

Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen

DANIEL MARITZ *

Inhaltsverzeichnis	Seiten
A. Überblick	332
a) Bisherige Rechtslage zum Dienstleistungsverkehr	332
b) Ziel des Freizügigkeitsabkommens zu den Dienstleistungen	332
c) Inhalt und Auslegung des Abkommens	333
B. Anwendungsbereich und Gegenstand des Abkommens.....	334
a) Dienstleistungen	334
b) Begünstigte	335
c) Aspekt der Grenzüberschreitung	336
1. Dienstleistungserbringer geht in das Land des Dienstleistungsempfängers	336
2. Dienstleistungsempfänger geht in das Land des Dienstleistungserbringens	338
3. Ausschluss von Korrespondenzdienstleistungen?	339
C. Vom Abkommen eingeräumte Rechte	340
a) Einreise und Aufenthalt	340
b) Dauer der Dienstleistung	341
1. 90-Tage-Regel	341
2. Länger dauernde Dienstleistungserbringung	341
c) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	342
d) Koordinierung der Sozialversicherungen, Diplomanerkennung .	344
D. Schranken und Ausnahmen	344
a) Allgemeine Ausnahmen	345
1. Ausübung hoheitlicher Befugnisse	345
2. Öffentliche Ordnung	345
3. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	346
b) Beschränkungen in Bezug auf Dienstleistungen	347
1. Nationale Regeln in bestimmten Sektoren	347
2. Regeln über die Entsendung von Arbeitnehmern	348
c) Übergangsrechtliche Einschränkungen	349
E. Würdigung	350

* DANIEL MARITZ, lic. iur., Rechtsanwalt LL.M., Winterthur.

A. Überblick

a) Bisherige Rechtslage zum Dienstleistungsverkehr

In der Schweiz kann sich grundsätzlich jeder Ausländer für eine Dauer bis zu acht Tagen bewilligungsfrei aufhalten und Arbeiten erbringen¹. Die EU-Staaten verlangen von Staatsangehörigen von ausserhalb der EU bzw. des EWR vielfach bereits ab dem ersten Tag eine Arbeitsbewilligung. Nur punktuell hat die Schweiz mit Nachbarstaaten Vereinbarungen mit liberalerer Regelung abgeschlossen, so z.B. mit Liechtenstein im Versicherungsbereich² oder mit Deutschland im Bereich Messestandbau- und Montagearbeiten³. Mit dem GATS-Übereinkommen sind auch die Schweiz und die EG Verpflichtungen eingegangen, die allerdings durch eine Reihe von Einschränkungen und Vorbehalten stark relativiert werden und letztlich nur den zuvor autonom bestimmten Status festschreiben⁴.

b) Ziel des Freizügigkeitsabkommens zu den Dienstleistungen

Ziel des Abkommens⁵ ist im Dienstleistungsbereich die «Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen» (Art. 1 lit. b des Abkommens). Das Abkommen bezweckt damit eine Ergänzung zur schrittweisen Einführung der Freizügigkeit, d.h. zum Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und zum Recht auf Niederlassung als Selbständigerwerbender. Es gewährt Erleichterungen für befristete, vorübergehende Tätigkeiten im Gebiet der anderen Vertragspartei. Mit dieser Erleichterung der Dienstleistungserbringung soll eine gewisse

¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20).

² Abkommen zwischen der Schweiz und Liechtenstein betreffend die Direktversicherung (bisher erst in BBl. 1997 II 231).

³ Vereinbarung zwischen der Schweiz und Deutschland über die Erleichterung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs im Bereich Messestandbau- und Montagearbeiten (AS 2000 2664).

⁴ Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS, SR 0.632.20) und Liste der spezifischen Verpflichtungen der Schweiz; vgl. RICHARD SENTI, WTO, *System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, Zürich 2000, Rz 1286 ff.

⁵ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits über die Freizügigkeit (BBl. 1999 7027).

Kongruenz der Rechte bei einer *vorübergehenden* Leistungserbringung zu den im Abkommen ebenfalls gewährten Rechten, sich im Gastland *dauernd* aufzuhalten und eine Erwerbstätigkeit auszuüben, hergestellt werden.

c) Inhalt und Auslegung des Abkommens

Die zentrale Bestimmung des Abkommens über den Dienstleistungsverkehr findet sich in Art. 5 («Dienstleistungserbringer»), der in Kapitel IV von Anhang I («Erbringung von Dienstleistungen») konkretisiert wird. Dem Erbringer einer Dienstleistung wird das Recht eingeräumt, im Gebiet der anderen Vertragspartei Dienstleistungen bis zu einer Dauer von 90 Arbeitstagen pro Jahr zu erbringen.

Weiter ist für die Dienstleistungen insbesondere das Prinzip der Nichtdiskriminierung (Art. 2) von Bedeutung. Ebenso gelten die Regeln zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 8 und Anhang II) und die Anerkennung von Diplomen (Art. 9 und Anhang III) im Bereich des Dienstleistungsverkehrs.

Art. 12 und 13 des Abkommens legen zudem fest, dass günstigere nationale Bestimmungen vom Abkommen nicht berührt werden und dass die Vertragsparteien keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einführen dürfen. Soweit das Abkommen keine Rechte erteilt, ist deshalb die Dienstleistungserbringung nicht einfach ausgeschlossen. Deren Zulässigkeit kann sich aus nationalem Recht oder der Praxis ergeben.

Und schliesslich enthält Art. 16 des Abkommens zwei Regeln zur Bedeutung des EG-Rechts für das Abkommen, welche auch auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr anwendbar sind:

- Erstens führen spezifische Bezugnahmen auf Richtlinien und Verordnungen der Gemeinschaft zu einer Ausdehnung der darin enthaltenen Rechte und Pflichten auf die Schweiz (Abs. 1); damit ist die Schweiz verpflichtet, diese Rechtsakte im Verhältnis zur Gemeinschaft umzusetzen bzw. anzuwenden, was spiegelbildlich für die EU-Mitgliedstaaten in Bezug auf die Schweiz gilt⁶.

⁶ Es handelt sich dabei um die Richtlinien, auf die im Text von Anhang I «gemäss Artikel 16 dieses Abkommens [...] Bezug genommen» wird (z.B. Art. 5 Abs. 2; Art. 22 Abs. 2) und um die Richtlinien und Verordnungen im jeweiligen Abschnitt A («Rechtsakte auf die Bezug genommen wird») der Anhänge II und III.

