schweizerischen Recht in die Richtung einer blossen Meldepflicht angepasst werden könnte. Mit anderen Worten: In diesem Fall scheint es möglich, dass die Schweiz die Auslegung des EuGH akzeptieren würde – letztlich entgegen der heute deklarierten Absicht, keine Abstriche an den flankierenden Massnahmen akzeptieren zu wollen.

[Rz 69] Der soeben grob umrissene Mechanismus weist gewisse Parallelen mit dem Streitschlichtungsmechanismus des EWR nach Art. 111 EWR-Abkommen auf, unterscheidet sich davon aber in zwei wesentlichen Punkten: Zum einen sind es im EWR beide Parteien zusammen, die den EuGH anrufen (was in der Praxis bezeichnenderweise noch nie vorgekommen ist), zum anderen spricht das EWR-Abkommen von einer «Entscheidung» des EuGH, statt von einem «Gutachten».

[Rz 70] Der erste Punkt, also die Möglichkeit einer einseitigen

Anrufung des EuGH, ist im bilateralen Kontext mit Bezug auf das Thema der Überwachung wichtig (dazu unten Rz. 77 ff.). An dieser Stelle sei lediglich angemerkt, dass der Bundesrat mit der einseitigen Anrufbarkeit des EuGH über das hinausgeht, was die EU fordert, nämlich einen Mechanismus entsprechend dem EWR-Recht.

[Rz 71] Bezüglich des zweiten Punktes («Gutachten» statt «Entscheidung») scheinen die Meinungen auseinander zu gehen. Der Bundesrat selber geht offenbar davon aus, dass sein Vorschlag trotz der etwas anderen Terminologie letztlich dem Modell von Art. 111 EWR-Abkommen entspricht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies aber in wichtigen Punkten gerade nicht der Fall. Die Beurteilung dieser Frage wird allerdings durch die Mangel an Praxis und die spärliche wissenschaftliche Literatur erschwert. Soweit ersichtlich, äussert sich nur der Kommentar zum EWR-Recht von 1993 hierzu.⁶⁹ Daraus ergibt sich, dass in der Praxis zwar logischerweise die vom Gemeinsamen EWR-Ausschuss beim EuGH eingeholte Auslegung auch wieder an ihn zurückgeht. In Übereinstimmung mit dem Begriff «Entscheidung» gilt aber auch, dass diese Auslegung bindend ist und von den Vertragsparteien und dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss (*nota bene*: beiden, nicht nur durch den Gemeinsamen EWR-Ausschuss) durch Anwendung auf den Streitfall umgesetzt werden muss. Da die Auslegung des EuGH vor dem Hintergrund eines konkreten Streitfalles zwischen den Vertragsparteien erfolgt, ist im Übrigen davon auszugehen, dass sich aus dem Auslegungsentscheid mit der wünschbaren Deutlichkeit ergibt, wer Recht hat. Insofern bestimmt die Auslegung des EuGH zumindest indirekt auch über die Streitigkeit.

[Rz 72] Im Vergleich dazu möchte der Bundesrat dem EuGH offenbar eine weniger wichtige Rolle zugestehen. In seinem Modell scheint er sich an der Funktionsweise des Vorabentscheidungsverfahrens im EFTA-Pfeiler des EWR-Rechts zu orientieren (dazu unten 80 ff.). Von dort dürfte der Ausdruck des «Gutachtens» entlehnt sein, und davon die Vorstellung, dass sich der EuGH im bilateralen Rahmen nur als eine Art Zwischeninstanz äussern würde. Anschliessend wäre es Sache des Gemischten Ausschusses, den Faden wieder aufzunehmen. Dort soll es offenbar nicht nur darum gehen, dass sich die Parteien darüber austauschen, ob sie sich an die Auslegung des EuGH halten wollen. Vielmehr soll der Gemischte Ausschuss unter zu Hilfenahme des Gutachtens des EuGH als «nützliches Element»⁷⁰ weiter auf diplomatischem Weg über eine politische Lösung der Streitigkeit verhandeln. Dabei hält es der Bundesrat für möglich, dass das Gutachten des EuGH einen gewissen Handlungsspielraum belässt, der

⁶⁹ SVEN NORBERG/KARIN HÖKBORG/MARTIN JOHANSSON/DAN ELIASSON/LUCIEN DEDICHEM (Hrsg.), *The European Economic Area. EEA Law: A Commentary on the EEA Agreement*, Stockholm: Fritzes 1993, S. 280 ff.