- Zweitens soll bei Verwendung von Begriffen des Gemeinschaftsrechts die vor der Unterzeichnung des Abkommens, d.h. vor dem 21. Juni 1999, ergangene einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) «berücksichtigt» werden (Abs. 2). Die Bedeutung des Wortes «berücksichtigt» («tenu compte»/«account shall be taken») erscheint nicht ganz klar. Sicher geht diese Verpflichtung weniger weit als Art. 6 des EWR-Abkommens, welcher eine Auslegung «im Einklang» mit den einschlägigen EuGH-Entscheidungen, die vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des EWR-Abkommens ergingen, vorsieht⁷. Unter dem Abkommen erscheinen sachlich begründete Abweichungen von EuGH-Entscheidungen zulässig⁸. Um Rechtssicherheit zu gewährleisten und zudem eine gewisse Einheitlichkeit der Wirtschaftsregeln in Europa zu fördern, sollte aber von relevanten EuGH-Entscheiden – sowohl in der Schweiz als auch in der EU – nur ausnahmsweise abgewichen werden.

B. Anwendungsbereich und Gegenstand des Abkommens

a) Dienstleistungen

Weder das Abkommen noch Anhang I definieren den Begriff «Dienstleistungen». Art. 22 Abs. 3 von Anhang I lässt sich immerhin entnehmen, dass die Tätigkeiten von Arbeitsvermittlungs- und Arbeitsverleihunternehmen sowie Finanzdienstleistungen als Dienstleistungen gelten (für welche indessen die nationalen Regeln vorbehalten bleiben)⁹. Überdies sollen die in Anhang III anzuwendenden Rechtsakte betreffend Anerkennung von be-

⁷ Zu Art. 6 EWR-Abkommen: z.B. OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Préambule, objectifs et principes (art. 1^{er}–7 EEE)*, in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (Hrsg.), «EWR-Abkommen. Erste Analysen», Zürich 1992, S. 63 ff.; vgl. zur Berücksichtigungsobligiertheit von EuGH-Entscheidungen *nach* dem Datum der Unterzeichnung des EWR-Abkommens: CARL BAUDENBACHER, *Vier Jahre EFTA-Gerichtshof*, EuZW 1998, S. 391 und 397.

⁸ Dies gilt nach dem Gesagten für die Urteile vor Abkommensunterzeichnung. Nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene EuGH-Urteile werden der Schweiz zur Kenntnis gebracht. Der Gemischte Ausschuss (ein paritätisch zusammengesetztes Organ der Vertragsparteien) kann deren Auswirkungen auf das Abkommen feststellen. Im Einzelfall können solche – gemeinsamen – Feststellungen wohl über die bloße Pflicht zur Berücksichtigung des EuGH-Urteils hinausgehen.

⁹ Hinten D.b.1.

ruflichen Qualifikationen auch die Erbringung von Dienstleistungen erleichtern (Art. 9 des Abkommens); somit können die in Anhang III aufgeführten Berufsgruppen ihre Tätigkeiten auch als Dienstleistungen im Sinne des Abkommens erbringen.

Allgemein lassen sich die vom Abkommen erfassten Tätigkeiten über die Begriffsbestimmung in Art. 50 (Ex-Art. 60) EG-Vertrag¹⁰ sowie die betreffende Rechtsprechung des EuGH bestimmen¹¹. Dienstleistungen umfassen danach insbesondere die folgenden Tätigkeiten: gewerbliche (z. B. Baugewerbe), kaufmännische (z. B. Bankwesen), handwerkliche (z. B. Coiffeure, Sanitäre) und freiberufliche (z. B. Ärzte, Architekten, Anwälte)¹². Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Der EuGH hat denn auch weitere Tätigkeiten als Dienstleistungen angesehen, z. B. im Rundfunk- und Sendebereich, Transportdienstleistungen oder Immobiliengeschäfte. Dienstleistungen können somit als eine in der Regel entgeltliche wirtschaftliche Tätigkeit bezeichnet werden, wobei davon Waren, Kapitaltransfer und Niederlassung auszunehmen sind¹³.

b) Begünstigte

Das Abkommen räumt primär *natürlichen Personen* Rechte ein. So haben Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder der Schweiz das Recht auf Einreise und Aufenthalt, um eine Dienstleistung zu erbringen (Art. 17 lit. b, i von Anhang I). Dies erfasst nur die Selbständigerwerbenden. Zudem können Dienstleistungserbringer ihre Arbeitnehmer in eine andere Vertragspartei entsenden; diese Arbeitnehmer haben grundsätzlich Anspruch auf Einreise und Aufenthalt (Art. 17 lit. b, ii von Anhang I). Über-

¹⁰ Die Artikel des EG-Vertrages (EGV) wurden durch den Vertrag von Amsterdam neu nummeriert. Der in Klammern aufgeführte Artikel orientiert über die alte Nummerierung.

¹¹ Dass der Begriff «Dienstleistungen» als Begriff des Gemeinschaftsrechts (Art. 16 Abs. 2 des Abkommens) anzusehen sein dürfte, drängt sich schon deshalb auf, weil die Vertragsparteien gemäss der Präambel des Abkommens die Freizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen» verwirklichen wollen.

¹² Z.B. WALTRAUD HAKENBERG, in: CARL OTTO LENZ, «Kommentar EG-Vertrag», 2. Aufl., Köln/Basel/Wien 1999, Art. 49/50 Rz 7.

¹³ Vgl. Art. 50 (Ex-Art. 60) Abs. 1 EGV; PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, *Die Dienstleistungsfreiheit*, in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (Hrsg.), «EWR-Abkommen, Erste Analysen», Zürich 1992, S. 232f.; WALTRAUD HAKENBERG (zit. Anm. 12), Rz 8ff.

dies können sich natürliche Personen (mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der Schweiz) zum Empfang von Dienstleistungen in das Gebiet einer Vertragspartei begeben und haben dazu ein Recht auf Einreise und Aufenthalt (Art. 5 Abs. 3 des Abkommens).

Dienstleistungserbringer im Sinne des Abkommens sind aber auch die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EU oder der Schweiz gegründeten *Gesellschaften*, die ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Gebiet einer Vertragspartei haben (Art. 5 Abs. 1 des Abkommens; Art. 18 von Anhang I). Im Bereich der (zeitlich beschränkten) Dienstleistungserbringung gewährt das Abkommen somit den Gesellschaften mehr Rechte als in Bezug auf (dauernde) Niederlassung. Niederlassungsrechte werden den Gesellschaften, mit Ausnahme der Luftfahrtgesellschaften, in den sektoriellen Abkommen nicht erteilt¹⁴.

c) Aspekt der Grenzüberschreitung

Die Formulierungen in Art. 5 des Abkommens scheinen darauf hinzudeuten, dass für die Anwendung des Abkommens eine physische Verschiebung des Dienstleistungserbringers oder -empfängers über die Grenze erforderlich ist¹⁵. Bei diesem Verständnis von Art. 5 wäre das Abkommen in den Fällen, in welchen nur die Leistung die Grenze überschreitet, nicht anwendbar (z. B. bei Sendungen einer Fernsehstation oder dem Postversand einer Eingabe eines Anwalts an ein Gericht im Ausland)¹⁶. Dies gilt es nachfolgend zu prüfen:

1. *Dienstleistungserbringer geht in das Land des Dienstleistungsempfängers*

Die vom Abkommen vorrangig geregelte Fallgruppe gibt einem Dienstleistungserbringer das Recht, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen. Art. 17 von Anhang I verbietet den Vertrags-

¹⁴ Vgl. Art. 4 des Abkommens über den Luftverkehr (BBl. 1999 6948).

¹⁵ Das Recht auf Dienstleistungserbringung wird «im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei» eingeräumt (Art. 5 des Abkommens; vgl. Art. 17 lit. a und 19 von Anhang I), und dem Dienstleistungserbringer wie auch dem -empfänger steht ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zu (Art. 5 Abs. 2 und 3 des Abkommens; vgl. Art. 20 und 23 von Anhang I).

¹⁶ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen, welche die Dienstleistungsfreiheit «nur im Sinne der grenzüberschreitenden personenbezogenen Dienstleistungserbringung» als vom Abkommen einbezogen bezeichnet (BBl. 1999 VI 6311 f.).

parteien, die Einreise und den Aufenthalt des Dienstleistungserbringens zu beschränken.

Auf dieses Verbot kann sich zunächst der *Selbständigerwerbende* berufen, der in «einer anderen Vertragspartei als der des Dienstleistungsempfängers niedergelassen» ist (Art. 17 lit. b, i von Anhang I). So kann z.B. eine Schweizer Rechtsanwältin mit Wohnsitz in Basel zur Beratung ihres Mandanten in den süddeutschen Raum reisen. Nicht ganz klar erscheint, ob z.B. ein Schweizer Coiffeur, der im grenznahen Frankreich wohnhaft ist, in Anwendung des Abkommens in Deutschland niedergelassene Kunden betreuen darf. Ist er «im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei» niedergelassen als die Dienstleistungsempfänger? Dies dürfte bejaht werden können, sind doch Frankreich und Deutschland je Vertragsparteien des Abkommens. Allerdings geht das Abkommen vielfach nur von zwei Vertragsparteien aus, der Schweiz und der Gemeinschaft¹⁷. Aus dem EG-Recht selbst kann dieser Coiffeur heute noch keine Rechte herleiten. Dort liegt erst ein Richtlinien-Vorschlag vor, der die Ausdehnung des freien Dienstleistungsverkehrs gemäss EG-Recht generell auf Staatsangehörige dritter Länder, die in der Gemeinschaft ansässig sind, enthält¹⁸. Bis zum allfälligen Inkrafttreten dieser Richtlinie (die eine längere Dienstleistungserbringung zulassen wird) wird sich ein Schweizer mit Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat auf das Abkommen berufen können, um in einem anderen EU-Mitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen.

Weiter kann der Dienstleistungserbringer seine *Arbeitnehmer* zwecks Erbringung der Dienstleistung in das Gebiet einer anderen Vertragspartei entsenden. Die Gesellschaften können ihr Recht auf Dienstleistungserbringung nur über die Entsendung ihrer Arbeitnehmer ausüben. Die Nationalität der entsandten Arbeitnehmer spielt – im Gegensatz zu derjenigen des Dienstleistungserbringens, d.h. seines Arbeitgebers – keine Rolle¹⁹. Voraussetzung ist, dass die Arbeitnehmer «in den regulären Arbeitsmarkt ei-

¹⁷ Z.B. Art. 5 Abs. 2 des Abkommens, der Rechte «im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei» einräumt.

¹⁸ Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie zur Ausdehnung der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit auf in der Gemeinschaft niedergelassene Staatsangehörige dritter Länder (ABl. Nr. C 67 vom 10.3.1999, S. 17); Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses (ABl. Nr. C 209 vom 22.7.1999, S. 5); Geänderter Vorschlag nach der Stellungnahme des Europäischen Parlaments (KOM 2000, 271 endg.).

¹⁹ Ein Einreisevisum darf von Nicht-EU-Staatsangehörigen verlangt werden, unter Gewährung aller Erleichterungen für die Beschaffung der gegebenenfalls benötigten Visa (Art. 1 Abs. 1 von Anhang I).

ner Vertragspartei integriert» sind (Art. 17 lit. b, ii). Der EuGH hatte zum Assoziationsabkommen EG-Türkei²⁰ verschiedentlich Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, wann ein Arbeitnehmer dem regulären Arbeitsmarkt (eines Mitgliedstaates) angehört. Danach gehört ein Arbeitnehmer dem regulären Arbeitsmarkt eines Staates an, wenn entweder «das Arbeitsverhältnis im Hoheitsgebiet [des betreffenden Staates] lokalisiert werden kann oder eine hinreichend enge Anknüpfung an dieses Gebiet» vorliegt²¹. Die Anforderung, in den regulären Arbeitsmarkt integriert zu sein, wird von denjenigen Arbeitnehmern erfüllt, die den Vorschriften des Entsendestaates über Einreise und Beschäftigung nachkommen und das Recht auf Ausübung einer Berufstätigkeit in diesem Staat haben²². Ausgeschlossen ist eine Entsendung von Arbeitnehmern, die im Entsendestaat nicht berechtigt sind, ihren Beruf auszuüben.

2. *Dienstleistungsempfänger geht in das Land des Dienstleistungserbringens*

Ein Dienstleistungsempfänger kann in das Gebiet einer Vertragspartei einreisen und sich dort aufhalten, um eine Dienstleistung zu empfangen (Art. 5 Abs. 3 des Abkommens).

Beispielsweise ist ein Tourist Dienstleistungsempfänger mit den genannten Rechten. Eine Studentin hingegen wird nicht in jedem Fall als Dienstleistungsempfängerin gemäss Abkommen gelten. Ihr steht ein Aufenthaltsrecht für die Dauer des Studiums bei einer privaten Bildungsstätte zu, welches sie mit ihren Studiengebühren bezahlt. Bei öffentlichen Universitäten ist die Frage der Entgeltlichkeit ausschlaggebend. Unterricht an einer Hochschule, die im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, ist gemäss Rechtsprechung des EuGH nicht eine Dienstleistung im Sinne des EGV²³. Aus den Abkommensbestimmungen über den Dienstleistungs-

²⁰ Aus den unterschiedlichen Zielen und Inhalten der betreffenden Bestimmungen des Assoziationsabkommens können sich Argumente gegen eine analoge Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ergeben, auf die hier nicht eingegangen wird.