⁷⁰ So Bundesrat Burkhalter in der Medienkonferenz vom 21. August 2013, http://www.tv.admin.ch/de/archiv?year=2013&month=8&video_id=878, zuletzt besucht am 26. September 2013.

es erlaubt, eine Lösung zu finden. Wo dies nicht der Fall ist, hält es der Bundesrat in letzter Konsequenz aber auch für denkbar, dass die Schweiz ein Gesetz erlässt, das bewusst von der Auslegung des EuGH abweicht. In diesem Fall soll in der Schweiz dann dieses Gesetz massgebend sein statt der Auslegung des EuGH.⁷¹

[Rz 73] Der Bundesrat betont also, dass die Handlungsmacht beim Gemischten Ausschuss und die Streitbeilegung damit auf der politischen statt der gerichtlichen Ebene verbleiben sollen. Er versucht, dieses Konstrukt mit dem Begriff des «autoritativen Gutachtens» zu umschreiben, unter Vermeidung des Begriffs der (begrifflich bindenden) «Entscheidung». Vor diesem Hintergrund sieht er den allfälligen Beizug des EuGH nicht als Unterstellung der Schweiz unter diesen Gerichtshof. Allerdings zeigt die Möglichkeit von Sanktionen bei Nichtbefolgung in der Form von z.B. der Aussetzung oder Beendigung des Abkommens, dass letztlich auch in diesem Modell der EuGH die entscheidende Instanz wäre.

[Rz 74] Mit anderen Worten: Nach der hier vorgetragenen Analyse scheint die innovative Idee des Bundesrats darin zu bestehen, dass er mittels Ersatz des Wortes «Entscheidung» im Modell des EWR-Streitschlichtungsmechanismus durch den Ausdruck «Gutachten» das Verfahren in Richtung einer Vorabentscheidung zu verändern versucht, um so den Eindruck einer Unterstellung der Schweiz unter den EuGH zu vermeiden. Es bleibt abzuwarten, wie das Verhandlungsmandat der EU in diesem Punkt aussehen wird. Schon jetzt kann aber festgehalten werden, dass das EU-Recht für eine Anrufung des EuGH im Rahmen eines von der EU geschlossenen internationalen Abkommens auf jeden Fall die Bindungskraft seiner Auslegung voraussetzt. Besonders deutlich sind hier die Ausführungen des EuGH im Gutachten 1/92 (*EWRII*)⁷² (E. 34 f.): «Zwar soll die Anrufung des Gerichtshofes nach Artikel 111 Absatz 3 des Abkommens diesem nicht die Regelung der Streitsache übertragen, die beim Gemischten Ausschuss anhängig bleibt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die vom Gerichtshof vorzunehmende Auslegung verbindlich ist [...]. Daraus folgt, dass, wenn der Gerichtshof nach Artikel 111 Absatz 3 des Abkommens zu entscheiden hat, sowohl die Vertragsparteien als auch der Gemischte Ausschuss an die

vom Gerichtshof vorgenommene Auslegung der fraglichen Bestimmungen gebunden sind.»