²¹ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, *Birden*, Slg. 1998, S. I-7747, Rz 33 ff. (für die Beurteilung des Kriteriums der hinreichend engen Anknüpfung sind insbesondere der Ort der Einstellung, das Gebiet, von dem aus die Tätigkeit im Lohnverhältnis ausgeübt wird, und die im Bereich des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit anwendbaren nationalen Vorschriften zu berücksichtigen); EuGH, Urteil vom 6.6.1995, Rs. C-434/93, *Bozkurt*, Slg. 1995, S. I-1475, Rz 21 ff.

²² EuGH, Urteil *Birden* (zit. Anm. 21), Rz 51.

²³ EuGH, Urteil vom 7.12.1993, Rs. C-109/92, *Wirth*, Slg. 1993, S. I-6447, Rz 14 ff.

verkehr wird sie somit kein Aufenthaltsrecht ableiten können²⁴. Ein Patient schliesslich kann sich zu einem Kur- oder Heilaufenthalt in einen anderen Vertragsstaat begeben. Für ihn wird oftmals die Frage von Bedeutung sein, ob die im Ausland empfangene Leistung von seiner Krankenkasse abgegolten wird. Im EG-Recht wäre dies der Fall; der Patient hat einen Anspruch auf Erstattung der Kosten wie im eigenen Land²⁵. Ob im Verhältnis zur Schweiz ein solcher Anspruch nur bestehe, wenn er sich aus dem Anhang II (Koordinierung der sozialen Sicherheit) ergibt²⁶, wird sich aus der Tragweite des im Abkommen statuierten Diskriminierungs- und Beschränkungsverbotes bestimmen²⁷.

3. Ausschluss von Korrespondenzdienstleistungen?

Überschreitet nur die Dienstleistung die Grenze, wird dies herkömmlicherweise als Korrespondenzdienstleistung (oder personenunabhängige Dienstleistungserbringung) bezeichnet²⁸. Der Wortlaut des Abkommens legt wie gesagt den Schluss nahe, dass diese Fallgruppe der Dienstleistungserbringung nicht geregelt ist.

Aufgrund folgender Überlegungen ist es m.E. jedoch vertretbar, die Erbringung von Korrespondenzdienstleistungen unter das Abkommen zu subsumieren: Vorab ist daran zu erinnern, dass das EG-Recht letztlich nur den Fall regelt, in welchem der Leistende seine Tätigkeit vorübergehend im Staat des Dienstleistungsempfängers ausübt²⁹. Für den EuGH sind je-

²⁴ Ein eingeschränktes und an bestimmte Voraussetzungen geknüpftes Aufenthaltsrecht der Studentin folgt indessen aus Art. 24 Abs. 4 von Anhang I.

²⁵ EuGH, Urteil vom 28. 4. 1998, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, S. I-1931 (eine nationale Regelung, welche die Erstattung der Kosten einer Zahnregulierung durch einen Zahnarzt in einem anderen Mitgliedstaat von der Genehmigung der Krankenkasse abhängig macht, verstösst gegen EG-Recht); vgl. WERNER BERG, *Grenzüberschreitende Krankenversicherungsleistungen in der EU*, EuZW 1999, S. 587 ff.

²⁶ So wohl die Botschaft, BBl. 1999 6322f. (Erstattungspflicht der eigenen Krankenkasse nur bei sofort notwendiger Behandlung in einem anderen Vertragsstaat; ansonsten lediglich Erstattung einer Behandlung, wenn die Krankenkasse zustimmt).

²⁷ Dazu hinten C.c.

²⁸ Diese Art der Dienstleistungserbringung ist in der EU und im EWR geschützt; vgl. WALTRAUD HAKENBERG (zit. Anm. 12), Art. 49/50 Rz 18; MICHAEL SCHWEITZER/WALDEMAR HUMMER, *Europarecht*, 5. Aufl., Neuwied 1996, Rz 1189; CHRISTIAN KOENIG/ANDREAS HARATSCH, *Europarecht*, 2. Aufl., Tübingen 1998, Rz 506; ROLF H. WEBER, *Dienstleistungsfreiheit*, in: ROGER ZÄCH et al. (Hrsg.), «Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum», Zürich 1992, S. 144.

²⁹ Art. 50 (ex-Art. 60) Abs. 3 EGV; vgl. die Fallgruppe vorne B.c.1.

doch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit «erst recht unzulässig, wenn [...] die Dienstleistung [...] erbracht wird, ohne dass sich der Dienstleistende in das Gebiet des Mitgliedstaats zu begeben braucht, in dem die Leistung erbracht wird»³⁰. Wohl ist diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund eines Binnenmarktes und der garantierten Dienstleistungsfreiheit gemäss EG-Recht ergangen. Im Sinne eines Schlusses *a maiore ad minus* dürfte aber auch eine Leistungserbringung unter das Abkommen fallen, wenn der Dienstleistungserbringer seine ihm gewährten Einreise- und Aufenthaltsrechte dazu nicht beansprucht³¹. Hätten die Vertragsparteien anderes angestrebt – was sich auch der Zielsetzung in Art. 1 lit. b der Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen nicht entnehmen lässt –, so wäre wohl ein ausdrücklicher Ausschluss von Korrespondenzdienstleistungen erforderlich gewesen. Einer Auslegung nach Sinn und Zweck der Bestimmungen wird hier somit der Vorrang vor einem strikten wörtlichen Verständnis gegeben.

Würde der gegenteiligen Auffassung gefolgt, so wäre zumindest aus der «Stand-still-Klausel» (Art. 13 des Abkommens) abzuleiten, dass heute zulässige Korrespondenzdienstleistungen nicht später untersagt werden können, so z.B. betreffend Beratungsleistungen von Anwälten³².

C. Vom Abkommen eingeräumte Rechte

a) Einreise und Aufenthalt

Der Dienstleistungserbringer und seine von ihm entsandten Arbeitnehmer benötigen bis zu 90 Tagen keine Aufenthaltserlaubnis (der Dienstleistungsempfänger bis zu drei Monaten). Sie haben bei längerer Dauer der Dienstleistung unter Umständen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für die Dauer der Dienstleistung³³.

³⁰ EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-76/90, *Säger*, Slg. 1991, S. I-4221, Rz 13.

³¹ Vgl. die Schlussanträge des GENERALANWALTS LENZ vom 5.12.1990, Rs. C-154/89, Rs. C-180/89 und Rs. C-198/89, *Kommission gegen Frankreich, Italien und Griechenland*, Slg. 1991, S. I-659, Rz 11ff., 19 mit einer Folgerung *a maiore ad minus* im Dienstleistungsbereich.

³² Dazu z.B. CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, *Europäisches Anwaltsrecht und Schweizer Rechtsanwälte*, in: MEYER-MARSILIUS et al. (Hrsg.), «Beziehungen Schweiz-EG», Bd. 4, Zürich 1989–1999, Kap. 6.6/VIII, S. 6f.

³³ Vgl. nachfolgend b.

b) Dauer der Dienstleistung

1. 90-Tage-Regel

Die *Erbringung einer Dienstleistung*, «deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet» (Art. 17 lit. a von Anhang I), darf von den Vertragsparteien grundsätzlich nicht eingeschränkt werden³⁴. Die Ausschöpfung der Gesamtdauer pro Kalenderjahr ist durch «ununterbrochene» oder «aufeinanderfolgende» (d.h. auch mit zeitlichen Unterbrüchen erbrachte) Dienstleistungen möglich (Art. 21 Abs. 1 von Anhang I). Bei einer Tätigkeit an fünf Wochentagen ist somit wohl ein Aufenthalt von 18 Wochen zulässig; beginnt die Leistungserbringung ab Mitte August, wird dann für einen Aufenthalt von maximal 36 Wochen keine Aufenthaltserlaubnis erforderlich sein, da je 90 Arbeitstage auf zwei Kalenderjahre verteilt sind (vgl. Art. 20 Abs. 1 von Anhang I). Auch bei offensichtlich länger als 90 Tage dauernder Tätigkeit (z.B. Grossbaustelle) besteht ein Recht des Dienstleistungserbringers auf Einreise und Aufenthalt bis zu 90 Arbeitstagen.

Ein Anspruch des Dienstleistungserbringers, die begrenzte Zeit zu überschreiten, kann im Falle höherer Gewalt bestehen (Art. 21 Abs. 2 von Anhang I). Ob der in dieser Bestimmung genannte Fall der Erfüllung einer Gewährleistungspflicht ebenfalls eine Verlängerung der maximal zulässigen Dienstleistungsdauer mit sich bringen kann, erscheint unklar, wird aber wohl zu verneinen sein. Seine aus dem Vertrag mit dem Dienstleistungsempfänger allenfalls folgende Pflicht zur Verbesserung seiner Leistung (Gewährleistungspflicht) bleibt von der Maximaldauer der 90 Tage «unberührt», d.h. besteht auch nach und trotz der abgelaufenen 90 Tage.

Die Dauer des *Dienstleistungsempfanges* wird durch das Abkommen nicht beschränkt. Es besteht einzige eine Unterscheidung von Aufenthalten bis zu drei Monaten und längeren Aufenthalten bezüglich der Frage, ob eine Aufenthaltserlaubnis auszustellen sei (Art. 5 Abs. 3 des Abkommens; Art. 23 von Anhang I).

2. Länger dauernde Dienstleistungserbringung

Zwei vom Abkommen vorgesehene Konstellationen gehen primär darauf hin, die 90-Tage-Frist für die Dienstleistungserbringung nicht anzuwenden. Länger dauernde Dienstleistungen sind einerseits aufgrund «besonderer Abkommen» (Art. 5 Abs. 1 des Abkommens), andererseits bei spezifischer

³⁴ Zu möglichen Beschränkungen, hinten D.

Erlaubnis der zuständigen Behörden der betreffenden Vertragspartei (Art. 5 Abs. 2 lit. b des Abkommens; vgl. Art. 20 Abs. 2 von Anhang I) zu lässig:

- Ist ein Dienstleistungserbringer aufgrund eines anderen Abkommens berechtigt, seine Dienstleistung im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei zu erbringen, steht ihm dieses Recht auch über einen längeren Zeitraum als 90 Tage zu. Als solche Abkommen sind im heutigen Zeitpunkt namentlich die Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen³⁵, über den Luftverkehr³⁶ und über den Landverkehr³⁷ anzusehen.
- Eine Erlaubnis zur Erbringung einer Dienstleistung wird ansonsten dann erforderlich, wenn die Leistung länger als 90 Tage pro Jahr dauern soll. Ob die Erlaubnis erteilt wird (Ermessensentscheid), kann z.B. von der Arbeitsmarktsituation abhängig gemacht werden. Es wäre aber m.E. verfehlt, die vorgesehene Maximaldauer des Abkommens dazu heranzuziehen, länger dauernde Tätigkeiten grundsätzlich abzublocken. Wird die Erlaubnis erteilt, gelten die weiteren Abkommensbestimmungen wie bei einer Leistungserbringung, deren Berechtigung aus dem Abkommen folgt.

c) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Das Abkommen enthält ein Diskriminierungsverbot und ein Beschränkungsverbot. Das *Diskriminierungsverbot* ist im Abkommen eng formuliert. Das Abkommen darf auf die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Gebiet einer anderen aufhalten «gemäss» dessen Anhängen nicht diskriminierend angewendet werden (Art. 2). Art. 19 von

³⁵ Vgl. Art. 3 des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, der den Zugang der Dienstleistungserbringer zu Beschaffungen von Dienstleistungen, einschliesslich Bauleistungen, bei Vergabestellen von Telekommunikationsdienstleistungen, Dienstleistungen des Schienenverkehrs und Teilen der Energieversorgung gewährt (BBl. 1999 6504). Zudem wird zwischen den Parteien des Abkommens das Einreise- und Aufenthaltsrecht auch für die Dienstleistungserbringung unter dem GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen gewährleistet (SR 0.632.231.422).

³⁶ Z.B. zur Ausübung der im Abkommen über den Luftverkehr eingeräumten Verkehrsrechte (Art. 15 des Luftverkehrsabkommens, BBl. 1999 6948).

³⁷ Z.B. zur Durchführung des grenzüberschreitenden Strassengüterverkehrs oder des Personenverkehrs mit Bussen (Art. 9ff., 16ff. des Landverkehrsabkommens, BBl. 1999 6971).

Anhang I konkretisiert das Verbot bezüglich Dienstleistungserbringer; diese dürfen «nach Massgabe» der Abkommensanhänge ihre Tätigkeit vorübergehend im Gaststaat ausüben, wie dessen eigenen Staatsangehörigen.