[Rz 75] Im Übrigen scheint der Bundesrat zu hoffen, dass es in der Praxis gar nicht so weit kommen würde, weil entweder die EU den EuGH aufgrund einer Interessenabwägung nicht anruft oder aber bei Nichtbefolgung seiner Auslegung durch die Schweiz von Sanktionen absehen würde. Der Bundesrat geht davon aus, dass das Interesse an der Fortsetzung des bilateralen Rechts mit der Schweiz als ihrer viertwichtigsten Handelspartnerin die EU dazu bewegen könnte, auf den Einsatz der neuen Elemente des Streitbeilegungsmechanismus zu verzichten. Die Hoffnung, die EU würde die Schweiz in einem solchen Falle in Ruhe lassen, verkennt aber wohl die starke Stellung des EuGH im Machtgefüge der EU. Für den umgekehrten Fall, wenn also der EuGH gegen die EU entscheiden würde, erwartet der Bundesrat dagegen, dass sich die EU aus Respekt vor ihrem eigenen Höchstgericht ohne Weiteres an seine Auslegung halten würde. Dies würde in den Augen des Bundesrats die Rechtssicherheit erhöhen. Insgesamt erscheint vor diesem Hintergrund die Frage berechtigt, ob der Vorschlag des Bundesrates in den Augen der EU tatsächlich einen im Vergleich zu heute effizienteren Streitschlichtungsmechanismus zu bieten vermag.

[Rz 76] Schliesslich sei angemerkt, dass es in Rechtssystemen, welche sich inhaltlich sehr eng an das EU-Recht anlehnen (wie dies ja im Bereich des Binnenmarktrechts auch in einem erneuerten System des bilateralen Rechts noch mehr als jetzt schon der Fall wäre) durchaus nachvollziehbar ist, dass im Streitschlichtungsmechanismus der EuGH die gerichtliche Instanz ist. Dies ist, wie erwähnt, auch im EWR-Recht der Fall – wobei dort allerdings Streitbeilegung nur ultima ratio ist und der EuGH nur gestützt auf einen gemeinsamen Beschluss beider Parteien angerufen werden kann. Anders liegen die Dinge nach der hier vertretenen Auffassung für ein allfälliges Vorabentscheidungsverfahren, das in der Praxis viel häufiger vorkommt und wo es um konkrete Streitfälle vor nationalen Gerichten geht (dazu unten 80 ff.).⁷³

5. Überwachung

[Rz 77] Mit dem angedachten Modell des Streitbeilegungsverfahrens eng zusammen hängt die Frage der Überwachung. Wie erwähnt, lehnt der Bundesrat eine für die Schweiz zuständige, übernationale Überwachungsbehörde, wie sie noch im Dezember 2012 von der EU gefordert wurde, und damit auch ein Vertragsverletzungsverfahren ab. Er geht aber davon aus, dass ein Streitbeilegungsverfahren mit dem neuen Element des EuGH als autoritativer «Gutachtensinstanz» der EU als akzeptabler Ersatz dienen könnte.

⁷¹ Man fühlt sich hier unweigerlich an die im Bundesverfassungsrecht eigentlich abgeschaffte sog. Schubert-Praxis erinnert: In BGE 99 Ib 39 anerkannte das Bundesgericht die Möglichkeit des schweizerischen Bundesgesetzgebers, bewusst von einem Staatsvertrag abzuweichen; dazu ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich: Schulthess 2012, Rz. 1924 ff.

⁷² Gutachten 1/92 (*EWRII*), Sgl. 1992, I-2821. Siehe auch bereits Gutachten 1/91 (*EWRI*), Sgl. 1991, I-6079, E. 61. Danach «kann nicht hingenommen werden, dass die Antworten, die der Gerichtshof [...] gibt, eine bloße Auskunftswirkung und keine Bindungswirkung haben. Eine solche Situation würde die Aufgabe des Gerichtshofes, die im EWG-Vertrag als die eines Gerichts ausgestaltet ist, dessen Entscheidungen verbindlich sind, verfälschen.»

⁷³ Der in Fussnote 12 erwähnte Brief der Professorinnen und Professoren äusserte sich denn auch nicht zu einer allfälligen Rolle des EuGH im Streit-schlichtungsverfahren, sondern nur im Vorabentscheidungsverfahren; dazu unten Rz. 80 ff.