Fraglich erscheint die Tragweite der verlangten Gleichbehandlung. Die statuierte Gleichbehandlung «gemäss» bzw. «nach Massgabe» von Abkommen und Anhängen («conformément»/«in accordance») scheint das Gleichbehandlungsgebot – auch im Vergleich zum Diskriminierungsverbot gemäss EG-Recht – einschränken zu wollen. Dies kann aber kaum zutreffen, ist doch zudem jede *Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen untersagt* (Art. 17 lit. a von Anhang I). Dazu die folgenden Überlegungen:

- Die Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit beschreibt das Diskriminierungsverbot als Verbot, Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten rechtlich oder faktisch bei der Dienstleistungserbringung schlechter zu stellen als die eigenen Staatsangehörigen (Verbot offener und versteckter Diskriminierung). Aber selbst unterschiedslos anwendbare Regelungen (die somit nicht bereits unter das Diskriminierungsverbot fallen) sind nicht ohne weiteres zulässig³⁸. Im Sinne eines Beschränkungsverbots wird die Aufhebung aller Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs verlangt. So verstösst jede nationale Regelung gegen EG-Recht, welche «die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaates erschwert»³⁹. Wenn nun das Abkommen eine Gleichbehandlung und daneben das Unterlassen von Beschränkungen der grenzüberschreitenden Dienstleistung fordert, wird bei der Auslegung dieser Bestimmungen die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sein⁴⁰. Das heisst: Ein Verstoss gegen die Abkommensbestimmung dürfte namentlich dann anzunehmen

³⁸ Zum Ganzen MICHAEL KORT, *Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht*, JZ 1996, S. 135; ANDREAS KELLERHALS, *Der freie Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Gemeinschaft*, recht 1994, S. 60f.; WALTRAUD HAKENBERG (zit. Anm. 12), Art. 49/50 Rz 21ff.; ROLF H. WEBER (zit. Anm. 28), S. 152ff.; PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF (zit. Anm. 13), S. 235f.

³⁹ EuGH, Urteil *Kohll* (zit. Anm. 25), Rz 33; vgl. auch EuGH, Urteil *Säger* (zit. Anm. 30), Rz 12 (Unzulässige Beschränkung selbst bei unterschiedslos für einheimische und ausländische Dienstleistende geltenden Anforderungen – im Fall: Anforderung an die berufliche Qualifikation eines Patentanwalts –, wenn sie geeignet ist, die Tätigkeit des Dienstleistenden aus einem anderen Mitgliedstaat zu behindern).

⁴⁰ Art. 16 Abs. 2 des Abkommens; vgl. vorne A.c.

sein, wenn Anforderungen an den Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder aufgrund seines fehlenden ständigen Aufenthalts gestellt werden, aber auch wenn die Dienstleistungserbringung zwischen den Vertragsparteien im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Innern einer Vertragspartei behindert wird.

- Diese mit dem EG-Recht übereinstimmende Auslegung des Abkommens des Diskriminierungs- und Beschränkungsverbots dürfte im Übrigen auch daraus folgen, dass im Abkommen die «zwingenden Gründe des Allgemeininteresses» als mögliche Grenze der Dienstleistungserbringung aufgeführt sind; auf solche Gründe gestützte Massnahmen können (nur) eine Beschränkung der Dienstleistungserbringung rechtfertigen, welche sich aus unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbaren Massnahmen ergibt⁴¹. Eine eingeschränkte Auslegung des Diskriminierungsverbots im Abkommen würde somit zu schwer zu erklärenden und noch schwerer aufzulösenden Widersprüchen im Abkommen selbst führen.
- Eine andere Auslegung des Abkommens im Vergleich zum EG-Recht sollte überdies auch aus praktischen Gründen vermieden werden, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

d) Koordinierung der Sozialversicherungen, Diplomanerkennung

Zur Gewährleistung des Rechts auf Dienstleistungserbringung sind auch Massnahmen im Bereich der sozialen Sicherheit und eine gegenseitige Diplomanerkennung erforderlich. Zu diesen Themen wird auf die Beiträge von MARIA VERENA BROMBACHER STEINER und MAX WILD in diesem Band verwiesen.

D. Schranken und Ausnahmen

Das Abkommen enthält Vorbehalte, die eine Einschränkung der Dienstleistungserbringung trotz Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot zulassen (nachfolgend a). Überdies sind gewisse nationale Regelungen im Abkommen vorbehalten (b), und es ist eine Übergangsregelung zu beachten (c).

⁴¹ Hinten D.a.3.

a) Allgemeine Ausnahmen

1. Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Für Tätigkeiten, welche die «Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen», gewährt das Abkommen keine Rechte; konkret sind auf solche Tätigkeiten Beschränkungen der Dienstleistungserbringung, der Einreise und des Aufenthalts möglich, aber auch eine nach Staatsangehörigkeit diskriminierende Auferlegung von Bedingungen (Art. 22 Abs. 1 von Anhang I).

Die «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» wird als «Ausübung öffentlicher Gewalt» zu verstehen sein, wie sie auch innerhalb der Gemeinschaft als Ausnahme der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit beschrieben ist⁴². Entsprechend ist die Rechtsprechung des EuGH in der Auslegung zu berücksichtigen⁴³. Danach können ausländische Dienstleistungserbringer beispielsweise ausgeschlossen werden, Leistungen von öffentlichen Gesundheitsdiensten (z.B. Seuchenvorsorge), der öffentlichen Sicherheit (z.B. Polizeiwesen) oder gewisse Funktionen der Rechtspflege zu erbringen⁴⁴.

Die restriktive Auslegung des EuGH hat dazu geführt, dass dieser Ausnahme innerhalb der EU keine grosse Bedeutung zukommt. Dies dürfte nun auch im Verhältnis zur Schweiz zutreffen.

2. Öffentliche Ordnung

Art. 5 von Anhang I lässt eine Einschränkung der vom Abkommen eingeräumten Rechte durch Massnahmen zu, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit getroffen werden. Die in Art. 5 Abs. 2 aufgeführten EG-Richtlinien beanspruchen auch Geltung für die

⁴² Art. 45 (Ex-Art. 55) Abs. 1 EGV. So verwendet der französische Abkommenstext den Begriff «exercice de l'autorité publique» entsprechend der französischen Version von Art. 45 Abs. 1 EGV; die Abweichungen auch in der italienischen und englischen Sprache (Abkommen: «esercizio della pubblica autorità»; EGV: «esercizio dei pubblici poteri» bzw. «exercise of public authority» und «exercise of official authority») erscheinen zufällig und ohne Bedeutung.

⁴³ Vorne A.c.

⁴⁴ WALTRAUD HAKENBERG (zit. Anm. 12), Art. 55 Rz 2 f. mit Hinweisen; zu diesem Vorbehalt des Abkommens betreffend Rechtsanwälte: URS M. WEBER-STECHER, *Internationale Freizügigkeit im Rechtsanwaltsberuf – Hindernisse und mögliche Reformen*, in: «Festschrift SAV, Schweizerisches Anwaltsrecht», Bern 1998, S. 566.

Schweiz (Art. 16 Abs. 1 des Abkommens). Diese Richtlinien haben die nationalen Vorschriften der EU-Mitgliedstaaten des ausländerrechtlichen Vorgehens gegen Ausländer aus anderen Mitgliedstaaten koordiniert. Sie gelten für Arbeitnehmer, Selbständige, Dienstleistungsempfänger und deren Familienangehörigen und betreffen die Einreise und den Aufenthalt (Richtlinie 64/221/EWG⁴⁵) bzw. das Verbleiberecht (Richtlinien Nr. 72/194/EWG⁴⁶ und Nr. 75/35/EWG⁴⁷). Die Beschränkungen wurden vom EuGH eng ausgelegt und sind heute in der Praxis wenig bedeutend⁴⁸.