[Rz 78] Den Hintergrund dazu bildet die Rolle, welche die Europäische Kommission in diesem Verfahren faktisch mit Bezug auf die Schweiz spielen würde. Im klassischen Vertragsverletzungsverfahren des EU-Rechts (und analog auch im EWR-Recht für die EU-Staaten) kommt der Kommission die entscheidende Rolle als administrative Untersuchungsinstanz zu, welche einen Mitgliedstaat letztlich auch vor den EuGH bringen kann. Im erneuerten bilateralen System wäre eine solche Rolle zwar formell nicht vorgesehen. Da aber hier eine Partei allein an den EuGH gelangen könnte, dürfte der Kommission faktisch die Rolle der Vorbereitung in einem solchen Prozess zukommen. Bereits im heutigen System des bilateralen Rechts zeigt das Beispiel des Steuerstreits über die kantonalen Unternehmenssteuern, wie dies in der Praxis erfolgen könnte, nämlich in der Form von (an niemand besonderen gerichteten) «Entscheidungen» über das Verhalten der Schweiz, welche auf den Untersuchungen der Kommission beruhen.⁷⁴ Ähnliches wäre auch für die 8-Tage-Regel denkbar.

[Rz 79] Auch hier gilt: Mit dem Konstrukt des revidierten Streitbeilegungsmechanismus möchte der Bundesrat eine Regelung vermeiden, welche formell eine internationale Überwachung und die Möglichkeit einer Verurteilung der Schweiz durch ein internationales Gericht vorsehen. Dies ist der Grund, weshalb der Bundesrat ein Überwachungsmodell entsprechend dem EWR-Recht ablehnt. Auch hier stellt sich indessen die bereits erwähnte Frage nach der Effizienz. Laut Sven Norberg, ehemaliger Richter am EFTA-Gerichtshof und einer der Väter des EWR, hat es angesichts seiner praktischen Grenzen wenig Sinn, den EWR-Streitschlichtungsmechanismus (mehr oder weniger) zu kopieren, «if truly supranational surveillance and judicial mechanisms are absent».⁷⁵ Mit diesem letzteren Element ist insbes. das Vorabentscheidungsverfahren gemeint, das in der Praxis eine ungleich wichtigere Rolle spielt als das Streitschlichtungsverfahren.

6. Auslegung in einem allfälligen Vorabentscheidungsverfahren

[Rz 80] Sowohl im EU- als auch im EWR-Recht ist das Vorabentscheidungsverfahren von zentraler Bedeutung für die Sicherung der Uniformität der Auslegung. Es gelangt im Rahmen von Verfahren vor nationalen Gerichten zur Anwendung. Diese können oder müssen sich (je nach Ausgestaltung der Verfahrensbestimmungen) an den EuGH bzw. den EFTA-Gerichtshof wenden, wenn sich in einem bei ihnen anhängigen

Fall EU- bzw. EWR-rechtliche Fragen stellen und sie sich über die richtige Auslegung dieses Rechts nicht sicher sind. Wesentlich ist dabei, dass die Initiative für ein solches Verfahren nicht von den Vertragsparteien abhängt, sondern von nationalen Gerichten, die dazu von den Parteien des vor ihnen hängigen Rechtsstreits ersucht werden können.

[Rz 81] Der Mandatsentwurf des Bundesrats bezieht sich in erster Linie auf die Streitschlichtung im Gemischten Ausschuss, wie soeben umrissen. Neben diesem Hauptelement nennt der Bundesrat als Möglichkeit aber auch die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens. Danach soll bezüglich des Binnenmarktrechtes geprüft werden, dass sich ein im konkreten Fall laut gesetzlichem Instanzenzug letztinstanzlich entscheidendes Gericht für eine Auslegungsfrage des EU-Rechts selbständig an den EuGH wenden könnte. Eine Pflicht zur Vorlage möchte der Bundesrat offenbar nicht vorsehen und ebenso wenig ein Recht zur Vorlage von Gerichten unterer Instanz. Schliesslich ist von einer Bindungswirkung der Auslegung des EuGH für die schweizerischen Gerichte und Behörden nicht die Rede.