Erwähnenswert erscheint, dass die Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit nicht für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden können (Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie Nr. 64/221), dass strafrechtliche Verurteilungen allein nicht ohne weiteres eine Ausweisung rechtfertigen können (Art. 3 Abs. 2) und dass die im Anhang der Richtlinie Nr. 64/221 aufgeführten Krankheiten allenfalls rechtfertigen, Einreise und Aufenthalt zu verweigern, nicht aber eine Ausweisung begründen können (Art. 4).

3. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Die Einschränkung einer Dienstleistungserbringung kann durch staatliche Vorschriften «aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses» gerechtfertigt sein (Art. 22 Abs. 4 von Anhang I). Dieser Vorbehalt entspricht der gleichlautenden Rechtfertigung von Einschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der EU, wie sie vom EuGH anerkannt ist und in vielen Entscheiden konkretisiert wurde.

Die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses können – im Gegensatz zu den Ausnahmen gemäss vorstehend 1 und 2 – nur Beschränkungen rechtfertigen, die sich aus unterschiedslos auf In- und Ausländer anwend-

⁴⁵ Richtlinie Nr. 64/221/EWG des Rates vom 25.2.1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (ABl. Nr. L 56 vom 4.4.1964, S. 850).

⁴⁶ Richtlinie Nr. 72/194/EWG vom 18.5.1972 über die Erweiterung des Geltungsbereiches der Richtlinie Nr. 64/221/EWG auf die Arbeitnehmer, die von dem Recht, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbleiben zu können, Gebrauch machen (ABl. Nr. L 121 vom 26.5.1972, S. 32).

⁴⁷ Richtlinie Nr. 75/35/EWG vom 17.12.1974 zur Erweiterung des Geltungsbereichs der Richtlinie Nr. 64/221/EWG (ABl. Nr. L 14 vom 20.1.1975, S. 14).

⁴⁸ Vgl. ALBRECHT RANDELZHOFER, in: EBERHARD GRABITZ (Hrsg.), «Kommentar zum EWG-Vertrag», München 1992, Art. 56 N 8ff.

baren Regelungen ergeben⁴⁹. Zu den vom EuGH anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehörten bereits 1991 die zum Schutz der Empfänger von Dienstleistung bestimmten Berufsregeln, der Schutz des geistigen Eigentums, der Schutz der Arbeitnehmer, der Schutz der Konsumenten sowie kulturpolitische Belange⁵⁰. Die Liste der zwingenden Gründe wurde in der weiteren Rechtsprechung noch ausgedehnt, wobei wirtschaftliche Gründe zum Schutz inländischer Unternehmen nicht anerkannt sind⁵¹. Die getroffenen Massnahmen müssen überdies dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen.

b) Beschränkungen in Bezug auf Dienstleistungen

1. Nationale Regeln in bestimmten Sektoren

Auf die Tätigkeiten von *Arbeitsvermittlungs- und Arbeitsverleihunternehmen* sowie auf *Finanzdienstleistungen*, für die eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und eine Beaufsichtigung besteht, können die nationalen Regeln weiterhin angewendet werden, ohne dass diese mit den Abkommensbestimmungen konform sein müssen (Art. 22 Abs. 3 Anhang I):

- In der Schweiz wird einerseits das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)⁵² uneingeschränkt angewendet werden können. Das AVG sieht eine Bewilligungspflicht für die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vor, die nur an Betriebe erteilt wird, welche im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind. Die für die Leitung verantwortlichen Personen müssen Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung sein (Art. 3 und 13 AVG). Das AVG untersagt den Perso-

⁴⁹ Vgl. erläuternde Mitteilung der EG-Kommission über die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs (ABl. Nr. C 334 vom 9.12.1993, S. 3); MICHAEL KORT (zit. Anm. 38), S. 135; CHRISTIAN KOENIG/ANDREAS HARATSCH (zit. Anm. 28), Rz 512; a.M. WALTRAUD HAKENBERG (zit. Anm. 12), Art. 49/50, Rz 26 (allerdings wohl aufgrund einer unzutreffenden Interpretation des EuGH-Urteils Svensson vom 14.11.1995, Rs. C-484/93, Slg. 1995, S. I-3955, Rz 15 ff., in welchem für eine diskriminierende Niederlassungsvorschrift nur Gründe der öffentlichen Ordnung als Rechtfertigung anerkannt wurden).

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-353/89, *Kommission gegen Niederlande*, Slg. 1991, S. I-4069, Rz 18.

⁵¹ MICHAEL KORT (zit. Anm. 38), S. 138; WALTRAUD HAKENBERG (zit. Anm. 12), Art. 49/50, Rz 26.

⁵² Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6.10.1989 (SR 823.11).

nalverleih vom Ausland in die Schweiz (Art. 12 Abs. 2 AVG).

Diese Bestimmungen verunmöglichen eine Tätigkeit in diesem Sektor von Dienstleistungserbringern aus den EU-Mitgliedstaaten in die Schweiz.

- Unter Finanzdienstleistungen können Bank-, Versicherungs-, Investment- und Zahlungsdienstleistungen subsumiert werden⁵³. So werden beispielsweise die Tätigkeiten von ausländischen Versicherungen und Banken vom Abkommen nicht weitergehend ermöglicht, als dies die entsprechenden schweizerischen Vorschriften mit erforderlicher Bewilligungserteilung und Beaufsichtigung vorsehen.

2. Regeln über die Entsendung von Arbeitnehmern

Einschränkungen der Dienstleistungserbringung in Anwendung des Abkommens können sich daraus ergeben, dass die Entsenderichtlinie staatliche Vorschriften über die Entsendung von Arbeitnehmern zulässt.⁵⁴ Mit dem schweizerischen Entsendegesetz, das diese Richtlinie umsetzt, soll insbesondere der Wegfall des Inländervorranges sowie der Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen kompensiert werden⁵⁵.

Das Entsendegesetz enthält namentlich folgende Pflichten: Es auferlegt dem Dienstleistungserbringer, der Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet, die Einhaltung minimaler Arbeits- und Lohnbedingungen. Diese ergeben sich aus Gesetzen, Verordnungen, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen, welche beispielsweise Mindestlöhne oder die Arbeits- und Ruhezeit festlegen (Art. 2). Hintergrund solcher Regelungen ist das Ziel, im länderübergreifenden Dienstleistungsverkehr einen fairen Wettbewerb sowie die Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer zu garantieren⁵⁶. Der Arbeitgeber muss vor der Entsendung

⁵³ So z.B. Art. 2 lit. b des EG-Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (KOM 1999, 385 endg.); vgl. Anhang II der Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, welcher nicht abschliessend Finanzdienstleistungen auflistet (ABl. Nr. L 144 vom 4.6.1997, S. 19).

⁵⁴ Art. 22 Abs. 2 von Anhang I, der auf die Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. Nr. L 18 vom 21.1.1997, S. 1) Bezug nimmt.

⁵⁵ Botschaft, BBl. 1999 6351. Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999 (BBl. 1999 8744).

⁵⁶ Vgl. Entsenderichtlinie (zit. Anm. 55), fünfte Begründungserwägung.

Meldung an die zuständigen Behörden erstatten (Art. 6). Die Einhaltung des Gesetzes wird von unterschiedlichen Organen kontrolliert (Art. 7).

c) Übergangsrechtliche Einschränkungen

Im Bereich Dienstleistungen ist nur eine Übergangsfrist einschlägig: Während der ersten beiden Jahre nach Inkrafttreten des Abkommens können zusätzlich zum bereits Dargestellten die folgenden Einschränkungen zur Anwendung gelangen:

Erstens kann jede Vertragspartei die *Kontrolle der Einhaltung des Vorrangs* der im regulären Arbeitsmarkt dieser Partei integrierten Arbeitnehmer beibehalten (Art. 10 Abs. 2 des Abkommens). Ausgenommen vom Vorrang ist die Dienstleistungserbringung auf Basis eines besonderen Abkommens zwischen den Parteien⁵⁷. Die Anwendung dieser Bestimmung wird wohl – trotz «Kann-Vorschrift» – kaum zur Debatte stehen. Meines Erachtens sollten indessen die schweizerischen Behörden die (inhaltlich und zeitlich ohnehin eng begrenzte) Möglichkeit der Vorrang-Prüfung *im Bereich der Dienstleistungserbringung* nicht ausschöpfen oder eine Verkürzung der betreffenden Übergangsregelung im Gemischten Ausschuss vorschlagen, aus folgenden Gründen:

- Praktisch handhabbar erscheint der Vorrang ohnehin nur, wenn ein ausländischer Dienstleistungserbringer in das andere Vertragsgebiet *Arbeitnehmer entsenden* will. Analog zum jetzigen Art. 7 BVO⁵⁸ könnten die schweizerischen Behörden den Nachweis des Arbeitgebers verlangen, dass keine Arbeitskraft in der Schweiz verfügbar ist, die gewillt und fähig ist, die Arbeit zu leisten. Da es sich bei der Dienstleistungserbringung in jedem Fall um eine kurzzeitige Tätigkeit handelt und da aufgrund der heutigen Arbeitsmarktsituation in der Schweiz kein Schutzbedürfnis hieriger Arbeitnehmer besteht, erscheint vertretbar, auf dieses Hindernis bereits in den ersten beiden Vertragsjahren gänzlich zu verzichten. Damit würde nicht nur der ausländische Dienstleistungserbringer entlastet, der ansonsten für die kurzen Einsätze seiner Arbeitnehmer ein aufwendiges Verfahren zu durchlaufen hätte (das ihn wohl vielfach bereits im Ansatz von der Ausübung seiner Rechte abschrecken würde). Auch der Entscheid des schweizerischen Vertragspartners, den ausländischen

⁵⁷ Zu den besonderen Abkommen, vorne C.b.2.

⁵⁸ Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6.10.1986 (BVO) (SR 823.21).

Partner mit der Dienstleistungserbringung zu beauftragen, würde nicht in Frage gestellt.

- Verstärkt gilt das Gesagte für *selbständige Erwerbstätige* aus der EU, die eine Dienstleistung im Sinne des Abkommens erbringen wollen. Von diesen den Nachweis verlangen zu wollen, dass kein schweizerischer Arbeitnehmer die Arbeit leisten könne, erschien zudem unvereinbar mit dem Sinn des Abkommens. Ein Vorrang schweizerischer Selbständigerwerbender besteht nicht.

Zum Zweiten kann während zwei Jahren die *Kontrolle der Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen* bezüglich Dienstleistungserbringer beibehalten werden (Art. 10 Abs. 2 des Abkommens). Hier wäre aber wohl ausreichend, dass der Dienstleistungserbringer bei der Entsendung von Arbeitnehmern die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen einhält, die ihm das Entsendegesetz auferlegt⁵⁹. Diese Minimalbedingungen sind auch nach der zweijährigen Übergangsfrist einzuhalten. Entsendet ein ausländischer Dienstleistungserbringer seine Arbeitnehmer in die Schweiz, könnte sich somit die Kontrolle der Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen von vornherein auf die Einhaltung der in der Schweiz umgesetzten Entsenderichtlinie reduzieren⁶⁰. Will ein selbständigerwerbender Dienstleistungserbringer seine Leistungen in der Schweiz erbringen, ist ohnehin kein sachlicher Anlass ersichtlich, der eine Überprüfung seiner «Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen» rechtfertigen könnte.

E. Würdigung

Das Abkommen trifft eine Regelung, die eine Dienstleistungserbringung von Schweizern in der EU und von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten in der Schweiz stark erleichtern wird. Bei diesseits und jenseits der Grenze vorhandenem Willen kann die Qualität der vom Abkommen eingeräumten Rechte weitgehend als deckungsgleich mit dem in der EU geltenden Recht bezeichnet werden. Zu vielen Fragen bestehen jedoch noch ungesicherte Antworten. Erst mit der Zeit wird die Praxis zeigen, wie gross der Unterschied zum freien Dienstleistungsverkehr gemäss Gemeinschaftsrecht ist. Die im Abkommen klar vereinbarten Unterschiede erscheinen

⁵⁹ Vorne D.b.2.

⁶⁰ Dann wäre das Inkrafttreten des Entsendegesetzes nicht auf den Ablauf der ersten zwei Vertragsjahre hin zu terminieren (so offenbar die Botschaft, BBl. 1999 6401), sondern auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens.

nicht von allzu grosser Bedeutung, namentlich die Vorbehalte des nationalen Rechts bezüglich Arbeitsvermittlung und gewisser Finanzdienstleistungen. Eine Eigenheit des Abkommens liegt in der – mit Ausnahmen – fixierten Obergrenze der Dienstleistungsdauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr. Es wird wohl hauptsächlich diese Regelung sein, welche der Entfaltung der Wirtschaftsfreiheit im Verhältnis Schweiz – EU unangenehme Grenzen setzt.

Wie auch immer das vorliegende Abkommen schliesslich in der Praxis ausgelegt wird, wäre begrüssenswert, wenn die Vertragsparteien ihre gemeinsame Erklärung rasch in die Tat umsetzen und «so bald wie möglich Verhandlungen über eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Besitzstands» aufnehmen würden⁶¹.

⁶¹ Gemeinsame Erklärung über eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen in der Schlussakte des Abkommens (BBl. 1999 7108).