[Rz 82] Konkret geht es um Fälle, in denen z.B. eine Einzelperson oder ein Unternehmen mit den Schweizer Behörden im Streit liegt und sich dabei auf das bilaterale Recht beruft. Je nachdem, wie dieses ausgelegt wird, gewinnt die eine oder die andere Seite. Führt der Fall zu einem gerichtlichen Verfahren, so ist durchaus denkbar, dass das angerufene Schweizer Gericht unsicher über die Bedeutung des bilateralen Rechts für den von ihm zu beurteilenden Fall ist. Hier würde das vom Bundesrat als Möglichkeit erwähnte Vorabentscheidungsverfahren greifen. Es würde dem Schweizer Gericht, sofern es laut Verfahrensrecht die letztmögliche Instanz darstellt, erlauben, sein Verfahren auszusetzen und sich mit der Bitte um Hilfe bei der Auslegung des bilateralen Rechts an den EuGH zu wenden. Der EuGH würde sich vor dem Hintergrund des konkreten Falles über die Auslegung des Rechts äussern, träte jedoch formell nicht selber die Entscheidung über den Fall. Dafür wäre vielmehr das nationale Gericht zuständig, das in der Folge die Auslegung des EuGH auf den konkreten Fall anwenden und über diesen entscheiden würde.

[Rz 83] Wie erwähnt, besteht dieses Element auch im EWR-Recht, bei welchem aber der EuGH nur auf der Seite der EU-Mitgliedstaaten zuständig ist, nicht auch auf jener der EWR/EFTA-Staaten. Diese haben, wie erwähnt, einen eigenen Gerichtshof mit ihren eigenen Richtern. Der EFTA-Gerichtshof erlässt im Vorabentscheidungsverfahren auf Ersuchen von nationalen Gerichten der EWR-/EFTA-Staaten sog. «Gutachten» (Art. 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs). Im Unterschied dazu will der Bundesrat in einem allfälligen Vorabentscheidungsverfahren auf Schweizer Seite im bilateralen Recht *den EuGH* als zuständige Instanz einsetzen, dies offenbar mit der Überlegung, dass ein Bezug des EFTA-Gerichtshofs unter gleichzeitiger Weglassung

⁷⁴ Entscheidung der Kommission vom 13. Februar 2007 über die Unvereinbarkeit bestimmter schweizerischer Körperschaftssteuerregelungen mit dem abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22. Juni 1972, K(2007) 411 endg.

⁷⁵ SVEN NORBERG, Festvortrag zum Thema «The EEA – more relevant than ever for Switzerland!» anlässlich der Diplomverleihung am Europainstitut der Universität Basel am 21. September 2012.

des Vertragsverletzungsverfahrens nicht logisch wäre. Dies erscheint allerdings nicht schlüssig, wäre doch nach der Vorstellung des Bundesrats das Problem der Überwachung durch einen revidierten Streitbeilegungsmechanismus elegant gelöst. Mit anderen Worten: In dieser Optik braucht es gar kein Vertragsverletzungsverfahren mehr. Im Übrigen kommen, wie erwähnt, auch im EWR auf der Seite der EWR/EFTA-Staaten zwei verschiedene Gerichtsinstanzen zum Zug, nämlich der EuGH für das Streitschlichtungsverfahren und der EFTA-Gerichtshof für das Vorabentscheidungsverfahren. Insofern gibt es keine Gründe, weshalb ein ähnliches Modell nicht auch für das bilaterale Recht gewählt werden könnte (es sei denn, man wolle die Weichen Richtung EU-Beitritt stellen).

[Rz 84] Mit der Wahl des EuGH als Vorabentscheidungsinstanz geht der Bundesrat auch in diesem Punkt über dasjenige hinaus, was die EU fordert, nämlich einen Mechanismus entsprechend dem EWR-Recht. Nach der hier vertretenen Meinung wäre, falls tatsächlich ein Vorabentscheidungsverfahren eingeführt würde, die Zuständigkeit des EFTA-Gerichtshofs vorzuziehen. Dabei läge der Vorteil dieses Gerichtshofs nicht a priori darin, dass er anders als der EuGH entscheiden würde, sondern vielmehr darin, dass dort eine Schweizer Vertretung für die bilateralrechtlichen Fälle denkbar ist; für den EuGH ist dies illusorisch. Sollte z.B. die 8-Tage-Regel doch einmal vor Gericht gelangen und von dort für eine Vorabentscheidung vor den EFTA-Gerichtshof, so obläge es dem Schweizer Richter bzw. der Schweizer Richterin am EFTA-Gerichtshof nicht, sich zugunsten dieser Regel einzusetzen – wohl aber, die Kollegen über die spezifisch schweizerischen Verhältnisse ins Bild zu setzen, z.B. zum Stichwort «Hochlohn- und Hochpreisland» und der damit verbundenen Gefahr des Sozialdumpings von aussen. Weiter ist der EFTA-Gerichtshof definitionsgemäss spezialisiert auf den Umgang mit einem Rechtssystem, das dem EU-Recht sehr ähnlich, aber nicht in allen Punkten gleich ist. Da er im Vergleich mit dem EuGH weniger belastet ist, kann er zudem rascher als der EUGH und dennoch sorgfältig entscheiden, gerade auch in heiklen Fragen.⁷⁶ Schliesslich entscheidet der EFTA-Gerichtshof endgültig über die ihm vorgelegten Fragen und untersteht nicht etwa einem Weiterzug an den EuGH. Seine Rechtsprechung wird vom EuGH und den EU-Mitgliedstaaten denn auch respektiert.

[Rz 85] Abschliessend sei noch einmal auf die grosse praktische Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens im EU- und EWR-Recht hingewiesen – eine Bedeutung, die dieses Verfahren im Falle seiner Einführung auch für das bilaterale

Recht entfalten könnte. Wie erwähnt, ist es von politischen Entscheiden der Vertragsparteien bzw. dem Gemischten Ausschuss unabhängig. Zudem sind als Ausgangspunkt unterschiedliche Konstellationen denkbar: Zivil- und Verwaltungsverfahren ebenso wie Strafverfahren. Dies ist gerade in Bereichen von Bedeutung, wo Klagen von Unternehmen aus praktischen Gründen (Zeit, Aufwand) nicht in Frage kommen, wie dies bei der 8-Tage-Regel besonders für kleine Dienstleistungsunternehmen der Fall ist. So handelt es sich bei dem im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen erwähnten EU-Fall *Dos Santos Palhota* um ein strafrechtliches Verfahren gegen Dienstleistende, in welchem diese sich zu ihrer Verteidigung auf das EU-Recht beriefen. Auch im schweizerischen Recht drohen bei Missachten der Vorschriften über die flankierenden Massnahmen Verwaltungsstrafverfahren und Strafen.⁷⁷ Auch hier wären deshalb solche Verfahren denkbar.

[Rz 86] Vor diesem Hintergrund wäre zu erwarten, dass das Vorabentscheidungsverfahren auch im bilateralen Recht deutlich häufiger vorkäme als die Anrufung des EuGH im Streitschlichtungsmechanismus. Insofern vermöchte dieses Verfahren auch mehr zu Homogenität und Rechtssicherheit beizutragen.

XI. Zum Schluss

[Rz 87] In seinen Schlussfolgerungen vom 20. Dezember 2012 wies der EU-Ministerrat darauf hin, dass die Schweiz durch eine Teilnahme an Teilbereichen des EU-Binnenmarktes und der EU-Politik nicht nur eine bilaterale Beziehung eingeht, sondern Teilnehmerin an einem multilateralen Projekt wird. Vor diesem Hintergrund betonte er noch einmal, dass «der institutionelle Rahmen einen Grad von Rechtssicherheit und Unabhängigkeit aufweisen [sollte], der den im Rahmen des EWR-Abkommens geschaffenen Mechanismen entspricht».

[Rz 88] Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das vom Bundesrat angedachte Modell für das erneuerte bilaterale Recht eine Lösung sui generis darstellt, die sich nur in selektiven Bereichen am Modell des EWR orientiert, und dann mit Abstrichen: fortlaufende Anpassung des Rechts mit «Homogenitätsloch» und in Richtung Vorabentscheidungsverfahren tendierende Anrufung des EuGH im Streitschlichtungsmechanismus mit implizitem Überwachungselement.

[Rz 89] Der Bundesrat empfing nach eigener Aussage Signale, dass die EU ein solches System, allenfalls kombiniert mit einem «echten» Vorabentscheidungsverfahren, als akzeptable Basis für Verhandlungen betrachtet. Es wird sich weisen müssen, ob die EU die dritte Option des eingangs erwähnten *Non-papers*, das ja die Grundlage für den Mandatsentwurf des Bundesrats bildet, gleich wie dieser versteht oder sich

⁷⁶ Vgl. hier etwa den Icesave-Fall, bezüglich der Folgen der Wirtschafts- und Finanzkrise in Island: Rs. E-16/11 *EFTA-Überwachungsbehörde gegen Kommission*, Urteil vom 28. Januar 2013, noch nicht im EFTA Court Report veröffentlicht; für weitere Informationen zu dieser Rechtssache siehe <http://www.eftasurv.int/internal-market-affairs/articles/nr/1646>, zuletzt besucht am 26. September 2013.

⁷⁷ TOBLER/BEGLINGER (Fn. 1), Band 2, Tafel 46.

vielleicht in einzelnen Punkten doch etwas anderes vorstellt. Ob die Unterstellung der Schweiz unter den EuGH innenpolitisch eine Chance hätte, steht auf einem anderen Blatt.

[Rz 90] Was schliesslich die flankierenden Massnahmen anbelangt, so erscheint ein Erhalt ohne Abstriche schon heute rechtlich nicht möglich. Je nach ihrer Ausgestaltung müssen solche Massnahmen nach Art. 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie, Art. 3 Abs. 10 dieser Richtlinie oder schlicht den allgemeinen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen geprüft werden. Letzteres ist der relevante Rahmen für Überwachungsmaßnahmen wie die 8-Tage-Regel. Eine konsequente Anwendung des Homogenitätsprinzips durch die nationalen Behörden und Gerichte muss zum Ergebnis führen, dass diese Regel in ihrer heutigen Ausgestaltung mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar ist. Sie könnte aber in eine einfache Meldepflicht umgewandelt werden.

[Rz 91] In einem erneuerten System des bilateralen Rechts wäre es aber auch denkbar, dass die Frage (nämlich jene, «ob die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit so ausgelegt werden müssen, dass sie eine Massnahme wie die 8-Tage-Regel zulassen»), dem EuGH oder (im Vorabentscheidungsverfahren) dem EFTA-Gerichtshof vorgelegt würde, mit demselben Ergebnis. Wie viel Homogenität mit dem neuen System erreicht werden kann, hängt nicht zuletzt davon ab, ob die Parteien die bindende Wirkung dieser Auslegung anerkennen würden. Dies könnte der Dreh- und Angelpunkt des neuen Modells werden.

PROF. DR. CHRISTA TOBLER, LL.M., Europainstitut der Universität Basel - Institute for European Global Studies

Ausgangspunkt für den vorliegenden Beitrag war eine Anhörung in der Arbeitsgruppe Europa der SP-Fraktion im Bundeshaus vom 12. September 2013 zur Frage, wie die flankierenden Massnahmen in einem erneuerten System des bilateralen Rechts gesichert werden könnten. – Herzlichen Dank an meine Assistentin Janine Dumont für ihre Hilfe bei den Nachforschungen zu Art. 111 EWR-Abkommen.

* * *